

Anderson Vichinkeski Teixeira

קנין  
FIRENZE  
UNIVERSITY  
PRESS

# ■ Constitutionnalisme transnational

Histoire, ontologie  
et épistémologie



STUDIE SAGGI

ISSN 2704-6478 (PRINT) - ISSN 2704-5919 (ONLINE)

– 269 –



Anderson Vichinkeski Teixeira

# Constitutionnalisme transnational

Histoire, ontologie et épistémologie

FIRENZE UNIVERSITY PRESS

2025

Constitutionnalisme transnational : histoire, ontologie et épistémologie / Anderson Vichinkeski Teixeira. – Firenze : Firenze University Press, 2025.  
(Studi e saggi ; 269)

<https://books.fupress.com/isbn/9791221508116>

ISSN 2704-6478 (print)

ISSN 2704-5919 (online)

ISBN 979-12-215-0810-9 (Print)

ISBN 979-12-215-0811-6 (PDF)

ISBN 979-12-215-0812-3 (ePUB)

ISBN 979-12-215-0813-0 (XML)

DOI 10.36253/979-12-215-0811-6

Graphic design: Alberto Pizarro Fernández, Lettera Meccanica SRLs

Front cover image: © jameelnoman730|123rf.com

#### *Peer Review Policy*

Peer-review is the cornerstone of the scientific evaluation of a book. All FUP's publications undergo a peer-review process by external experts under the responsibility of the Editorial Board and the Scientific Boards of each series (DOI 10.36253/fup\_best\_practice.3).

#### *Referee List*

In order to strengthen the network of researchers supporting FUP's evaluation process, and to recognise the valuable contribution of referees, a Referee List is published and constantly updated on FUP's website (DOI 10.36253/fup\_referee\_list).

#### *Firenze University Press Editorial Board*

M. Garzaniti (Editor-in-Chief), M.E. Alberti, F. Vittorio Arrigoni, E. Castellani, F. Ciampi, D. D'Andrea, A. Dolfi, R. Ferrise, A. Lambertini, R. Lanfredini, D. Lippi, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, A. Orlandi, I. Palchetti, A. Perulli, G. Pratesi, S. Scaramuzzi, I. Stolzi.

#### *FUP Best Practice in Scholarly Publishing* (DOI 10.36253/fup\_best\_practice)

 The online digital edition is published in Open Access on [www.fupress.com](http://www.fupress.com).

Content license: except where otherwise noted, the present work is released under Creative Commons Attribution 4.0 International license (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>). This license allows you to share any part of the work by any means and format, modify it for any purpose, including commercial, as long as appropriate credit is given to the author, any changes made to the work are indicated and a URL link is provided to the license.

Metadata license: all the metadata are released under the Public Domain Dedication license (CC0 1.0 Universal: <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode>).

© 2025 Author(s)

Published by Firenze University Press

Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze

via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy

[www.fupress.com](http://www.fupress.com)

*This book is printed on acid-free paper*

*Printed in Italy*

# Table de matières

|                                                                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Prologue                                                                                                          |    |
| Un livre qui ouvre un débat intellectuel sur le constitutionnalisme                                               | 9  |
| Bibliographie                                                                                                     | 12 |
| <i>Dominique Rousseau</i>                                                                                         |    |
| Préface                                                                                                           | 13 |
| <i>Xavier Philippe</i>                                                                                            |    |
| Remerciements                                                                                                     | 17 |
| Introduction                                                                                                      | 19 |
| PARTIE I                                                                                                          |    |
| HISTOIRE : TROIS PRÉSUPPOSÉS HISTORIQUES DU CONSTITUTIONNALISME TRANSNATIONAL                                     |    |
| Propositions introductives                                                                                        | 25 |
| Chapitre 1                                                                                                        |    |
| La constitution comme limitation au pouvoir politique                                                             | 29 |
| 1.1 Le constitutionnalisme britannique et la Révolution de 1688                                                   | 30 |
| 1.2 Le constitutionnalisme révolutionnaire français de 1789                                                       | 37 |
| Chapitre 2                                                                                                        |    |
| La constitution comme document politique et juridique :<br>la généalogie du constitutionnalisme libéral américain | 51 |

Chapitre 3

|                                                                                                      |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>La constitution et l'ère des droits fondamentaux</b>                                              | <b>63</b> |
| 3.1 Jellinek et la doctrine des droits publics subjectifs : du droit naturel aux droits fondamentaux | 63        |
| 3.2 La Constitution de Weimar et le constitutionnalisme des droits sociaux                           | 74        |
| 3.3 Le nouveau constitutionnalisme latino-américain au début du XXIème siècle                        | 78        |

PARTIE II

ONTOLOGIE : NATURE ET CONTENU DU CONSTITUTIONNALISME TRANSNATIONAL

|                                   |           |
|-----------------------------------|-----------|
| <b>Propositions introductives</b> | <b>89</b> |
|-----------------------------------|-----------|

Chapitre 4

|                                                                       |           |
|-----------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Qu'est-ce qu'une constitution ? Théories de la constitution</b>    | <b>91</b> |
| 4.1 Les conceptions jusnaturalistes                                   | 93        |
| 4.2 Edmund Burke (1729-1797) et la constitution historique            | 94        |
| 4.3 Ferdinand Lassalle (1825-1864) et la constitution sociologique    | 96        |
| 4.4 Karl Marx (1818-1883) et la constitution comme superstructure ?   | 97        |
| 4.5 Maurice Hauriou (1856-1929) et la constitution comme institution  | 99        |
| 4.6 Hans Kelsen (1881-1973) et la constitution positive               | 102       |
| 4.7 Carl Schmitt (1888-1985) et le décisionnisme dans la constitution | 107       |

Chapitre 5

|                                                                                         |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>L'internationalisation du droit et le début du constitutionnalisme transnational</b> | <b>115</b> |
| 5.1 Les origines du droit international des droits humains                              | 115        |
| 5.2 Entre « doctrine » des droits humains et « ontologie » des droits humains           | 120        |
| 5.3 La double vocation du constitutionnalisme transnational                             | 125        |

Chapitre 6

|                                                                               |            |
|-------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>La dimension ontologique du phénomène constitutionnel transnational</b>    | <b>131</b> |
| 6.1 Le problème de la légitimité du pouvoir                                   | 131        |
| 6.2 Entre normalité et chaos normatif                                         | 147        |
| 6.3 La notion de bien juridique universel : la double nature de la solidarité | 158        |

## PARTIE III

## ÉPISTÉMOLOGIE : LA CONSTRUCTION CRITIQUE D'UNE NOUVELLE THÉORIE

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Propositions introductives                                                           | 177 |
| Chapitre 7                                                                           |     |
| La dimension épistémologique : les apports du droit constitutionnel comparé          | 179 |
| 7.1 Le comparatisme juridique comme méthode ou science ?                             | 180 |
| 7.2 La spécificité de l'objet de la comparaison constitutionnelle                    | 185 |
| 7.3 Pour une méthodologie constitutionnelle comparative                              | 188 |
| 7.4 Quels sont les objectifs du droit constitutionnel comparé ?                      | 195 |
| 7.5 Le fonctionnalisme comme principe herméneutique                                  | 197 |
| Chapitre 8                                                                           |     |
| La dimension objective du phénomène constitutionnel transnational                    | 207 |
| 8.1 Du territoire à l'espace comme concept essentiel                                 | 207 |
| 8.2 La dynamique de création constitutionnelle : de la pyramide aux réseaux          | 214 |
| 8.3 De l'unité du système à pluralité des sphères constitutionnelles transnationales | 219 |
| Chapitre 9                                                                           |     |
| Vers un constitutionnalisme transnational pluriversaliste ?                          | 227 |
| 9.1 Propositions pour un réalisme discursif comme fondement épistémologique          | 228 |
| 9.2 La force normative de la constitution historique transnationale                  | 235 |
| 9.3 Les droits humains comme un devenir discursif du constitutionnalisme             | 246 |
| Bibliographie                                                                        | 255 |
| Index des noms                                                                       | 273 |



## Un livre qui ouvre un débat intellectuel sur le constitutionnalisme

Penser le concept de constitution transnationale n'est pas chose facile et le professeur Anderson Vichinkeski Teixeira a le grand mérite de proposer une étude remarquable qui devra faire date dans l'histoire de la pensée constitutionnelle. Le concept de constitution a reçu et reçoit des significations différentes. Au sens anglais, le mot constitution signifie « un état de fait, un ordre auquel on est soumis sans le vouloir » alors qu'au sens français il signifie « un acte fondateur de l'ordre politique né de la volonté du corps politique ». Le mot « constitution » a changé de sens, a changé de signification au cours de l'histoire et des contextes socio-politiques particuliers de l'Angleterre et de la France avant et après la Révolution de 1789. Et surtout le sens du mot « constitution » à un moment donné est un contre-sens par rapport au sens que ce mot avait auparavant ou/et dans un autre contexte. Ainsi, la signification de la constitution comme acte fondateur *né de la volonté du corps politique* est un contre-sens par rapport à la constitution comme ordre auquel on est *soumis sans le vouloir*. Et pourtant, c'est le même mot, constitution, qui est employé ; le contre-sens crée un sens qui fait vivre le mot.

Cette idée de « contre-sens créateur de sens » est redevable au philosophe Pierre Hadot. Dans sa leçon inaugurale de la Chaire d'histoire de la pensée hellénistique et romaine faite au Collège de France, Pierre Hadot, observant l'histoire de la philosophie, relève qu'elle est jalonnée « d'incompréhensions, de glissements de sens, de perte de sens et de contre-sens » qui ont joué un rôle déterminant dans cette histoire en faisant apparaître des notions nouvelles, des concepts nouveaux. Et Pierre Hadot donne comme exemple l'aphorisme célèbre d'Héraclite – « La Nature aime à se cacher » – repris par tous les philosophes

mais, chaque fois, avec des compréhensions différentes du mot « Nature » qui se révèlent être des contre-sens au regard du sens originel. Le sens premier de « Nature » dans l'aphorisme d'Héraclite est « ce qui est né tend à mourir ». « La Nature » devient, pour Philon d'Alexandrie, le Dieu créateur qui aime à se cacher parce qu'il est une transcendance ; pour les néo-platoniciens au contraire, l'aphorisme signifie que la Nature aime s'envelopper des voiles du mythe pour cacher son infériorité ; pour Heidegger, la Nature c'est l'Être qui se cache, qui refuse de se révéler, seuls les Êtants se donnant à voir. Et encore, le célèbre oracle delphique – « Connais-toi toi-même » – qui traverse l'histoire de la philosophie en changeant de sens : il renvoie à « l'homme intérieur » chez Saint-Augustin mais à « l'ego transcendantal » chez Husserl qui en fait le sujet de connaissance « retrouvant le monde dans une conscience de soi universelle ». « Augustin n'aurait jamais pu concevoir dans ces termes son 'homme intérieur' », écrit Pierre Hadot (2009, 50 et s.). Chaque sens nouveau donné à un énoncé est un contre-sens par rapport au sens précédent mais un contre-sens créateur d'une compréhension nouvelle.

Ainsi, le concept de « constitutionnalisme transnational » est, peut-être un contre-sens par rapport à la signification actuelle associant constitution et État mais c'est un contre-sens créateur de sens. Évidemment, tout contre-sens n'est pas nécessairement créateur de sens ; encore faut-il, écrit Pierre Hadot, que cette actualisation de la pensée qu'il exprime soit liée à une exigence du sens nouveau produit par le contre-sens. Or, dans le contexte historico-social actuel, cette condition est remplie : utiliser le mot constitution sans le « coller » aux mots « État » est peut-être un contre-sens par rapport au sens routinisé de « constitution » mais un contre-sens créateur d'une notion nouvelle, le constitutionnalisme transnational lié à l'exigence d'un sens actualisé du concept de constitution.

En effet, le constitutionnalisme national ne fait plus sens dans le contexte historico-politique actuel en ce qu'il ne rend plus compte des conditions réelles d'exercice de l'activité politique. Un argument populaire et de plus en plus souvent entendu pour justifier l'abstention résume et exprime crument cette perte de sens : « à quoi bon voter puisque tout se décide ailleurs, dans tous ces organismes internationaux ? ». Et de fait, toutes les politiques de l'État, industrielle, fiscale, monétaire, énergétique, environnementale sont moins conditionnées par le vote des électeurs de cet État ou l'organisation constitutionnelle des pouvoirs que par les décisions prises « ailleurs ». En 2015, la Grèce en a offert un exemple presque parfait : alors que le 5 juillet le peuple rejetait à plus de 60% le projet de restructuration de la dette élaboré par l'Union européenne, la Banque centrale européenne et le FMI, le Parlement grec a été contraint, le 20 août, de le voter provoquant une crise politique au sein du parti de gauche. Avec moins de brutalité, tous les États font l'expérience de cette perte de maîtrise et même de contrôle des politiques publiques. Et, avec eux, les citoyens font l'expérience de la perte de sens de « leur » organisation constitutionnelle des pouvoirs qui ne leur permet plus d'avoir une prise sur les décisions qui pourtant continuent à les concerner directement. Les lieux de pouvoirs désignés par la constitution

nationale tournent à vide ; ils sont là, ils travaillent et sont même l'objet de vives compétitions électorales mais ils ne sont plus en capacité de saisir le présent, ce qui fait, aujourd'hui, le présent des hommes.

Le concept de constitution nationale étatique n'a plus aucun sens quand il est impuissant à dire ce qui est de l'activité politique, quand il se découvre inadapté aux réalités sociales et environnementales contemporaines, quand il admet que des conventions internationales et des cours supranationales assurent une meilleure protection des citoyens que ses déclarations des droits et son ordre juridictionnel. Ce concept n'avait de sens que dans et par le contexte socio-historique de sa formalisation ; il s'épuise dans un contexte où tous les phénomènes auxquels une société est confrontée sont transnationaux ; contexte qui, à son tour, invite à formuler une signification nouvelle du concept de constitution, disant ce qu'il en est, aujourd'hui, de l'ordre des choses. Le changement de signification du concept de constitution s'opère sous l'effet du contexte de la globalisation ou de la connexion des phénomènes sociaux et s'inscrit ainsi dans l'histoire du concept de constitution.

« Constitutionnalisme transnational », « constitutionnalisme global », « constitutionnalisme mondial », le professeur Anderson Vichinkeski Teixeira explique avec rigueur ses raisons de choisir la première dénomination dont il fait l'histoire, l'ontologie et l'épistémologie avec brio. Il serait possible de retrouver pour le plaisir de la discussion le concept de « constitutionnalisme connecté » cet adjectif étant repris des travaux de Sanjay Subrahmanyam, théoricien de « l'histoire connectée »<sup>1</sup>. Avec cet adjectif, Subrahmanyam cherche à mettre en avant trois éléments : le décentrement, l'hybridation et le « vécu humain ». Par le décentrement, il entend sortir l'histoire de sa fragmentation en fonction des aires politico-historiques – les histoires nationales s'opposant les unes les autres – ou/et des aires culturelles pour faire apparaître les interactions multiples entre des sociétés géographiquement, culturellement et politiquement opposées. Par l'hybridation, il entend montrer, contre la thèse de l'incommensurabilité des cultures, le processus d'acculturation des différents espaces que leurs mises en relations produit. Par le « vécu humain », il entend faire l'histoire « à hauteur d'homme » dirait Camus, c'est-à-dire, à hauteur des hommes qui vivent ces interactions, qui font vivre cette hybridation<sup>2</sup>. Le constitutionnalisme transnational comme le constitutionnalisme connecté et la constitution connectée participent de ce « moment épistémique » qui fait du décentrement du regard et de l'hybridation des imaginaires la méthode de compréhension « de ce qui se passe aujourd'hui dans le monde ». Ces adjectifs font sens vers une méthode d'interrelations des formes de vie démocratique, il fait sens également vers ce qui l'anime : l'hybridation.

Ce livre du professeur Anderson Vichinkeski Teixeira mérite d'être lu avec une attention soutenue car il propose aux juristes, aux philosophes, aux historiens

<sup>1</sup> Voir par ex., Subrahmanyam 2013.

<sup>2</sup> Pour une présentation de cette école, voir Caroline Douki et Philippe Minard Douki 2007.

et aux politistes une nouvelle conception du constitutionnalisme qui ouvre un espace de débats, de colloques, de controverses de nature à faire vivre une réflexion intellectuelle dont le temps présent à grandement besoin.

### Bibliographie

- Douki, Caroline, et Philippe Minard. 2007. "Histoire globale, histoires connectées : un changement d'échelle historiographique ?" *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 54-4bis, 5 : 7-21. <https://doi.org/10.3917/rhmc.545.0007>
- Hadot, Pierre. 2009. *Éloge de la philosophie antique*. Paris : Ed. Allia.
- Subrahmanyam, Sanjay. 2013. *Is indian civilization a myth ?* New Delhi : Ranicket.

Dominique Rousseau  
Professeur émérite de droit public  
à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne,  
Membre honoraire de l'Institut universitaire de France

## Préface

L'ouvrage que le lecteur a pu découvrir ici relevait d'un pari osé ! Celui de (re)construire une réflexion théorique sur le constitutionnalisme transnational. Si le texte révèle la démarche qu'a empruntée le Professeur Vichinkeski Teixeira pour conduire son cheminement intellectuel, il n'est cependant pas né du hasard.

Anderson Vichinkeski Teixeira nourrit une double passion : celle d'intellectualiser et de théoriser les phénomènes juridiques – notamment constitutionnels – qu'il observe mais également celle de confronter ses connaissances aux défis du monde contemporain ! Cet ouvrage représente le résultat de cette rencontre. Il constitue tout à la fois un carrefour des savoirs sur le constitutionnalisme comparé mais également une réflexion personnelle sur le constitutionnalisme transnational, ce qu'il est mais également ce qu'il pourrait être. Si ce dernier a connu ces dernières décennies et connaît toujours un certain engouement, le mérite de l'ouvrage repose sur une volonté de repenser ontologiquement ce qu'il peut être. La volonté de l'auteur consiste à emmener son lecteur dans le cheminement de sa pensée sans jamais le forcer à adopter son point de vue. La réflexion se veut ouverte et ce n'est pas le moindre des mérites de l'auteur que de présenter son point de vue sans l'imposer. L'ouvrage remet en perspective des questions et doctrines historiquement connues à travers un cheminement qui se veut conceptuel et constructif sans céder à leur nécessaire implication pratique. Il appartient alors à chaque lectrice ou lecteur de se faire sa propre opinion et d'adhérer ou de nuancer voire de se séparer des propos présentés par l'auteur. Malgré le titre de l'ouvrage, les idées avancées ne sont jamais imposées mais formulées en termes de suggestions ou de possibles explications...

Que tire le lecteur de cette réflexion ? Deux options sont envisageables. Soit l'auteur fournit un nouvel éclairage à ce qui est déjà connu : son apport est intellectuel mais ne renouvelle pas les résultats observables. Soit il invite à repenser l'objet même qu'il étudie afin de lui donner un nouvel élan et un nouveau visage. Que nous apporte cette lecture ?

Le point de départ retenu par l'auteur ramène le lecteur dans un univers constitutionnel historique connu, tout au moins dans la pensée occidentale, sur ce qu'a représenté ce qu'il est convenu d'appeler le « constitutionnalisme historique ». A travers les différentes conceptions de la Constitution, envisagées comme des présupposés, l'ouvrage rappelle ces origines dans une logique aujourd'hui oubliée : celle selon laquelle les constitutions n'ont pas toutes été écrites pour remplir les mêmes fonctions et ont été pensées en différents endroits du globe à des moments différents pour répondre à des finalités elles-mêmes différentes. Ces considérations nous rappellent finalement que le constitutionnalisme historique est également géographique et qu'il ne peut se satisfaire d'une unique transposition des idées. Le constitutionnalisme transnational se nourrit ainsi de la circulation des idées et de leur adaptation aux contextes dans lesquels elles gravitent sans jamais oublier les particularités qui affectent chaque régime. Ce nomadisme du constitutionnalisme transnational le transforme à travers chaque nouvelle expérience.

La question qui surgit alors revient à s'interroger sur la transformation de la constitution envisagée comme véhicule des idées dans ses relations avec les différentes théories du constitutionnalisme. Après tout, la constitution n'est qu'un texte ! Il faut le faire vivre. Quelles idées véhicule-t-il et comment les interconnecter ? Le constitutionnalisme transnational apparaît alors comme la réalisation de ce chaînon manquant entre idéologies gravitant autour du constitutionnalisme et leur dimension déterritorialisée et intellectualisée dont la protection des droits fondamentaux constituerait un point d'orgue. Il y aurait donc dans cette réflexion sur l'internationalisation un élargissement et un réordonnement des justifications tant objectives que subjectives donnant naissance à une synthèse conduisant à un constitutionnalisme transnational raisonné et praticable. Il devient alors nécessaire de repenser une ontologie du constitutionnalisme à la lumière de ces transformations.

La réflexion emprunte ici un chemin digne de l'observation que l'on pourrait faire à travers un kaléidoscope fournissant mille pistes différentes pour expliquer sa complexité. Il devient alors indispensable de prendre en considération une multitude de facteurs contradictoires justifiant le recours à une logique apaisante et ordonnée que représenterait le constitutionnalisme transnational.

Construire une nouvelle théorie ? Certes ! Mais pourquoi faire ? Quel en est l'intérêt ? Et surtout quels en sont les ressorts ? Le monde a-t-il changé d'une telle façon que les explications, raisonnements et constructions juridiques d'hier n'ont plus de pertinence pour comprendre et analyser les transformations que les constitutions nous font vivre, qu'elle se parent ou non d'une référence au constitutionnalisme. Et si les constitutions ne sont pas les causes de ces transformations, à qui convient-il de les imputer ? Une telle construction repose sur un pari. Celui

de mieux comprendre un phénomène qui demeure en perpétuelle mutation. Si les idées d'hier demeurent, il faut savoir les réinterpréter et pouvoir en modifier le sens et la portée. Or, une telle entreprise ne peut se faire qu'en élargissant les horizons et le champ de la réflexion. Le droit comparé nous y invite.

Le temps de la constitution comme source d'organisation des pouvoirs et de gestion des conflits entre organes publics n'a certes pas disparu – il continue de représenter une grande partie des programmes enseignés aux étudiants en droit et science politique – mais ne permet plus de comprendre l'essence du ou des constitutionnalismes contradictoires et conflictuels. Le cadre demeure et avec lui ses fonctions objectives mais il est remis en cause par des forces telluriques subjectives issues des contextes, publics ou privés, dans lequel ces constitutionnalismes évoluent. Le constitutionnalisme transnational n'est plus uniquement un fondement mais devient une force unifiante du droit intégrant les dimensions internationales et locales. Rien ne peut plus être approché dans l'indifférence de ce qui se passe autour de soi, dans la gestion des grandes crises humaines : l'internationalisation définie en ce sens n'est plus une option mais une nécessité. Oublier les éléments objectifs d'une pandémie ou de ravages sur le climat nous ramène à une réalité que les événements d'hier ne nous avaient pas permis d'imaginer – ou pour le moins, pas en ces termes. Cependant, la contrepartie de cette logique d'ensemble repose sur un pluriversalisme qui s'impose à nous comme une autre donnée obligeant le constitutionnalisme transnational à ne jamais revêtir le même visage que celui qu'il arbore dans un contexte donné. Le constitutionnalisme transnational tire sa vitalité de sa diversité et de sa capacité d'adaptation : il informe plus qu'il n'endoctrine, permet la réflexion sans jamais l'imposer, promeut la liberté de l'individu en lui démontrant qu'il est l'acteur de son destin sans jamais l'emprisonner.

Faut-il aller encore plus loin ? C'est ce que propose l'auteur en pensant le constitutionnalisme comme un futur commun. Il appartiendra à chacune et chacun de se faire sa propre idée et de forger ses propres convictions. Une chose est cependant certaine, l'ouvrage qui a été ici proposé ne peut laisser indifférent et remplit l'une des fonctions les plus nobles du droit : celui de partager la connaissance en l'interrogeant et en lui proposant d'autres chemins de réflexion sans jamais considérer que ce qui est connu doit demeurer immuable.

Xavier Philippe  
*Professeur de droit public  
à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne,  
Directeur de l'ISJPS – Institut des sciences juridique  
et philosophique de la Sorbonne*



## Remerciements

Je remercie Dominique Rousseau pour son influence intellectuelle sur certaines des idées centrales qui structurent ce travail. Je remercie Xavier Philippe pour les réflexions inspirantes qui sous-tendent certaines des propositions développées ci-dessous et, également, pour avoir été le garant du processus de l'HDR (habilitation à diriger des recherches) à la Sorbonne. Je remercie également Marie-Claire Ponthoreau, Alexandre Viala et Marc Verdussen pour leurs commentaires, questions et suggestions sur les rapports préliminaires et lors de la présentation finale lors de la soutenance publique de l'HDR.

Un important merci au PROEX (Programme d'excellence), géré par la CAPES (Fondation pour la coordination de la promotion des personnels de l'enseignement supérieur) en collaboration avec l'École doctorale de droit de l'UNISINOS, pour avoir facilité, au cours des près de dix dernières années, ma participation en tant que professeur invité et/ou intervenant à la Sorbonne, à l'Université de Florence et à l'Université de Calabre, parmi les principaux lieux où j'ai pu partager mes réflexions et échanger les idées qui ont conduit à ce travail.

Ce livre est dédié à mon épouse, Patrícia Leandro Teixeira, pour son amour, sa compréhension et sa compagnie au fil des ans, ainsi qu'à mon fils, Arthur, pour son amour et pour être une source d'espoir dans le progrès humain.



# Introduction

Les changements sociaux, économiques et politiques qui se produisent depuis la moitié du XXe siècle ont conduit à un cadre dans lequel la définition des concepts juridiques se produit au-delà des frontières de l'État national. Non seulement l'idée de ce qui est droit (dans un point de vue subjectif), mais aussi le contexte institutionnel du « Droit » (dans un point de vue objectif), ont connu des importantes et innombrables redéfinitions conceptuelles au cours des dernières décennies. La consolidation de la doctrine des droits humaines – et sa prétention de validité universelle – est restée essentiellement liée aux possibilités de communication présentées par les différents processus de la mondialisation. Plus encore, l'émergence des juridictions internationales et les organismes de réglementation portant sur des sujets spécifiques, comme l'Organisation mondiale du commerce, l'Organisation internationale du Travail, et les plusieurs tribunaux internationaux, ont produit une sorte de normativité transversale capable de limiter la souveraineté des États et de concentrer sur le plan international le pouvoir de définition de la notion élémentaire de nombreux droits présents soit dans les ordres nationaux que dans l'ordre international.

Par conséquent, il a été fondamental de repenser le rôle de l'État constitutionnel dans ce réseau transnational complexe qui ne compte plus sur l'État comme référence fonctionnelle, mais sur plusieurs niveaux de normativité qui se développent ou se renforcent, par rapport à ceux existant déjà dans le contexte international, permettant de parler d'abord d'un processus de transnationalisation du droit en tant que phénomène normatif de différents systèmes sociaux et, ensuite, de l'émergence d'un constitutionnalisme transnational. À partir d'un modèle d'État axiologiquement centré sur lui-même, on observe la consolidation

d'un modèle d'État axiologiquement centré sur la protection de l'être humain dans ses dimensions les plus variées de réalisation. Ainsi, la fonction même de l'État constitutionnel et ses processus de protection interne des droits fondamentaux finissent également par subir une refondation philosophico-politique et un réajustement aux nouveaux processus de protection des droits fondamentaux qui se consolident progressivement.

La problématique centrale de la recherche proposée ici réside dans la discussion sur la manière dont l'État constitutionnel, entendu comme produit de la supériorité de la constitution d'un État national, peut constituer un instrument pour la réalisation d'un modèle de constitutionnalisme transnational guidé par la promotion de la paix dans l'ordre international et par la protection des droits humains dans les différents niveaux. L'idée de base du constitutionnalisme transnational, qui a émergé vigoureusement après la Seconde Guerre mondiale, est passée par une idéologisation profonde tout au long de la seconde moitié du XXe siècle, surtout avec le période de la bipolarisation entre les États Unis et l'URSS. Cependant, l'augmentation des rapports d'interaction humaine favorisée par plusieurs processus de mondialisation conduit le droit constitutionnel à discuter des façons de s'adapter à la formation d'un constitutionnalisme transnational.

En ce qui concerne les hypothèses initiales, on peut les diviser en deux :

- *Hypothèse première* : discuter de la possibilité que par la généalogie du constitutionnalisme occidental on peut comprendre la généalogie du constitutionnalisme transnational, puisqu'il s'agit d'un processus de continuité historique et évolutive. Pour ce faire, il faudra analyser les plus pertinentes perspectives présentées sous les « étiquettes » de constitutionnalisme transnational, postnational, international, transconstitutionnel etc., en mettant l'accent sur les possibles convergences entre ces propositions théoriques vers une nouvelle conception de constitutionnalisme transnational.
- *Hypothèse seconde* : sera développé l'hypothèse principale exposée ci-dessus afin d'analyser la façon dont la proposition théorique préconisée par nous dans le *Théorie pluriversaliste du droit international* – qui est, en un mot, l'idée d'un ordre international fondé sur un néo-régionalisme polycentrique et à plusieurs niveaux – pourrait être une meilleure façon de faire converger les plus importants processus de mondialisation et le principe de la souveraineté nationale. Cet ouvrage a traité seulement des aspects théoriques d'une alternative possible de justification philosophique et politique des relations internationales. En revanche, on doit discuter les principes épistémologiques selon lesquels la nature transversale des dispositions normatives créées dans un ordre produit des effets nécessaires sur d'autres ordres différents, générant, alors, ce qui peut être appelé phénomène constitutionnel transnational.

Dans un point de vue méthodologique, l'ouvrage est divisé en trois parties. La première est guidée par la méthode analytique-descriptive car elle vise à aborder les concepts centraux de la théorie constitutionnelle tout au long de la formation du constitutionnalisme occidental. On doit souligner l'importance de la perspective historique de la Partie I pour comprendre la construction

du constitutionnalisme transnational dans le cadre du développement du constitutionnalisme occidental. Dans ce sens, on doit expliquer les raisons de commencer par les processus constitutionnels occidentaux : (1) l'origine historique même du constitutionnalisme libéral vient des révolutions européennes, (2) le caractère irruptif du constitutionnalisme transnational comme conséquence d'une nouvelle philosophie de l'histoire et d'une nouvelle matrice non étatique du phénomène politico-juridique, (3) et les interactions normatives entre plusieurs réseaux transnationaux de normativité déjà existants qu'ils sont très caractérisés par les continuels rapports économiques, politiques, culturels et, par conséquent, juridiques.

La Partie II, cherchant à aborder la nature et le contenu du constitutionnalisme transnational, commence par reconstruire les principales théories occidentales qui ont cherché au cours des deux derniers siècles à fonder un concept de constitution. Ensuite le chapitre suivant cherche à établir ce qu'on appelle le droit international des droits de l'homme comme contenu substantiel du phénomène en question. Le dernier chapitre de cette Partie traite de ce qui peut être considéré comme des concepts essentiels de toute théorie constitutionnelle moderne, à savoir le pouvoir, la légitimité, la notion de bien juridique, mais en les redimensionnant dans une perspective transnationale.

La Partie III est basée sur une méthode critique visant une approche propositionnelle des plus importantes perspectives théoriques qui soutient chaque sujet spécifique de la recherche, surtout au regard des concepts qui ont été utilisés tout au long de la recherche. Lorsqu'on parle des fondements épistémologiques du constitutionnalisme transnational, l'objectif est de démontrer comment les processus de mondialisation ont conduit à un phénomène plus complexe que la transnationalisation du droit, c'est-à-dire à un phénomène constitutionnel transnational. Alors, il faudra analyser la dimension dite objective du phénomène : la « resignification » ou la reformulation de concepts tels que l'espace par rapport à la notion de territoire, les relations entre les systèmes et les réseaux normatifs. Finalement, le dernier chapitre aura pour objectif de proposer les fondements épistémologiques de ce que nous appelons un constitutionnalisme transnational pluriversaliste.



## PARTIE I

### Histoire : Trois présupposés historiques du constitutionnalisme transnational



## Propositions introductives

Les premières pages d'un ouvrage consacré à l'analyse du phénomène du constitutionnalisme dans une perspective transnationale devraient nécessairement tracer les grandes lignes des présupposés épistémologiques les plus élémentaires qui guideraient la thèse proposée. Alors, quels sont les rapports possibles entre un phénomène transnational particulièrement contemporain – dont les plus importants développements théoriques ont commencé après la Seconde Guerre mondiale et qui trouve ce qui semble être son époque typique au XXI<sup>e</sup> siècle – et l'histoire du constitutionnalisme moderne ? Quelle est la nécessité, comme le suggère le titre de cette Partie, d'une reconstruction historique du constitutionnalisme ?

Cette œuvre repose sur une hypothèse épistémologique qui est en fait de nature historique : il ne serait possible de comprendre le constitutionnalisme dans une perspective transnationale, postnationale, plus précisément au-delà des frontières de l'État-nation, qu'à partir de la prémisse selon laquelle il s'agit d'un phénomène qui s'inscrit dans un processus de continuité historique et évolutive du constitutionnalisme occidental. Bien que cela puisse paraître évident, à l'époque postmoderne même l'évidence est remise en question ; ainsi, qu'elle soit évidente ou non, comprendre un concept implique d'analyser les conditions préalables qui ont conduit à son processus de formation et à sa configuration actuelle ; en plus, l'actualité et l'historicité sont liées en tant que cause et effet dans des relations naturelles.

Il y a cependant une question – inhabituelle pour les juristes, notamment les constitutionnalistes – qui doit être posée à ce moment : quelle compréhension de l'histoire sera adoptée dans cette approche du constitutionnalisme ?

Indéniablement, tout ouvrage d'histoire constitutionnelle ou qui aborde des sujets liés à l'histoire des constitutions est un exercice *d'histoire des idées constitu-*

*tionnelles*. Les régularités discursives qui attribuent un sens aux faits historiques sont des externalités des processus qui doivent être comprises dans leurs dimensions précises de sens, puisque l'histoire des faits et les histoires des idées, lorsqu'elles relèvent du droit constitutionnel, placent sujet (chercheur) et objet (faits, textes constitutionnels, documents législatifs, par exemple) sur un autre plan : celui du récit. Sans vouloir approfondir des concepts typiques d'autres domaines que le Droit, il est nécessaire de présenter, d'un côté, quels faits seront examinés et, en revanche, quelles perspectives théoriques seront adoptées dans ce Partie.

Premièrement, l'objet d'étude ici sera le constitutionnalisme moderne en Occident dans ses grandes matrices. Cependant, concentrer l'approche uniquement sur l'analyse des événements historiques les plus pertinents et des changements constitutionnels conséquents qu'ils ont provoqués transformerait la recherche en une véritable historiographie des constitutions modernes, ce qui n'est pas approprié aux objectifs de cette recherche. En ce sens, le premier des trois chapitres suivants vise à analyser l'émergence du constitutionnalisme libéral comme phénomène de limitation du pouvoir politique, avec un accent particulier sur les expériences britannique et française. Le deuxième moment visera à analyser la notion de constitution comme consolidation d'un constitutionnalisme tout d'abord politique, établissant un ordre politique nouveau et indépendant : l'expérience des États-Unis d'Amérique. Le troisième chapitre vise à traiter des événements de l'entre-deux-guerres et de l'après-Seconde Guerre mondiale qui ont conduit à l'affirmation des droits fondamentaux non seulement comme catégories constitutionnelles, mais surtout comme composantes suffisamment fortes pour reconfigurer le constitutionnalisme lui-même.

Revenant à la question posée plus haut, pour ne pas la laisser en blanc, il faut aussi définir quelle notion de l'histoire guidera le chapitre. Il convient de rappeler que l'historien Marc Bloch (1960, 94) soutenait l'idée controversée selon laquelle il fallait donner à chaque objet historique sa périodisation :

Un avènement, une révolution ont leur place fixée, dans la durée, à une année, voire à un jour près. [...] Or chaque type de phénomènes a son épaisseur de mesure particulière et, pour ainsi dire, sa décimale spécifique.

Une idée controversée parmi les historiens car elle ignorait les interconnexions possibles entre les événements historiques. Toutefois, en histoire constitutionnelle, il est essentiel de comprendre la pleine signification de chaque phénomène dans son espace temporel et sa dimension physique, limitée à une description particularisée ; cela ne veut pas dire que les phénomènes sont sans rapport les uns avec les autres ; il se trouve que la première instance d'analyse est contrainte aux limites temporelles et physiques de chaque phénomène.

Un deuxième point peut aider à répondre à la question : pour savoir dans quelle mesure un phénomène est la cause d'un autre, rien de mieux que d'utiliser la comparaison comme outil d'analyse. Cette idée était déjà présente chez Émile Durkheim lorsqu'il affirmait que, l'événement n'étant pas quelque chose qui peut être observé et reproduit dans ses conditions d'émergence, la méthode comparative est responsable de la possibilité de présenter des similitudes et des

distinctions entre les phénomènes examinés, permettant, grâce à la comparaison, de trouver des modèles universels.<sup>1</sup> En d'autres termes, la confirmation d'une hypothèse universellement partagée par les phénomènes étudiés pourrait se produire grâce à l'utilisation de la méthode comparative.

Faut-il recourir à une conception structuraliste de l'histoire, c'est à dire capable de la concevoir uniquement comme une histoire de faits, au bénéfice de ses structures fixes ? Non. Même si l'histoire constitutionnelle présente des faits solides et riches en détails, la réponse est non. Michel Foucault (1969, 13) a souligné la distinction entre l'histoire de la pensée, du savoir, où les ruptures et les discontinuités se multiplient, et « l'histoire proprement dite », qui « semble effacer, au profit des structures sans labilité, l'irruption des événements ».

La compréhension de l'histoire adoptée ici sera alors celle qui, partant de la dimension objective des faits eux-mêmes, sera capable d'examiner également le caractère disruptif ou discontinu des processus internes qui ont conduit le constitutionnalisme occidental à se fragmenter dans de nombreuses variantes au cours des quatre derniers siècles, permettant que des processus transnationaux – *a priori* et *prima facie* incompatibles avec la matrice étatique du constitutionnalisme – peuvent être interprétés à partir de postulats et d'hypothèses théoriques partagées par le constitutionnalisme occidental depuis ses origines. Le souci de comprendre les discontinuités – appelées ici éléments, phénomènes ou caractères disruptifs ou irruptifs, selon chaque situation dans laquelle l'usage de ces terminologies sera nécessaire – est une conséquence du fait que le constitutionnalisme transnational lui-même est compris comme un phénomène disruptif par certains et irruptif par les autres.<sup>2</sup>

En bref, la première hypothèse soutenue dans cette recherche est que la généalogie du constitutionnalisme occidental permet de comprendre la généalogie du constitutionnalisme transnational.

## Bibliographie

- Bloch, Marc. 1960. *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*. Paris : Armand Colin.
- De Merville, Dumesnil, Fayard, d'Alby de, et Henri Bertin. 1780. *Idée de citoyenneté ou seigneurie de Périgues, & de la défense qui en a été proposée*. Paris : Quillau.
- Foucault, Michel. 1969. *L'archéologie du savoir*. Paris : Gallimard.
- Gauchet, Marcel. 1989. *La Révolution des droits de l'homme*. Paris : Gallimard.
- Grandmaison, Olivier Le Cour. 1992. *Les citoyennetés en révolution*. Paris : PUF.

<sup>1</sup> « Nous n'avons qu'un moyen de démontrer qu'un phénomène est cause d'un autre, c'est de comparer les cas où ils sont simultanément présents ou absents et de chercher si les variations qu'ils présentent dans ces différentes combinaisons de circonstances témoignent que l'un dépend de l'autre. » Durkheim 1895, 153.

<sup>2</sup> Comme nous le verrons au chapitre 5 de la Partie II, le réalisme internationaliste pointe vers une irruption de l'ordre international dans les ordres nationaux, tandis que la perspective fonctionnaliste systémique repose sur l'idée de discontinuités causées par des facteurs externes, comme la pression des marchés internationaux, par exemple.



## La constitution comme limitation au pouvoir politique

Ce chapitre est divisé en deux parties distinctes qui trouvent leur point commun dans la nécessité de limiter le pouvoir politique. Le constitutionnalisme britannique, marqué notamment par les conséquences de la Glorieuse Révolution, et le constitutionnalisme français, dont l'héritage indélébile de la Révolution de 1789 est présent jusqu'à nos jours, constituent les deux phénomènes politiques qui représentent peut-être le mieux la notion occidentale de limitation du pouvoir politique par la constitution. Ainsi, l'approche des deux mouvements se limitera à discuter de la fonction de la constitution dans chacun des contextes historiques en question.

En raison des choix méthodologiques qui guident cette recherche, le chapitre se concentrera sur la manière dont ces révolutions ont donné naissance à un constitutionnalisme des libertés, c'est-à-dire à un mouvement constitutionnel centré sur l'individu et sa condition de citoyenneté, plutôt que sur un simple sujet. Par conséquent, les discussions qui ont impliqué l'idée de citoyenneté dans les périodes avant et après la Révolution française ne seront pas reprises, car il serait nécessaire d'entreprendre une analyse précise des variations de la citoyenneté passive à la citoyenneté active, par exemple, ou des restrictions à la citoyenneté que les régimes postérieurs à la Révolution de 1789 ont fini par générer.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Pour plus d'informations sur ce débat historique, voir notamment Olivier Le Cour Grandmaison (1992). Ce travail est le fruit de la thèse de doctorat en science politique de Grandmaison et aborde la construction de multiples notions de citoyenneté, à partir de la perspective privatiste

### 1.1 Le constitutionnalisme britannique et la Révolution de 1688

L'histoire constitutionnelle du Royaume-Uni est notamment marquée par une division entre la période du droit consuetudinaire et la période du *common law*. La distinction entre les deux moments historiques peut être résumée dans l'expression inventée par Christopher Hill (1997) : l'anti-normanisme. Cette expression est appliquée, de manière plus subtile, comme une opposition entre les traditions et les coutumes locales britanniques et les autres formes de société existant à l'époque, en particulier les Vikings et les traditions plus à l'est. Cependant, la plus grande opposition sera contre les événements qui se sont déroulés au XI<sup>e</sup> siècle et qui sont directement liés à la période de domination de Guillaume le Conquérant (William the Conqueror).

Bien que l'époque dite consuetudinaire dispose de documents très rares, presque inexistant, capables de prouver des thèses historiques sur cette période, il existe un courant dans l'historiographie moderne très percutant qui divise l'histoire constitutionnelle britannique en un « avant » et un « après » le *Norman Yoke* (joug normand). L'« avant » serait une période marquée par l'existence d'un droit purement local, centré sur les coutumes et dépourvu d'institutionnalité ; c'est-à-dire, plus précisément, un système de *municipal law*. La prévalence du droit local, du droit comme coutumes typiques de la ville en mesure d'ordonner la vie sociale, rendrait inutile penser à un système juridique « supra-municipal » ou minimalement capable d'unifier les coutumes locales. Les conceptions des droits et des obligations ont été déterminées dans le cadre d'une coutume considérée comme immémoriale et développée localement dans chaque ville du Royaume-Uni ; ainsi, le droit consuetudinaire conditionnait à la fois la compréhension normative et la sphère de positivité de toute loi écrite. La littérature elle-même romantise, dans les sens les plus divers, l'époque du droit coutumier comme étant à l'origine de tout ce qu'il y a d'« immémorial » sur le sol anglais.

Hill et ceux qui s'affilient à la thèse du *Norman Yoke* ont eu la capacité de trouver un élément, d'une part, différenciateur de ce qui avait existé auparavant et, d'autre part, en mesure de marquer le moment historique de la naissance du *common law* : l'Invasion Normande. Initié avec la Bataille d'Hastings, le 14 octobre 1066, un nouvel ordre politico-juridique a été institué, subvertissant le pouvoir local du *municipal law* en introduisant le droit romain comme référence normative, l'idée du tribunal judiciaire comme *locus* typique de résolution des controverses, la primauté du droit écrit, le latin comme langue officielle des

et, dans de nombreux cas, physiocratie de ce concept sous l'Ancien Régime. Toujours sur la citoyenneté à l'époque de la Révolution française, voir le classique de Marcel Gauchet (1989). D'Alby de Fayard, Henri Bertin et Dumesnil de Merville (1780), en revanche, abordent d'une manière très intéressante, dans un pamphlet peu connu écrit quelques années avant la Révolution de 1789, la défense de la citoyenneté par les *francs-fiefs* contre les actions arbitraires et la domination du Royaume face aux citoyens de Périgieux dans le passage du haut au bas Moyen Âge.

tribunaux et du droit légiféré lui-même. En d'autres termes, le *common law* n'est pas né à la suite de l'Invasion Normande, mais comme un mouvement de pensée organisée contre la tradition romaniste apportée par les Normands.

Il convient de noter la connotation significative de narrative, de la philosophie de l'histoire, présente dans cette lecture qui divise l'histoire constitutionnelle britannique en avant et après l'Invasion Normande. La division entre *Ancient constitution* et *British constitution* serait donc clairement déterminable au cours de l'histoire. John Pocock (1967, 319) rappelle même que le joug normand était un objet d'une grande importance pour des mouvements politiques tels que les Niveleurs (*Levellers*) pendant la première guerre civile britannique (1642-1651) ; la rhétorique anti-normande favorisait la critique et l'insurrection contre l'ordre établi de l'époque, en particulier contre le pouvoir absolu du monarque. Les *Levellers* avaient la prétention de soutenir la souveraineté populaire en se basant sur l'argument que seul un homme libre pouvait connaître les desseins de Dieu à son égard, ce qui faisait de toute forme de médiation, qu'elle soit exclusive par l'action du monarque ou d'un parlement restreint aux nobles, une offense à la condition naturelle de l'homme et, en fin de compte, à Dieu.

D'autre part, il y a la thèse classique de la continuité historique entre la période consuetudinaire et l'Invasion Normande. Edward Coke a été au centre de débats houleux, en particulier avec les *Levellers*, en Angleterre au XVII<sup>e</sup> siècle. Le premier point de désaccord entre eux réside dans le fait que Coke a compris que Guillaume avait accédé au trône en vertu d'un exercice de son droit basé sur les anciennes lois britanniques, donc il n'y a pas eu d'imposition d'un nouveau système, ni de rupture avec l'ordre existant (Seaberg 1981, 804). Pendant la guerre civile, la thèse de la continuité a également trouvé une large acceptation parmi les parlementaires, car elle a supprimé la condition de « conquête » des événements de 1066 en vertu du maintien des coutumes existantes à l'époque. Coke ne niait pas qu'il y avait déjà eu un autre système juridique en Angleterre, mais il considérait le *common law* un droit fondé sur la raison au fil des siècles ; un droit fondé non pas sur la « raison commune », mais sur la « raison artificielle » des juristes, c'est-à-dire qu'il serait le produit de longues années d'évolution de la pensée juridique et des expériences normatives en général. Évidemment, n'étant pas juriste, le roi ne pouvait pas interpréter la loi par lui-même et devait confier cette tâche à des personnes suffisamment qualifiées pour le faire ; par conséquent, le Parlement serait une limitation rationnelle au pouvoir du roi de légiférer et d'instituer des impôts.

Si pour les *Levellers* il était important de soutenir la thèse selon laquelle le joug normand aurait provoqué une rupture dans la tradition historique britannique, pour les parlementaires était fondamental défendre le *common law* comme le meilleur système pour la pleine réalisation de la *commonwealth*<sup>2</sup> et pour la fonction essentielle de distribution de la justice (Pocock 1967, 32). Alors que

<sup>2</sup> Il convient de noter la difficulté de traduction littérale que nous offre l'expression *commonwealth*, car elle a plusieurs significations, telles que : bien commun, État, nation et communauté.

les premiers soutenaient un modèle politique républicain et révolutionnaire, capable de mettre directement le peuple au pouvoir, Coke et les parlementaires cherchaient quelque chose de plus politiquement viable : la limitation du pouvoir de la dynastie Stuart et l'expansion des prérogatives du Parlement.

À cette fin, la conception de Coke du *common law* était basée sur certaines hypothèses fondamentales qui peuvent être résumées comme suit : (1) la coutume est le produit de la sagesse populaire de chaque réalité sociale et permet au peuple de promouvoir directement le bien commun au fil du temps, c'est pourquoi il n'aurait aucun sens de considérer l'invasion normande comme un épisode disruptif ; (2) les lois écrites faites par le Parlement ou par le roi lui-même ont tendance à devenir obsolètes avec le temps, car elles n'ont pas la capacité de s'adapter, comme c'est le cas avec la coutume ; (3) une fois appliquée par les tribunaux, la loi ne serait plus la même que lorsqu'elle a été produite par le Parlement ou le monarque, puisque la coutume et les circonstances de l'affaire forment un élément empirique impossible à prédire pour le législateur.

Il y a un point qui mérite d'être souligné ici : la relation de continuité entre l'*Ancient constitution* et la *British constitution*. Coke et ses contemporains semblent avoir des conceptions différentes de droit positif (*law*) et de coutume. En considérant le droit comme une dimension positive de la coutume, il est soumis à un processus de changement constant et d'adaptation factuelle, en s'éloignant du caractère de rigidité propre au droit. Pour résoudre ce conflit conceptuel apparent, les juristes du XVII<sup>e</sup> siècle ont fait valoir que le droit était lié à la coutume à la suite d'un long processus historique, trouvant son origine à une époque lointaine et immémoriale, par des ancêtres mythiques qui possédaient la sagesse responsable de la genèse de la société anglo-saxonne. Par conséquent, le *common law* en tant que droit consuetudinaire d'origines immémoriales, il a été défini comme antérieur au plus ancien des anciens écrits normatifs jamais produits.

La période de l'Invasion Normande fut, pour Coke, le moment où de nombreuses institutions existantes, notamment judiciaires, ont été créées, mais sans rompre avec le respect du passé britannique immémorial. L'immémorialité du *common law* a permis de soutenir que de nombreuses lois ont été produites dans l'Antiquité par des parlements locaux dans lesquels la figure des Communes existerait. La loi produite dans l'Antiquité était destinée à protéger la société des invasions et des influences extérieures, ne s'inscrivant pas dans les conceptions modernes, et même médiévales, de la production législative. Autant que l'histoire anglaise a des interrègnes, Coke (1853, 71a et 71b) a défendu des thèses dans le cadre de sa contemporanéité en se basant sur des faits qui se sont produits dans un passé immémorial, car le *common law* serait le seul système juridique assez solide pour rester intact au fil des siècles.

Argument rhétorique, interprétation philosophique de l'histoire ou historiographie précise, quelle qu'elle soit, l'invasion normande a laissé un héritage pertinent et unique pour ce qui allait devenir la conception actuelle de la *constitution historique britannique*. Cependant, pour comprendre cette notion, il est nécessaire de démontrer sa relation ombilicale avec une autre catégorie conceptuelle d'origine notamment britannique : *rule of law*.

Albert Venn Dicey dans son *opus magum* soutenait que tous les pouvoirs de l'État étaient liés à la *common law*. Il a compris que, d'une part, même s'il s'agissait d'une structure constitutionnelle dépourvue de constitution écrite, elle était dotée d'un large éventail de *immemorial principles, immemorial customs* et certains *bill of rights* qui a fini par attribuer une intégralité et une dynamique fonctionnelle au système, tandis que, d'autre part, le conditionnement des actes de la puissance publique à la structure jurisprudentielle de production de la normativité juridique collaborerait dans le sens d'éviter des actes arbitraires de la part du Parlement et de l'exécutif, laissant les droits individuels du citoyen sous la tutelle, en fin de compte, du pouvoir judiciaire (Dicey 1915, 51-4).

Résumant ce qui peut être considéré comme les trois caractéristiques essentielles du concept de *rule of law*, Dicey a déclaré que, par-dessus tout, la constitution britannique a utilisé ce concept pour protéger l'individu contre l'arbitraire, des droits individuels contre le pouvoir discrétionnaire du gouvernement.<sup>3</sup> Deuxièmement, *rule, proeminence* ou *supremacy of law* cela signifie que tout individu est soumis à la loi ; non à n'importe quel droit, ni à un droit réel ou divin : la soumission est au droit ordinaire produit par les tribunaux, ce qui soumet tout gouvernant, législateur, magistrat ou individu commun au devoir de justifier ses actes devant la loi. Emilio Santoro dit que Dicey n'a pas remis en cause la légitimité de la souveraineté du Parlement, mais a soutenu que, sur la base du *rule of law*, le simple fait que le Parlement ait créé une loi ne signifiait pas qu'elle entrerait automatiquement dans le *common law* : « elle ne deviendra 'juste' que si et quand les tribunaux l'intégreront au *common law*, remplaçant ainsi les règles préexistantes » (Santoro 2002, 200)<sup>4</sup>.

Dans le même sens que plusieurs nations européennes ont affirmé l'égalité juridique (*legal equality*) au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'Angleterre a traversé des révolutions et des guerres tout au long des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles pour être en mesure d'affirmer ce qui semble être la caractéristique la plus évidente du concept en question (Dicey 1915, 115). En ce sens, Dicey a déclaré que la notion de *rule of law* doit être utilisée comme une formule pour exprimer le fait que le droit de la Constitution, cet ensemble de normes qui, dans de nombreux pays, sont naturellement présentes dans une Constitution écrite, ne sont pas la source, mais la conséquence de droits individuels, qui seront définis et appliqués par les tribunaux ; ainsi, la Constitution devient le produit du droit commun généré dans les tribunaux du Royaume.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> « When we say that the supremacy or the rule of law is a characteristic of the English constitution, we generally include under one expression at least three distinct though kindred conceptions » Dicey 1915, 110.

<sup>4</sup> Sur le sujet, voir aussi Santoro (1999).

<sup>5</sup> « The 'rule of law', lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts; that, in short, the principles of private law have with us been by the action of the Courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants; thus the constitution is the result of the ordinary law of the land » Dicey 1915, 121.

Un point pertinent à souligner est la structure particulière des sources du droit que le système a fini par consolider. Émile Boutmy (1885, 9) a souligné que, même en l'absence d'un texte constitutionnel écrit, le système anglais a démontré qu'il disposait d'un cadre précis de sources de droit constitutionnel : « les *traités* et les *quasi-traités*, les précédents et usages que l'on désigne ordinairement sous le nom de *Common Law*, les *pactes*, les *statuts* ou lois. »

On peut séparer, d'une part, les précédents judiciaires et les pratiques juridiques (usages) en tant que partie non écrite de la constitution, tandis que, d'autre part, les autres sources citées forment la partie écrite de cette constitution historique. Bien qu'il puisse sembler qu'il n'y ait pas de définition du nombre et de la nature des actes normatifs qui constitueraient la dimension positive de la constitution britannique, les actes en question reconnus par la doctrine constitutionnaliste sont très clairs : (1) traités ou quasi-traités, appelés *Acts of Union*, avec l'Écosse (1707) et l'Irlande (1800) n'étaient responsables de rien de moins que de définir les limites de la souveraineté externe de l'Angleterre par rapport à deux pays très importants dans son histoire ; (2) les pactes sont, en fait, les déclarations de droit les plus importantes de l'histoire britannique, la Magna Carta, de 1215, la *Bill of Rights*, de 1688, l'*Act of Settlement*, de 1701, et l'*Human Rights Act*, de 1988.<sup>6</sup>

Cependant, dans une tentative d'aller au-delà des débats doctrinaux sur le sujet, le Parlement britannique a publié un rapport en 2003 dans lequel, entre autres questions, il a tenté d'établir un éventail plus large de sources de droit constitutionnel : Magna Carta (1297), Bill of Rights (1688), Crown and Parliament Recognition Act (1689), Act of Settlement (1700), Union with Scotland Act (1707), Union with Ireland Act (1800), Parliament Acts (1911-49), Life Peerages Act (1958), Emergency Powers Act (1964), European Communities Act (1972), House of Commons Disqualification Act (1975), Ministerial and Other Salaries Act (1975), British Nationality Act (1981), Supreme Court Act (1981), Representation of the People Act (1983), Government of Wales Act (1998), Human Rights Act (1998), Northern Ireland Act (1998), Scotland Act (1998), House of Lords Act (1999), Civil Contingencies Act (2004).<sup>7</sup>

Indépendamment de la longueur et du nombre d'actes normatifs qui composent la constitution britannique, il y a un élément responsable du renforcement de l'unité de l'ensemble du système : le *rule of law* en tant que présupposée théorique du *common law*. Comprise comme un principe immémorial de ce système, sa définition précise demande également l'analyse de certains points centraux de la relation entre le *common law* et le parlement.

La longue histoire de l'Angleterre démontre que le *common law* est le système juridique le plus complet, le plus pérenne et le plus solide jamais adopté dans ce

<sup>6</sup> En ce sens, voir Antoine (2018), Bogdanor (2009) et Blick (2015).

<sup>7</sup> Voir U.K. Parliament 2003. La liste mentionnée ci-dessus se trouve au point 183 du sujet « 5 Constitutional Matters » du document cité.

pays, bien qu'il ne soit pas la seule forme d'ordre juridique jamais vue.<sup>8</sup> Comme mentionné ci-dessus, le passage du stade du droit coutumier au droit normand et, par la suite, au droit des tribunaux, c'est-à-dire le *common law*, est présent dans le récit historique des juristes britanniques comme un processus continu dépourvu de tout caractère disruptif. Bien qu'il s'agisse d'une évolution marquée, de manière indélébile, par la thèse du Norman Yoke, soutenue par les historiens, le système qui a suivi l'invasion normande présente certaines caractéristiques qui aident à comprendre le récit de continuité développé par les Britanniques.

Premièrement, la notion de système comme une totalité ordonnée à partir de fonctions communes peut être perçue à partir du moment où l'héritage normand laisse vivantes les institutions de haute pertinence dans la production normative, en particulier les tribunaux judiciaires ; ainsi, le modèle coutumier précédent, basé sur des décisions locales prises par des mécanismes d'assemblée, n'avait pas été subverti, mais limité à des questions matérielles qui peuvent être comprises par la grammaire de ce qu'on appelle *municipal law*. La place publique cède l'espace en tant que *locus* de décision pour le tribunal. De la prédominance du local/communal à la prédominance du commun/« national ». Il convient de noter qu'un tel « commun », déjà à ce moment historique, conduirait également à l'utilisation actuelle de la notion de *Commonwealth* : une conception du bien commun partagée et souhaitée par tous ceux qui avaient un lien avec le Royaume britannique. Une conception antérieure bien plus ancienne que le concept moderne de nation.

Deuxièmement, la relation entre le Parlement et le droit légiféré est également présente. Bien que les codifications supposées effectuées par Guillaume le Conquérant n'aient jamais été prouvées, ce qui soutient les Anglais pour alléguer l'absence de textes juridiques produits à cette époque, il est indéniable que déjà dans les premières décennies qui ont suivi la mort de Guillaume il y a eu le développement et l'affirmation progressive de l'institution du parlement.

En 1211, dans le but de mettre fin à une série de mécontentements du peuple avec des questions allant de la collecte du tribut à la condition d'une personne accusée d'un crime, le roi Jean Sans Terre convoqua des nobles de différentes régions d'Angleterre pour former ce qui n'était à l'époque qu'un conseil royal, mais qui au fil du temps fut reconnu comme l'ébauche d'un véritable parlement. Cette thèse est renforcée par le fait que le produit final de l'activité de ce « conseil » a été ce qui est considéré comme la première déclaration des droits produite sur le sol anglais : la Magna Carta, de 1215. Cependant, l'historienne Louise Creighton (1877, 61-3) a même souligné qu'un « *struggle for the Great Charter* » a été mis en pratique par les principaux barons anglais afin de contraindre le roi à signer une charte qui serait, d'une part, en mesure de rapprocher le monarque du peuple et, d'autre part, de protéger les libertés individuelles contre le monarque lui-même.

<sup>8</sup> Voir David 2016, 277-78.

La Magna Carta de 1215 était, selon Coke, la principale manifestation d'un parlement sur les questions législatives en Angleterre au Moyen Âge, représentant le début de la formation institutionnelle de ce qui deviendrait le parlement britannique.<sup>9</sup> Il s'agissait d'une tentative de Coke de démontrer l'indépendance du Parlement vis-à-vis de la Couronne, comme il l'avait fait auparavant lorsqu'il avait soutenu que le roi lui-même était soumis à des lois produites depuis des temps immémoriaux, car il croyait qu'une loi conserverait les mêmes caractéristiques depuis sa création.

La relation de continuité entre l'ancienne constitution et la constitution britannique est l'un des arguments que non seulement Coke, mais aussi d'autres philosophes et politiciens de l'époque utilisaient pour critiquer la monarchie et l'excès de pouvoir attribué au roi. La prise de conscience de la nécessité d'une pensée dotée d'un fondement historique solide était peut-être l'élément le plus précieux dans la défense de la liberté. L'argument central résidait dans le fait qu'il y avait déjà une légitimité dans le passé pour toutes les prétentions qui, dans le présent, étaient entravées par l'absolutisme monarchique. La recherche constante de leur contexte historique était une caractéristique des Anglais à cette époque, car ils considéraient comme fort un système juridique qui avait déjà apporté une solution dans le passé aux problèmes du présent. La loi fondamentale était le substrat de soutien aux Communes et à tous ceux qui revendiquaient un droit supposé comme ayant déjà existé dans le passé. Le fait que l'Angleterre ait été guidée par une loi fondamentale, immémorable et continue, a légitimé les Communes à chercher les privilèges et les droits qui leur appartenaient dans le passé. Cependant, la notion même de *fundamental laws* du royaume était quelque chose de difficile à définir à l'époque, car beaucoup comprenaient qu'il existait une norme coutumière capable d'attribuer une continuité à l'évolution anglaise, même si ce genre de norme appartenait à un passé immémorial qui ne pouvait plus être dévoilé. En ce sens, le Parlement se retrouverait avec la fonction de plus grand gardien des *fundamental laws*, même lorsque la protection devait être contre le monarque.

D'autre part, si la thèse d'une constitution historique, dont les débuts remontent aux XIIe et XIIIe siècles, peut admettre des objections et des réfutations quant à son exactitude historiographique, cette même thèse, mais avec son jalon initial dans la Révolution puritaine, semble être quelque chose de difficile à réfuter. Il convient de se souvenir de Karl Loewenstein (1957, 134) lorsqu'il va jusqu'à affirmer que l'*Instrument of Government* (1654), de Cromwell,

<sup>9</sup> Coke (1853, 81a) il va même plus loin en disant que la Charte serait à l'origine des autres lois fondamentales du Royaume : « This parliamentarie charter hath divers appellations in law. Here it is called *Magna Charta*, not for the length or largeness of it, (for it is but short in respect of the charters granted of private things to private persons now a dayes being *elephantinae chartae*,) but it is called the great charter in respect of the great weightiness and weightie greatness of the matter contained in it in few words, being the fountaine of all the fundamentall lawes of the realme; and therefore it may truly be said of it, that it is *magnum in parvo* ».

pourrait être considéré comme la première « constitution écrite » de l'État moderne, car elle aurait eu le pouvoir de transformer une monarchie absolue en une monarchie constitutionnelle.

Bien qu'il puisse toujours exister des divergences d'interprétation sur les périodes historiques, il faut reconnaître que les Anglais ne conçoivent pas dans leur histoire un affrontement idéologique sur des systèmes juridiques conflictuels, mais soutiennent plutôt qu'il existe un ordre juridique unique et indiscutable qui se développe au fil du temps. Brièvement, *common law*, *rule of law* et la Constitution britannique, en tant que constitution historique, forment la triade responsable d'un modèle d'organisation politico-constitutionnelle difficile à trouver ailleurs que dans celui en vigueur sur le sol britannique.

## 1.2 Le constitutionnalisme révolutionnaire français de 1789

Initialement, il faut différencier le sens de l'expression « constitutionnalisme révolutionnaire » dans les processus politiques qui ont eu lieu aux États-Unis, en 1787, et en France, en 1789. Ici, cette expression ne sera utilisée que pour le modèle français qui a émergé avec la Révolution française, parce que l'indépendance des États-Unis a signifié, comme nous le verrons dans la section suivante, l'émergence d'un modèle constitutionnel qui comprenait, encore au XVIII<sup>e</sup> siècle, la constitution comme un document essentiellement politique. Par conséquent, la notion de constitution comme consécration d'une révolution, d'un changement de régime, se retrouvera plus précisément en France après les événements qui marquèrent le 1789. En une phrase, la Révolution française peut être interprétée comme ayant pour but l'affirmation des libertés individuelles à travers la souveraineté nationale. C'est-à-dire la substantialité des droits individuels, en particulier les libertés publiques et les droits de citoyenneté, réalisés et exercés par la souveraineté en tant que principe politique formel responsable de la structuration de l'État-nation. L'ampleur des changements opérés par la Révolution laissait ouverte une question à laquelle il est difficile de répondre : mais par quelle forme de gouvernement ?

Environ un siècle après la Révolution, Adhémar Esmein, considéré comme l'un des principaux penseurs du droit constitutionnel français classique, écrivant sous la III<sup>e</sup> République, soulignait même que le caractère révolutionnaire du constitutionnalisme qui suivit 1789 pouvait être l'une des causes de l'éphémérité des premières constitutions, en particulier les constitutions girondines et jacobines, respectivement de 1791 et 1793. Il convient de noter que la deuxième n'a même pas réussi à entrer en vigueur. Esmein, dans le même texte, s'est demandé si la solution britannique, notamment orientée vers une forme politique centrée sur le gouvernement parlementaire, n'était pas la voie la plus sûre à suivre.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> « Mais lorsqu'aux derniers temps du premier Empire, l'amour, ou plutôt le besoin de la liberté politique, se réveilla en France, naturellement les esprits éclairés tournèrent leur attention vers le gouvernement parlementaire, tel qu'il s'était développé en Angleterre. Les dangers

En traitant des différences entre les traditions constitutionnelles françaises et américaines, Raymond Carré de Malberg a rappelé qu'aux États-Unis la Constitution était le seul document politique conçu comme l'œuvre de la volonté générale, à tel point que le préambule de la Constitution commence par le plus connu *We, the People*.<sup>11</sup> En ce sens, le juriste français a souligné que les lois ordinaires

ne sont plus l'œuvre du peuple, mais la création du Législatif, c'est-à-dire l'œuvre d'une autorité simplement constituée, exerçant sa compétence en vertu d'une délégation faite par le peuple à travers la Constitution (Carré de Malberg 1984, 109).

Par conséquent, il y aurait une différence ontologique entre la Constitution et les autres lois, étant donné que seule la première serait un produit direct de la volonté souveraine du peuple, laissant les autres lois ordinaires soumises à l'empire du droit constitutionnel. Ainsi, Carré de Malberg (1984, 110) a compris que la Constitution américaine avait déjà, dans sa genèse, en 1787, introduit les bases des lois ordinaires, créées par le Législateur, à présupposer constitutionnellement valides, le pouvoir judiciaire ayant le pouvoir de ne pas les appliquer en cas de conflit avec le texte constitutionnel, puisque « il faut comprendre que les lois adoptées par le Pouvoir législatif sont valides, à condition qu'elle soit conforme à la Constitution, et que le juge ne doive les appliquer qu'après en avoir examiné la constitutionnalité », et que « la Législature et les juges se trouvent placés, devant la Constitution qui est la source commune et unique de leurs pouvoirs respectifs délégués, dans une situation d'égalité ».

Dans le même ordre d'idées, Maurice Hauriou (1930, 266) soulignait que c'est à la fois par le principe de la limitation de tous les pouvoirs délégués, et par le principe de la supériorité du droit constitutionnel sur le droit commun « que le contrôle de la constitutionnalité des lois s'est établi aux États-Unis d'Amérique. Les Américains attachent une grande importance à l'idée de limiter le Parlement. » Léon Duguit (1928 676) soulignait que « ce pouvoir reconnu aux tribunaux américains est la conséquence logique et directe du principe de séparation des pouvoirs, tel qu'il était compris en France et en Amérique en 1789 ».

et l'oppression du pouvoir personnel étaient vivement sentis de tous. Les essais qu'avaient tentés l'Assemblée Constituante et la Convention pour organiser la liberté et le gouvernement représentatif dans un autre sens avaient échoué : bien qu'animées d'un esprit élevé et rédigées avec un rare talent, les Constitutions libérales de 1791 et de l'an III n'avaient eu qu'une existence très pénible. Restait-il une autre solution que d'accueillir la forme de gouvernement qui avait si bien réussi aux Anglais et dont on s'était détourné jusque-là ? » Esmein 1914, 223.

<sup>11</sup> Préambule, Constitution des États Unis : « We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America. »

Une autre question mérite d'être mentionnée : l'expérience française ne peut pas être interprétée à la lumière de l'expérience britannique, ni en opposition directe. Les deux sont des formes véritablement spécifiques de développement du constitutionnalisme occidental qui ont inspiré, ou même donné naissance, à plusieurs autres mouvements constitutionnels au cours des siècles qui ont suivi dans différentes parties du monde. Étant donné que le constitutionnalisme britannique se distingue par son caractère historique et non révolutionnaire, le constitutionnalisme français aura, justement, dans la révolution, dans le changement de régime politique, ce qui sera sa principale particularité par rapport aux autres mouvements constitutionnels.

Cela dit, nous analyserons ci-dessous deux aspects spécifiques de ce que nous appellerons le constitutionnalisme révolutionnaire français. D'abord, sa pertinence historique singulière en opposition à l'*Ancien Régime*. Ensuite, la conception générale de la structure institutionnelle limitant le pouvoir de l'État qui imprègne les différentes constitutions françaises qui ont suivi.

En ce qui concerne la singularité historique de la Révolution française de 1789, un aspect fondamental à examiner, du point de vue juridique, concerne la manière de comprendre la fonction judiciaire. Il est notoire que les révolutionnaires cherchaient à éliminer toute possibilité que le pouvoir judiciaire puisse être considéré comme un élément d'équilibre par rapport aux autres pouvoirs.<sup>12</sup> Par conséquent, la perception révolutionnaire du principe de la séparation des pouvoirs n'impliquait pas le pouvoir judiciaire comme un véritable pouvoir, mais plutôt comme une « autorité ». Il est à noter que la première constitution post-Révolution, de 1791, a introduit, au chapitre V du titre III, le « pouvoir judiciaire » dans la séparation tripartite proposée par les législateurs constitutifs. Toutefois, la soi-disant « constitution girondine » n'a pas duré longtemps et a finalement été remplacée par la Constitution de 1793, ratifiée le 24 juin par la Convention Montagnarde. Bien qu'elle ne soit jamais entrée en vigueur, compte tenu des développements de la période dite de la Terreur, peu après l'exécution du roi Louis XVI, le 21 janvier 1793, la Constitution de 1793 a introduit un système républicain qui centrait l'État français sur deux piliers : l'exécutif et le législatif. La fin tragique de l'éphémère monarchie constitutionnelle de 1791 et les réticences des révolutionnaires à l'égard de la figure du juge ont fait de la présence du « pouvoir judiciaire » un élément inconstant dans les textes constitutionnels qui ont suivi, à tel point qu'il apparaît comme le pouvoir judiciaire dans la Constitution de 1795 (art. 202 à 273), mais, peu après, dans la Constitution de 1799, il passe au titre V (art. 60 à 68) à la condition « Des tribunaux ». Cette situation sera encore aggravée dans la Constitution de 1802, lorsque, sous Napoléon Bonaparte, la fonction judiciaire fut soumise au pouvoir de l'Empereur (articles 78 à 85), c'est-à-dire absorbée par l'exécutif de telle sorte que, même avec les changements de régimes qui se succédèrent jusqu'à la

<sup>12</sup> Voir Troper 1980, 124 et 2001, 102.

Constitution de la Ve République, en 1958, la fonction judiciaire finit par être assurée par le président de la République (art. 64).

La question de la réticence du français à la figure du juge mérite quelques considérations particulières. Il convient de noter que, même au XX<sup>e</sup> siècle, lorsque des initiatives émergent pour transférer aux juges un plus grand pouvoir de contrôle sur les actes administratifs et législatifs, il y a toujours la crainte d'une « république des juges » ou, comme le met en évidence Dominique Rousseau (2015, 159), d'un retour à la configuration politique qui existait avant 1789. Il se trouve que jusqu'à la Révolution, il y avait en France un système guidé par le principe de la *justice retenue*, c'est-à-dire que le pouvoir judiciaire était exclu du contrôle du contentieux administratif, dont les différends étaient finalement résolus par le Conseil d'État. La *justice retenue* était substantiellement différente de la *justice déléguée* en ce sens que la première conservait au roi lui-même et à ses délégués directs le pouvoir d'exercer la justice, tandis que la seconde consistait en l'attribution de ces prérogatives à un pouvoir autonome et permanent.<sup>13</sup>

Encore plus tôt, lors de la formation des États généraux entre 1302 et 1615, qui répartissaient les domaines de l'État français selon les classes existantes (noblesse, clergé et tiers-état), il existait une organisation judiciaire qui se divisait en un système de haute et de basse justice. Le degré inférieur était occupé par les *prévôts* chargés d'administrer la justice dans les affaires non féodales, dont la fonction était déterminante par rapport à d'autres décisions déjà existantes sur des affaires de moindre importance. Au-dessus des prévôts, il y avait la figure des *baillis*, c'est-à-dire quelqu'un qui était directement lié au roi et qui administrait la justice dans une juridiction donnée (bailliage), cherchant à réviser ou à confirmer les décisions des prévôts (Gautier 1887, 344-45). La haute justice était composée de ce que l'on appelait les Parlements, c'est-à-dire les cours suprêmes de chaque région de France, dont la fonction principale était de servir d'organe d'appel contre les juridictions inférieures. En outre, il devait appliquer les ordonnances royales à des *cas concrets* ou, s'il n'y a pas d'affaires à trancher sur la base de celles-ci, les rendre publiques et généralement connues (Gautier 1887, 351).

Bien que l'existence de la *curia regis* ait permis au roi d'avoir toujours le pouvoir de statuer en dernier ressort sur une affaire, il pouvait décider que les parlements devaient enregistrer leurs lois au moyen du *lit de justice* ou des *lettres de justice*, qui donnaient à ces tribunaux de haute justice la possibilité d'invoquer ce que l'on appelait le *droit de remontrance*, qui consistait en le droit conféré au Parlement d'interroger le roi sur la compatibilité de l'ordonnance avec l'intérêt du peuple ou avec les lois fondamentales du royaume (Gautier 1887, 352). Ainsi, il y avait une forte connotation politique dans l'action judiciaire tout au long de l'Ancien Régime.

Passons maintenant à la structure institutionnelle qui limite le pouvoir de l'État.

<sup>13</sup> Pour une étude comparative avec la réalité de la magistrature sous l'égide de la Ve République, voir Girard 2013, 673-705.

Il est possible de voir qu'une nouvelle ingénierie constitutionnelle a suivi la Révolution de 1789, impliquant une conception bipartite de la séparation des pouvoirs et une conception rousseauiste du droit, car celle-ci serait le produit de la volonté générale, c'est-à-dire un acte de souveraineté de la nation en ce sens que seulement les représentants du peuple seraient responsables de l'interprétation de cette volonté souveraine. Il est notoire que le pouvoir judiciaire n'a jamais été établi en France comme un pouvoir indépendant, puisque depuis la Révolution la figure du juge s'est réduite à la condition d'une simple « bouche de la loi », expression célèbre de Montesquieu. Il n'y avait donc pas d'espace institutionnel pour qu'un acte judiciaire puisse s'immiscer dans le domaine législatif, puisque la fonction judiciaire devait être guidée par le strict respect de la logique syllogistique.

L'influence de la pensée d'Emmanuel Sieyès est très frappante à cet égard ; la conception du juge construite pendant la Révolution devrait être en dehors du rapport entre le législatif et l'exécutif, puisque le premier devrait prévaloir sur le second, c'est-à-dire que le législatif, en tant qu'organe de représentation directe de la nation, devrait prévaloir sur celui décidé par l'exécutif. Par conséquent, toute intervention judiciaire dans cette relation serait préjudiciable au principe de la souveraineté populaire. Plus d'un siècle après la Révolution, il convient de rappeler Edouard Lambert lorsque, dans une étude comparative entre la France et les États-Unis sur la législation protectrice des droits sociaux, il affirmait que les divergences entre les juges et les conceptions des tribunaux mettaient à mal le principe du *stare decisis*.<sup>14</sup>

Il convient également de rappeler, à ce stade, l'analyse d'Alexis de Tocqueville (1837, 160) lorsqu'il soulignait la fonction politique du juge dans le contexte institutionnel américain, puisque la décision judiciaire doit être fondée, avant tout, sur la Constitution. Tocqueville soulignait que cette prérogative n'avait pas été reconnue au juge français, car interpréter directement la Constitution équivaudrait à attribuer aux tribunaux un pouvoir constitutionnel qui les placerait au-dessus de la nation (Tocqueville 1837, 161). Par conséquent, il serait préférable de conférer le pouvoir d'interpréter et de modifier le sens de la Constitution aux « hommes qui représentent imparfaitement la volonté du peuple » – c'est-à-dire les représentants – « qu'à ceux qui ne représentent qu'eux-mêmes » – les juges.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> « Ces divergences de vues entre les juges et ce flottement de la jurisprudence d'un même tribunal sur les questions de droit constitutionnel, ébranlant la confiance dans le principe du *stare decisis* en même temps qu'elles faisaient ressortir le caractère artificiel du placement sous l'autorité des Constitutions des vues morales et économiques des cours, se sont surtout fait sentir en ce qui concerne le jugement de la constitutionnalité des lois ouvrières ou industrielles » (Lambert 2005, 67).

<sup>15</sup> « Mais mieux vaut encore accorder le pouvoir de changer la constitution du peuple à des hommes qui représentent imparfaitement les volontés du peuple, qu'à des autres qui ne représentent qu'eux-mêmes » (Tocqueville 1837, 161-62).

En ce sens, avec la promulgation de la loi n° 16, du 24 août 1790, dans son article 10, la fonction judiciaire a été limitée au contentieux civil dans les termes suivants : « Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture. » Le lien excessif des juges avec l'Ancien Régime a conduit les révolutionnaires à vouloir exclure ce corps de professionnels de la vie politique de l'État, en les limitant à une condition de « bouche de la loi », au sens le plus strict indiqué par Montesquieu. En attribuant une prééminence à la loi, la Révolution a inauguré une tradition qui serait centrée sur la prééminence du législatif sur l'exécutif, qui accordait une immunité absolue à ce qui se produisait dans le cadre du législatif pour toute possibilité de contestation judiciaire, même lorsque l'acte législatif était entaché d'un vice d'inconstitutionnalité.

Il faut se rappeler que, même dans les régimes les plus autoritaires, qui cherchaient à subordonner le législatif à l'exécutif, comme ce fut le cas avec le Directoire (1795-1799)<sup>16</sup>, le Consulat (1799-1804)<sup>17</sup>, le Premier Empire (1804-1814) et le Second Empire (1852-1870), les types de contrôle de constitutionnalité qui ont été introduits n'étaient rien de plus que des initiatives visant à formaliser le protagonisme et l'hégémonie de l'Empereur dans la solution des controverses constitutionnelles. Le *Sénat conservateur*<sup>18</sup>, institué en tant qu'organe politique sans fonctions juridictionnelles, avait été institué dans le but de contrôler la constitutionnalité des actes normatifs, mais a fini par être déformé en un « instrument docile » entre les mains du premier consul et de l'empereur

pour modifier la Constitution, pour suspendre, et pour annuler ou maintenir au grés du maître les actes législatifs, judiciaires ou administratifs, surtout quand les articles 63 et suivants du sénatus-consulte du 28 floréal an XII lui eurent donné attributions particulières en matière des libertés individuelle et liberté de presse (Léon Duguit 1928, 666-67).

En effet, le Sénat servait à vérifier que les actes émanant de la législature n'étaient pas en dissonance avec les desseins de l'Empereur.

Déjà en 1958, avec l'avènement de la Constitution de la Ve République, le Conseil constitutionnel n'avait pas encore assumé les fonctions d'une Cour constitutionnelle, jouant un rôle plus important pour éviter les instabilités

<sup>16</sup> Régime politique qui a été établi immédiatement après la période de la Terreur, de sorte que l'exécutif était exercé par cinq membres, appelés Directeurs.

<sup>17</sup> Régime autoritaire, postérieur au Directoire, et durant lequel Napoléon se proclame empereur. Bien qu'il puisse être considéré comme le régime ayant le plus grand pouvoir dans l'exécutif, Napoléon utilisait trois consuls pour s'occuper des affaires politiques en général, laissant à lui-même les questions qu'il considérait comme vitales pour la France.

<sup>18</sup> À cet égard, il convient de noter que la proposition de Siéyès, émise lors de la rédaction de la Constitution de 1795, de créer un *jurie constitutionnaire*, indépendant des pouvoirs législatif et exécutif, et chargé d'apprécier la constitutionnalité de la loi, n'a pas abouti, de sorte que le Sénat conservateur a donc été institué à sa place.

gouvernementales qui pouvaient provenir de désaccords entre l'exécutif et le législatif sur la constitutionnalité d'une loi ou d'un acte normatif donné ayant force de loi. Issue des difficultés du général de Gaulle sous la IV<sup>e</sup> République – instaurée par la Constitution de 1946, peu après la fin de la Seconde Guerre mondiale –, la Constitution de 1958, comme l'a souligné Michel Debré dans un discours au Conseil d'État, le 27 août 1958, aurait pour fonction de rationaliser le parlementarisme, c'est-à-dire de reconfigurer le régime parlementaire de la République et d'éliminer le système qui se caractérisait par la subordination de l'exécutif par rapport au Parlement (Verpeaux 2013, 23-4).

Pour les constituants de 1958, en particulier, pour le général de Gaulle, la soi-disant rationalisation signifierait remédier aux principaux vices du Parlement, afin de mieux « encadrer » l'activité parlementaire dans l'intérêt national (Constantinesco et Pierré-Caps 2004, 361). Ce n'est pas seulement la configuration du Conseil constitutionnel qui avait été prévue en ce sens, mais surtout les mécanismes du système primo-ministériel qui se mettait en place à l'époque. Contrairement aux Constitutions précédentes, comme celles de la III<sup>e</sup> (1875-1946) et IV<sup>e</sup> République (1946-1958), la Constitution de 1958 a établi une large liste de pouvoirs du Parlement, qui laissait à l'exécutif et à ses « règlements autonomes » le pouvoir de traiter d'autres questions, c'est-à-dire toutes celles qui ne relevaient pas de la compétence constitutionnelle du Parlement.<sup>19</sup> En conséquence, en prévoyant que le Président de la République et le Premier ministre seraient les légitimés pour provoquer le Conseil constitutionnel sur la légitimité constitutionnelle d'une loi ou d'un acte normatif ayant force de loi, la décision du Conseil constitutionnel se limitait à exercer un contrôle exclusivement formel, étant donné que sa compétence se limitait à vérifier la conformité du processus législatif avec les dispositions de la Constitution en la matière. Visant à contrôler le Parlement, en invoquant l'inconstitutionnalité formelle pour violation des compétences constitutionnelles du pouvoir législatif, afin qu'il n'empiète pas sur le champ de compétence de l'exécutif, le Conseil constitutionnel s'est consolidé pendant quelques décennies en tant que « chien de garde de l'Exécutif », comme le rappelle Georges Bergougous (2013).

Cependant, ce scénario ne durera pas éternellement. Le Conseil constitutionnel lui-même, dans une importante décision du 16 juillet 1971, dite « Liberté d'association », s'est jugé compétent pour exercer un contrôle substantiel, et non pas seulement formel, de la loi contestée dans l'affaire examinée. À cette fin, le Conseil a conféré une valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution de 1958 et a réitéré la validité du préambule de la Constitution de 1946 et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, donnant naissance à ce que l'on appellera plus tard le « bloc de constitutionnalité », selon un terme inventé par Claude Émeri et théorisé par Louis Favoreu. En attribuant un caractère normatif à un droit antérieur à la Constitution en vigueur, contenu dans le préambule de la première Constitution après la Seconde Guerre

<sup>19</sup> Arts. 34 e 37, Constitution de 1958.

mondiale, et en analysant en substance une loi en vigueur depuis 1901 relative au contrat d'association, le Conseil a promu, selon Dominique Rousseau (2021, 134), une « véritable révolution politique » qui « rompt avec les principes traditionnels du droit ».

Il convient de noter que, dans le cadre de cette idée de « bloc de constitutionnalité », la Constitution de 1958 se limitait à organiser les pouvoirs de l'État, sans prévoir un catalogue de droits fondamentaux, comme le prévoyaient déjà d'autres constitutions d'Europe continentale. Dans ce contexte, la décision *Liberté d'association* gagne encore plus en pertinence. En s'estimant compétent pour examiner le contenu matériel d'une loi, et pas seulement les aspects formels, le Conseil constitutionnel a innové et s'est distancié de la fonction de simple « chien de garde de l'Exécutif », dans les termes prévus par le texte constitutionnel de 1958. Une nouvelle ère du Conseil est inaugurée, au cours de laquelle il assumera la fonction d'élaborer ce que Dominique Rousseau (2018, 232) appelle la « Charte jurisprudentielle des droits et libertés », c'est-à-dire un ensemble de droits gravés dans la Déclaration de 1789 et dans le Préambule de 1946, ainsi que dans les soi-disant « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».<sup>20</sup>

Autant que l'arrêt *Liberté d'association* a inauguré un système de contrôle de constitutionnalité jusque-là inédit en France, la limitation des autorités habilitées à invoquer l'inconstitutionnalité a empêché un rôle institutionnel plus important du Conseil constitutionnel. Ce n'est que le 29 octobre 1974, avec l'approbation de la révision constitutionnelle modifiant l'article 61 de la Constitution, que l'éventail des autorités habilitées à provoquer le Conseil constitutionnel a été élargi également aux députés et sénateurs :

les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs (Art. 61, paragraphe 2, Constitution de 1958).

La pertinence politique de cet amendement de 1974 découle également du fait qu'il a mis fin à la large fragmentation partisane qui s'était produite sous l'égide des deux Constitutions précédentes, en particulier tout au long de la Quatrième République.<sup>21</sup> Même avant, avec le référendum et la révision constitutionnelle de 1962, l'instauration de l'élection directe du président de la République a d'abord conduit à une bipolarisation entre majorité et minorité tant au Parlement que dans le domaine politique lui-même. Avec cela, le même parti pourrait avoir un membre à la présidence de la République et également un membre à la présidence de l'Assemblée nationale. Dans ce cas, le Président de la République pourrait

<sup>20</sup> Cette catégorie juridique a permis au Conseil constitutionnel d'élever au rang de principes constitutionnels les droits et libertés consacrés par le législateur ordinaire sous les IIIe et IVe Républiques.

<sup>21</sup> Sur les crises politiques de la IVe République, voir Rioux 1980 ; aussi Avril et Vincent 1988.

s'imposer à une éventuelle majorité parlementaire, en nommant le Conseil des ministres et, principalement, le Premier ministre, un poste qui, le chef de l'État étant également lié au parti qui a gagné les élections, peut être nommé par le Président de la République, même en cas de désaccord éventuel de l'Assemblée. Bien que la Constitution prévint un régime parlementaire, il y a eu la consolidation d'un régime présidentiel ou, en cas de cohabitation,<sup>22</sup> primo-ministériel, dont l'activité législative est déterminée sur la base des orientations établies par l'Exécutif. Ainsi, en étendant à une minorité parlementaire le droit de contester la constitutionnalité d'une loi, la réforme de 1974 a fait de l'opposition, même minoritaire, une sorte de contre-pouvoir, c'est-à-dire un groupe en mesure d'exercer la fonction de contre-majorité face à la fois à l'Exécutif et au Parlement.

Si une révolution politique avait été produite avec la décision *Liberté d'association*, on peut dire qu'une révolution juridico-constitutionnelle se serait produite quatre décennies après cette célèbre décision du Conseil constitutionnel.

La modification constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inséré la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) dans le texte de 1958. C'est la première fois qu'un contrôle incident de constitutionnalité est instauré en France. Entré en vigueur le 1er mars 2010, le nouvel institut a permis au justiciable, c'est-à-dire au citoyen « ordinaire », de s'interroger sur la constitutionnalité d'une loi censée s'appliquer à son cas particulier. La QPC s'inscrivait dans le contexte plus large d'une réforme des institutions de la Ve République, dont le contenu a été fortement influencé par l'avis émis par la *Commission de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions*, créée par le président de la République de l'époque, Nicolas Sarkozy, et présidée par l'ancien Premier ministre Édouard Balladur.

Cependant, la discussion sur l'introduction de ce modèle de contrôle de constitutionnalité avait déjà eu lieu en France à d'autres moments. Le moment le plus significatif s'est peut-être produit en décembre 1992, lorsqu'un comité consultatif, institué par le président François Mitterrand et présidé par Georges Vedel, proposa aux constituants réformateurs des moyens de mettre en œuvre le

<sup>22</sup> La cohabitation se produit lorsque le Président de la République et le Premier ministre sont liés à deux parties opposées. Il y a eu trois cohabitations sous le régime de la Ve République : 1986-1988, 1993-1995, 1997-2002. La cohabitation découle des élections législatives qui se tiennent pendant le mandat du Président de la République, et dont l'issue est favorable au parti d'opposition, qui devient donc majoritaire à l'Assemblée nationale. Le régime politique français étant de nature parlementaire, le Président est amené à nommer Premier ministre le chef du parti qui a remporté les élections, perdant ainsi au chef de l'État le commandement de l'exécutif au détriment de ce dernier. Ces élections, génératrices de cohabitation, résultent de la dissolution (lorsque, gérée dans le but de renforcer sa base parlementaire, un résultat électoral différent de ce qui était attendu émerge puisqu'il était favorable à l'opposition) et de la différence dans la durée des mandats présidentiel et législatif (7 ans pour le Président, et 5 ans pour les députés). Cependant, depuis l'amendement constitutionnel de 2000, réduisant le mandat présidentiel à 5 ans (afin d'aligner la durée du mandat présidentiel sur celle des députés), cette situation a commencé à avoir moins de chance de se reproduire.

contrôle incident.<sup>23</sup> La Commission a suggéré, dans un avis adressé au président de la République, que

le Conseil constitutionnel pourrait être saisi, sur la demande d'un justiciable, par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, d'une question préjudicielle portant sur la constitutionnalité d'une loi et soulevée devant une juridiction.<sup>24</sup>

S'il n'a pas réussi à faire évoluer le texte par le biais d'une révision constitutionnelle, la pertinence des travaux de 1992 se fait sentir dans les années qui ont suivi jusqu'à la réforme de 2008.<sup>25</sup>

Il est indéniable que l'insertion de la QPC a produit des effets immédiats : 1) le contrôle de constitutionnalité a cessé d'être purement préventif et est devenu répressif ; 2) l'idée même de citoyenneté a été redimensionnée, car chaque justiciable – qui, dans certaines matières, n'a même pas besoin d'être citoyen Français ! – est habilité à demander, dans le cadre de sa procédure, l'examen de la constitutionnalité d'une loi déterminée applicable à son cas spécifique ; 3) bien que de manière interposée, c'est-à-dire sur la base d'un arrêt préalable exercé par les juridictions inférieures et, surtout, par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation, l'accès au Conseil constitutionnel n'a été limité qu'à un contrôle concentré, puisqu'il y a eu en fait une démocratisation de l'accès à la justice constitutionnelle en termes de contrôle incident de constitutionnalité. Par ailleurs, on peut dire que, d'un contrôle préventif effectué dans l'abstrait, il y a eu un contrôle concret de constitutionnalité comme principal moyen d'accès au débat constitutionnel devant la plus haute juridiction française.

Il est important de noter qu'il ne s'agit pas de l'introduction d'un contrôle diffus de la constitutionnalité, étant donné que les juges et les tribunaux ne sont autorisés à juger que de la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité. La décision sur la constitutionnalité de la loi relève de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel, aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, résultat de la révision constitutionnelle de 2008 :

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

En ce qui concerne l'objet soumis au contrôle de constitutionnalité par le biais de la QPC, l'article 61-1 précité fait explicitement référence à les « dispositions législatives », c'est-à-dire aux actes normatifs ou aux actes ayant force de loi

<sup>23</sup> Décret n. 92-1247 du 2 décembre 1992 instituant un comité consultatif pour la révision de la Constitution, JORF n. 281 du 3 décembre 1992, 16458.

<sup>24</sup> Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République, Comité consultatif pour une révision de la Constitution présidé par le doyen Vedel 1993.

<sup>25</sup> Toujours sur le sujet, dans une perspective historique, voir Dupic et Briand 2013.

adoptés par le pouvoir législatif. Par conséquent, l'examen des décrets et décisions administratifs, qui ne sont soumis à l'inspection et au contrôle que par les juridictions administratives, n'est pas inclus. Un autre aspect important lié aux objets soumis au contrôle par le biais de la QPC réside dans les hypothèses matérielles : seules les normes censées contrevenir aux « droits et libertés garantis par la Constitution » et qui couvrent le « bloc de constitutionnalité » – ou la « charte jurisprudentielle des droits et libertés » – peuvent faire l'objet d'un contrôle incident, tels qu'exprimés par Dominique Rousseau (2018, 232) – c'est-à-dire les droits et libertés contenus dans le texte constitutionnel, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans le préambule de la Constitution de 1946, dans la Charte de l'environnement de 2004, et ceux prévus dans les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR).

En ce qui concerne la dimension subjective de la QPC, il convient de relever que l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte normatif applicable à une procédure en cours dont la partie requérante ne peut qu'invoquer l'incompatibilité de la règle attaquée avec ses droits et libertés. Ainsi, suivant les tendances d'autres systèmes constitutionnels, qu'il s'agisse du *common law*, comme aux États-Unis, ou du *civil law*, comme le Brésil, l'Espagne et l'Allemagne, la dimension subjective du contrôle incident de constitutionnalité en France revêt une importance déterminante pour le cas concret à examiner par le Conseil constitutionnel.

Bien que le contrôle de la constitutionnalité des lois relève de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel, cette caractéristique du système français n'enlève pas aux juridictions ordinaires – judiciaires ou administratives – le contrôle de la « conventionnalité » du droit<sup>26</sup>. Tant le juge du contentieux judiciaire<sup>27</sup> que le juge du contentieux administratif<sup>28</sup> sont compétents pour examiner la compatibilité de la loi avec les traités et conventions internationaux, d'où il s'ensuit que le juge de droit commun doit privilégier la question prioritaire de constitutionnalité sur les autres demandes relevant de sa compétence, même si les motifs de la QPC relèvent de la constitutionnalité ou de la conventionnalité de la loi contestée. Le caractère démocratique d'un large accès à la justice constitutionnelle, ainsi que la recherche de la supériorité effective de la Constitution, peuvent être clairement perçus lorsqu'il est vérifié que l'exception d'inconstitutionnalité à l'origine de la QPC peut être soulevé devant n'importe quelle instance ou niveau de juridiction, même si, dans certains cas, uniquement devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. La seule exception à la possibilité de soulever une question prioritaire de constitutionnalité est les décisions des Cours d'assises, face à laquelle n'appartient pas à la QPC la fonction de discuter du bien-fondé de l'action. Cependant, même devant la Cour d'assises d'appel, au

<sup>26</sup> Le contrôle de la conventionnalité est le contrôle par lequel les juges et les tribunaux vérifient la conformité des lois et normes nationales avec les traités internationaux et les normes communautaires (c'est-à-dire les normes édictées par les organes de l'Union européenne).

<sup>27</sup> Cour de cassation, *Arrêt Société des Cafés Jacques Vabre*, 24 mai 1975.

<sup>28</sup> Conseil d'État, *Arrêt Nicolo*, 20 octobre 1989.

niveau d'un appel sur une question de droit, au lieu d'une question de fait, il sera possible de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi appliquée au cas d'espèce.<sup>29</sup>

En conclusion, il est nécessaire de rappeler que la possibilité d'une concomitance entre le contrôle préventif – et abstrait – de la constitutionnalité et un contrôle incident – et concret – par des juges ordinaires a déjà fait l'objet de discussions sur le sol français à plusieurs reprises. Dans ses recherches sur les idées qui ont donné naissance à la Constitution de 1958, Stéphane Pinon (2003, 179-81) souligne que déjà dans les années 1920 il y avait un nombre important de juristes, comme Hauriou, Duguit et le doyen de la faculté de droit de Paris, Henri Berthélemy, qui se sont manifestés en faveur de la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité par le juge ordinaire, restant limité aux héritiers de l'école de Adhémar Esmein la défense du système de simple contrôle politique en vigueur à l'époque.

L'instauration du contrôle incident de constitutionnalité en France, précisément dans la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle, coïncide avec la période du dépassement des grandes dichotomies du droit – public et privé, contrôle abstrait et contrôle concret, *common law* et *civil law* – qui, comme nous le verrons dans les chapitres suivants, caractérise le phénomène constitutionnel transnational. Ce dépassement des dichotomies juridiques traditionnelles est le produit, d'une part, d'une plus large circulation des idées et des catégories juridiques, et, d'autre part, il résulte également de l'évolution d'une conception de la juridiction constitutionnelle limitée à l'initiative des agents politiques vers une conception démocratiquement ouverte à la participation active du citoyen.

## Bibliographie

- Antoine, Aurélien. 2018. *Droit constitutionnel britannique*. 2 ed. Paris : L.G.D.J.
- Avril, Pierre, et Gérard Vincent. 1988. *La IV<sup>e</sup> République : Les noms, les thèmes, les lieux*. Paris : MA Éditions.
- Bergounous, Georges. 2013. "Le Conseil constitutionnel et le législateur." *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* 38, janvier. <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1466/pdf>> (29-08-2025).
- Blick, Andrew. 2015. *Beyond Magna Carta : a constitution for the United Kingdom*. Oxford : Hart Publishing.
- Bogdanor, Vernon. 2009. *The New British Constitution*. Oxford : Hart Publishing.
- Boutmy, Émile. 1885. *Études de Droit Constitutionnel : France, Angleterre, États Unis*. Paris : Librairie Plon.
- Carré de Malberg, Raymond. 1984. *La loi expression de la volonté générale*. Paris : Economica.

<sup>29</sup> Conseil Constitutionnel, *Décision n° 2017-694 QPC*, du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres, sur la « Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises », a déclaré non conformes à la Constitution les dispositions qui ne prévoyaient pas la motivation de la peine dans les décisions des Cours d'assises. Une décision qui semble une importante évolution à partir de la publication de la loi du 10 août 2011, qui a imposé la motivation explicite de la décision de culpabilité, selon l'art. 365-1 du code de procédure pénale.

- Coke, Edward. 1853. *The first part of the Institutes of the Laws of England*. 1<sup>st</sup> American, from 19<sup>th</sup> London Ed. Philadelphia : Robert H. Small.
- Constantinesco, Vlad, et Stéphane Pierrè-Caps. 2004. *Droit constitutionnel*. Paris : PUF.
- Creighton, Louise. 1877. *England, a continental power : from the conquest to Magna Charta*. Toronto : A. Miller.
- David, René. 2016<sup>12</sup> (1964). *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*. Paris : Dalloz.
- Dicey, Albert Venn. 1915. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th ed. London : Macmillan.
- Duguit, Léon. 1928. *Traité de droit constitutionnel. Tome troisième : La théorie générale de l'Etat, suite et fin*. Paris : Fontemoing.
- Dupic, Emmanuel, et Luc Briand. 2013. *La Question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*. Paris : PUF.
- Esmein, Adhémar. 1914<sup>6</sup>. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris : Sirey.
- Gautier, Alfred. 1887<sup>3</sup>. *Précis de l'histoire du droit français*. Paris : L. Larose et Forcel.
- Girard, Didier. 2013. "Le Président de la République : une autorité juridictionnelle méconnue. La justice retenue sous l'empire de la Constitution du 4 octobre 1958." *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 3 : 673-705.
- Hauriou, Maurice. 1930. *Précis élémentaire de droit constitutionnel*. Paris : Recueil Sirey.
- Hill, Christopher. 1997. *Puritanism and revolution: studies in interpretation of the English Revolution of the seventh century*. New York : St. Martin's Press.
- Lambert, Édouard. 2005. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris : Dalloz.
- Loewenstein, Karl. 1957. *Political Power and the Governmental Process* Chicago : University of Chicago Press.
- Pinon, Stéphane. 2003. *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la Ve République*. Paris : LGDJ.
- Pocock, J. G. A. 1967. *Ancient Constitutional and the Feudal Law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Rioux, Jean-Pierre. 1980. *Nouvelle histoire de la France contemporaine. Tome 15 : La France de la Quatrième République : 1. L'ardeur et la nécessité, 1944-1952*. Paris : Éditions du Seuil.
- Rousseau, Dominique. 2015. *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*. Paris : Seuil.
- Rousseau, Dominique. 2018. "Constitucionalismo e democracia." *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 10, 3 : 228-37. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.103.01>
- Rousseau, Dominique. 2021. *Justiça constitucional francesa*. Belo Horizonte : Editora Fórum.
- Santoro, Emilio. 2002. "Rule of law e 'libertà degli inglesi'. L'interpretazione di Albert Venn Dicey." *In Lo stato di diritto. Teoria, storia, critica*, a cura di Pietro Costa, e Danilo, Zolo, 173-223. Milano : Feltrinelli.
- Seaberg, R. B. 1981. "The Norman Conquest and the Common Law : the Levellers and the Argument from Continuity." *The Historical Journal* 24 (4) : 791-806. <https://doi.org/10.1017/S0018246X00008207>
- Tocqueville, Alexis de. 1837<sup>2</sup>. *De la démocratie en Amérique*. Tome I. Paris : Rosa.
- Troper, Michel. 1980. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris : LGDJ.
- Troper, Michel. 2001. *La théorie de l'État, le droit, l'État*. Paris : PUF.

U.K. Parliament. 2003. *Joint Committee on Draft Civil Contingencies Bill*. First Report. London.

Verpeaux, Michel. 2013. *La question prioritaire de constitutionnalité*. Paris : Hachette.

## La constitution comme document politique et juridique : la généalogie du constitutionnalisme libéral américain

Le constitutionnalisme américain est responsable de la genèse de la notion de constitution en tant que document juridique suprême dans un ordre juridique étatique. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'idée de la Constitution en tant que document politique limitant le pouvoir public a été introduite sur le sol européen – notamment à la suite de la Révolution française – mais toujours sans la dimension juridique clairement présente, c'est-à-dire sans la possibilité d'un contrôle juridictionnel des actes normatifs.

En 1803, le contrôle diffus est né pour la première fois aux États-Unis d'Amérique avec la célèbre décision de la Cour suprême dans l'affaire *Marbury v. Madison*<sup>1</sup>, dans lequel la constitutionnalité d'un acte normatif ordonné par le secrétaire d'État du président de la République a été analysée. L'affaire a commencé en 1801, lorsque le président de la République de l'époque, John Adams, a nommé, dans les derniers jours de son gouvernement, William

<sup>1</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Il convient, d'emblée, d'expliquer comment est faite la référence aux jugements en droit américain : d'abord, les noms de l'appelant et de l'intimé sont mentionnés, « *Marbury v. Madison* », puis, le premier numéro qui suivra identifiera le volume dans lequel il a été publié, « 5 », puis, les lettres servent à abrégier l'organe de jugement, dans le cas de la Cour suprême, doit être « U.S. », le numéro après ces lettres doit être celui de la première page « 137 », et la référence doit se terminer par l'année du jugement entre parenthèses « (1803) ».

Marbury comme juge de paix. Cependant, comme l'investiture n'a pas eu lieu sous le gouvernement d'Adams, le nouveau président de la République, Thomas Jefferson, a ordonné à son secrétaire d'État, James Madison, d'annuler l'acte d'Adams en ce qui concerne le poste qui serait occupé par Marbury. Non résigné avec cette décision, Marbury fait appel à la Cour suprême pour demander une ordonnance de *writ of mandamus* de lui restituer le droit qu'il avait au regard de la législation en vigueur et valide à l'époque. Dans le jugement qui a eu lieu en 1803, le juge en chef de la Cour suprême, John Marshall, a affirmé que la Constitution

is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

Cependant, la décision finale de la Cour suprême a été de rejeter le *writ of mandamus* demandé par William Marbury, au motif que la Section 12 du *Judiciary Act*, de 1797, serait inconstitutionnelle dans la mesure où il se heurterait à la Constitution de 1787 en établissant pour la Cour suprême une compétence que la Constitution elle-même ne prévoyait pas : celle de prononcer des ordonnances de *mandamus* (*writs of mandamus*) contre le pouvoir exécutif.<sup>2</sup>

Il convient de noter que le contexte de l'époque était l'un des plus défavorables à la Cour suprême, car il s'agissait d'un organe encore peu développé qui n'avait même pas son propre siège – ce qui n'a eu lieu qu'en 1935, lorsqu'il a quitté le Capitole et s'est installé dans ses locaux actuels – et le juge en chef John Marshall n'était en fonction que depuis trois ans, n'ayant jamais, avant cela, occupé aucune fonction dans le système judiciaire. En outre, il y avait de forts soupçons qu'un résultat négatif contre le président Thomas Jefferson pourrait conduire à des demandes de destitution contre les juges de la Cour suprême (Alstyne et Marshall 1969, 2-3).

Bien que l'arrêt en question ait été novateur en ce qu'il a permis la possibilité d'un *judicial review* des actes normatifs ou des actes ayant force de loi pris par les pouvoirs législatif et exécutif, une autre décision en matière de contrôle de constitutionnalité n'a été prise qu'en 1857, dans le cas de *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857). À cette occasion, une loi fédérale qui avait interdit l'esclavage sur l'ensemble du territoire national a été déclarée incompatible avec la Constitution des États-Unis, puisque les noirs, même s'ils étaient libres, ne pouvaient pas être considérés comme des « citoyens » et, par conséquent, n'auraient même pas le droit d'intenter des poursuites contre des citoyens américains « légitimes ». Selon la perspective constitutionnelle en vigueur à l'époque, l'homme noir n'était considéré que comme un objet capable de générer des droits de propriété pour un « citoyen », ne pouvant jamais être le détenteur d'un quelconque droit.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Pour plus d'informations sur ce jugement, voir Alstyne et Marshall 1969 ; Alfange Jr., 1993 ; Eisgruber 2003 ; Corwin 1914 ; Rose 2003 ; aussi Pfander 2001.

<sup>3</sup> Le Chief Justice Roger Taney, qui a présidé le jugement du cas *Dred Scott v. Sandford*, a déclaré que : « A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a "citizen" within the meaning of the Constitution of the United States ». Pour une étude plus approfondie du cas, voir Ehrlich 1968, 256-65 ; aussi Boman 2000, 405-28.

La manière dont le contrôle de constitutionnalité s'est mis en place (*judicial review*) aux États-Unis peut sembler, à première vue, quelque peu paradoxale, car la Constitution américaine ne prévoit pas clairement l'existence d'une forme de contrôle de la constitutionnalité des lois. Cependant, si l'on y regarde de plus près, on verra que l'absence même de norme en la matière a permis et, avant cela, a contraint les juges américains à inventer un mécanisme, pour ainsi dire « autosuffisant », de contrôle de la constitutionnalité des lois. Il est évident, en effet, que le silence de la Constitution américaine sur le contrôle de la constitutionnalité des lois, tout en éliminant implicitement un mécanisme de contrôle concentré, n'élimine cependant pas un mécanisme de contrôle diffus, puisque ce contrôle peut être exercé par tout juge dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les normes déjà existantes dans le système juridique. D'autre part, l'attribution exclusive à un organe déterminé d'une telle compétence exigerait nécessairement l'existence d'une disposition constitutionnelle établissant positivement une telle attribution.

Le principe du contrôle diffus de la constitutionnalité des lois repose sur la double prémisse de la rigidité de la Constitution des États-Unis et du pouvoir-devoir – la clause dite de « suprématie » présente dans la Constitution des États-Unis, art. 6, par. 2<sup>4</sup> – que chaque juge a pour interpréter et appliquer à la fois la loi et la Constitution.<sup>5</sup> Le juge qui, dans l'exercice de ses fonctions, est confronté à la nécessité d'appliquer une loi à un cas concret, doit vérifier au préalable que cette loi n'est pas contraire à la Constitution. Si, en effet, le conflit entre deux lois peut être résolu, par exemple, par l'application du critère chronologique (*lex posterior derogat priori*), puisqu'il s'agit de dispositions juridiques hiérarchiquement égales et, par conséquent, dotées de la même force normative, en cas de conflit entre la loi et la Constitution, l'infériorité hiérarchique de la première l'empêche de modifier valablement la seconde. Dans ce cas, le juge doit donner préséance à la Constitution et ne peut plus résoudre la controverse soumise à sa décision en recourant à la loi jugée inconstitutionnelle. De cette façon, il doit juger sans tenir compte de cette loi, c'est-à-dire en cessant de l'appliquer dans le cas concret et, d'autre part, en lui appliquant une autre norme déterminée sur la base du critère analogique ou de tout autre critère (par exemple, le recours aux principes généraux du droit, l'interprétation topique-systématique, etc.) possible dans ce système juridique positif.

<sup>4</sup> L'art. 6, par. 2, détermine que : « La présente Constitution, et les lois des États-Unis qui seront faites en vertu de celle-ci, et tous les traités conclus, ou qui seront conclus, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges de chaque État seront liés par celle-ci, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois d'un État. »

<sup>5</sup> La *Supremacy Clause* est née comme une prérogative exclusive de la souveraineté de l'État qui détermine toutes les autorités publiques pour assurer la suprématie de la Constitution dans tout le pays, mais, en ce qui concerne le pouvoir judiciaire, elle finit par constituer un devoir spécifique que le juge a de garantir la suprématie de la Constitution lorsqu'il est appelé à statuer sur une affaire concrète. Sur le sujet, voir Birkby 1966, 123-35.

Toutefois, la désapplication est un instrument d'effets singuliers ; elle n'est valable que pour une controverse spécifique qui est en cours d'analyse, ne produisant donc aucun lien par rapport à un autre juge qui est confronté à la même controverse à laquelle il doit répondre. Il est évident que cela peut facilement déterminer des situations d'incertitude de la loi, si, par exemple, un juge tranche une certaine controverse en n'appliquant pas la norme « A », comme inconstitutionnelle, pour appliquer la norme « B » ; et un autre juge tranche la même controverse en appliquant, au contraire, la règle « A », puisqu'elle est considérée comme conforme à la Constitution. Le remède à cet inconvénient réside, selon le système juridique américain, dans le principe du *stare decisis*, selon lequel les décisions de la Cour suprême sont formellement contraignantes pour tous les juges. Pour revenir à l'exemple illustré ci-dessus, la partie perdante, en raison de l'application de la règle « B », peut faire appel devant la deuxième instance et, si elle n'obtient toujours pas gain de cause, aussi devant la Cour suprême, en faisant valoir que le juge de première instance n'a pas appliqué à tort la règle « A » parce que cette règle, à son avis, n'est pas contraire à la Constitution. Si la Cour suprême rejette l'appel et, confirmant l'inapplication de la règle A en raison de son inconstitutionnalité, déclare la règle B applicable, cette décision s'imposera désormais à tous les juges auxquels pourra être présentée une controverse telle que celle qui a fait l'objet de la décision de la Cour. Par conséquent, aucun juge ne pourra plus appliquer la règle « A », puisqu'elle a été définitivement jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême.

Le pouvoir-devoir qu'à tout juge d'interpréter à la fois la loi et la Constitution est l'héritage le plus clair que l'on puisse percevoir, dans le cadre du droit constitutionnel, du *common law* britannique par rapport au *common law* américain. Même si le modèle de Constitution écrite typique du constitutionnalisme d'Europe continentale n'a jamais existé en Angleterre, l'idée de primauté du droit (*rule of law*) a fait de chaque interprète du droit le gardien de son unité et de sa cohérence systématique.<sup>6</sup> Ainsi, le contrôle diffus de la constitutionnalité trouvera son origine dans une époque ancienne où le *rule of law* s'est affirmée comme principe d'organisation constitutionnelle du *common law*, servant de base à la définition de ce qui est ou n'est pas conforme au droit en vigueur. Avec la Constitution des États-Unis de 1787, la primauté du droit a été transmutée en supériorité de la Constitution, de sorte que l'expression *rule of law* assumerait, aux États-Unis, peu après la promulgation de la Constitution, un lien profond avec l'idée de garantir et de protéger la Constitution.

Tout juge qui, dans l'exercice de ses fonctions, est confronté à la nécessité d'appliquer une loi à un cas déterminé, doit vérifier au préalable que cette loi n'est pas contraire à la Constitution. C'est par l'œuvre du juge ordinaire que la Constitution et le *rule of law* sont actuellement garantis sur l'ensemble du territoire des États-Unis. Compte tenu de l'autonomie dont dispose le juge

<sup>6</sup> Cette cohérence systématique a été consacrée depuis l'origine de la *common law* britannique par le principe de la *stare decisis*.

ordinaire pour interpréter et appliquer la Constitution, on a même parlé d'un « gouvernement des juges », notamment avec la critique d'Édouard Lambert (2005), dans les années 1920.

L'élargissement progressif de ce pouvoir-devoir d'interprétation de la Constitution de chaque juge a conduit le contrôle diffus de la constitutionnalité des lois (*judicial review*) à donner naissance à un phénomène que l'on appellera l'*activisme judiciaire*. Il est d'usage de se référer à la décision *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905) de la Cour suprême des États-Unis comme le jalon le plus éloquent de l'intervention judiciaire dans les prérogatives des autres pouvoirs publics. Dans cette décision la Cour suprême a compris que le principe de la liberté contractuelle était implicite dans la notion de droit au procès équitable (*due process of law*) inscrit dans la section 1 du 14<sup>e</sup> amendement de la Constitution des États-Unis. Dans l'affaire en question, la Cour a déclaré inconstitutionnelle une loi de l'État de New York qui établissait à 60 heures la limite de la journée de travail hebdomadaire des boulangers, affirmant qu'une telle limitation de la liberté individuelle de contracter était « déraisonnable, inutile et arbitraire ». <sup>7</sup> En plus de représenter ce qu'on a appelé « l'ère *Lochner* » (1897-1937), au cours de laquelle les interventions de l'État dans le domaine économique ont été continuellement invalidées par la Cour suprême des États-Unis, elle peut également être considérée comme l'un des premiers cas d'activisme judiciaire flagrant exercé par cette Cour. <sup>8</sup>

Mais c'était avec l'historien Arthur Schlesinger Jr., dans un article du magazine *Fortune* intitulé "The Supreme Court : 1947", que le terme *judicial activism* est entré dans le lexique non seulement juridiquement, mais surtout politiquement et populairement (Kmiec 2004, 1446). Se référant à la capacité de jouer un rôle positif dans la promotion du bien-être social, Schlesinger a qualifiés d'« activistes judiciaires » (*judicial activists*) les juges Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy et Wiley Rutledge. D'autre part, les juges Felix Frankfurter, Harold Burton et Robert H. Jackson ont été étiquetés « champions de l'autolimitation » (*Champions of Self-Restraint*), parce qu'ils comprennent que le pouvoir judiciaire ne doit pas aller au-delà de son espace limité au sein du système américain. Dans une position intermédiaire, le juge en chef Frederick M. Vinson, ainsi que le

<sup>7</sup> « Section 110 of the labor law of the State of New York, providing that no employes shall be required or permitted to work in bakeries more than sixty hours in a week, or ten hours a day, is not a legitimate exercise of the police power of the State, but an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract in relation to labor, and, as such, it is in conflict with, and void under, the Federal Constitution » *Lochner v. People of New York*, 198 US 45 (1905).

<sup>8</sup> À propos de l'ère *Lochner*, Cass Sunstein (1987, 874) soutient que : « The received wisdom is that *Lochner* was wrong because it involved 'judicial activism': an illegitimate intrusion by the courts into a realm properly reserved to the political branches of government. This view has spawned an enormous literature and takes various forms. The basic understanding has been endorsed by the Court in many cases taking the lesson of the *Lochner* period to be the need for judicial deference to legislative enactments. »

juge Stanley F. Reed, ne seraient pas entièrement caractérisables comme l'une ou l'autre des parties (Kmiec 2004, 1446).

Un aspect fondamental de l'activisme judiciaire que Schlesinger a immédiatement détecté est la malléabilité du raisonnement juridique, au détriment de sa scientificité. Keenan D. Kmiec (2004, 1447), commentant l'article susmentionné, souligne que Schlesinger avait déjà détecté que les *judicial activists* comprennent le droit et la politique comme indissociables, ce qui empêcherait qu'il y ait une réponse « correcte » définitive, car chaque décision judiciaire compterait dans un choix politique du juge. Selon cette perspective, l'autolimitation ne serait rien d'autre qu'une prétention illusoire d'objectivité dans l'acte décisionnel, quelque chose d'incompatible avec le sens de la justice et le désir de produire des améliorations sociales qui devraient guider le juge.

Le célèbre texte de Schlesinger est né avec deux problèmes qui semblent être passés inaperçus aux yeux de l'auteur : l'imprécision terminologique de l'expression en débat et l'absence de définition quant à savoir s'il s'agit de quelque chose de positif ou de négatif. Il qualifie les juges de la Cour suprême d'« activistes judiciaires » et de « champions de l'autolimitation », établit des liens avec chacun de ces groupes, mais ne précise pas quelle est la meilleure position, que ce soit d'un point de vue politique ou juridique. Dans un sens similaire à celui mis en évidence par Kmiec (2004, 1463-76), nous voyons que Schlesinger avait déjà détecté les conflits internes que l'activisme judiciaire finit par produire :

- Juges non élus *vs.* lois approuvées démocratiquement ;
- Décisions à orientation politique *vs.* décisions à caractère juridique ;
- L'utilisation créative des précédents *vs.* l'utilisation stricte des précédents ;
- Suprématie de la volonté populaire *vs.* droits de l'homme ;
- Politique *vs.* Droit.

Cependant, les doutes existants quant au caractère positif ou péjoratif de l'expression ont été dissipés lorsque la position « activiste » a été incorporée par plusieurs juges, et pas seulement de la Cour suprême : au cours des années 50, la juridiction ordinaire a commencé à jouer un rôle important dans la défense des droits civils des minorités sociales, en particulier des minorités raciales.<sup>9</sup> La croissance significative des programmes fédéraux au cours de la période du New Deal a exigé une attention particulière à l'impact de leurs actions dans les contextes concrets des réalités locales, faisant du pouvoir judiciaire le dernier espace dans le processus de garantie des droits des minorités. La discrimination positive (*affirmative actions*) a alors émergé en tant qu'instrument politique de lutte contre les inégalités sociales résultant de facteurs tels que le sexe, la race, l'appartenance ethnique, la religion ou toute autre forme de discrimination.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Voir le positionnement (peut-être trop) critique de Cover 1982, 1287-316.

<sup>10</sup> Pour une étude sur l'émergence de l'*affirmative action*, voir Killenbeck 1999, 1299-407 ; Day 2001, 59-127 ; aussi Gomes 2001.

L'activisme judiciaire est corrélé à un autre phénomène qui est également typique du droit américain : la discrimination positive (*affirmative actions*). Bien qu'il s'agisse d'une question de nature politique, c'est-à-dire que les mesures émanent, en général, de l'exécutif, elles revêtent une condition particulière lorsqu'elles deviennent l'objet de la juridiction de la Cour suprême. La procédure et la technique décisionnelle adoptées par la Cour ne seront pas différentes de celles qu'elle emploie habituellement lorsqu'elle est saisie d'une affaire concrète. Cependant, les effets de cette décision toucheront, ou passeront très près, des points d'une extrême délicatesse existants dans des questions cruciales de politique intérieure américaine, de sorte que Cass Sunstein va jusqu'à dire que, dans certaines situations, la Cour suprême comprend qu'il vaut mieux « laisser les choses telles qu'elles sont », sans se décider, en faisant ce qu'il appelle un « usage constructif du silence ».<sup>11</sup> Avec cela, l'autolimitation (*selfrestraint*) finit par se placer à l'extrême opposé de l'activisme judiciaire.

La discrimination positive est apparue aux États-Unis comme un instrument politique pour lutter contre les inégalités sociales résultant de facteurs tels que le sexe, la race, l'appartenance ethnique, la religion ou toute autre forme de discrimination.

En 1961, le président de l'époque, John F. Kennedy, a signé un décret présidentiel (*Executive Order* n. 10925) par lequel les employeurs ont commencé à être tenus de se comporter plus que simplement d'une façon non discriminatoire à l'égard de leurs employés. Cette règle exigeait un comportement *positif* et *affirmatif* de la part de l'employeur au moment de l'embauche et dans ses relations quotidiennes avec ses employés, établissant que l'employeur devait également être un moyen de promouvoir la réduction des inégalités existantes dues à la race, à la couleur, au sexe ou à la nationalité d'origine. Dans le gouvernement de Lyndon Johnson, le *Civil Rights Act* (1964) est devenu la première étape d'un programme social qui, cette année-là et l'année suivante, allait faire entrer en vigueur une série de lois dont les deux objectifs principaux étaient les suivants : (1) aider les personnes à faible revenu par le biais de programmes visant à encourager l'éducation et la protection de la santé, et (2) stimuler l'économie afin que de nouveaux postes vacants soient ouverts aux personnes historiquement exclues ou marginalisées du système éducatif et du marché du travail (Moses 2001, 5-6). C'est dans ce contexte que l'activisme judiciaire a pris de l'ampleur sur le sol américain et a commencé à représenter la défense devant les tribunaux d'actions qui n'étaient pas suffisantes politiquement.

Ainsi, dans les décennies qui ont suivi, la discrimination positive est devenue un instrument politique pour tenter de réduire les inégalités historiques, en particulier les inégalités raciales, existant aux États-Unis. Cependant, c'est devenu

<sup>11</sup> Sunstein (1996, 07) stipule que la Cour suprême fait un *constructive use of silence* quand les juges ont recours au silence « for pragmatic or strategic reasons to promote democratic goals. Of course it is important to study what judges say; but it is equally important to examine what judge do not say, and why they do not say it. »

l'une des questions les plus délicates que la Cour suprême juge habituellement, car, lorsqu'il s'agit de celle-ci, le panorama est presque toujours le même : d'une part, nous voyons un individu bénéficier de la discrimination positive – qui a un fondement politique qui lui confère une légitimité découlant d'un long processus historique d'exclusion sociale et de discrimination – et, d'autre part, il y a un autre individu qui prétend recevoir le même avantage que celui qu'il a reçu uniquement sur la base d'un critère arbitraire qui cherche à promouvoir l'égalité entre les différents groupes. Cependant, dans ce cas, un tel critère finit par produire un sentiment d'injustice dans le côté qui aurait soi-disant plus de mérite spécifique ou de légitimité *in concreto* pour recevoir l'avantage en question. C'est-à-dire que dans toute décision que la Cour prendra, elle risquera de maintenir une inégalité existante ou d'en produire une nouvelle.

La complexité politique que peuvent revêtir les effets de la décision de la Cour suprême est bien résumée dans l'affaire *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Dans ce *case*, l'École de médecine de l'Université de Californie à Davis a promu des sélections, en 1973 et 1974, dans lesquelles elle demandait des candidats qui avaient des « désavantages économiques et/ou éducatifs » et des candidats qui appartenaient à des « groupes minoritaires » (noirs, asiatiques, descendants d'indiens, latinos). Toutefois, alors que les candidats « normaux » devraient obtenir une note minimale de 2,5 sur une échelle allant jusqu'à 4,0, les candidats qui ont déclaré être désavantagés sur le plan économique et/ou éducatif pour des raisons raciales pourraient être admis sur la base d'une « échelle spéciale », dans laquelle il n'est pas nécessaire d'obtenir cette note minimale de 2,5. Dans le cas en question, bien que la Cour suprême ait « décidé de décider », elle l'a fait avec une extrême prudence. Tout d'abord, elle a déterminé que la procédure de sélection examinée était invalide, qu'elle violait le principe d'égalité, garanti par le quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis, et qu'elle violait le paragraphe 601 du titre VI du *Civil Rights Act*, de 1964, qui interdit la possibilité qu'une personne soit exclue de tout programme social en raison de sa race ou de sa couleur. La Cour a ensuite ordonné que Bakke soit admis par l'appelant, l'Université de Californie à Davis, parce qu'il satisfaisait à tous les critères de sélection adoptés par l'appelant, qu'il ait ou non un programme spécial pour les groupes minoritaires. Toutefois, à cette fin, la décision de la Cour s'est limitée à produire des effets *inter partes* : à aucun moment le critère de sélection qui réservait les postes vacants aux candidats appartenant à des groupes minoritaires n'a été déclaré inconstitutionnel ; la Cour suprême a déclaré invalide la manière dont un programme de sélection spécifique stipulait ses critères, créant des situations comme celle de Bakke, un candidat qui n'a pas été admis alors qu'il avait rempli, avec une large marge, toutes les exigences posées dans la sélection.

Comme on peut le constater, le sujet de la discrimination positive soulève des questions qui dépassent le cadre de la compétence de la Cour suprême. Dans le cas *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke* de vives critiques ont été formulées en raison que la Cour aurait manqué une grande occasion d'établir un critère précis sur les détails de la discrimination positive, préférant laisser en suspens

les règles juridiques de ces discriminations.<sup>12</sup> Cependant, la Cour suprême a, à maintes reprises, souligné sa fonction limitée de contrôle de la légitimité et de la constitutionnalité des actes normatifs et des actes ayant force de loi qui traitent de l'action positive, et elle n'est pas responsable de faire des choix politiques et de stipuler des programmes sociaux.<sup>13</sup> En l'absence de toute disposition constitutionnelle sur l'action positive, c'est en effet à la Cour suprême qu'il incombe de déterminer dans quels cas les excès ont eu lieu et dans quels cas ils ne se sont pas produits.

Il est important de noter que, malgré les étiquettes d'activiste ou de auto-limité, la Cour suprême des États-Unis a consolidé tout au long du XXe siècle sa fonction de garante de la suprématie constitutionnelle par le contrôle (*judicial review*) des décisions des tribunaux fédéraux, d'État ou de districts fédéraux qui ont enfreint la Constitution, soit en appliquant une règle fédérale, étatique ou municipale contrairement à la règle constitutionnelle, soit en n'appliquant pas une règle fédérale, étatique ou municipale qui contredit la Constitution.

La brève analyse de certaines affaires suffira à illustrer l'étendue du pouvoir de contrôle exercé par la Cour suprême des États-Unis.

Dans l'affaire *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983), l'objet du jugement constitutionnel était la décision d'un tribunal fédéral, à savoir la Cour d'appel de Californie, qui a confirmé la décision d'un tribunal de district fédéral qui avait déclaré inconstitutionnelle une loi d'un État (Code pénal de Californie, par. 647) qui accordait à l'autorité de police le pouvoir d'approcher, à sa discrétion, tout individu qui présentait des signes de « vagabondage » et qui l'arrêtait pour ce crime, s'il ne lui était pas possible de présenter des documents d'identité et de justifier les raisons de sa présence dans ce lieu ou sur la voie publique. Dans le cas d'Edward Lawson, un afro-américain qui s'identifiait à l'époque au mouvement *hippie*, son apparence particulière et ses habitudes visant à l'oisiveté lui ont valu la persécution de la police de San Diego, car, bien qu'il n'ait pas commis de crime grave, son incursion répétée dans le « vagabondage » justifiait 15 arrestations pour cette raison entre mars 1975 et janvier 1977, ayant été poursuivi deux fois et condamné dans l'un d'eux à payer une amende pour « vagabondage ». Indigné par cette situation, Lawson a intenté une action civile auprès de la Cour fédérale du district de Californie du Sud, demandant la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition légale susmentionnée et la réparation des dommages matériels et moraux (*punitive damages*) causés par les arrestations et la condamnation à payer une amende. En première instance, il a gagné l'affaire concernant la demande de déclaration d'inconstitutionnalité pour violation du quatrième amendement, qui garantit à l'individu le droit de

<sup>12</sup> Pour une critique de l'omission adoptée par la Cour suprême dans l'affaire en question, voir Bybee 2000, 263-90.

<sup>13</sup> En ce sens, voir *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982) ; *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986) ; *Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547 (1990) ; et *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

ne pas être persécuté ou emprisonné sans motif raisonnable.<sup>14</sup> Pour le reste, la Cour n'a pas compris qu'une indemnisation pour dommages non patrimoniaux était appropriée (*punitive damages*) contre les différents policiers qui l'ont arrêté, car les autorités de police ont toujours agi de bonne foi dans l'application d'une loi jusque-là considérée comme constitutionnelle. La Cour d'appel (juridiction immédiatement supérieure au tribunal d'instance qui a rendu le jugement en question) a confirmé cette décision. Lorsqu'il est arrivé à la Cour suprême, en 1983, l'appel interjeté par les autorités policières a été rejeté et la décision du tribunal inférieur confirmée, de sorte que l'affaire *Kolender v. Lawson* est devenu une référence pour la lutte contre la discrimination raciale.

Une affaire antérieure, *Thompson v. City of Louisville*, 362 U.S. 199 (1960), venant même du tribunal de police (*Police Court*) de Louisville sans être passée par d'autres instances intermédiaires, a été analysée directement par la Cour suprême. Cependant, au lieu de déclarer un acte normatif inconstitutionnel ou ayant force de loi, ce qui a été déclaré inconstitutionnel, pour offense au principe de l'application régulière de la loi, garanti par le premier point du quatorzième amendement, a été une condamnation pénale fondée sur des accusations de « vagabondage » et de « conduite désordonnée ». La suppression des instances intermédiaires était dû au fait que l'affaire en question et le montant de l'amende qui serait infligée à Thompson rendaient impossible l'examen par les tribunaux supérieurs de l'État et par les tribunaux fédéraux.

Une autre affaire qui constitue l'un des précédents les plus importants de la Cour suprême est le *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1954), où il a été déterminé que la discrimination raciale dans l'enseignement public est un acte contraire à la Constitution. En un mot, on peut dire que le fait a commencé lorsque Oliver Brown, père de trois enfants (la plus jeune Cheryl Brown Henderson est devenue une célèbre défenseuse des droits des Afro-Américains dans le système éducatif américain et aussi dans la vie politique en général), n'a pas été autorisé par le *Board of Education* de sa ville, Topeka (Kansas), à les inscrire dans un établissement d'enseignement destiné aux Blancs, car cette ville avait choisi d'adopter un système ségrégationniste dans l'éducation publique. Dans ce cas, Brown et les autres qui se trouvaient dans une situation analogue ont intenté des poursuites auprès du tribunal de district pour demander la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de l'État qui permettait aux villes de plus de 15 000 habitants de maintenir des écoles séparées pour les Noirs et les Blancs. La doctrine ségrégationniste du « séparés, mais égaux » (*separate, but equals*), jusque-là appliqué aux transports publics, selon les termes de l'affaire *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), a été jugée incompatible avec le système éducatif, tant par le tribunal de district que par la Cour suprême.

<sup>14</sup> Quatrième amendement : « The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. »

Bien que l'affaire *Brown* soit la décision la plus connue et la plus paradigmatique, la plus ancienne sur ce sujet est le *Roberts v. City of Boston*, 59 Mass. 198, 5 Cush, 198 (1849), mais la Cour suprême du Massachusetts a statué qu'il n'y avait aucune base constitutionnelle. Selon cette Cour, la loi de l'État en question, de 1845, était constitutionnellement légitime et ne causait pas de préjudice aux enfants, puisque leurs enseignants avaient les mêmes qualifications et recevaient la même rémunération, et qu'il n'y avait aucune base pour parler d'inégalité ou de violation de la Constitution. La Cour suprême des États-Unis a confirmé la décision et, en outre, a adopté la doctrine « separate, but equals ». L'affaire *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) a été, en fait, le premier à produire des résultats positifs en termes de promotion de l'égalité raciale dans le système éducatif américain.

### Bibliographie

- Alfange Jr., Dean. 1993. "Marbury v Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom." *The Supreme Court Review* 1 : 329-446.
- Birkby, Robert H. 1966. "Politics of Accommodation : The Origin of the Supremacy Clause." *The Western Political Quarterly* 19, 1 : 123-35.
- Boman, Dennis K. 2000. "The Dred Scott Case Reconsidered: The Legal and Political Context in Missouri." *The American Journal of Legal History* 44, 4 : 405-28. <https://doi.org/10.2307/3113785>
- Bybee, Keith J. 2000. "The Political Significance of Legal Ambiguity : The Case of Affirmative Action." *Law & Society Review* 34, 2 : 263-90. <https://doi.org/10.2307/3115084>
- Corwin, Edward S. 1914. "Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review." *Michigan Law Review* 12, 7 : 538-72.
- Cover, Robert M. 1982. "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities." *The Yale Law Journal* 91 : 1287-316.
- Day, John Cocchi. 2001. "Retelling the Story of Affirmative Action : Reflections on a Decade of Federal Jurisprudence in the Public Workplace." *California Law Review* 89, 1 : 59-127. <https://doi.org/10.2307/3481173>
- Ehrlich, Walter. 1968. "Was the Dred Scott Case Valid?" *The Journal of American History* 55, 2 : 256-65. <https://doi.org/10.2307/1899556>
- Eisgruber, Christopher L. 2003. "'Marbury', Marshall, and the Politics of Constitutional Judgment." *Virginia Law Review* 89, 6 (Marbury v. Madison : A Bicentennial Symposium) : 1203-234. <https://doi.org/10.2307/3202393>
- Gomes, Joaquim Barbosa. 2001. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro : Renovar.
- Killenbeck, Mark R. 1999. "Pushing Things up to Their First Principles : Reflections on the Values of Affirmative Action." *California Law Review* 87, 6 : 1299-407.
- Kmieć, Keenan D. 2004. "The Origin and Current Meaning of 'Judicial Activism'." *California Law Review* 92, 5 : 1441-477.
- Lambert, Édouard. 2005. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis (orig. 1921)*. Paris : Dalloz.
- Moses, Michele. 2001. "Affirmative Action and the Creation of More Favorable Contexts of Choice." *American Educational Research Journal* 38, 1 : 3-36.
- Pfander, James E. 2001. "'Marbury', Original Jurisdiction, and the Supreme Court's Supervisory Powers." *Columbia Law Review* 101, 7 : 1515-612.

- Rose, Winfield H. 2003. "Marbury v. Madison : How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution." *Political Science and Politics* 36, 2 : 209-14.
- Sunstein, Cass R. 1987. "Lochner's Legacy." *Columbia Law Review* 87, 5 : 873-919.
- Sunstein, Cass. 1996. "Foreword: Leaving the Things Undecided." *Harvard Law Review* 110 : 4-101.
- Van Alstyne, William W., and John Marshall. 1969. "A Critical Guide to Marbury v. Madison." *Duke Law Journal* 1 : 1-47.

## La constitution et l'ère des droits fondamentaux

Ce chapitre vise à reconstruire la notion de droits sociaux dans une perspective historique qui n'est pas seulement eurocentrique, en cherchant à montrer comment les préoccupations partagées entre l'Europe et les Amériques reflétaient déjà, au début du XX<sup>e</sup> siècle, une circulation d'idées qui allait aboutir à une nouvelle étape du constitutionnalisme occidental, notamment en ce qui concerne le fait d'imposer des obligations au pouvoir étatique. De plus, comme nous le verrons, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les constructions théoriques autour de l'idée de droits publics subjectifs ont ouvert la voie à l'émergence des débats qui deviendraient les plus importants du XX<sup>e</sup> siècle, tels que la défense des droits sociaux, la doctrine des droits fondamentaux et, finalement, la conception même du constitutionnalisme en tant que phénomène guidé surtout par la dignité humaine dans ses multiples dimensions, à commencer par les prérogatives typiques de la citoyenneté.

### 3.1 Jellinek et la doctrine des droits publics subjectifs : du droit naturel aux droits fondamentaux

Tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, une différenciation s'est consolidée, précédée par la doctrine germanique, entre les droits de l'homme et les droits fondamentaux, en prenant comme point de référence le rapport avec le droit interne des États. En bref, les droits fondamentaux sont compris comme ceux qui sont affirmés dans les Constitutions et dans les lois infraconstitutionnelles, ou plutôt, ce sont

ceux qui sont incorporés dans l'orbite juridique de l'État. D'autre part, le champ d'application des droits de l'homme se situe dans la sphère internationale et même sur un plan antérieur à l'émergence du Droit, qu'il soit national ou international : il est ontologiquement lié à l'être humain, influençant ainsi l'essence même du Droit, puisque l'être humain est la valeur la plus élémentaire dont le Droit dérive. Elena Pariotti (2012, 4) rappelle bien qu'une autre distinction possible peut être de nature fonctionnelle, puisque les droits de l'homme auraient une fonction philosophico-juridique, tandis que les droits fondamentaux auraient une fonction théorico-normative, c'est-à-dire que les droits de l'homme

seraient un idéal qui trouverait une concrétisation partielle et diverse dans les systèmes juridiques internes. Les droits de l'homme *peuvent* devenir des droits fondamentaux s'ils sont réalisés dans le cadre d'un système juridique national et au sein des institutions.

Soulignant le caractère supranational des droits de l'homme, Otfried Höffe (2000) les a même rapprochés d'une sorte de morale universelle, qu'il a appelée droit interculturel, capable d'attribuer une légitimité aux ordres constitutionnels nationaux qui les intègrent. Bien que Höffe (2009, 318-41) reconnaisse l'idée largement répandue que les droits de l'homme sont d'origine judéo-chrétienne, avec des influences romaines, grecques et germaniques, c'est-à-dire une catégorie juridique occidentale, il soutient que même les cultures non occidentales qui seraient *a priori* incompatibles avec les droits de l'homme attribuent une sorte de primauté morale à la condition humaine par rapport aux autres êtres, soit par son immanence, soit par le lien direct avec une divinité, de sorte que la recherche des fondements interculturel des droits de l'homme serait le grand défi de cette catégorie au XXI<sup>e</sup> siècle.

Toutefois, si les droits fondamentaux remontent à l'évolution parallèle des droits de l'homme, il convient de noter que l'origine de ces derniers est généralement renvoyée au droit naturel. Dans une tentative de repenser cette association logique immédiate entre les droits de l'homme et le droit naturel, nous récupérerons le *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Système des droits publics subjectifs), de Georg Jellinek, de sorte qu'on peut repenser cette origine comme ayant un point intermédiaire qui serait proprement la catégorie des droits publics subjectifs. La doctrine des quatre statuts de Jellinek nous aide à mieux comprendre la structure ontologico-normative des droits sociaux, puisqu'elle dissocie, comme nous le verrons, l'idée de bien en fonction de l'intérêt en jeu, d'une part, et, d'autre part, elle place toutes les structures internes des droits publics subjectifs dans une catégorisation avec son propre système et sa propre dynamique conditionnée par la position de l'État par rapport à l'individu.

Jellinek (1912, 10), déjà dans l'introduction de son *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, a déclaré que « la première tentative de construction et de conception juridique de l'État moderne a été donnée par l'école du droit naturel ». L'émergence de l'État moderne représentait la rationalisation et l'impersonnalisation du pouvoir, mais il maintenait un lien avec le droit naturel et, par conséquent, avec la tradition judéo-chrétienne. Dans la formation

de la doctrine des droits de l'homme, nous pouvons trouver deux héritages notamment chrétiens qui ont fini par constituer des éléments centraux pour les droits de l'homme et les droits fondamentaux dans les ordres constitutionnels occidentaux : le concept de personne humaine et le principe de la dignité humaine.

En ce qui concerne le concept de personne humaine, c'est un fait bien connu que c'est avec la justice chrétienne que cette notion a été produite en Occident, puisque, de saint Augustin à Thomas d'Aquin, la figure centrale du monde terrestre était l'individu compris comme une *personne*, plutôt que comme un sujet, un serviteur ou toute autre catégorie conceptuelle qui enlevait sa condition d'individualité.<sup>1</sup> La pensée d'Hannah Arendt (1961, 52) est très claire en ce sens lorsqu'elle affirme que « life itself is sacred, more sacred than anything else in the world, and that men is the supreme being on earth. »<sup>2</sup>

Arendt est précise quand elle rappelle que la sécularisation du pouvoir politique n'a pas représenté l'affaiblissement de l'importance de la notion de personne humaine, mais plutôt son renforcement. Dans la modernité, c'est cette conception de l'être humaine qui a rendu possible toute tentative – surtout après l'Holocauste – de changer le paradigme axiologique qui guidait l'activité de l'État, passant d'un État dont le but suprême était son propre bien, à un État dont le plus grand bien est la vie humaine.

Le principe de la dignité humaine, en revanche, ne consiste pas seulement dans le fait que, contrairement à d'autres choses, il s'agit d'un être considéré en soi, avec une fin en soi, et n'étant jamais un moyen d'atteindre un certain objet ; c'est aussi une conséquence de la volonté rationnelle de l'homme, puisque seule la personne dispose d'une autonomie suffisante pour être guidée par les lois qu'elle élabore elle-même.<sup>3</sup> Pour cette raison, l'être humain s'est vu attribuer une dignité, au lieu

<sup>1</sup> En ce qui concerne les liens historiques entre la doctrine de la loi naturelle, prédécesseuse des droits de l'homme, et la tradition judéo-chrétienne, nous recommandons Strauss 1953.

<sup>2</sup> Dans un autre ouvrage, elle associe le christianisme à la consolidation de la vie comme bien suprême : « The reason why life asserted itself as the ultimate point of reference in the modern age and has remained the highest good of modern society that the reversal operated within the fabric of a Christian society whose fundamental belief in the sacredness of life has survived, and has even remained completely unshaken by, secularization and the general decline of the Christian faith. In other words, the modern reversal followed and left unchallenged the most important reversal with which Christianity had broken into the ancient world, a reversal that was politically even more far-reaching and, historically at any rate, more enduring than any specific dogmatic content or belief. For the Christian "glad tidings" of the immortality of individual human life had reversed the ancient relationship between man and world and promoted the most mortal thing, human life, to the position of immortality, which up to then the cosmos had held. » Arendt 1998, 313-14.

<sup>3</sup> L'idéal kantien de la dignité de la personne humaine illustre très bien cette autonomie de la volonté rationnelle : « Si donc il existe un principe pratique suprême, et, en ce qui concerne la volonté humaine, s'il y a un impératif catégorique, cet impératif doit s'appuyer sur la représentation de ce qui est *fin en soi*, de ce qui par suite est nécessairement une fin pour chaque homme, afin d'en faire le principe objectif de la volonté ; c'est à cette condition qu'il pourra devenir une loi pratique universelle. Le fondement de ce principe est que la *nature*

d'un prix, comme celui qui est lié aux choses. La dignité de la personne découle du fait que l'« humain » est le point de départ de tous les droits. L'individualiste « âge des droits » auquel Bobbio fait référence a construit ses structures normatives les plus fondamentales à partir du principe de la dignité humaine.<sup>4</sup>

Un corollaire immédiat du principe de la dignité humaine est certainement l'idée d'humanité, c'est-à-dire l'unité de la race humaine. C'est pourquoi de la sacralité de la vie et de son besoin de protection découle ce que l'abbé de Saint-Pierre et Emmanuel Kant appelaient la « paix perpétuelle », ce qui est devenu, au XXe siècle, bien plus qu'un idéal abstrait : un bien à désirer par tous les peuples ; un bien que toute l'humanité devrait toujours protéger.

Une fois que les principes fondateurs de la doctrine des droits de l'homme ont été consacrés, les déclarations des droits du XVIIIe siècle ont formé les premiers catalogues de droits destinés exclusivement aux citoyens, et toutes les lois ultérieures devraient protéger ces droits et les reconnaître dans un statut plus élevé au sein de l'ordre constitutionnel. Cependant, il était nécessaire de faire en sorte que ces déclarations rompent avec les limites imposées par le droit naturel, notamment en raison de leur haut degré d'abstraction et de déconnexion avec les ordres juridiques positifs. À cette fin, il s'est imposé de différencier les droits de l'homme en tant que nouvelle catégorie.<sup>5</sup>

C'est ce que l'on voit clairement lorsque Jellinek (1912, 106) a dit que « les États constitutionnels devraient, tout d'abord, tracer une ligne de séparation étroite entre la partie de la liberté originelle qui restait au membre de l'État et le pouvoir lui-même de l'État ». Les droits publics subjectifs sont apparus comme une catégorie qui assurait à la fois des droits formellement et expressément garantis par l'État – ce qu'on a appelé des droits réflexes, puisqu'ils ne seraient qu'un « reflet » du droit positif – et des droits subjectifs matériels qui ne consisteraient qu'en « la vérification d'un intérêt individuel expressément ou implicitement reconnu par l'ordre juridique » (Jellinek 1912, 80).

*raisonnable existe comme fin en soi ; c'est ainsi que nécessairement l'homme se représente sa propre existence, et, en ce sens, ce principe est un principe subjectif de l'activité humaine. Mais tout autre être raisonnable se représente aussi de la même manière sa propre existence, en vertu du même principe rationnel, qui m'a guidé moi-même ; par conséquent ce principe est en même temps un principe objectif dont toutes les lois de la volonté doivent être dérivées comme de leur source suprême. L'impératif pratique s'exprimera donc ainsi : Agis toujours de manière à traiter l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne des autres, comme une fin et à ne t'en servir jamais comme d'un simple moyen » (Kant 1904, 66).*

<sup>4</sup> « Concezione individualistica significa che prima viene l'individuo, si badi, l'individuo singolo, che ha valore di per se stesso, e poi viene lo stato e non viceversa, anzi, per citare il famoso articolo 2 della Dichiarazione dell'89, la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo è 'lo scopo di ogni associazione politica » (Bobbio 1997, 59).

<sup>5</sup> En ce sens, Vicente Barretto (2002, 503-4) affirme que « La voie tracée par Georg Jellinek a consisté à apporter à la théorie du droit public une nouvelle catégorie de droits, les droits publics subjectifs. Avec cela, Jellinek avait l'intention, dans un premier temps, de rompre le lien qui identifiait les droits naturels avec les droits de l'homme. Le juriste allemand soutenait que, sous l'influence des déclarations de droit du XVIIIe siècle, la notion de droits publics subjectifs de l'individu s'est formée dans le droit positif des États européens. »

Mais comme le fait que les deux puissent être expressément prévus par le droit positif provoquerait une confusion conceptuelle, la mesure exacte du droit public subjectif substantiel serait donnée par l'intérêt subjectif matériel ou par la revendication juridique matérielle sous-jacente, opérant ainsi un élargissement des hypothèses normatives initialement prévues pour une norme juridique donnée qui protège un certain droit. Toujours pour aider à la dissociation de la catégorie du droit public subjectif en espèces formelles et matérielles, Jellinek (1912, 80-1) affirme que, par rapport au droit positif, les droits publics subjectifs formels sont toujours considérés selon l'ordre positif et les règles de droit public qui définissent leurs natures et caractéristiques générales respectives, c'est-à-dire que la seule volonté du législateur de les différencier du droit privé leur attribue déjà formellement une telle condition de droit public ; il convient d'ajouter qu'ils peuvent également exister en tant que moyens de réalisation d'un droit public subjectif matériel. Ces derniers, en revanche, sont des droits publics en eux-mêmes, dont la nature reflète clairement la relation juridique entre le titulaire du droit et le pouvoir de l'État, et le commandement normatif peut être exprimé de telle manière qu'il peut fonctionner même sans de règles de procédure pour son efficacité.

Avec cela, la logique subjectiviste du droit naturel est dépassée par l'établissement du droit positif comme norme de base pour déterminer les critères formels ou matériels, directs ou indirects, de reconnaissance des droits subjectifs à l'encontre de l'État.

Le *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, de Jellinek, est certainement l'un des ouvrages les plus cités – et les plus critiqués – en allemand sur l'origine des droits fondamentaux<sup>6</sup>. Il convient de noter que Robert Alexy (2002, 261) comprend que « la doctrine des statuts de Jellinek est le plus grand exemple de théorisation analytique dans le domaine des droits fondamentaux ». Lorsque la première version a été publiée en 1892, la notion de droits fondamentaux et la notion même de droits humains (*human rights*) n'avaient pas encore été consolidées. Il faut se rappeler que, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, le débat entre les écoles herméneutiques telles que l'École d'exégèse et l'École historique du droit a tourné autour du concept de droit subjectif. Cependant, la doctrine renvoie les origines de la catégorie des droits fondamentaux à la notion de droit public subjectif, en particulier à la contribution de Jellinek.<sup>7</sup> Avant cela, seulement dans le travail de Carl Friedrich von Gerber, *Ueber öffentliche Rechte*, de 1852, le droit public a été pensé dans une perspective exclusivement juridique capable de faire peser la titularité de ces droits sur l'individu également. La *statuslehre* de Jellinek est très proche de sa théorie non moins célèbre de l'autolimitation de l'État, et peut même être considérée comme un complément ou un instrument de sa réalisation.

<sup>6</sup> Parmi toutes, nous nous référons à la critique de Hesse 1978.

<sup>7</sup> Ingo W. Sarlet (2010, 159) souligne que « Ce qui nous semble pertinent, c'est le fait que la théorie des quatre statuts de Jellinek, dans la mesure où elle a fait l'objet de critiques et de réparations, a été maintenue en vie grâce à un processus continu de redécouverte par la théorie constitutionnelle (y compris dans le droit national), en particulier en tant que paramètre de classification des droits fondamentaux. »

Déjà au début du travail de Jellinek (1912, 10), nous voyons une définition importante de l'ordre structurel qui illustre très bien ce point : « un ordre objectif du droit public constitue donc le fondement du droit public subjectif ». En d'autres termes, il n'y a rien de tel sans que le premier ne le constitue. Un peu plus loin, Jellinek affirme que le droit public subjectif est « le pouvoir de vouloir que l'homme possède, étant protégé et reconnu par le système juridique, dans la mesure où il a pour objet un bien ou un intérêt » (Jellinek 1912, 49). Par conséquent, cette catégorie juridique « n'est pas fondée sur les normes qui permettent, mais exclusivement sur les normes juridiques qui accordent un pouvoir » (Jellinek 1912, 57).

Un présupposé théorique de cela est le fait que la personnalité juridique de l'individu résulte de l'ensemble des qualités et des capacités que le système juridique confère à l'individu lui-même, résultant des prétentions juridiques subjectives relatives au pouvoir de l'État. Donc, le pouvoir de vouloir (*Anspruch*), dûment fondée sur le droit public, lorsqu'il vise à protéger des rapports juridiques de droit privé, cherche la protection des droits subjectifs *privés*, tandis que, lorsque les prétentions juridiques se retournent contre l'État, elles assument la condition de droits subjectifs *publics*. Jellinek souligne que dans l'expression *droit public subjectif*,

il faut donc attribuer au mot *droit* son sens le plus large, dans lequel le mot lui-même désigne à la fois la revendication légale et le rapport juridique sur lequel la revendication sert de fondement (Jellinek 1912, 65).

L'expression en question ne devrait se référer qu'à la prétention juridique car « la situation juridique qui sert de fondement à la prétention juridique de droit public est un rapport de droit, plutôt qu'un droit en soi » (Jellinek 1912, 65).

Bien qu'une telle dissociation subtile puisse conduire à l'idée que les droits publics subjectifs ne sont pas des droits en soi, les deux font partie de la même logique. Il faut faire attention au fait que certaines prétentions soient de droit public aboutit à un ensemble plus large de statuts possibles, comme nous le verrons ci-dessous.

L'importance historique du *System der subjektiven öffentlichen Rechte* découle de la doctrine dite des quatre statuts de Jellinek, ou simplement *statuslehre*. Si l'on considère que les droits publics subjectifs sont ceux qui résultent du fait qu'une personne est dans une relation juridique avec l'État ou a une prétention juridique à son égard, l'analyse de leur espèce dépendra de la position de l'individu devant l'État et vice versa.

Passons ensuite à l'examen de chacun de ces *statuts*.

*Status subiectionis* (ou *status passif*).

C'est la modalité la plus associée au pouvoir normatif de l'État, telle qu'elle a toujours caractérisé historiquement la dimension juridique de la puissance publique. Il s'agit de la compréhension de l'individu en tant que sujet de droits, mais avec un accent particulier sur sa condition d'être « soumis » à l'État, c'est-à-dire quelqu'un qui est dans la condition de destinataire passif des normes provenant de la puissance publique. Peu importe, dans ce *statut*, que l'homme soit considéré comme un sujet de droits, mais seulement comme un sujet de devoirs (Jellinek 1912, 93). En

appartenant à l'État, l'individu s'inscrirait dans une série de relations de *statut*, dont beaucoup seraient des relations de subordination. Jellinek (1912, 96) souligne que

comme conséquence de cette subordination à l'État, qui est à la base de toute activité étatique, l'individu, à la limite de la sphère de ses devoirs individuels, se trouve dans le *statut passif*, dans le *status subiectionis*, dans lequel l'autodétermination et, par conséquent, la personnalité sont exclues.

Il souligne également qu'

une personnalité absolue de l'individu, non subordonnée, en aucune manière, à la volonté de l'État, est une conception incompatible avec la nature de l'État, et qui ne remonte qu'à la personnalité mystique pré-étatique de la spéculation de la loi naturelle (Jellinek 1912, 96-7).

À ce stade, il est clair que la tradition du droit naturel a été dépassée dans l'œuvre de Jellinek, puisque les droits publics subjectifs consistent en « des *prétentions juridiques* (*Ansprüche*), qui résultent directement des *conditions juridiques* (*Zustände*) » (Jellinek 1912, 96). La relation individu-État, marquée par des lignes claires depuis la pensée hobbesienne au début de la modernité, acquiert aujourd'hui des portées normatives qui différencient cette relation selon la nature de la *condition juridique* dans laquelle l'individu et l'État sont insérés.

*Status libertatis* (*statut négatif*).

La souveraineté de l'État est, bien sûr, un pouvoir limité qui doit être exercé conformément à l'intérêt général, c'est-à-dire à l'intérêt public. Par conséquent, ayant son origine au début du constitutionnalisme libéral, le *status libertatis* est une opposition claire au pouvoir absolu de l'État, qui peut être perçu dans le statut passif décrit ici. Jorge Miranda (1988, 90) va jusqu'à affirmer que cette opposition correspond au processus historique d'émancipation de l'être humain. En d'autres termes, les droits fondamentaux de la première dimension remontent à ce type de droit public subjectif, d'où dérive le nom de droits de défense (*Abwehrrechte*).<sup>8</sup> Le *statut négatif* représente donc la prétention juridique (*Anspruch*) que l'individu a à la reconnaissance de sa sphère de liberté, ce qui aboutit à une « interdiction pour les autorités de l'État de violer ce *statut* au moyen d'ordres ou de contraintes qui ne sont pas fondés sur la loi » (Jellinek 1912, 117).

Afin de limiter la liberté par la force de la loi, Jellinek reconnaît qu'il peut y avoir plusieurs causes de restrictions à la liberté individuelle, mais souligne les trois qui seraient les plus courantes :

<sup>8</sup> Canotilho (1993, 541) est précis dans la définition de la structure des droits de la défense : « Les droits fondamentaux remplissent la fonction de droits de la défense des citoyens dans une double perspective : (1) ils constituent, sur le plan juridique et objectif, des normes de compétence négative pour les autorités publiques, interdisant fondamentalement leur ingérence dans la sphère juridique individuelle ; (2) elles impliquent, sur un plan juridico-subjectif, le pouvoir d'exercer positivement les droits fondamentaux (libertés positives) et d'exiger des omissions de la part des autorités publiques, afin d'éviter une agression préjudiciable de leur part (liberté négative). »

- (a) en vertu de mesures restreignant les droits individuels qui ne constituent pas une sanction, mais qui résultent de faits commis par le titulaire du droit et dont les effets se retournent contre lui, l'empêchant de continuer à jouir pleinement de ce droit donné ;
- (b) les sanctions, qu'elles soient de nature pécuniaire ou qu'elles restreignent la liberté, représentent l'expression maximale de la limitation de la liberté individuelle ; et
- (c) lorsque, dans l'exercice d'une certaine activité ou en revendiquant quelque chose, l'individu cherche à s'inscrire dans une catégorie donnée, le cadrage qui s'opère dans les conditions établies par la puissance publique pour le plein exercice de cette activité ou l'ascension à une catégorie donnée constituera une limitation de ses droits à la liberté (Jellinek 1912, 123-25).

L'héritage de cette conception des droits de liberté qui peuvent être limités, restreints ou perdus est présent lorsque nous examinons l'article 18 de la Loi fondamentale de Bonn (*Grundgesetz*), de 1949, qui prévoit, respectivement, une possibilité extrême : la perte des droits fondamentaux. Une telle mesure peut frapper ceux qui abusent de la liberté d'expression de la pensée, notamment de la liberté de la presse, de la liberté d'enseignement, de la liberté de réunion, de la liberté d'association, de la garantie du secret épistolaire, des postes et des télécommunications, du droit de propriété ou du droit d'asile, afin de lutter contre l'ordre fondamental, démocratique et libérale de la République d'Allemagne. Il n'appartiendra qu'à la Cour constitutionnelle fédérale de constater la perte des droits fondamentaux, en déterminant également la durée dans le temps et les effets de cette déclaration. Bien qu'il s'agisse actuellement presque d'un exemple académique qui trouve sa sauvegarde dans la Constitution allemande, nous voyons que son but ultime est d'empêcher que les droits de liberté (du *status libertatis*) ne constituent une antithèse autonome des droits qui composent le *status subiectionis*, de sorte qu'il appartient à l'État, plus précisément à la Cour constitutionnelle, de faire une limitation équitable entre les deux droits, en cas de collision.

*Status civitatis* (*status positivus*) et le droit aux prestations.

Aussi appelé *status positivus*, il est basé sur l'hypothèse que toute action de l'État est une action au nom de l'intérêt public (Jellinek 1912, 127). Au lieu de considérer l'individu comme un simple destinataire d'ordres normatifs ou comme quelqu'un qui peut agir librement, tant qu'il n'enfreint pas les normes juridiques existantes en vigueur, il est entendu que la satisfaction de l'intérêt public dépend de la satisfaction d'un certain intérêt individuel protégé par le droit objectif.

En ce sens, Jellinek (1912, 127-28) a déclaré que

l'individu n'a aucune prétention à l'activité de l'État, il peut seulement demander que l'on prête attention à ses intérêts de fait, mais il doit remettre à l'analyse des organes de l'État le pouvoir de décider si, dans le cas concret, la protection de l'intérêt individuel est une exigence de l'intérêt général ou si, au moins, soyez compatible avec celui-ci.

Les paroles de Jellinek, correctement contextualisées à notre époque et à notre ordre constitutionnel, démontrent que la défense des droits de *status civitatis* doit se faire à travers la compatibilité claire du droit revendiqué avec ce qui est prévu par le système juridico-constitutionnel et qui répond à l'intérêt public. En appelant droits aux prestations ceux qui appartiennent à ce *statut*, c'est-à-dire les droits qui sont à l'origine de la deuxième dimension des droits fondamentaux, on met en évidence l' caractère essentiel de la satisfaction de ce droit public subjectif non seulement pour l'intérêt individuel, mais pour la communauté dans son ensemble, puisque l'intérêt public suppose la protection des individualités.

Si l'on considère que les droits sociaux d'aujourd'hui sont compris comme ayant leur origine dans ce *status positivus*, la conclusion inévitable est que la réalisation d'un droit social dépend de la combinaison de l'intérêt individuel et de l'intérêt public, mais sans oublier que, dans le cas brésilien, la Constitution de 1988 attribuait une centralité axiologique à l'individu au sein de l'État. En d'autres termes, il ne peut y avoir d'intérêt individuel qui, d'une manière ou d'une autre, ne s'inscrive pas dans l'intérêt public de voir les normes juridiques mises en œuvre dans la réalité, de voir la protection des droits individuels et sociaux garantie par les institutions publiques, par exemple. La conscience même du droit en cause n'a plus d'importance, car un patient inconscient devrait voir son intérêt individuel à une prestation de l'État perfectionné lorsqu'il est pris en charge – de manière adéquate – dans un hôpital public et que son droit à la santé est satisfait. La plus grande caractéristique de ce type de droit public subjectif est l'égalité, puisque, selon Jellinek,

l'égalité de droit consiste essentiellement dans l'égalité, au moins en dernière instance, du *status positivus*. De plus, elle comporte l'obligation générale de l'État de traiter les choses de la même manière, tant dans la législation que dans la juridiction et l'administration (Jellinek 1912, 150).

Ingo Sarlet, soulignant l'importance et l'actualité de la *statutslehre* de Jellinek, propose une subdivision des droits aux prestations en : (1) les droits aux prestations au sens large, y compris (1.1) les droits à la protection et (1.2) les droits à la participation dans l'organisation et la procédure ; et (2) les droits aux prestations au sens strict, c'est-à-dire les droits de *status positivus socialis*, caractérisés par la possibilité pour l'individu de revendiquer lui-même la protection de son droit public subjectif.<sup>9</sup>

*Status activae civitatis*.

Le quatrième type de droit public subjectif – et moins abordé par la doctrine – concerne ce que l'on appelle les droits de participation, c'est-à-dire les droits politiques. Bien que Jellinek (1912, 151-52) ait été très critique à l'égard de cette

<sup>9</sup> Pour une analyse des droits aux prestations sociales dans leurs structures fonctionnelles, bien que dans les mêmes termes que ceux proposés à l'origine par Jellinek, voir Sarlet 2010, 184-207.

expression, car il comprenait que l'expression droit politique serait juridiquement inadmissible, puisqu'elle ne pouvait pas générer de droit subjectif chez l'individu, on peut voir que ce *statut* a gagné en notoriété avec l'étiquette de droits politiques, qui, selon J. Miranda (1988, 89), « ont pour objet l'interférence des gens dans l'activité même de l'État, dans la formation de leur volonté ». Jellinek (1912, 153) comprenait ce type de droit comme une « attribution à l'individu de capacités non incluses dans sa liberté naturelle, capacités sur la base desquelles il ne peut aboutir qu'à l'exercice de droits politiques ». Il se distingue surtout du

*status civitatis* parce que son contenu immédiat n'est pas constitué par des prétentions juridiques contre l'État, mais par la possibilité que l'individu devienne l'objet d'une action de l'État, en tant que membre de l'ordre constitutionnel lui-même (Jellinek 1912, 154).

Ainsi, ils sont également appelés droits de participation.

Alexy (2002, 268) souligne à juste titre que la structure formelle des droits publics subjectifs de *status activae civitatis* peut être clairement définie sur la base du concept de compétence, ce qui signifie qu'en d'autres termes, pour chaque droit de ce statut, il y aura une règle de compétence qui lui donnera le pouvoir de faire quelque chose. En ce sens, Jellinek (1912, 153) affirme que « tant que l'individu exerce des fonctions étatiques, lorsqu'il devient un organe de l'État, il n'a aucun droit par lui-même, mais seulement des compétences étatiques ». Afin d'éviter que l'analyse purement formelle de la structure des droits de ce statut ne devienne trop large, il sera également nécessaire d'ajouter un critère matériel : avoir la compétence de participer à la formation de la volonté de l'État (Jellinek 1912, 156-57). En bref, les droits du *status activae civitatis* forment une catégorie qui combine les caractéristiques de deux autres statuts, considérant que leurs positions « sont toujours liées aux positions des autres statuts, puisque l'exercice d'une compétence est toujours obligatoire ou interdit (statut passif) ou facultatif (statut négatif) » (Alexy 2002, 269).

Il convient également de rappeler l'extension du statut examiné, proposée par Peter Häberle et mise en évidence par Sarlet (2010, 158), à ce qui serait un *status activus processualis*, qui pourrait également englober la dimension procédurale et organisationnelle des droits fondamentaux.

Après avoir conclu ce bref aperçu de la doctrine des quatre statuts de Jellinek, une question mérite d'être reprise : quelle est la condition théorico-normative des droits sociaux fondée sur la doctrine des quatre statuts ? La normativité des droits sociaux a été l'une des questions les plus pertinentes dans les pays qui attribuent une hiérarchie constitutionnelle à la protection de ces droits. En outre, les droits sociaux en tant que catégorie juridique constituent certainement l'un des meilleurs exemples de la relation de continuité entre la doctrine des droits publics subjectifs et la doctrine des droits de l'homme.

À cette fin, nous ferons quelques considérations illustratives sur le droit à l'éducation, car il est considéré comme un droit aux prestations, dont le cadrage dans certains des statuts de la théorie susmentionnée nécessite une réflexion plus approfondie. Il convient de rappeler que, d'une manière générale, le droit

à l'éducation est encadré par le *status civitatis*. Cependant, nous proposons de repenser le thème et son cadrage traditionnel en tant que droit public subjectif de *status positivus*, c'est-à-dire selon l'idée répandue qu'il s'agit d'une disposition étatique qui devrait être donnée au nom de l'intérêt public, selon les termes de la Constitution, en soulignant l'universalité et la gratuité de l'offre.

Jellinek (1912, 127) souligne que, dans le *status positivus*, « l'individu a des droits devant les institutions de l'État pour obtenir des prestations de l'État au profit de ses intérêts individuels ». Dans le *status passif*, selon les mots de Jellinek (1912, 96), l'autodétermination de l'individu est exclue, puisqu'il ne lui appartient qu'« de choisir entre les alternatives proposées par l'État ».

Les droits sociaux ont ce que J. E. Faria (1994, 105-6) appelle des « fins compensatoires », puisque l'objectif principal est d'inégaliser matériellement l'égalité formelle existant entre les bénéficiaires possibles, en permettant aux plus nécessiteux de recevoir une « compensation » pour les inégalités que cette égalité formelle finit par créer.

Sarlet rappelle la célèbre décision *numerus clausus* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (BVerfGE, 33, 303),<sup>10</sup> où la Cour a déclaré que le droit d'accès à l'enseignement supérieur doit générer une disposition étatique qui correspond

à ce que l'individu peut raisonnablement exiger de la société, de telle sorte que, même si l'État a les ressources et le pouvoir d'en disposer, on ne peut pas parler d'une obligation de fournir quelque chose qui ne reste pas dans les limites du raisonnable (Sarlet 2010, 287).

Il ajoute également que

l'on pourrait soutenir qu'il n'y aurait aucun moyen d'imposer à l'État l'octroi d'une aide sociale à quelqu'un qui n'a effectivement pas droit à la prestation, parce qu'il dispose lui-même de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins (Sarlet 2010, 287).

La même logique adoptée dans la question de l'universalité et de la gratuité absolue du droit à l'éducation pourrait être étendue au cas du droit aux médicaments. Bien qu'il s'agisse d'un bien d'une essentialité singulière, c'est-à-dire de la vie, nous voyons que l'approvisionnement public, universel et gratuit des médicaments doit également être pensé dans la perspective du droit public subjectif du *status passif* (*status subiectionis*), puisqu'il appartient

<sup>10</sup> Cette décision a été rendue le 18 juillet 1972, lorsque la Cour constitutionnelle fédérale allemande a jugé que la diversité des critères d'admission à l'université créait une insécurité juridique et, surtout, violait le principe d'égalité. En conséquence, l'accès à l'université a commencé à suivre des normes et des critères universels dans toute l'Allemagne, ce qui a rendu les « restrictions de capacité » (*Kapazitätsengpässen*) plus claires et plus objectives dans la répartition des places dans les universités. En raison du fait que de telles restrictions peuvent résulter de difficultés budgétaires de l'État, la décision appelée *numerus clausus* est généralement associée au début du développement de la thèse de la réserve du possible par la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

au pouvoir public de déterminer la liste des médicaments dans des conditions d'approvisionnement libre et universel. Autant la limitation que les listes finissent par générer est très discutable, autant le fait que la nécessité de prouver un manque de ressources pour l'acquisition de médicaments ne l'est pas. Cependant, il s'agit d'un sujet qui dépasse le cadre de cette recherche, mais qui illustre précisément comment la doctrine des statuts de Jellinek est toujours actuelle et sujette à adaptation.

### 3.2 La Constitution de Weimar et le constitutionnalisme des droits sociaux

Les grandes transitions des périodes historiques, en particulier lorsqu'il s'agit de l'émergence d'une soi-disant nouvelle « ère », sont généralement marquées par une succession d'événements qui, lorsqu'ils sont observés dans leur contexte et ensemble, ont des caractéristiques communes. Il en va de même pour le passage de la période du constitutionnalisme libéral au constitutionnalisme des droits sociaux. Cependant, dans ce cas, il y a un événement d'une importance singulière qui marquera de manière décisive l'émergence de cette nouvelle ère du constitutionnalisme occidental : la Constitution de Weimar.

Dans le cadre du thème général appelé constitutionnalisme transnational, il est nécessaire d'aborder la pertinence historique de la Constitution allemande de 1919 car le phénomène constitutionnel transnational est étroitement lié à la défense et à l'affirmation des droits des groupes sociaux. En effet, avec les droits diffus et collectifs, les droits sociaux sont au cœur de plusieurs institutions internationales et supranationales de régulation politico-juridique, telles que l'OIT, l'OMC, l'OMS et les agences et/ou organismes qui s'occupent du droit à l'éducation.

En ce sens, ce point retrouvera le moment de l'émergence de la Constitution de Weimar et le contexte historique plus large de la constitutionnalisation des droits sociaux, depuis la Constitution du Mexique, de 1917, nous permettant de parler, dans ce cas, d'une circulation d'idées très similaire à celle qui caractérise le constitutionnalisme transnational au siècle actuel. Ensuite, nous analyserons la nature normative des droits sociaux dans les deux processus constitutifs, en accordant une attention particulière aux différences significatives entre la protection du travailleur en tant que figure centrale, plutôt que celle du citoyen. Dans un troisième temps, il sera important de renforcer l'aspect épistémologique qui caractérise les droits sociaux par opposition à la catégorie des droits individuels, qui, en fait, nous permet de parler du début d'une nouvelle ère du constitutionnalisme occidental. Pour clore ce point, nous aborderons la manière dont la constitutionnalisation des droits sociaux, dans la mesure où elle fait entrer le groupe social dans le plan normatif-constitutionnel, a ouvert les portes au principe démocratique pour qu'il assume une fonction très importante dans le constitutionnalisme occidental, à tel point que, comme nous le verrons dans le point suivant, il sera le principal point distinctif de ce que l'on appelle le nouveau constitutionnalisme latino-américain.

La Constitution de Weimar est célèbre pour être synonyme de l'avènement du constitutionnalisme des droits sociaux. Dans des pays comme la France, cela se produira avec la IV<sup>e</sup> République, en particulier avec le préambule de la Constitution de 1946 ; au Brésil, avec la Constitution de 1934 ; en Italie, en 1947, les constituants n'utilisaient pas littéralement l'expression *diritti sociali*, mais plutôt la protection de ces droits par des relations « éthico-sociales » (*rapporti etico-sociali*), ce qui a laissé à la Cour constitutionnelle italienne la fonction de développer la dimension normative de ces dispositions constitutionnelles. D'autre part, l'Allemagne de l'après-guerre a traduit, en termes normatifs, en droits sociaux les idéaux de la social-démocratie qui ont inspiré, le 9 novembre 1918, la proclamation de la République de Weimar, par Philipp Scheidemann. L'utilisation de l'expression droits fondamentaux (*Grundrechte*) et l'introduction de la catégorie des droits sociaux (*sozialen Rechte*) étaient deux aspects normatifs qui différenciaient les constituants de Weimar par rapport aux autres processus constitutionnels originaux observés jusqu'alors.

La large diffusion des idées politico-constitutionnelles qui s'est produite au cours des deux premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle peut être perçue lorsque nous observons que les idéaux du processus politique qui a culminé dans la Constitution de Weimar, le 14 août 1919, sont nés bien avant cela, toujours pendant la Première Guerre mondiale, en opposition flagrante au modèle d'État et de société engendré par la Constitution de l'Empire allemand, de 1871. Ainsi, Weimar signifiait une opposition directe au modèle constitutionnel précédent et, en parallèle, entendait constituer une alternative à la configuration politique instituée avec la révolution soviétique, car elle visait une social-démocratie qui n'était pas aussi centraliste que la démocratie soviétique. Les prétentions des électeurs de Weimar peuvent être bien résumées, en ce sens, dans la célèbre phrase d'Eduard David, ministre de l'Intérieur de Scheidemann et l'un des présidents de l'Assemblée nationale constituante, lorsque, dans un discours prononcé en occasion du vote sur la nouvelle Constitution, il a déclaré que « la République allemande est aujourd'hui la démocratie la plus démocratique du monde ».<sup>11</sup>

De l'autre côté de l'Atlantique, deux ans plus tôt, la Constitution du Mexique, du 1<sup>er</sup> mai 1917, en vigueur aujourd'hui, est reconnue comme ayant été, d'un point de vue politique, peut-être le résultat le plus pertinent de la Révolution mexicaine, qui a commencé en 1910, tandis que, d'un point de vue juridico-constitutionnel, on se souvient toujours d'elle pour avoir prévu un large éventail de droits sociaux ayant un statut constitutionnel. L'opposition la plus immédiate que la Révolution entendait faire était la dictature de Porfirio Díaz, qui s'est terminée par sa déposition par Francisco Madero, le 25 mai 1911. Cependant, parmi les révolutionnaires, il y avait un courant, dirigé par Venustiano Carranza, qui se disait lui-même un libéral constitutionnaliste et défendait les idéaux de la Constitution libérale de 1857. Étant donné que Carranza a été un protagoniste du processus constituant au point d'être élu premier président de la République

<sup>11</sup> « Die Deutsche Republik ist fortan demokratischste Demokratie der Welt! », David 1919.

sous l'égide de la Constitution de 1917, il est possible de voir que son orientation libérale, en assumant une position constitutionnaliste, s'est reflétée dans la manière dont le processus constituant a été développé, ce qui a abouti au texte qui entrerait en vigueur précisément le jour de la fête du Travail. L'historien mexicain Javier Garciadiego (2003, 195-96) souligne que la Révolution était, par essence, une lutte de classe et que la Constitution devrait en tenir compte.<sup>12</sup> À cette fin, l'introduction d'une catégorie conceptuelle telle que les droits sociaux permettrait à la protection constitutionnelle de ne pas être centrée sur un groupe social spécifique, comme les travailleurs, mais plutôt sur cette notion autour de laquelle s'articulerait la dogmatique constitutionnelle : la citoyenneté.

Le texte initialement approuvé en 1917 comportait, dans son titre I, un chapitre I, intitulé *De las garantías individuales*, qui conservait encore une grammaire libérale centrée sur la catégorie des « droits civils et politiques », mais son article 3 avait déjà introduit une disposition large sur le droit à l'éducation. Dans les titres suivants, la protection des droits sociaux a également été mise en évidence dans des articles tels que le long 27, qui traitait de la propriété et des limites de l'intervention de l'État. Cependant, l'article 123 était le reflet le plus marquant de la lutte des classes qui a donné naissance à la révolution mexicaine : il traitait des droits des travailleurs, à la fois individuellement et collectivement.

Promulguée par l'Assemblée constituante établie dans la ville de Querétaro, la Constitution mexicaine de 1917 est un jalon historique pour le constitutionnalisme des droits sociaux dans les Amériques et s'ajoute à la large portée internationale que la Constitution de Weimar a acquise au cours de ce que l'on peut appeler la nouvelle ère du constitutionnalisme occidental. Un point important à souligner, en ce sens, est directement lié à ce qui était anticipé avec le travail de Jellinek : la nature normative des droits sociaux. Si à Querétaro l'orientation idéologique basée sur les soi-disant « droits civils et politiques » était encore très présente, bien que le texte lui-même associait la citoyenneté à l'exercice d'une vaste liste de droits sociaux, à Weimar le point de référence était la figure de l'ouvrier. L'inclusion du droit de vote des femmes et les politiques égalitaires en matière de citoyenneté étaient, dans le texte constitutionnel, étroitement associées au statut de travailleur. Situé dans le chapitre V, partie II – « Droits et devoirs fondamentaux des Allemands », l'article 162 est le seul à se référer littéralement à la catégorie des droits sociaux (*sozialen Rechte*), mais il convient de noter qu'il le fait en mentionnant la nécessité pour l'État de fournir des conditions minimales pour l'exercice de « droits sociaux à toutes les classes de travailleurs de l'humanité ».<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Du même auteur, voir aussi Garciadiego 2017, 1183-270.

<sup>13</sup> Constitution de Weimar, art. 162 « Das Reich tritt für eine zwischenstaatliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeiter ein, die für die gesamte arbeitende Klasse der Menschheit ein allgemeines Mindestmaß der sozialen Rechte erstrebt. » Em anglais : « The Reich shall endeavor to obtain an interstate regulation of the legal status of laborers which shall have as its object the establishment of a general minimum standard of social rights for all working classes of mankind. »

Dans le point précédent, en analysant la théorie des statuts de Jellinek, il est possible de localiser l'origine de ce troisième statut normatif, en plus du *status libertatis* et du *status subiectionis*, c'est-à-dire un *status civitatis* qui exige des prestations positives de l'État au profit d'un certain groupe social. Par conséquent, la Constitution de Weimar a établi un régime juridique qui permettait à l'individu d'être compris dans le contexte spécifique de son groupe social, qu'il soit ouvrier, étudiant, retraité, malade, etc.

Le juriste tchèque Karel Vasak, lorsqu'il a prononcé sa célèbre conférence à l'Institut international des droits de l'homme, à Strasbourg, en 1979, il a bien compris que, au-delà des limites des droits fondamentaux au sein des États nationaux, les droits humains auraient trois « générations » : la première, de droits typiquement individuels, la seconde traitant des droits sociaux, économiques et culturels, laissant la troisième à la protection de ces droits qui iraient au-delà des deux premières générations et pourraient être résumés à l'idée de droits de solidarité entre les peuples du monde.<sup>14</sup> Très répandue et assertif est la critique – qu'il convient donc de réitérer ici – sur le caractère purement historique de l'expression « générations », puisque la définition la plus précise est dans l'expression « dimensions » pour désigner le caractère normatif de chacune de ces trois dimensions/générations décrites par Vasak.<sup>15</sup> Toutefois, étant donné que la présente partie de cet ouvrage est de nature historique, l'utilisation de l'expression « générations » est utile dans le sens où elle renforce encore l'importance de la Constitution de Weimar pour le constitutionnalisme occidental et même pour le développement du droit international des droits de l'homme, étant donné qu'elle inaugure une nouvelle étape des droits fondamentaux en Allemagne et repositionne également le statut normatif d'une nouvelle catégorie de droits, c'est-à-dire les droits sociaux.

Enfin, il y a une caractéristique présente dans la Constitution de Weimar qui a influencé la façon dont le principe démocratique en est venu à assumer une fonction prépondérante dans le constitutionnalisme occidental, en particulier dans la période qui a suivi la Seconde Guerre mondiale. L'historien du constitutionnalisme Horst Dippel (2019, 13-26) souligne que, bien que la République de Weimar ait été très marquée par les erreurs politiques du parti social-démocrate allemand et la montée du nazisme, la Constitution de Weimar laisse un héritage très important : l'extension du droit de vote aux femmes a plus que doublé le nombre d'électeurs, ce qui a favorisé, en même temps que l'introduction de nombreux droits sociaux, un renforcement du sentiment d'appartenance politique des individus et, par conséquent, la consolidation du principe démocratique comme guide pour le constitutionnalisme qui se développerait en Occident après la fin de la Seconde Guerre mondiale et la chute

<sup>14</sup> Voir, pour une analyse plus détaillée de l'auteur lui-même, où il adopte la terminologie « dimensions » : Vasak 1982, 1-9, « Human rights : the legal situation ».

<sup>15</sup> Les constitutionnalistes Paulo Bonavides (1999, 525) et Ingo Sarlet (2010, 45) ont souligné cette insuffisance de la dénomination « générations de droits ».

des totalitarismes nazis-fascistes. Cependant, dans la section suivante, nous aborderons la manière dont le principe démocratique se démarquerait dans ce qu'on appelle le nouveau constitutionnalisme latino-américain.

### 3.3 Le nouveau constitutionnalisme latino-américain au début du XXI<sup>ème</sup> siècle

La grande pertinence historique du constitutionnalisme américain présente une hégémonie dans le domaine épistémologique de la théorie constitutionnelle, ce qui place souvent les autres processus constitutionnels dans les Amériques sur un plan secondaire. Cependant, à la fin du XX<sup>e</sup> siècle et au début du XXI<sup>e</sup>, il y a eu l'épanouissement d'un phénomène propre de l'Amérique latine et qui, comme l'ont appelé Roberto Viciano Pastor et Rubén Martínez Dalmau, a signifié l'émergence d'un *constitucionalismo sin padres* (sans parents), c'est-à-dire un nouveau modèle de constitutionnalisme en opposition à ceux qui existaient jusque-là, notamment en Amérique du Sud.<sup>16</sup> Un nouveau constitutionnalisme qui aurait l'intention de remettre en question la présence de la colonialité dans les savoirs et, par conséquent, dans les institutions publiques et les modèles constitutionnels, en proposant le redimensionnement du principe démocratique afin de permettre à la pluriversalité des formes de l'existence humaine de se projeter dans les processus constitutionnels originaux.

Une première approximation, en termes de circulation des idées politico-philosophiques, pourrait être faite avec la pensée du philosophe sud-africain Mogobe Ramose (1999), pour qui la notion d'*Ubuntu* comme « attention à l'autre », bien qu'elle soit originaire des tribus zouloues, permet de concevoir l'humanité comme un ensemble de différentes formations culturelles unies par un sens commun de la solidarité. Ce parallèle qui est esquissé ici, en guise d'introduction, vise à montrer comment le panafricanisme, représenté par la pensée de Ramose, s'inscrit dans le même contexte large – donc, pas seulement latino-américain – du développement d'une vision décoloniale de la société, de l'organisation politique, des institutions, bref, d'une vision du monde non eurocentrique.

La conquête de l'Amérique par les Européens est considérée comme une référence dans l'histoire de l'Occident et même de l'humanité, mais cette conception eurocentrique de l'histoire néglige le passé précolonial des peuples qui habitaient ces territoires. Le sociologue péruvien Anibal Quijano (1988, 54-5) détecte que ce processus de « découverte » de l'Amérique est, avant tout, le

<sup>16</sup> « Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la Constitución, por la genuina dinámica participativa y legitimadora que acompaña a los procesos constituyentes. Desde la propia activación del poder constituyente, a través de referéndum hasta la votación final para su entrada en vigor, pasando por la introducción participativa de sus contenidos, los procesos se alejan cada vez más de aquellas reuniones de elites del viejo constitucionalismo para adentrarse, con sus ventajas y sus inconvenientes, en su propio caos, del que se obtendrá un nuevo tipo de Constitución: más amplia y detallada, de mayor originalidad, pensada para servir a los pueblos, cercana de nuevo al objetivo revolucionario » (Pastor et Dalmau 2010, 13).

début de l'affirmation d'une raison historique qui conçoit le rationalisme comme un projet de libération des sociétés conquises et la nécessaire incorporation/assimilation au modèle européen de civilité ; de plus, au fil des siècles, cette raison historique – qui avait une prétention libératrice – a cédé la place à la raison instrumentale, qui deviendra bientôt hégémonique en associant raison et domination. La victoire de la raison instrumentale réduit au silence les figures mythiques, la primauté de l'oralité et les croyances en la transcendance, entre autres caractéristiques qui ont si fortement caractérisé les peuples originaires des territoires conquis dans les Amériques.

La conquête ne se limite pas à l'année 1492. C'est un processus continu de renouvellement de l'hégémonie de la raison instrumentale non seulement sur les territoires, mais surtout sur les savoirs. Le sociologue vénézuélien Edgardo Lander (2000, 10-1) saisit bien ce processus dans la notion de « colonialité des savoirs » : l'exportation du modèle « pur » de la connaissance de l'Europe vers d'autres parties du monde qui doivent se développer même face à cette connaissance qui n'est pas encore connue sur le sol européen. En ce sens, le sémiologue argentin Walter Mignolo (2007) soutient que la destruction violente des peuples autochtones et le mépris de leur savoir pendant la colonisation des Amériques ont laissé une blessure coloniale qui a donné naissance à des conflits internes qui reproduisent des modèles typiques du conflit présent dans le modèle étatique européen moderne.

Pour cette raison, il est nécessaire de comprendre la décolonialité comme une condition de possibilité de l'historiographie latino-américaine contemporaine. Dans la mesure où elle cherche la description analytique des faits, permet de dépasser les récits historiques universels en faveur d'une compréhension de l'histoire qui part de la primauté des faits et, par conséquent, du déroulement et de l'enchaînement entre les éléments qui les structurent. Brièvement, au lieu de se concentrer sur l'histoire du point de vue du narrateur, nous commençons à nous concentrer sur l'histoire à partir des éléments concrets présents dans les faits décrits.

Le constitutionnalisme en Amérique latine, de 1980 à 1990, a une compréhension décoloniale de la connaissance comme présupposé épistémologique. Il s'agit du détachement dont parle Walter Mignolo (2010) lorsqu'il se réfère à la nécessité pour la pensée latino-américaine d'aller au-delà des matrices européennes traditionnelles et de trouver ses propres concepts, catégories et principes liés au temps présent de leurs peuples respectifs. Il y a une refondation épistémique de la tradition critique de la pensée latino-américaine à travers ce que l'on appelle conventionnellement le « tournant décolonial », c'est-à-dire la radicalisation de l'argument postcolonial en tant que mouvement d'opposition et de résistance à la logique de colonialité qui caractérise la modernité en tant que projet politique global (Ballestrin 2013, 90-1). L'anthropologue colombien Arturo Escobar (2004, 207-30) souligne l'importance singulière de la perspective décoloniale pour les pays d'Amérique latine en raison du fait que la mondialisation, avec ses différents processus internes (économiques, politiques, culturels, etc.), renforce la prétention à l'universalité et la radicalisation des références de la modernité.

Un deuxième présupposé du constitutionnalisme latino-américain peut être observée dans la Philosophie de la Libération, largement influencée par le philosophe argentin Enrique Dussel (1977). En bref, ce courant philosophique propose une critique des fondements de la modernité et souligne la nécessité de dépasser la dualité dominateur et dominé. L'histoire serait le produit d'une construction locale et contextuelle de chaque peuple, de sorte que le processus collectif de connaissance de soi serait aussi une forme d'émancipation épistémique et, par conséquent, intellectuelle d'un peuple face à son dominateur/conquérant. Dussel (2001 et 1999) indique que les insuffisances de la modernité peuvent être surmontées par une transmodernité visant à promouvoir la coréalisation entre le centre et la périphérie, entre l'opprimeur et l'opprimé, sur la base d'une idée partagée de solidarité.

Dussel (2001, 452) lui-même résume la Philosophie de la Libération comme un *movimiento post-moderno avant la lettre*, en realidad transmoderno, que aprecia la crítica postmoderna pero la descentra desde la periferia mundial y la reconstruye desde las exigencias políticas concretas de los grupos subalternos (Enzo Bello 2015, 54).

Souligne l'importance de maintenir l'idée originale de « libération » de l'espagnol *liberación* car cette émancipation est, en somme, une désobéissance épistémique des sujets colonisés et de leurs savoirs obscurcis.<sup>17</sup> Ainsi, le nouveau constitutionnalisme latino-américain s'inscrit dans le constitutionnalisme occidental, certainement. L'originalité du mouvement réside dans le dépassement de la dynamique de la colonialité, du pouvoir et du savoir, en faveur d'une libération effective des peuples à travers leurs processus constitutifs originaux.

Fernanda Bragatto dit que la relation de ce mouvement avec la perspective décoloniale des connaissances a permis d'introduire dans les Constitutions la vision de la société que les groupes historiquement marginalisés ont en tant que peuples autochtones, femmes, paysans et d'autres formations sociales précédemment incluses dans l'abstraction de la notion classique de citoyen (Bragatto et Castilho 2014, 12)<sup>18</sup>. Si, d'une part, le nouveau constitutionnalisme latino-américain s'oppose à l'héritage colonial de la modernité, d'autre part, il cherche également à présenter un modèle alternatif de Constitution face à la conception libérale-bourgeoise qui a marqué les constitutionnalismes de ces pays peu après leurs processus d'indépendance. Bien que le constitutionnalisme des droits sociaux se soit développé dans plusieurs pays d'Amérique latine, comme le Brésil et sa Constitution de 1934, l'orientation libérale-individualiste et patrimonialiste était présente même dans les textes constitutionnels promulgués à l'époque des droits sociaux.

Une caractéristique significative de ces mouvements constitutionnels dans les pays d'Amérique latine peu après leurs respectifs processus d'indépendance

<sup>17</sup> Du même auteur, pour une analyse plus large du mouvement en question, voir Bello (2012).

<sup>18</sup> Dans le même sens, voir Bragatto (2014 et 2015, 52-61).

a été la consolidation d'une identité politique définie par un accord politique entre libéraux et conservateurs. Roberto Gargarella (2014, 9) a appelé *constitutionnalisme de fusion* le processus politique qui a donné naissance à ces constitutions libérales-conservatrices qui finiront par structurer des modèles d'États centrés sur la neutralité, sur la laïcité, sur un présidentielisme à tendance au protagonisme excessif du chef de l'État et, par conséquent, sur un fédéralisme centraliste. Bref, à partir du milieu du XIXe siècle, on assiste à une prolifération de textes constitutionnels d'orientation libérale-conservatrice et, afin de répondre aux exigences des élites politiques et économiques locales, très marqués par le patrimonialisme étatique.<sup>19</sup>

La constitutionnaliste péruvienne Raquel Yrigoyen Fajardo (2011, 139-59) décrit le nouveau constitutionnalisme latino-américain en trois cycles :

(1) phase du constitutionnalisme multiculturel : entre 1982 et 1988, dans laquelle s'insère la Constitution brésilienne de 1988, elle est marquée par la protection de l'identité culturelle fondée sur une compréhension multiculturelle de la société ;

(2) phase du constitutionnalisme pluriculturel : entre 1989 et 2005, ayant pour principales Constitutions celles de la Colombie (1991), du Mexique et du Paraguay (1992), du Pérou (1993), de la Bolivie et de l'Argentine (1994), de l'Équateur (1996 et 1998) et du Venezuela (1999), elle se caractérise par l'affirmation du pluralisme et de la diversité culturelle comme principes constitutionnels qui guideraient la production de normes infraconstitutionnelles visant à protéger les droits des formations culturelles et des peuples autochtones sur leurs terres, leurs façons d'être et leurs besoins de participation et de représentation politiques ;

(3) phase du constitutionnalisme plurinational : entre 2006 et 2009, avec les Constitutions de l'Équateur (2008) et de la Bolivie (2009) comme meilleurs exemples, ils ont cherché à consolider un projet politico-constitutionnel décolonisateur et égalitaire centré sur l'idée des États plurinationaux, qui permettaient la reconnaissance de diverses cultures comme « nations originelles » au sein d'un même État politiquement institué.

Pour une compréhension analytique du phénomène, il est intéressant de voir comment Roberto Viciano Pastor et Rubén Martínez Dalmau (2010, 13-43) décrivent quatre caractéristiques formelles du nouveau constitutionnalisme latino-américain :

- 1) rupture démocratique : c'est l'opposition avec l'ancien constitutionnalisme et l'institution d'un nouveau modèle qui a pour objectifs principaux la recherche du bien vivre, du bien-être social, de l'intégration sociale et de la légitimation du pouvoir ; il s'agit d'une ouverture formelle originale et novatrice du gouvernement aux éléments de la participation sociale et politique ;

<sup>19</sup> Sur le patrimonialisme étatique dans la formation de l'État brésilien, l'œuvre de Raymundo Faoro Jr. (2012, 830) est déjà classique, d'où nous tirons son idée que : « A elite do patrimonialismo é o estamento, estrato social com efetivo comando político, numa ordem de conteúdo aristocrático. »

- 2) extension : il s'agit de constitutions très caractérisées par la large dimension analytique des textes constitutionnels, compte tenu du nombre élevé de droits à reconnaître et du statut constitutionnel attribué non seulement aux pouvoirs institués, mais aussi à leurs mécanismes internes respectifs d'efficacité institutionnelle et de réalisation ;
- 3) complexité : caractéristique étroitement liée à l'extension, elle découle de la nécessité de dépasser la concision de l'époque nominaliste, très présente dans la Constitution américaine, et d'adopter une structure qui permette à l'interprète de trouver dans le texte la dimension de sens de la norme constitutionnelle ;
- 4) rigidité : c'est une marque de l'ensemble des textes constitutionnels du nouveau constitutionnalisme latino-américain, puisque, sans adopter une immuabilité textuelle inflexible, il limite le législateur réformateur à suivre un processus législatif plus rigide, par rapport aux lois ordinaires, ce qui enlève la malléabilité du texte constitutionnel aux humeurs politiques inconstantes et simplement contingentes du Parlement ; ainsi, une réforme plus large et plus structurelle de la Constitution nécessiterait un nouveau débat politique dans le contexte du pouvoir constituant originel.

Les mêmes auteurs énumèrent également cinq caractéristiques matérielles du nouveau constitutionnalisme latino-américain (Pastor et Dalmau 2010, 26-34) :

- 1) démocratie participative : l'introduction de nouveaux mécanismes de participation politique, en plus de ceux qui existent traditionnellement dans la démocratie représentative, renforçant l'engagement constitutionnel de promouvoir la participation par des formules directes d'interaction entre le gouvernement et la volonté populaire ;
- 2) longues chartes des droits fondamentaux : contrairement au constitutionnalisme qualifié de classique par les auteurs, le nouveau constitutionnalisme cherche à reconnaître la liste la plus large de droits fondamentaux, en particulier pour les groupes vulnérables et les peuples autochtones ; en même temps, ils consolident les instruments procéduraux, administratifs et/ou judiciaires pour assurer l'exercice de ces droits ;
- 3) mécanismes d'intégration des secteurs historiquement marginalisés : une fois qu'ils sont fondés sur des conceptions de diversité culturelle et de pluralisme juridique, ce sont des constitutions qui reconnaissent, en particulier pour les peuples autochtones et les groupes minoritaires, la légitimité d'accéder de manière autonome à l'administration publique et au système judiciaire pour la réalisation de leurs droits respectifs ; la Constitution de la Bolivie, de 2009, est peut-être l'exemple le plus frappant de cette transformation de la perspective constitutionnelle, puisque, en définissant la configuration des institutions publiques de l'État plurinational, elle a créé la première Cour constitutionnelle avec élection directe par le peuple au poste de juge constitutionnel, avec des vacances également réservées aux personnes appartenant à des groupes autochtones ;
- 4) normativité constitutionnelle : redimensionnant l'idée classique de la suprématie de la Constitution, établit un large accès à l'exercice d'un contrôle

concentré de constitutionnalité, lorsqu'il n'est pas combiné avec le contrôle diffus de la constitutionnalité aux fins d'un accès plus démocratique à la justice constitutionnelle ;

- 5) constitution économique : cette expression illustre la manière dont le nouveau constitutionnalisme latino-américain resignifie le rôle de l'État dans l'économie, dont la participation se traduit dans des aspects pertinents, tels que la décision publique sur l'utilisation des ressources naturelles et la réglementation des activités financières ; en outre, il s'agit de nouvelles Constitutions qui apprécient une dynamique d'intégration latino-américaine plus large que celle qui est simplement l'intégration économique (Pastor et Dalmau 2010, 34-8).

En conclusion, il est possible de dire que le nouveau constitutionnalisme latino-américain a reçu, en termes théoriques et philosophiques, beaucoup d'influence de la philosophie de la libération et de la pensée décoloniale, tandis que, du point de vue normatif, il a attribué une centralité au principe démocratique en introduisant la représentation des groupes et des formations sociales dans le processus politique, notamment dans la structuration des institutions publiques.

### Bibliographie

- Alexy, Robert. 2002. *Theorie der Grundrechte* (orig. 1985), trad. esp. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arendt, Hannah. 1961. *Between Past and Future : Six Exercises in Political Thought*. New York, Viking Press.
- Arendt, Hannah. 1998<sup>2</sup>. *Human Condition*. Chicago, University of Chicago Press.
- Ballestrin, Luciana Maria de Aragão. 2013. "América Latina e o giro decolonial." *Revista Brasileira de Ciência Política* 11 : 89-117. <http://dx.doi.org/10.1590/001152582017127>
- Barretto, Vicente de Paulo. 2002. "Ética e Direitos Humanos : Aporias Preliminares." In *Legitimação dos Direitos Humanos*, cuidado de Ricardo Lobo Torres, 499-530. Rio de Janeiro : Renovar.
- Bello, Enzo. 2012. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul : EDUCS.
- Bello, Enzo. 2015. "O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano." *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 7, 1 : 49-61. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2015.71.05>
- Bobbio, Norberto. 1997. *L'età dei diritti*. Torino : Einaudi.
- Bonavides, Paulo. 1999<sup>7</sup>. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros.
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2014. "Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade." *Novos Estudos Jurídicos* 19, 1 : 201-30. <https://doi.org/10.14210/nej.v19n1.p201-230>
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2015. "O que há de novo no constitucionalismo latino-americano : reflexões sobre o giro descolonial." In *Descolonialidade e Constitucionalismo na América Latina*, coord. Ana Cecília de Barros Gomes, Lenio L. Streck, e João Paulo Allain Teixeira, 52-61. Belo Horizonte : Arras Editores.
- Bragato, Fernanda Frizzo, e Natalia Martinuzzi Castilho. 2014. "A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo

- latino-americano.” In *Opensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*, org. Eduardo Manuel Val, e Enzo Bello, 11-25. Caxias do Sul : EDUCS.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. 1993<sup>6</sup>. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina.
- Dippel, Horst. 2019. “What to celebrate ? The place of the weimar constitution within the history of modern constitutionalism.” *Giornale di storia costituzionale* 38, 2 : 13-26.
- Dussel, Enrique. 1977. *Filosofía de la liberación*. México : EDICOL.
- Dussel, Enrique. 1999. *Posmodernidad y Transmodernidad. Diálogos con la filosofía de Gianni Vattimo*. Puebla : Universidad Iberoamericana-Golfo Centro.
- Dussel, Enrique. 2001. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao : Editorial Desclee de Brouwer.
- Eduard, David. 1919. *Discours du 31 juillet 1919*. Assemblée nationale constituante de Weimar. <[https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2\\_wv\\_bsb00000013\\_00070.html](https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2_wv_bsb00000013_00070.html)> (29-08-2025).
- Escobar, Arturo. 2004. “Beyond the Third World : Imperial Globality, Global Coloniality, and Anti-Globalization Social Movements.” *Third World Quarterly* 25, 1 : 207-30.
- Faoro, Raymundo. 2012. *Os donos do poder : formação do patronato político brasileiro*. São Paulo : Globo.
- Faria, José Eduardo. 1994. “O judiciário e os direitos humanos e sociais : notas para uma avaliação da justiça brasileira.” In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, cuidado de José Eduardo Faria, 94-112. São Paulo : Malheiros.
- Garciadiego, Javier. 2003. *La Revolución Mexicana. Crónicas, documentos, planes y testimonios*. México : Universidad Nacional Autónoma de México.
- Garciadiego, Javier. 2017. “¿Por qué, cuándo, cómo y quiénes hicieron la Constitución de 1917 ?” *Historia Mexicana* 66, 3 : 1183-270. <https://doi.org/10.24201/hm.v66i3.3380>
- Gargarella, Roberto. 2014. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires : Katz Editores.
- Hesse, Konrad. 1978. *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg : C. F. Müller.
- Höffe, Otfried. 2000. *Derecho intercultural*. Barcelona : Gedisa.
- Höffe, Otfried. 2009. “A coexistência de culturas na globalização.” In *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*, org. Anderson V. Teixeira, et al., 318-41. São Paulo : Manole.
- Jellinek, Georg. 1912. *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (orig. 1892), trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano : Società Editrice Libreria.
- Kant, Immanuel. 1904. *Fondements de la Métaphysique des Mœurs*. Traduction par H. Lachelier. Paris : Librairie Hachette.
- Lander, Edgardo. 2000. “Ciencias sociales : saberes coloniales y eurocéntrico.” In *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales : perspectivas latinoamericanas*, cuidado de Edgardo Lander, 4-23. Buenos Aires : CLACSO.
- Mignolo, Walter. 2007<sup>1</sup>. *La idea de América Latina : la herida colonial y la opción decolonial*. Trad. Silvia Jawerbaum e Julieta Barba. Barcelona : Gedisa.
- Mignolo, Walter. 2010. *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*. Buenos Aires : Ediciones del Signo.
- Miranda, Jorge. 1988. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Vol. IV. Coimbra : Almedina.
- Pariotti, Elena. 2012. *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*. Torino : UTET.
- Quijano, Aníbal. 1988. *Modernidad, identidad y utopía en América Latina*. Lima : Ediciones Sociedad y Política.

- Ramose, Mogobe B. 1999. *African philosophy through ubuntu*. Harare : Mond Books.
- Sarlet, Ingo W. 2010<sup>10</sup>. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Strauss, Leo. 1953. *Natural Right and History*. Chicago : Chicago University Press.
- Vasak, Karel, edited by. 1982. *The International Dimensions of Human Rights*, vol. I. Westport : Greenview Press.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. 2010. "Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional." *IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 25 : 7-29.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2011. "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización." In *El derecho en América Latina : un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, cuidado de César Rodríguez Garavito, 139-59. Buenos Aires : Siglo Veintiuno Editores.



## PARTIE II

Ontologie : Nature et contenu du constitutionnalisme transnational



## Propositions introductives

Oui, à la recherche d'une ontologie... Cette Partie est guidée par l'intention consciente et immodeste de proposer que le constitutionnalisme transnational soit envisagé à partir d'une possible ontologie propre au constitutionnalisme moderne. On la dit immodeste parce que toute ontologie vise à étudier l'être lui-même, l'être dans sa dimension phénoménale de réalisation. Mais quel serait l'être du constitutionnalisme ? La réponse qui sera assumée ci-dessous repose sur l'hypothèse que cet être doit s'exprimer, formellement, à travers d'une constitution. Si la réponse semble évidente, dans la mesure où le constitutionnalisme présuppose une constitution écrite ou non écrite, même si l'inverse n'est pas vrai et qu'une constitution sans constitutionnalisme est possible, la question centrale qui guide cette Partie ne sera pas si évidente : quel est l'être du constitutionnalisme transnational ?

Le quatrième chapitre de l'ouvrage et le premier de la Partie entend reconstruire les principales théories occidentales qui ont cherché au cours des deux derniers siècles à fonder un concept de constitution. La liste des conceptions et des auteurs, aussi arbitraire qu'elle puisse paraître *prima facie*, reflète directement les expériences historiques décrites dans la première Partie ci-dessus. De plus, la troisième Partie, lorsqu'elle tentera de proposer un concept de constitution historique transnationale, dépendra des catégories théoriques abordées dans ce chapitre.

Le cinquième chapitre établit le point de contact immédiat entre le sujet central de cet ouvrage et le droit international des droits de l'homme. Le processus d'internationalisation du phénomène constitutionnel et des dispositions normatives des constitutions, survenu dans la deuxième moitié du

XXe siècle, bien que toujours soutenu sur une matrice basée sur ce qu'on appelle conventionnellement la doctrine des droits de l'homme, sera considéré ici comme un cadre de référence dogmatique pour l'émergence et la consolidation du constitutionnalisme dans une perspective transnationale. L'approche du droit international des droits de l'homme vise à démontrer que l'évolution de ce droit a permis aux droits de l'homme de dépasser la condition de simple doctrine politique vers une véritable ontologie prénormative.

Le dernier chapitre de cette Partie aborde ce qui peut être considéré comme les concepts essentiels de toute théorie constitutionnelle moderne, mais en les redimensionnant dans une perspective transnationale. Si le moderne était structuraliste, le pouvoir et la légitimité devront être pensés à la lumière de la crise de la modernité et, par conséquent, de l'émergence de la postmodernité. Il en va de même avec les concepts de normalité et d'exception, notamment avec l'insuffisance de la notion d'exception face aux dangers d'un chaos normatif et constitutionnel. Finalement, que cherche à réaliser le phénomène constitutionnel dans une perspective transnationale ? Sous peine de tomber dans les relativismes ou d'être hégémonisé par des acteurs qui ont une puissance d'une portée mondiale, il faudra chercher à comprendre la dimension ontologique qui sous-tend les biens juridiques universels.

## Qu'est-ce qu'une constitution ?

### Théories de la constitution

Le constitutionnalisme occidental a, dans ses expériences historiques locales au sein des États nationaux, la figure de la constitution écrite comme l'expression maximale de la dimension dogmatique du phénomène constitutionnel, l'exception la plus importante, comme nous l'avons vu dans la partie précédente, étant la constitution britannique et sa dimension historique. Cependant, résumer le concept de constitution à son sens formel signifie réduire un problème ontologique à la simple dimension froide du texte de la constitution ; lorsque la *constitution formelle* est considérée comme délimitant les procédures et les formes de légifération au sein d'un ordre constitutionnel institué, elle devient un paramètre qui permet de contrôler la compatibilité procédurale du mode de production de la législation infraconstitutionnelle avec les dispositions de la Constitution elle-même. D'autre part, la notion de *constitution matérielle* délimite quels sont les droits fondamentaux des individus et quelles sont les normes substantielles essentielles pour la structuration de l'État et pour la bonne organisation de la société.<sup>1</sup> Ainsi, avant d'arriver à cette définition dichotomique (formelle/matérielle) largement acceptée aujourd'hui, il y a une question

<sup>1</sup> Pour la distinction entre constitution formelle et constitution matérielle, voir Mathieu et Ardant 2017-2018, 70-1 ; aussi Verpeaux 2013, 65-8. Cependant, il est toujours utile de se rappeler l'ouvrage classique de Mortati 1998, sur cette même différenciation à propos du concept de constitution.

classique qui a été posée depuis le début du mouvement constitutionnel libéral : qu'est-ce qu'une constitution ?

L'analyse de la nature d'une constitution et de sa fonction au sein d'un ordre politico-juridique institué sont des problèmes auxquels ont été confrontés différents auteurs au cours des deux derniers siècles. Sur la base de la présence récurrente dans les cours de droit constitutionnel et même dans l'historiographie de la pensée juridico-constitutionnelle, six théories de la constitution ont été choisies pour tenter de répondre à la question qui guide ce chapitre. Dans la mesure où elles se situent entre la période des révolutions libérales du XVIII<sup>e</sup> siècle et la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, ces six théories sont à la base d'une grande partie des conceptions locales de la constitution développées par les cours constitutionnelles des pays insérés dans le constitutionnalisme occidental.

Encore une fois, qu'est-ce qu'une constitution ? Cette question a été récurrente dans la pensée politico-juridique occidentale avant même la période des révolutions libérales. André Lemaire (1907, 99-102, 106) a fait référence au XV<sup>e</sup> siècle comme à une époque où, d'une part, des juristes tels que François Hotman se préoccupaient de dissocier le fondement de l'origine de la France du pur pouvoir absolu du monarque, à tel point que son classique *Franco-Gallia* (1573) met l'accent sur une notion – encore naissante à l'époque – de la souveraineté populaire comme un fondement du pouvoir, tandis que, d'autre part, l'usage du terme de *lois fondamentales* était déjà récurrent chez des hommes politiques comme le duc d'Anjou, d'Alençon, qui soutenaient qu'il n'était pas possible de maintenir un royaume sans ses « lois fondamentales ». Bien que nous ayons été confrontés ici à des caractères qui se réfèrent directement à l'une des fonctions les plus essentielles d'une constitution, c'est-à-dire la limitation du pouvoir, l'utilisation même du mot *constitution* est beaucoup plus ancienne, et peut aussi être vue chez Aristote avec le concept très large de *politeia*, et encore chez les Romains de l'époque impériale avec les *constitutiones principis*, un ensemble de documents législatifs qui comprenaient des règles générales telles que les *edicta* et *mandata*, ainsi que des normes d'une nature particulière, comme les *decreta*, *epistulae* et *rescripta*.

Ce qui semble approcher Aristote, Hotman et d'autres auteurs prémodernes qui se sont éloignés les uns des autres pendant des siècles ou des millénaires, c'est la nécessité de donner forme, c'est-à-dire d'incarner les normes les plus essentielles qui structurent les bases de leurs organisations politiques et, par conséquent, séparent la civilité de la barbarie. Cependant, il est évident que l'aspect très caractéristique de la constitution dans la modernité reste intouché par tous : la limitation du pouvoir public en tant que fonction essentielle d'une constitution. Une fonction essentielle et suffisante en soi, indépendamment des légitimations métaphysiques ou théologiques. Ainsi, la simple question qui donne le titre à ce chapitre pourrait être répondue par des centaines de pages, dans divers sens possibles à travers l'histoire.

Dans les sections suivantes, nous oserons essayer de répondre à la question susmentionnée chez chacun des auteurs qui, à notre avis, ont été décisifs dans la formation de la pensée politico-juridique occidentale : Burke, Lassalle,

Marx, Hauriou, Kelsen et Schmitt. Le caractère apparemment « arbitraire » de cette élection est atténué par le fait que plusieurs auteurs désignent cette liste comme une liste minimale de penseurs responsables de ce qu'on appelle conventionnellement les théories de la constitution.<sup>2</sup>

#### 4.1 Les conceptions jusnaturalistes

Une première définition qui coïncide temporellement avec le début du constitutionnalisme occidental peut être établie avec le concept imprécis de *constitution jusnaturaliste*. Imprécis parce qu'il ne s'agit pas d'une terminologie récurrente dans la doctrine et parce qu'il n'a pas de bases théoriques claires qui la dissocient des *lois du royaume* médiévales ou des *lois fondamentales* responsables de la structuration normative des monarchies européennes de la fin du Moyen Âge.<sup>3</sup> Traitant de la France de l'Ancien Régime, Olivier Beaud (2009) souligne que le mot « constitution », encore inspiré de l'ancienne notion de *constitutio* du latin, avait peu de sens réel, restant étroitement associé à la prérogative du souverain de émettre des ordonnances pour les sujets.

Cependant, non seulement au XVIII<sup>e</sup> siècle, mais un siècle ou deux plus tôt, en Europe continentale et en Angleterre, les monarchies ont commencé à essayer de justifier leurs pouvoirs absolus plus directement dans la nature humaine, sans avoir à recourir à la légitimation de la *Respublica Christiana*. Une conception de la constitution jusnaturaliste s'est développée, décrivant les organisations entre les puissances, sous la légitimité spirituelle de l'Église catholique, comme une situation de fait produite par l'évolution historique d'une certaine collectivité, et non par une simple volonté souveraine ; le royaume serait un corps organique chargé de bien ordonner une société, avant même de garantir les droits. Jean-Baptiste Busaall (2012, 271) rappelle que la dynastie des Bourbons est responsable de cette grande organicité du Royaume de France, puisque jusque-là les relations de privilèges, de forums et même de lois étaient centrées sur différents points d'appui en dehors du territoire français, comme Rome et le Royaume d'Espagne.

Il y a aussi le rapport entre souveraineté et pouvoir normatif qui s'est construit tout au long des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles par des juristes tels que Jean Bodin (1530-1596) et Charles Loyseau (1564-1627), augmentant d'une part la pertinence d'une différenciation hiérarchique entre les normes émises par le monarque lui-même, tout en créant d'autre part les conditions théoriques, sur le plan normatif, de la séparation entre l'État et l'Église, ce qui se produira au XVIII<sup>e</sup> siècle avec la paix de Westphalie (1648). Charles Loyseau (1609, I, 24) définissait

<sup>2</sup> Jorge Miranda (2011, 188-92) présente la même liste comme une sorte d'illustration de ce que sont les grands courants doctrinaux sur le problème constitutionnel.

<sup>3</sup> Plus précisément en France, les *lois fondamentales du royaume*, de nature coutumière et d'origines immémoriales dans les coutumes locales des premières dynasties du Royaume, ont commencé à se développer en tant que lois au sens formel à partir de la dynastie des Bourbons. Sur le sujet, voir Chevallier (1979).

la souveraineté comme une « puissance absolu » de l'État, comme une forme qui lui attribue l'existence. Dans un autre ouvrage, Loyseau (1613, 3-12) traitera de l'idée d'« ordre » en tant qu'« État » pour justifier la division – qui deviendra une référence structurante du Royaume – de la société française en trois États, qui seront hiérarchisés les uns au-dessous des autres, les lois du Royaume étant chargées d'établir l'ordonnancement des rapports entre ces trois États.

La légitimité transcendantale de l'Église catholique n'était pas stable, encore moins inébranlable. Dans l'ouvrage *Franco-Gallia*, traitant de la « forme et constitution du gouvernement franco-gaulois » (chap. X), François Hotman (1991, 63-7) a eu recours à une idée encore très naissante d'une constitution de droit naturel dans des conditions permettant de préserver la continuité historique du pouvoir en France, même dans le cas d'une éventuelle destitution de la monarchie, accusée par lui de tyran – il faut rappeler que l'ouvrage lui-même est un manifeste huguenot en réaction au massacre de la Saint-Barthélemy. Si la souveraineté provenait du peuple, comme le soutenait Hotman, la constitution serait la forme souveraine d'existence de ce peuple sur son propre sol, quelles que soient les circonstances entourant la monarchie et le gouvernement au pouvoir. Même en l'absence d'un rejet explicite de tout fondement religieux pour légitimer le pouvoir politique, il est déjà possible de trouver en *Franco-Gallia* une tentative de légitimation du pouvoir politique dans la nature humaine d'un peuple constitué, c'est-à-dire dans son propre développement historique au fil du temps.

Brièvement, on peut définir la constitution jusnaturaliste comme une tentative, avant les événements historiques qui ont culminé avec la Révolution française, de fonder le pouvoir politique sur un ordre supérieur de principes et de règles de droit naturel qui serviraient de paramètre éthique et métaphysique pour le droit positif. Bien que fortement marquée par le thomisme, dans le domaine philosophique, et par le catholicisme, dans le domaine religieux, on peut dire que la constitution jusnaturaliste a été la grande thèse à contester par les courants qui allaient émerger aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, en particulier par la constitution historique sur le sol britannique.

#### 4.2 Edmund Burke (1729-1797) et la constitution historique

La partie précédente a été mise en évidence la division entre la période de droit consuetudinaire et la période de *common law* dans la formation historique du constitutionnalisme britannique. L'anti-normandisme, tel que défini par l'historien britannique Christopher Hill, a renforcé cette division historique en entendant opposer les traditions et les coutumes locales britanniques aux autres formes d'organisation politique et sociale connues à l'époque. Toutefois, la consolidation de la *British constitution*, par opposition à ce qui représentait l'*Ancient constitution*, est devenu possible avec une rhétorique anti-normande ajoutant à l'idée que le *common law* eût été le seul système juridique existant dans le royaume capable de lui donner l'unité.

John Pocock (1967, 229-30) souligne que, bien que la déposition du roi Jacques II ait été le principal événement politique de la Révolution de 1688, la

perte de pertinence juridique et politique de l'*Ancient constitution* sera, en fait, l'héritage le plus important laissé par la Révolution. Près d'un siècle auparavant, Edward Coke et les partisans du parlementarisme avaient déjà plaidé pour la nécessité de limiter le pouvoir monarchique et d'étendre les prérogatives du Parlement. Cependant, ce n'est qu'avec la Révolution de 1688 qu'il sera possible d'affirmer l'existence d'une constitution historique qui consolide le pouvoir des tribunaux dans l'interprétation du droit, ainsi que le rôle du Parlement dans la définition des politiques.

Environ un siècle après la guerre de Sécession, Edmund Burke (1729-1797), considéré comme l'un des grands théoriciens du conservatisme, représentait avec ses idées une grande synthèse de cinq cents ans d'évolution de la *British constitution*. Burke a soutenu, sans recourir au droit naturel, qu'il y aurait une relation de continuité responsable de la formation historique de la tradition constitutionnelle d'un pays, qui serait reconnaissable à sa capacité de limiter le pouvoir, de diviser son exercice et d'affirmer les droits individuels. Penseur respecté au fil du temps par les libéraux, les conservateurs et les progressistes, Burke a produit ses principaux textes lorsqu'il était parlementaire (1766-1794) à la Chambre des communes (*House of Commons*), en particulier dans l'observation critique des événements historiques, tels que la Révolution française, et dans la lutte effective contre les politiques de son temps, notamment avec la motion de censure, en mai 1782, qui mit fin au gouvernement du polémiste Lord North, premier ministre pendant la guerre d'indépendance américaine.<sup>4</sup>

Le philosophe George H. Sabine (1962, 489) souligne le fait que, avant une constitution historique, chez Burke, l'idée essentielle était celle d'une « constitution prescriptive ». Bien plus qu'une dimension locale du pouvoir, ou un agrégat momentané d'individus, une nation serait formée par une idée de continuité guidée par des décisions qui, délibérément de la part du peuple, trouvent la reconnaissance dans les générations futures ; des idées qui *prescrivent* des titres, des droits, tout ce qu'il y a de plus essentiel, y compris ceux qui prescrivent le gouvernement ; selon Burke (1861, 147), la constitution britannique existe pour être, tout d'abord, une évolution constante qui remonte à une époque immémoriale.

Autant la Magna Carta de 1215 a déjà été mentionnée par Coke comme la première grande manifestation d'un parlement sur le sol britannique au Moyen Âge, autant c'est avec Burke et sa doctrine du traditionalisme que la déclaration des droits susmentionnée est également considérée comme le premier grand document normatif ayant un statut constitutionnel pour la *British constitution*. John Pocock souligne que la pensée de Burke combinait une théorisation abstraite sur la sagesse supposée supérieure des institutions traditionnelles avec les idées plus concrètes de son époque ; une relation complexe d'idées centrée

<sup>4</sup> Sur la façon dont la motion de censure contre Lord Frederick North constituerait une nouvelle phase du parlementarisme, voir le travail de l'historien Herbert Butterfield (1949).

sur la combinaison de la contemplation de la société anglaise alors existante avec les concepts traditionnels qui avaient formé le système de *common law*.<sup>5</sup>

Le concept de constitution historique, en tant que constitution non écrite formée d'un ensemble de documents normatifs de valeur historique supérieure affirmés au fil du temps par un peuple donné, a dans la pensée de Burke l'une des contributions les plus pertinentes à la théorie constitutionnelle, que ce soit pour son adhésion ou sa réfutation.

#### 4.3 Ferdinand Lassalle (1825-1864) et la constitution sociologique

Avec le prussien Ferdinand Lassalle une période du constitutionnalisme occidental a été inaugurée au cours de laquelle la rivalité avec la perspective historiciste britannique a dû être surmontée – au moins de manière explicite – et des définitions concrètes ont commencé à émerger en Europe continentale pour différencier la constitution en tant que simple acte législatif de la constitution en tant que loi suprême d'un ordre politico-juridique. La proximité avec Marx à l'époque de la Révolution prussienne de 1848 peut être perçue dans la manière dont les deux reflètent réciproquement dans leurs œuvres la nécessité de concevoir un espace propre pour la composition entre les forces politiques existant dans une société.<sup>6</sup> Provient de Lassalle, dans son livre *Über Verfassungswesen*, née d'une conférence donnée à Berlin en 1862, une confrontation directe avec une question centrale pour la théorie constitutionnelle : quelle est l'essence d'une constitution ? La précision de la conférence, transformée en livre, face à ce questionnement peut s'expliquer par divers facteurs et circonstances du moment par lequel Lassalle était passé, comme la rencontre avec Giuseppe Garibaldi la même année lors d'un voyage à Naples, ou la préparation du *Arbeiter-Programm* (« Programme des travailleurs ») qui constituerait la base programmatique de

<sup>5</sup> « It is confined to one aspect of Burke's thought—his doctrine of the superior wisdom of traditional institutions—and it treats even that in isolation. There are many things in his social and political philosophy besides his traditionalism, and it is not suggested that his membership of the common-law tradition explains all or any of them. To understand their meaning and their presence among his ideas, it may well be necessary to invoke the natural law, the philosophy of Hume, the sociology of Montesquieu or the rise of a romantic sensibility, and even more complex operations will obviously be needed if any one aspect of his thought is to be reduced to philosophical unity with any other. It is certainly not suggested that Burke's unified view of reality— if he had one—was derived from the common law; on the other hand it is suggested that in order to explain his traditionalism, regarded simply as an isolated factor, there is no need to suppose more than his continued employment and highly developed understanding of certain concepts which came from the common law (as he recognized) and were generally in use as part of the political language he spoke with his contemporaries. In this respect, Burke's thought was formed by the contemplation of English society and history with the aid of concepts traditionally used for that purpose, and by the contemplation of those concepts themselves » (Pocock 1960, 143).

<sup>6</sup> Sur la Révolution de 1848, le soi-disant « Printemps des peuples », et son influence sur Lassalle, voir : Moyssset (1906) et Marx (1900). Sur la relation entre Lassalle et Marx, voir : Fleury 1939, 45-54.

l'*Allgemeiner Deutscher Arbeiter-Verein* (« Association générale des travailleurs allemands »), fondée l'année suivante à Leipzig, et qui existera jusqu'à 1875, date à laquelle, en fusion avec le Parti ouvrier social-démocrate, elle donnera naissance au Parti ouvrier socialiste d'Allemagne.

La réponse à la question de l'essence de la constitution est donnée afin de différencier la loi de la constitution, parce que cette dernière est aussi une loi, mais elle ne se limite pas à être une *simple* loi : c'est la loi fondamentale d'une nation (Lassalle 1999, 24). Lassalle a inventé la célèbre phrase selon laquelle une constitution devrait être plus qu'une simple *feuille de papier*, puisque, en plus de la constitution écrite, il y aurait une constitution effective. Il stipule que l'essence de la Constitution d'un pays est formée par les « rapports de force réels existant dans un pays » (Lassalle 1999, 31). Mais quels seraient ces véritables rapports de pouvoir ? Il répond que les « rapports de forces réels qui existent dans chaque société sont cette force effective, agissante, qui conditionne toutes les lois et les dispositions juridiques de cette société, de telle sorte que pour l'essentiel elles ne peuvent guère être différentes de ce qu'elles sont » (Lassalle 1999, 26).

C'est un concept aussi historiquement impactant que controversé, parce que son caractère hautement descriptif pourrait condamner une nation influencée par des agents vicieux à rester fatalement lié à un sombre destin. Parmi les véritables forces réelles de pouvoir, Lassalle énumère l'Église, la monarchie, les banquiers, l'aristocratie, la grande bourgeoisie, la petite bourgeoisie et la classe ouvrière. Malgré cette critique importante que l'on peut formuler, le concept sociologique de constitution a le mérite indéniable de tenter d'approcher la réalité socio-économique et historique du moment constituant, laissant la mesure de l'efficacité de la constitution définie par les directions que peut prendre la composition entre les rapports de force réels. La composante transformatrice qu'une constitution doit avoir, guidant la collectivité vers le bien commun à partir des valeurs partageables, serait probablement construite dans le cadre d'une dialectique matérialiste constante et sans fin entre les différentes forces réelles de pouvoir.

#### 4.4 Karl Marx (1818-1883) et la constitution comme superstructure ?

Initialement, il est important de souligner que les portées de ce travail, plus précisément de ce chapitre, sont liées au constitutionnalisme et au(x) concept(s) de constitution. Par conséquent, dans ce point, nous essaierons, de manière ponctuelle, d'analyser un concept possible de constitution basé sur la pensée de Marx. Il existe une relation vaste et intéressante entre la pensée juridique et le marxisme, notamment en raison de l'œuvre de Michel Miaille (1941-) et de sa réception au Brésil par des auteurs tels que Enzo Bello, Martônio Mont'Alverne Lima, Gilberto Bercovici et Alysson Mascaro.<sup>7</sup> Cependant, notre approche

<sup>7</sup> Pour plus d'informations et d'études sur la critique marxiste du Droit aujourd'hui, voir : Miaille 1976 et 1980 ; et une conférence publiée sous forme d'article par Michel Miaille (2014). Voir aussi Lyra Filho (1983) ; Bello, Lima et Bercovici 2019 ; Bello 2010, 7-33 ; et aussi Mascaro 2013.

méthodologique ne nous permet pas d'aller au-delà des champs spécifiques qui nous guident dans ce travail.

Bien qu'il ne se soit jamais consacré à des thèmes strictement juridico-constitutionnels, il est possible de soutenir que chez Marx, la notion de constitution assumerait également la condition de superstructure, c'est-à-dire en tant que norme juridique majeure d'une organisation politique. Si, d'une part, l'ensemble des relations économiques constituait la superstructure économique de la société, d'autre part, sur cette base économique réelle, une superstructure juridique et politique serait érigée et déterminée par celle-ci. Mais, en revanche, si elle n'assume pas sa fonction historique de limitation/uniformisation des relations économiques, cette superstructure serait condamnée à simplement donner une forme juridique et une légitimité politique à ce qui est défini par la superstructure économique.<sup>8</sup>

En termes aussi brefs, on pourrait se référer à tort au structuralisme philosophique qui, déjà chez Saussure, cherchait à décrire les relations d'équivalence ou d'opposition comme déterminantes d'un ensemble d'éléments qui formeraient la structure ; cependant, l'objectif de Marx trouve essentiellement son origine dans la critique des relations économiques. L'une des catégories les plus importantes de la critique marxiste, la superstructure serait le niveau maximum de projection idéologique des stratégies des groupes économiques et politiques (les élites) dans le but de maintenir et de perpétuer leurs domaines.

D'autre part, l'infrastructure – un autre concept central de cette théorie – serait composée de relations matérielles entre ceux qui détiennent eux-mêmes les forces de production, c'est-à-dire les travailleurs qui emploient leurs efforts à la transformation des matières premières en produits (manufacturés, industrialisés). Ainsi, l'ensemble de ces rapports de production constituerait, pour Marx, la « structure économique de la société, la base réelle, sur quoi s'élève une superstructure juridique et politique et à laquelle correspondent des formes de conscience sociales déterminées » (Marx 1909, 26).

Dans cette perspective hautement déterministe, la constitution aurait pour rôle d'être la référence normative suprême dans l'organisation d'une société organisée dans le but de maintenir la sécurité juridique des détenteurs des moyens de production. L'utilisation même du mot « constitution » par Marx se référait, avec imprécision, à l'idée d'une loi supérieure dans une organisation politico-juridique indépendante. Cependant, la pertinence de la critique marxiste de la constitution est devenue significative non seulement en raison de son influence sur l'origine de l'URSS et sur les pays qui ont adhéré au Pacte de Varsovie, mais même avec la dissolution de l'Union soviétique et le début

<sup>8</sup> Marx (1909, 5, Préface) lui-même a déjà dit que : « L'ensemble de ces rapports de production constitue la structure économique de la société, la base réelle, sur quoi s'élève une superstructure juridique et politique et à laquelle correspondent des formes de conscience sociales déterminées. Le mode de production de la vie matérielle conditionne le procès de vie social, politique et intellectuel en général. Ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine la réalité ; c'est au contraire la réalité sociale qui détermine leur conscience. »

du XX<sup>e</sup> siècle, les nombreuses critiques des processus de mondialisation font régulièrement appel aux références marxistes pour tenter d'aborder des questions telles que l'inégalité sociale, l'extrême pauvreté, parmi d'autres problèmes pour lesquels les réponses actuelles ne sont pas étayées par la réalité.

D'une constitution-bilan, comme on l'appelait en référence au léninisme postrévolutionnaire, qui visait à décrire la réalité effective des structures du pouvoir d'État et de l'organisation politico-économique existante, nous sommes passés à une conception marxiste de la constitution dans le sens de la limitation juridico-politique de la superstructure représentée par l'économie. En abandonnant la catégorie de la constitution-bilan et en passant à la constitution-programme qui allait caractériser plusieurs constitutions de pays socialistes dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, y compris la constitution de l'Union soviétique de 1977, la critique marxiste de la constitution a cherché à se concentrer sur la dimension historique de la conscience sociale d'un peuple comme référence pour définir comment la superstructure juridico-politique se positionnerait par rapport à la superstructure économique.

À notre avis, il n'aurait plus de sens pour une révolution anticapitaliste mondiale de penser à partir de la matrice marxiste, mais plutôt comme une source de subventions théoriques possibles pour la refondation des fondements du capitalisme vers un ordre international moins inégalitaire entre les nations et doté de véritables instruments de promotion de la dignité humaine dans ses multiples dimensions existentielles.

#### 4.5 Maurice Hauriou (1856-1929) et la constitution comme institution

Les théories institutionnalistes du droit et de la constitution ont fait l'objet de propositions différentes au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle dans plusieurs pays, notamment en France et en Italie. Au tournant du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle, Vittorio Emanuele Orlando, professeur de droit constitutionnel à Palerme et homme politique proche à la fois des diplomates d'autres nations et des juristes de l'expression de Georg Jellinek, a introduit les bases de ce qui serait le droit public italien. La pensée juridico-constitutionnelle du début du XX<sup>e</sup> siècle n'avait pas encore ses propres théorisations sur des questions purement théoriques, étant marquée par le dogmatisme et, dans une certaine mesure, aussi par le pragmatisme. C'est avec Santi Romano (1918), l'élève le plus remarquable de Vittorio Emanuele Orlando, que l'institutionnalisme juridique italien a gagné corps et âme, en particulier dans l'œuvre *L'Ordinamento giuridico*, où il délimite ses différences avec le formalisme positiviste en affirmant que « le droit est une institution », c'est-à-dire qu'avant d'être une norme ou un ensemble de normes, le droit serait une institution, une sphère d'action dans laquelle les normes deviennent possibles.

Cependant, cette idée était déjà présente, à la même époque, sur le sol français avec Maurice Hauriou, constitutionnaliste devenu célèbre comme professeur à la faculté de droit de l'Université de Toulouse comme l'un des plus importants juristes européens du XX<sup>e</sup> siècle. Contrairement à Santi Romano et sa vision de

l'institution comme une seule entité<sup>9</sup>, Hauriou soutenait qu'il y avait une ligne de continuité entre l'émergence de l'État moderne, le contrat social, surtout après les contributions de J.J. Rousseau, et l'affirmation de l'institution comme expression objective du pouvoir subjectif diffus parmi les individus vivant dans la société. Ainsi, il n'y aurait pas une « unité » du système juridique, mais un dualisme entre la *constitution sociale* et la *constitution politique* qui représente le passage du subjectivisme caractéristique de la première à l'objectivisme qui devrait marquer la seconde.

Un système social se formerait et s'ordonnerait à partir d'un « mouvement lent et uniforme » qui ne s'observe que dans les organismes vivants ; le renouvellement continu de ces mouvements permet à un groupement humain de développer un équilibre dans ses relations et, finalement, de transformer sa volonté collective en gouvernement (Hauriou 1929, 71). Lorsque cette organisation sociale s'institue, sous une forme spécifique et durable, elle cesse d'être une simple situation de fait pour devenir une institution sociale. Hauriou développe son idée de l'institution comme sociale ou comme politique, puisque l'État est la forme de l'institution politique qui s'ajoute à la société, sans avoir l'intention de la dominer ou de la subjuguier ; l'État n'agit que par le moyen de la loi, c'est-à-dire par le biais d'une loi constituée, avant tout, sur la base des libertés individuelles qui forment les institutions sociales.

En affirmant que l'État serait soumis à une « superlégalité constitutionnelle », il n'y aurait pas seulement la constitution écrite, mais surtout un ensemble de principes fondamentaux ayant pour fonction de donner une légitimité constitutionnelle au pouvoir de l'État.<sup>10</sup> Au milieu de tels principes, il y aurait ceux qui garantissent des libertés individuelles et aussi les principes politiques qui guident le fonctionnement du régime actuel. Hauriou a souligné qu'un régime constitutionnel était formé par des « facteurs constitutionnels » : le pouvoir, l'ordre, l'État, la liberté. Selon ses propres mots, le pouvoir

étant à la fois le fondateur et l'organisateur de l'ordre. L'État étant une forme perfectionnée de l'ordre. La liberté étant à la fois la cause et le but de ces actions et de la création de ces formes (Hauriou 1929, 114).

Les droits et libertés individuels, formés au sein des institutions sociales qui servent de forme extérieure à un groupement humain, seraient à la base de la constitution sociale. La constitution écrite, en revanche, serait la forme externe de la constitution politique, de sorte que « la base d'une constitution se trouve dans des institutions, et la Constitution elle-même n'est qu'une organisation

<sup>9</sup> Sur le sujet de l'unité de l'ordre juridique, voir Gazzolo (2018), en particulier dans les références précises aux travaux de Fioravanti et de Grossi sur le sujet en question.

<sup>10</sup> « Par sa forme de loi, la constitution s'adapte aux lois ordinaires tout en leur étant supérieure ; elle constitue une superlégalité, qui est encore une sorte de légalité, et cette circonstance facilite l'organisation du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois ordinaires, parce que la contrariété des textes ou des principes se présentera comme un cas de conflit de lois » (Hauriou 1929, 247).

d'institutions. »<sup>11</sup> Autant les droits individuels trouvent leur origine dans des droits subjectifs, autant leur reconnaissance en tant qu'institutions juridiques objectives se produit dans la constitution sociale dans la mesure où ils assument une position hiérarchique supérieure aux autres normes du droit privé et qu'ils en viennent à servir de fondement à la vie privée elle-même.<sup>12</sup>

Il est évident que, dépassant les autres institutionnalistes de son temps, Hauriou (1933, 90-1) a démontré que l'évolution du droit moderne reposait sur l'affirmation historique de dualismes successifs, que l'on peut résumer dans le rapport entre sujet de droit et norme juridique, mais aussi dans les notions de droit subjectif et de droit objectif, ou encore dans le dualisme entre constitution sociale et constitution politique. Son institutionnalisme a la capacité de comprendre l'évolution progressive des formations humaines vers un État politique institué à partir du passage d'un stade pré-étatique, très caractérisé par des volontés subjectives conflictuelles, à un stade évolutif marqué par l'objectivité des institutions politiques.

D'autre part, c'est précisément dans ce dualisme entre constitution sociale et constitution politique que se concentrera une grande partie de la critique de la pensée de Hauriou, en particulier par les institutionnalistes italiens. Le constitutionnaliste italien Costantino Mortati, dans son ouvrage de 1940, adresse cette critique à Hauriou en argumentant qu'il est impossible de configurer une conscience collective, en tant qu'entité juridique, différente de la conscience collective qui anime l'État. Le concept d'institution serait, pour Mortati, nécessairement unitaire, puisque des éléments tels que la nation, l'État, le régime politique et le système de gouvernement ne pourraient être considérés séparément.<sup>13</sup>

Une autre critique possible réside dans le fait que le concept de constitution dans l'institutionnalisme de Hauriou pouvait s'en approcher, aux yeux les moins attentifs, les formalismes positivistes très répandus à son époque, reléguant la constitution sociale à un simple plan prénormatif. Néanmoins il semble indéniable qu'une double conception de la constitution (sociale et politique) a la différence de concevoir une institution comme un ordre essentiel qui rassemble en lui-même les dualismes du droit et les dualismes de la société (individu et

<sup>11</sup> Dans l'original : « A la base de la constitution sociale, à défaut d'institutions sociales proprement dites qui soient la forme extérieure d'un groupe humain, il faut bien au moins des institutions juridiques qui soient des groupes d'idées. En un mot, d'une façon ou de l'autre, la base d'une constitution se trouve dans des institutions, et la Constitution elle-même n'est qu'une organisation d'institutions » (Hauriou 1929, 613).

<sup>12</sup> « La constitution sociale est le fondement de la vie privée, laquelle passe avant la vie publique, de même que le droit privé passe avant le droit public ; ensuite, il est entendu que la constitution politique est pour la garantie des libertés individuelles, c'est-à-dire de la constitution sociale » (Hauriou 1929, 611).

<sup>13</sup> Dans l'original, il soutient que « Se determinanti elementi si considerano come necessari pel sorgere dell'istituzione in senso giuridico e se il concetto che di questo si assume è unitario, non può prescindere dal dimostrare la presenza degli elementi stessi quando si attribuisca ad una data entità natura istituzionale » (Mortati 1998, 71).

État, pouvoir et ordre). Norbert Foulquier (2009) détecte que Hauriou s'est attaché à considérer la complexité des faits en mouvement constant, de sorte que la conservation de l'ordre social et l'affirmation de la suprématie du droit sont des objectifs qui vont de pair dans sa pensée.

#### 4.6 Hans Kelsen (1881-1973) et la constitution positive

Reconnu comme l'un des juristes les plus influents du XX<sup>e</sup> siècle, Kelsen a la célèbre conception du système juridique comme une structure échelonnée et pyramidale, dans laquelle le niveau normatif supérieur attribue une légitimité formelle au niveau normatif inférieur. Cette conception viendrait se consolider comme une référence fondamentale pour les différentes variantes du positivisme qui émergeront après son œuvre. Dans sa *Théorie pure du droit* (1934), Kelsen a défini la constitution comme la norme la plus élevée du niveau de droit positif, ayant pour fonction d'être « la norme positive ou les normes positives par lesquelles la production de normes juridiques générales est régulée » (Kelsen 1999, 247).

Le concept de constitution de Kelsen est souvent confondu, d'une manière profondément erronée, avec sa conception de la norme fondamentale. Jouant un rôle central dans la légitimation non seulement de l'ordre politico-juridique de l'État, mais aussi de l'ordre international, Kelsen définit la norme fondamentale comme un présupposé logico-transcendantal, établi *a priori* uniquement de manière formelle, puisqu'il serait matériellement dépourvu de contenu prescriptif, dont la fonction est de fonder la validité objective d'un ordre juridique positif, c'est-à-dire de légitimer la forme à partir de laquelle le contenu sera élaboré (Kelsen 1999, 244-45).

Le monisme kelsénien, à l'origine de la tentative de formation d'un ordre international universaliste, se réfère à une « éthique universelle » et, surtout, à une « conscience humaine universelle » en tant qu'élément intersubjectif capable d'unir différents peuples (Kelsen 1926, 326 ; et 1989, 469). Sa propre définition d'une norme fondamentale du droit international (Kelsen 1999, 239-43) ne détermine pas *a priori* le contenu matériel de l'ordre international. Kelsen (1926, 318) reconnaît que le droit international n'est qu'un droit primitif, c'est-à-dire un droit qui « souffre incontestablement d'une imperfection technique, ce qui l'empêche cependant d'être reconnue comme un vrai droit. » Face à cette « imperfection technique » du droit international, il resterait aux États nationaux de continuer à occuper le principal lieu d'exercice du pouvoir politique institué.<sup>14</sup>

Ce vide substantiel de la norme fondamentale *in genere* est justifié par le fait que « le droit et la morale constituent différents types de systèmes de normes », une fois que : « elle est basée sur une définition du droit qui la détermine comme faisant partie de la morale, qui identifie le droit et la justice » (Kelsen 1999, 71-2).

<sup>14</sup> Pour une critique de la proposition de Kelsen pour l'ordre international, nous nous référons à notre Teixeira (2011).

Cependant, il est nécessaire de concevoir la constitution au-delà de sa fonction normative au sein de l'État et de comprendre comment Kelsen, depuis 1934, avec sa *Théorie pure du droit*, comprenait que les droits nationaux de tous les États souverains composaient d'ordres partiels d'un ordre total : c'est-à-dire d'un « élément d'un tout, un ordre partiel » (Kelsen 1926, 299). Ce « tout » serait l'ordre international, qui, selon lui, représenterait l'unité objective de la connaissance juridique, une connaissance qui devrait être « impérativement, une conception moniste » (Kelsen 1989, 180). Avec la primauté du droit international, ce ne serait plus la norme fondamentale de l'ordre étatique qui fonderait l'unité du système de droit, mais plutôt la norme fondamentale du droit international (Kelsen 1926, 310).

Le grand problème que Kelsen (1926, 276) a identifié dans la construction dualiste est que, si elle était poussée à ses conséquences ultimes, elle pourrait faire du droit international rien de plus qu'une sorte de morale ou de droit naturel, au lieu d'être un vrai droit, dans le sens qui lui plaît le plus, c'est-à-dire comme un droit positif, parce que seule un droit national pourrait être appelée droit. Lorsque deux systèmes normatifs ont deux normes fondamentales différentes, indépendantes l'une de l'autre et irréductibles l'une à l'autre, alors ces systèmes auront une nature différente, puisque la validité et la cohérence entre les normes d'un système résultent, en dernière analyse, de la dérivation de la norme fondamentale qui est à la base du système.<sup>15</sup>

Kelsen (1926, 233) comprend l'État comme un « ordre de conduite humaine », plutôt qu'un « ordre de la nature », doté d'une *puissance* suffisante<sup>16</sup> pour faire obéir à ses normes les individus qui y sont soumis. Conçu comme un ordre de conduite humaine, l'État doit, en tant qu'objet de la connaissance juridique produite par une doctrine de droit public, avoir la nature du droit, c'est-à-dire prendre la forme d'un système juridique ou d'une partie de celui-ci (Kelsen 1989, 20).

Et c'est précisément à ce moment, c'est-à-dire à celui de la définition de l'État comme entité nécessairement juridique, que Kelsen (1926, 259) fait sa critique la plus sévère du dualisme, lorsqu'il considère que la théorie de la souveraineté de l'État national aboutit par conséquent à la conclusion

qu'un seul État peut avoir le caractère d'entité juridique suprême, que la souveraineté d'un État est incompatible avec celle de tout autre État et exclut par conséquent l'existence d'un autre État en tant qu'ordre souverain.

La reconnaissance par un État de l'existence d'un autre égal à lui impliquerait une contradiction logique avec le postulat de l'unité de la connaissance (Kelsen

<sup>15</sup> « [L]'unité du système résulte de l'identité du principe sur lequel se fonde la validité de ses divers éléments » (Kelsen 1926, 264).

<sup>16</sup> Dans l'original : « L'État, affirme-t-on par exemple, est essentiellement *Puissance* ; il est par suite supérieur aux individus qui sont soumis à ses règles ; ces individus sont ses 'sujets' » (Kelsen 1926, 234).

1926, 268) et avec le principe de la souveraineté de l'État, parce qu'un État qui est au-dessus de tous les autres ne pourrait pas en venir à reconnaître l'existence de quelqu'un au-dessus de lui ou à ses côtés, sous peine de rendre irréalisable la défense logico-rationnelle de sa propre souveraineté (Kelsen 1926, 277-79). Dans la théorie de Kelsen, le postulat de l'unité de la connaissance est valable sans limites, même au niveau normatif, où il trouve son expression dans l'unité et l'exclusivité du système de normes, un présupposé valide, ou même dans l'unité nécessaire du point de vue de sa considération, de son évaluation ou de son interprétation.<sup>17</sup>

Kelsen ajoute également que, si la souveraineté est indispensable pour caractériser la différence essentielle entre un ordre ou une entité qui le personnifie, qui l'objective, et les systèmes ou entités inférieurs, subordonnés, qui en font partie en tant qu'attribut de celui-ci, l'hypothèse de la coexistence d'autres États équivalents, également souverains et subordonnés à un ordre juridique international supérieur qui unit tous ces États, est inconciliable avec l'idée d'État.<sup>18</sup>

En affirmant la nature de l'État en tant qu'ordre humain essentiellement juridique et en défendant la thèse selon laquelle le dogme de la souveraineté de l'État empêcherait la reconnaissance réciproque entre les États comme étant toutes des entités ayant des « existences juridiques » souveraines entre elles, Kelsen (1926, 296) résume ce qu'il comprend comme le but de toutes les théories juridiques et même de la science juridique elle-même : constituer un ordre universel capable de regrouper en un seul système toutes les règles du droit positif. De cette façon, au lieu d'être un concept substantiellement politique, « la souveraineté de l'État ou, maintenant, de la communauté des États, devient identique à la positivité du droit » (Kelsen 1989, 126-27).

En ce qui concerne cet ordre universel auquel se réfère Kelsen, c'est chez Christian Wolff (1934, orig. 1749) et dans sa notion de *civitas maxima* que le maître de Vienne s'est inspiré de la conception de son modèle d'ordre juridique international. Une fois établie l'hypothèse juridique selon laquelle les normes du droit international forment un ordre universel supérieur à tous les États nationaux et capable de les enfermer tous, c'est-à-dire comme un ordre destiné à former une communauté supérieure aux États et en même temps à les englober dans un seul univers phénoménologique, alors,

cette communauté, ayant fondamentalement la même nature que les États individuels, peut être indiquée comme la personnification du monde ou de

<sup>17</sup> Dans l'original : « [...] la sua espressione nella unità ed esclusività del sistema di norme presupposto valido ovvero – il che ha lo stesso significato – nella necessaria unità dal punto di vista della considerazione, valutazione o interpretazione » (Kelsen 1989, 154-55).

<sup>18</sup> Dans l'original : « [...] della coesistenza di altri Stati, in linea di principio equiparati, ugualmente sovrani, subordinati ad un ordinamento giuridico internazionale superiore che unisce tutti questi Stati » (Kelsen 1989, 151).

l'ordre juridique universel, comme un monde ou un État universel, comme une *civitas maxima*<sup>19</sup>.

Du point de vue de la théorie juridique, Kelsen (1926, 317) a défendu ce modèle comme étant le meilleur pour résoudre les cas de conflit de lois, parce que pour résoudre les conflits entre le droit national et le droit international seraient utilisées

les mêmes méthodes que ceux qui mettent aux prises les différents degrés de l'ordre étatique. La contrariété d'une règle de degré inférieur à une règle de degré supérieur donne lieu à sa nullité ou à son annulabilité, soit à une sanction contre un organe responsable.

Les contradictions qui peuvent survenir entre le droit interne et le droit international ne seront pas des contradictions logiques, mais seulement des antinomies entre une norme inférieure et une norme supérieure (Kelsen 1953, 193-94). Le principe de l'autonomie du droit interne, qui détermine la nécessité d'une reconnaissance interne de toutes les normes internationales, céderait la place au principe élémentaire du droit selon lequel la *lex superior derogat inferiori*, c'est-à-dire que, s'il existe une antinomie entre une norme de droit interne et une norme de droit international, la norme d'ordre inférieur est nulle (Kelsen 1953, 272).

Du point de vue politique, Kelsen a prophétisé que l'état actuel du système politique international, où il y a des centaines d'États arbitrairement divisés et gouvernés de manière autonome, n'est que temporaire, puisque son unité juridique serait perfectionnée dans la notion de *civitas maxima* en tant qu'organisation du monde basée sur le pacifisme, par opposition à l'impérialisme ; ainsi que toute conception objectiviste, le concept éthique de l'être humain est « l'humanité », de sorte que pour une théorie objectiviste du droit, le concept même de droit est identifié à celui du droit international, ce qui en fait également un concept éthique (Kelsen 1989, 468 ; et Kelsen 1926, 325).

Kelsen soutient que le choix entre le monisme et le dualisme est un choix qui ne peut être fait qu'en tenant compte d'éléments métajuridiques, tels que les idées éthiques et politiques.<sup>20</sup> Cependant, il est important de souligner qu'une telle position constitue une contradiction, puisqu'il définit le monisme comme une nécessité logique imposée par la structure même du système juridique national, qui, étant souverain, ne peut reconnaître aucun autre ordre au-dessus ou à côté de lui ; par conséquent, il ne serait pas approprié de prétendre que le monisme peut être supplanté par le dualisme. En outre, l'auteur attribue à la souveraineté de l'État la responsabilité d'empêcher le développement de l'ordre juridique

<sup>19</sup> Dans l'original : « [Q]uesta comunità, avendo fundamentalmente la stessa natura dei singoli Stati, può essere indicata come personificazione dell'ordinamento giuridico mondiale o universale, come Stato mondiale o universale, come *civitas maxima* » (Kelsen 1989, 367).

<sup>20</sup> « On ne peut se décider qu'en considération d'éléments métajuridiques – d'idées éthiques et politiques » (Kelsen 1926, 313).

international de progresser vers la formation d'une *civitas maxima* en tant qu'organisation politique universelle (Kelsen 1989, 469). Cependant, Kelsen ne semble pas attacher d'importance à la signification historique que l'État moderne représentait pour l'Occident, permettant aux peuples de se limiter sans avoir à recourir à un ordre supérieur.

Les raisons qui poussent Kelsen à placer la souveraineté de l'État comme un obstacle au développement de l'humanité sont dues au fait que la souveraineté représente la défense d'un subjectivisme égoïste personnalisé dans la figure d'un État qui opte pour le « moi » lorsqu'il devrait penser l'universel.<sup>21</sup> Selon lui, la conception pluraliste partirait d'une philosophie subjectiviste incapable de considérer qu'un autre sujet revendique la souveraineté que je m'attribue et qui fait que l'existence de l'autre ne soit considérée que comme un objet inférieur à moi, jamais égal ou supérieur (Kelsen 1953, 190). D'autre part, la conception objectiviste de la connaissance part du monde pour arriver au particulier, admet une raison universelle, un esprit universel, qui se manifeste, se réalise et s'individualise de manière momentanée et éphémère chez les individus qui pensent et qui veulent, c'est-à-dire des individus chez qui l'esprit subjectif n'est pas un élément de l'esprit universel, mais plutôt une entité guidée par la raison consciente qui dérive de la raison universelle et empêche les individualités d'être, « comme dans le subjectivisme, étrangers par nature et impénétrables les uns aux autres » (Kelsen 1926, 322).

Plutôt que d'ignorer l'importance historique de l'État moderne et du principe de souveraineté, ainsi que de se contredire lorsqu'il affirme que le monisme est une nécessité logique qui peut devenir l'objet d'un choix politique ou éthique, Kelsen compromet la « pureté » de son système en plaçant le monisme comme une idée éminemment éthique et l'un des rares traits vraiment indiscutables et remplis de valeurs de la conscience culturelle moderne.<sup>22</sup> Le degré de compromission de la « pureté » de sa théorie devient plus profond lorsqu'il affirme qu'une fois la primauté du droit international est garantie, « la notion de droit se parfait également du point de vue moral : le droit devient l'organisation de l'humanité et s'identifie ainsi à l'idée morale suprême » (Kelsen 1926, 300).

Le fait est que Kelsen voulait créer un ordre international capable de clore et de composer parfaitement sa théorie moniste, mais, pour ce faire, son argumentation devait éviter toute sorte de rapprochement avec les concepts éthiques, moraux et politiques. Cela ne s'est pas produit. Les fondements de sa *civitas maxima* sont définis par la négation de la structure de l'État national, puisqu'on lui attribue un subjectivisme égoïste qui le rend incapable de reconnaître toute autre entité au-dessus ou à côté de lui. Cependant, le monisme kelsénien, en

<sup>21</sup> « L'unicité de la souveraineté, l'unicité de ce moi qu'est l'État souverain est l'homologue, – et, au fond, plus que l'homologue, – de l'égotisme, (*Solipsismus*), inévitable conséquence du subjectivisme » (Kelsen 1926, 322).

<sup>22</sup> Dans l'original : « [...] un'idea eminentemente etica ed uno dei pochi tratti veramente indiscussi e pieni di valore della coscienza culturale moderna » (Kelsen 1989, 299).

faisant la négation de la souveraineté de l'État au profit de « l'État mondial », tend à « concevoir son propre ordre international sous forme étatique ». <sup>23</sup> En d'autres termes, toute la construction théorique de Kelsen finit par générer une entité ayant les mêmes caractéristiques que l'État souverain qu'il croyait être la source de presque tous les problèmes de la communauté politique internationale du XXe siècle.

Il est également important de souligner que le rigorisme logique de la proposition de Kelsen la transforme en une sorte de scientisme juridico-philosophique, car il n'admet pas l'existence d'un fondement du système basé sur des éléments qui sont en dehors du système lui-même. Nous n'allons pas approfondir cette critique dans le domaine de la logique, d'autant plus que cette critique a déjà été largement et avec insistance développée par le post-positivisme, les théories des systèmes, les théories du discours, entre autres. Cependant, il convient de rappeler qu'actuellement la défense des principaux courants de l'universalisme juridique repose sur une logique structurelle d'inspiration kelsenienne, où la formation conséquente d'institutions supranationales – dotées d'une compétence politique et judiciaire – recourt à des arguments qui partent de l'hypothèse de l'unité de l'expérience humaine, de l'existence d'une morale universellement valable pour tous les êtres rationnels et de la nécessité de lier tous les États, indépendamment de leurs volontés individuelles, au même corps centralisateur, souverain, et détenteur de la prérogative de conférer la légitimité à tous les ordres qui sont en dessous de lui.

Par conséquent, en concevant la constitution d'un État politiquement institué comme un simple sommet de la pyramide normative, Kelsen attribue à la norme fondamentale la condition d'être l'instance immédiate de légitimation de cette constitution dans le plan purement logico-formel du système juridique, le principe de l'unité de la *civitas maxima* ayant la fonction de légitimation éthique des États et d'organisation maximale de l'humanité sur le plan moral.

#### 4.7 Carl Schmitt (1888-1985) et le décisionnisme dans la constitution

L'un des juristes les plus controversés du XXe siècle, associé – à tort ou à raison est peut-être la plus grande controverse qui l'entoure – comme idéologue du nazisme, devenant même un auteur « annulé » au XXe siècle dans divers cercles universitaires, Schmitt a une vaste œuvre qui deviendra un courant juridico-philosophique : le décisionnisme juridique schmittien. Dès son plus jeune âge, il a rapidement acquis une reconnaissance académique pour sa capacité exceptionnelle à traiter des sujets liés au droit constitutionnel, à la théorie politique et à la théorie du droit, ainsi qu'à la philosophie des relations internationales et au droit international. En ce qui concerne la question qui donne son titre à ce chapitre, c'est avec son ouvrage de 1928, *Verfassungslehre*, qu'il a

<sup>23</sup> Dans l'original : « [...] concepire l'ordinamento internazionale proprio in forma statale » (Zolo 1998, 30).

élaboré peut-être la définition la plus frappante du décisionnisme juridique : la Constitution en tant que « décision politique fondamentale » d'un ordre politiquement institué (Schmitt 1993, 154).

Cette définition apparemment simple de la constitution découle d'une structure de pensée beaucoup plus complexe que, dans ce contexte, nous essaierons de concentrer sur ses aspects les plus pertinents. Matthias Jestaedt (2011) rappelle que chez Schmitt il y a une double définition de la constitution qui considère le texte dans sa dimension positive, mais aussi la « constitution derrière la constitution ».<sup>24</sup> Le concept schmittien ne correspondrait pas exactement à ce qui est actuellement divisé entre le concept formel et le concept matériel de constitution, mais il peut être considéré comme l'une des contributions théoriques les plus pertinentes à cette division qui est largement acceptée aujourd'hui. Pour Schmitt, il y aurait une distinction nécessaire entre deux dimensions existentielles, c'est-à-dire la dimension formelle, bien sûr, et une dimension antérieure qui se situe dans le corps politique de la nation. La Constitution comme forme, au sens positif du terme (*Verfassung im positiven Sinne*), c'est-à-dire exprimée linguistiquement dans un texte doté d'une hiérarchie supérieure dans le système des sources juridiques de l'État, elle aurait une fonction strictement juridique. D'autre part, la constitution antécédente, c'est-à-dire l'ensemble des valeurs et des principes situés dans la réalité phénoménale de la nation, renforce certains éléments de la philosophie politique qui, dans la pensée schmittienne, auront la primauté dans sa théorie juridico-constitutionnelle.

Le premier élément politico-philosophique à mettre en évidence dans cette définition de Schmitt est l'idée de nation. La différenciation entre nation et peuple est présente à différents moments de la pensée de Schmitt, mais dans sa *Verfassungslehre* devient évident que, pour lui, le mot nation serait mieux pour définir l'unité politique formée par un peuple doté de la conscience de sa spécificité politique et de la volonté d'exister politiquement.<sup>25</sup> Ainsi, le peuple ne serait rien d'autre qu'un agrégat humain, tandis que la nation serait un concept objectif capable de signifier l'intersubjectivité qui pousse cet agrégat humain vers la réalisation de sa volonté politique.

Le deuxième élément concerne le caractère contraignant qu'aura la constitution antérieure par rapport à la constitution formelle ; en comprenant la constitution comme une décision politique globale/fondamentale sur le genre et la forme de l'unité politique de la société, Schmitt place le texte constitutionnel émanant du pouvoir constituant comme une sorte de simple forme conjoncturelle de la volonté politique du pouvoir souverain.

<sup>24</sup> Pour la thèse originale, voir Jestaedt (2009).

<sup>25</sup> « Nation et peuple sont souvent employés comme notions interchangeables, mais le mot 'nation' est plus frappant et prête moins aux confusions. Il désigne en effet le peuple en tant qu'unité capable d'action politique, avec la conscience de sa spécificité politique et la volonté d'exister politiquement, tandis que le peuple qui n'existe pas comme nation ne représente qu'un groupement humain dont la cohésion peut être ethnique, culturelle, mais pas nécessairement politique » (Schmitt 1993, 214-15).

Cela conduit à un troisième élément à prendre en compte : si la constitution formelle est le produit d'une décision politique fondamentale émanant du souverain, la distinction entre majorité et minorités devient sans pertinence pour l'organisation juridique et constitutionnelle de l'État. Les questions relatives aux minorités seront limitées au niveau normatif infraconstitutionnel, car elles sont comprises comme distinctes des valeurs et des principes de la majorité qui soutient la légitimité politique du souverain. Par conséquent, le contrôle de constitutionnalité lui-même serait confié à un tribunal juridictionnel lié au pouvoir exécutif, qui est celui qui représente directement l'unité politique. Cette thèse schmittienne est souvent citée aujourd'hui dans le contexte de la montée du Troisième Reich, lors de la publication du texte, en 1931, *Der Hüter der Verfassung* (« Le Gardien de la Constitution »), dont la première version avait été publiée deux ans plus tôt. Considérant qu'il est clair son lien avec les idées de pouvoir neutre – qui attribuent la neutralité au chef de l'exécutif – et d'unité politique à travers la capacité de normaliser les conflits politiques, le livre de 1931 peut être compris plus comme un point d'arrivée que comme un point de départ dans sa pensée. En d'autres termes, ce serait l'apogée d'une idée en développement depuis la publication de sa thèse d'habilitation, en 1914, intitulée *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (« La valeur finale de l'État et l'importance de l'individu »).

Pour mieux comprendre la conceptualisation schmittienne de la constitution, il est également important de se rappeler un dualisme présent dans l'œuvre de Schmitt qui est à la base de toute sa pensée politico-juridique : la normalité contre l'exception. Pendant ses études de droit, il s'est principalement intéressé aux auteurs qui tentaient de justifier les origines du pouvoir politique de l'État moderne ; de Jean Bodin et Thomas Hobbes, en passant par Joseph De Maistre et Donoso Cortés, tous deux étroitement liés aux contextes politiques de leurs pays, la France, l'Angleterre et l'Espagne, jusqu'à l'établissement d'importants dialogues avec ses jeunes contemporains, tels que Walter Benjamin. Dans sa thèse de doctorat et, peu après, dans sa thèse d'habilitation, Schmitt a consacré des efforts intenses dans l'analyse des concepts politiques qu'il a qualifiés de « théologiques », affirmant qu'il s'agirait d'une « théologie laïque » qui, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, aurait érigé les fondements de l'État moderne en opposition à toute autre forme de pouvoir existant, en particulier le pouvoir de l'Église.

L'exception surgit avec une métaphore difficile à comprendre pour ceux qui ne sont pas très proches des œuvres de Schmitt (1972, 61-2) : l'état d'exception serait à l'État moderne ce que le miracle est à la théologie.<sup>26</sup> Le miracle serait un moyen de corriger les actes humains qui violent les lois de la nature. Par conséquent, l'exception serait un moyen de corriger la politique de l'État lorsqu'il ne fonctionne pas sur la base de la normalité même qu'il institue. Ne s'agirait-il pas d'une dangereuse surévaluation de la capacité humaine à se guider et à transcender la normalité vers l'exception ? Schmitt ne concevrait-il pas un remède

<sup>26</sup> On utilise ici la collection qui comprend le texte de 1922.

trop amer contre les insuffisances de l'État lui-même ? À plusieurs reprises, il a dit qu'il n'était qu'un simple interprète du phénomène politique, parce que l'essence de l'être humain est l'existence politique, qu'elle soit dans la normalité ou dans l'exception. Dans l'Antiquité grecque, le *nomos* était ce qui séparait la civilité de la barbarie, de l'anomie, de l'absence de toute norme de conduite acceptée par tous.

Le mot « normalité » est la composition entre le mot latin *normalis* et le suffixe *ité*, qui signifie l'attribut de quelque chose, la caractéristique de quelque chose. *Normalis* serait une règle de charpentier dans l'Antiquité romaine, une sorte de carré. Mais l'origine est encore plus ancienne et touche au droit : elle dériverait du grec *nomos*. À l'origine, il s'agirait également d'une règle, beaucoup plus souple et capable de mesurer les frontières entre les choses disposées dans un terrain montagneux. À partir du *nomos*, la pensée occidentale a produit le concept de norme. Cet exercice étymologique ne sert qu'à rappeler comment l'idée de « normalité » est, par essence, liée à l'idée d'« être gouverné par une norme ». Dans sa thèse de 1921, Schmitt avait ce problème comme toile de fond de ce qu'il appelait le *Romantisme politique* (même le titre de l'œuvre était celui-ci) : la tentative de la politique, par l'intermédiaire de l'État moderne, d'attribuer la normalité à toute conduite humaine. Certaines questions le troublaient : quel est l'espace pour l'irrationnel ? Pour l'arbitraire ? Pour un dictateur qui impose simplement sa volonté par la force ? C'est ainsi qu'il publia sa thèse la plus importante à ce jour sur le sujet *La dictature* (1921). L'année suivante, il publie le texte qui sera remarquable dans sa biographie : *Théologie politique*. Ce travail a eu un tel impact parce qu'il est une sorte de point d'arrivée de sa réflexion sur la façon dont l'État moderne a remplacé la religion en politique ; sur la façon dont le Dieu omnipotent voudrait maintenant que l'État lui-même devienne omnipotent ! Ainsi, il appartiendrait à l'État de définir ce que serait la normalité.

C'est précisément parce qu'il avait tant de conviction en politique et en la capacité humaine de s'ordonner lui-même qu'il a compris que même dans l'exception, il y aurait un souverain. En temps normal, ce serait l'État. Mais qui serait le souverain dans l'état d'exception ? La réponse est résumée dans ce qui est peut-être sa phrase la plus connue : « Le souverain est celui qui décide dans un état d'exception » (Schmitt 1972, 33).

Il se trouve que sa conception politico-juridique de la souveraineté est étroitement liée à la notion de pouvoir (commandement maximum) dans une société politique, ce qui aboutit à une conception réductionniste de la souveraineté qui lui est propre. Ainsi, dans un ordre politiquement institué, la décision fondamentale adoptée par le détenteur du pouvoir souverain serait appelée *constitution*, qu'elle émane d'un monarque ou d'un parlement démocratiquement élu. Être en mesure de décider de l'adoption d'une loi supérieure, c'est-à-dire de la loi fondamentale de l'État, supposerait d'être légitimé politiquement par le dépassement de la barbarie, par le dépassement de l'exception par la normalité.

Surnommé par Günter Frankenberg (2003, 312) la « Cassandre de Plettenberg », en raison de sa capacité à prédire les malheurs du droit public dans la seconde moitié du XXe siècle, Schmitt a prévu que plusieurs instituts classiques de droit public n'arriveraient pas inébranlables à la fin du XXe siècle, ayant également

prédit que l'État et sa souveraineté nationale entreraient dans le XXI<sup>e</sup> siècle dans un processus continu de vidage ; c'est-à-dire un processus qui serait guidé par un nouveau *nomos de la Terre* (Schmitt 2003), par une imposition nécessaire des intérêts humains fondamentaux face aux États nationaux eux-mêmes, par un ordre international en complexification progressive et en spécialisation fonctionnelle.

Auteur de la célèbre phrase « Celui qui parle d'humanité, veut te tromper », présente dès 1927, dans le *Der Begriff des Politischen*, Schmitt avait exprimé son désaccord avec l'idée d'un « État mondial » ou de toute unité éthique ou juridique qui englobe l'humanité dans son ensemble et, par conséquent, annule le « plurivers » (*pluriversum*) des peuples et des États, car cela reviendrait à supprimer la dimension même du « politique ».<sup>27</sup> Le décisionnisme schmittien se perfectionne dans des moments tels que la définition de la constitution comme une « décision politique fondamentale », puisque, plus que de croire en l'humanité ou en la condition universelle de la morale humaine, Schmitt croyait en la capacité intersubjective qu'ont les individus de prendre des décisions politiques concrètes, légitimée par la capacité réelle de normaliser les relations humaines face aux exceptions.

## Bibliographie

- Beaud, Oliver. 2009. "L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État." *Jus Politicum : Revue de droit politique* 3. <<https://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>>.
- Bello, Enzo, Martônio Mont'Alverne B. Lima, e Gilberto Bercovici. 2019. "O fim das ilusões constitucionais de 1988 ?" *Revista Direito e Práxis* 10, 3 : 1769-811. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/37470>
- Bello, Enzo. 2010. "Cidadania, alienação e fetichismo constitucional." In *Direito e Marxismo*, orgs. Enzo Bello, e Martônio Mont'Alverne B. Lima, 7-33. Rio de Janeiro : Lumen Juris.
- Burke, Edmund. 1861. "Reform of representation in the House of Commons (1782)." In Edmund Burke, *Works*, vol. VI. London : Bohn.
- Busaall, Jean-Baptiste. 2012. *Le spectre du jacobinisme : l'expérience constitutionnelle française et le premier libéralisme espagnol*. Madrid : Casa de Velázquez.
- Butterfield, Herbert. 1949. *George III, Lord North and the People*. London : Bell and Sons.
- Chevallier, Jean-Jacques. 1979. *Histoire de la pensée politique*. Tome I – *De la Cité-État à l'apogée de l'État-Nation monarchique*. Paris : Payot.
- Fleury, Victor. 1939. "Les idées politiques de Lassalle et Marx." *Revue d'Histoire du XIX<sup>e</sup> siècle* 169 : 45-54.
- Foulquier, Norbert. 2009. "Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929)." *Jus Politicum : Revue de droit politique* 2. <<https://juspoliticum.com/article/Maurice-Hauriou-constitutionnaliste-1856-1929-75.html>>.

<sup>27</sup> Pour approfondir l'étude sur cette question, je me permets de revenir à Teixeira 2011, chapitre final.

- Frankenberg, Günter. 2003. *Autorität und Integration : Zur Grammatik von Recht und Verfassung*. Frankfurt am Main : Suhrkamp.
- Gazzolo, Tommaso. 2018. "Santi Romano e l'ordinamento giuridico." *Jura Gentium* 15, 2 : 115-27.
- Hauriou, Maurice. 1929<sup>2</sup>. *Précis de droit constitutionnel*. Paris : Recueil Sirey,
- Hauriou, Maurice. 1933. *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris : Librairie Bloud & Gay.
- Hotman, François. 1991. *Francisci Hotomani Commentariorum in Orationes M. T. Ciceronis Volumen Primum* (orig. 1554), trad. fr. *La Gaule Française*. Paris : Fayard.
- Jestaedt, Matthias. 2009. *Die Verfassung hinter der Verfassung*. Paderborn : Verlag Schöningh.
- Jestaedt, Matthias. 2011. "La double constitution : une stratégie positiviste." *Jus Politicum : Revue de droit politique* 6. <<https://juspoliticum.com/article/La-double-constitution-Une-strategie-positiviste-404.html>>.
- Kelsen, Hans. 1926. "Les rapports du système entre le droit interne et le droit international public." *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 13, 4 : 227-331.
- Kelsen, Hans. 1953. "Théorie du droit international public." *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 84, 3 : 1-204.
- Kelsen, Hans. 1989. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (orig. 1920), trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto*. Milano : Giuffrè.
- Kelsen, Hans. 1999. *Reine Rechtslehre* (orig. 1934), trad. port. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes.
- Lassalle, Ferdinand. 1999. *Qu'est-ce qu'une Constitution ?* Paris : Sulliver.
- Lemaire, André. 1907. *Les Lois Fondamentales de la Monarchie française. D'après les théoriciens de l'ancien régime*. Paris : Fontemoing.
- Loyseau, Charles. 1609. *Traité des Seigneuries*. Paris.
- Loyseau, Charles. 1613<sup>2</sup>. *Traité des Ordres et Simples Dignités*. Paris.
- Lyra Filho, Roberto. 1983. *Karl, meu amigo : diálogo com Marx sobre o Direito*. Porto Alegre : Fabris.
- Marx, Karl. 1900. *Révolution et contre-révolution*. Trad. fr. Laura Lafargue. Paris : V. Giard et E. Brière éd.
- Marx, Karl. 1909. *Contribution à la critique de l'économie politique*. Trad. fr. Laura Lafargue. Paris : V. Giard et E. Brière éd.
- Mascaro, Alysson Leandro. 2013. *Estado e forma política*. São Paulo : Boitempo Editorial.
- Mathieu, Bertrand, et Philippe Ardant. 2017-2018<sup>29</sup>. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris : LGDJ.
- Miaille, Michel. 1976. *Une introduction critique au droit*. Paris : Maspero.
- Miaille, Michel. 1980. *L'État du droit : une introduction à une critique du droit constitutionnel*. Paris : Maspero.
- Miaille, Michel. 2014. "Droit constitutionnel et marxisme." *Revista Culturas Jurídicas* 1, 2 : 1-34. <https://doi.org/10.22409/rcj.v1i2>
- Miranda, Jorge. 2011<sup>3</sup>. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense.
- Mortati, Costantino. 1998. *La costituzione in senso materiale*. Milano : Giuffrè.
- Moyssset, Henri. 1906. "Notes sur Lassalle et la Révolution de 1848 d'après des publications récentes." *Revue d'Histoire du XIXe siècle* 15 ("La Révolution de 1848") : 129-44.

- Pocock, J. G. A. 1960. "Burke and the Ancient Constitution." *The Historical Journal* 3, 2 : 125-43. <https://doi.org/10.17323/2587-8719-2018-ii-3-141-170>
- Pocock, J. G. A. 1967. *Ancient Constitutional and the Feudal Law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Romano, Santi. 1918. *L'Ordinamento giuridico*. Pisa : Mariotti.
- Sabine, George H. 1962<sup>4</sup>. *Storia delle dottrine politiche*. Trad. it. Luisa de Col. Milano : Edizioni di Comunità.
- Schmitt, Carl. 1972. *Der Begriff des Politischen* (orig. 1963), trad. it. *Le categorie del politico*. Bologna: il Mulino.
- Schmitt, Carl. 1993. *Verfassungslehre* (orig. 1928), trad. fr. *Théorie de la Constitution*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Schmitt, Carl. 2003. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (orig. 1974), trad. it. *Il nomos della terra nel diritto internazionale del Jus Publicum Europaeum*. Milano : Adelphi.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2011. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo : WMF Martins Fontes.
- Verpeaux, Michel. 2013. *Droit constitutionnel français*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Wolff, Christian. 1934. *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (orig. 1749). Oxford : Clarendon Press.
- Zolo, Danilo. 1998. *I signori della pace*. Roma : Carocci.



## L'internationalisation du droit et le début du constitutionnalisme transnational

### 5.1 Les origines du droit international des droits humains

Le XXe siècle a marqué l'émergence et la consécration de la doctrine des droits humains non seulement dans le domaine juridique, mais aussi dans plusieurs autres domaines de la pensée. Bien que, dans son origine étymologique, elle ait pu sembler une expression redondante ou pléonastique, puisque les droits sont essentiellement humains, découlant de la condition naturelle de l'être humain d'attribuer un sens normatif à son comportement, l'expression « droits humains »<sup>1</sup> est entrée dans le lexique actuel de la société internationale et a produit une série d'effets qui sont la base matérielle qui soutient le constitutionnalisme transnational au XXIe siècle.

Comme nous l'avons mentionné précédemment<sup>2</sup>, les droits humains ont été construits tout au long d'un processus historique qui a commencé avec la Déclaration d'indépendance des États-Unis de 1776 et s'est développé en trois

<sup>1</sup> « Il n'est pas difficile de comprendre la raison de l'apparente pléonasmie de l'expression droits de l'homme ou droits humains. C'est, après tout, quelque chose qui est inhérent à la condition humaine elle-même, sans lien avec certaines particularités d'individus ou de groupes » (Comparato 2003, 57).

<sup>2</sup> Nous nous référons au chapitre 3 de la première partie ici pour une analyse du processus historique de formation de ces dimensions des droits de l'homme en tant que droits fondamentaux.

générations/dimensions – successives et non mutuellement exclusives<sup>3</sup> – des droits humains : (1) celle liée à la citoyenneté civile et politique, (2) celle liée à la citoyenneté sociale et économique et (3) celle liée à la citoyenneté « post-matérielle », qui se caractérise par les droits transindividuels et collectifs à un environnement sain, à la protection des intérêts diffus et à la reconnaissance de la différence et de la subjectivité (Faria 1999, 457)<sup>4</sup>.

La première génération historique des droits de l'homme a deux déclarations de droits comme référence pour son émergence : le *Bill of Rights* (Royaume-Uni), de 1688, et la Déclaration des droits du bon peuple de Virginie (États-Unis), de 1776. À la suite de ces épisodes sont venues la Constitution des États-Unis d'Amérique, de 1787, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789, et la Constitution française, de 1793, qui s'inscrivait dans la même perspective libérale bourgeoise que la Déclaration de 1789 en matière de droits de l'homme. Ce qui était vraiment recherché à ce moment historique, c'était l'affirmation des droits individuels face au modèle absolutiste de l'État en vigueur dans plusieurs pays européens, notamment en France, en rupture avec les structures fonctionnelles des trois ordres (clergé, noblesse et tiers-état) qui soutenaient l'Ancien Régime.<sup>5</sup>

L'article 1 de la Déclaration des droits de Virginie de 1776 contient une disposition qui deviendra une pierre de touche du droit international des droits de l'homme un siècle et demi plus tard :

nés également libres et indépendants, et qu'ils ont certains droits inhérents dont ils ne peuvent, lorsqu'ils entrent dans l'état de société, priver ni dépouiller par aucun contrat leur postérité : à savoir le droit de jouir de la vie et de la liberté, avec les moyens d'acquérir et de posséder des biens et de chercher à obtenir le bonheur et la sûreté.

Bien que les deux soient le produit de processus politiques différents, la Déclaration de Virginie a une influence directe sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui établit que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. ».

<sup>3</sup> « Le phénomène auquel nous assistons aujourd'hui n'est pas celui de la succession, mais plutôt celui d'une expansion, d'une *accumulation* et d'un renforcement des droits de l'homme consacrés, selon une vision nécessairement intégrée de l'ensemble des droits de l'homme » (Trindade 2003, 488).

<sup>4</sup> Il convient de noter qu'une quatrième génération de droits de l'homme a été considérée comme existant en fait dans le but de protéger le droit à la participation politique et, par conséquent, au pluralisme politique. Une cinquième génération est également envisagée, comme l'a soutenu le constitutionnaliste brésilien Paulo Bonavides (2008), pour protéger la paix en tant que droit de l'homme.

<sup>5</sup> En ce sens, Marcel Morabito (2016, 61-2) se fait l'écho d'une critique de Marx lorsqu'il souligne que la révolution visait à changer les structures politiques, mais sans promouvoir une révolution sociale.

Une composante essentielle des différents mouvements des Lumières en Europe et des mouvements libéraux dans les Amériques est la notion de *liberté négative*, qui deviendra un trait caractéristique de la première génération des droits de l'homme. La classe bourgeoise française voulait plus d'espace dans la sphère politique et exigeait la réduction des prérogatives – presque illimitées – que le monarque détenait en la matière, notamment en ce qui concerne les impôts excessifs qui prélevait souvent sur ses biens. On parle alors de libertés négatives parce qu'elles exigent une « non-action » de la part de l'État ; en d'autres termes, il s'agissait d'un ensemble de droits (liberté, égalité, propriété, sécurité, entre autres) qui devaient être exercés sans l'ingérence ou la participation de l'État.

La deuxième génération historique des droits de l'homme a commencé à prendre forme à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, période au cours de laquelle l'insuffisance du modèle libéral-bourgeois de l'après-Révolution française par rapport à la mise en œuvre des droits proclamés dans les déclarations susmentionnées a été constatée. C'est ainsi que l'État a été pensé dans un contexte intermédiaire entre l'interventionnisme de l'absolutisme monarchique et le libéralisme politique qui prêchait l'action minimale et la participation de l'État dans la vie de ses citoyens. Dans les années 1930, une variante du *welfare State* s'est développée aux États-Unis qui serait grandement influencée par le keynésianisme, une théorie économique qui a émergé comme une alternative au marxisme et au libéralisme économique, désignant l'intervention de l'État dans l'économie comme un instrument qui permet la réalisation des droits individuels.<sup>6</sup>

Même si c'était la Constitution mexicaine de 1917 qui a inauguré chronologiquement la deuxième génération des droits de l'homme, nous verrons dans les Constitutions de Weimar, 1919, et de l'Autriche, 1920, les deux principaux points de référence de ce que l'on appellera plus tard la génération des *droits sociaux*. Contrairement à la précédente, l'individu assumait la condition d'un centre de référence pour la prise de décision politique en tant que membre d'un groupe social donné ; il s'agit d'une perspective politico-sociale dans laquelle la participation de l'État était essentielle à la réalisation pratique des droits sociaux, des droits du travail et des droits dont les titulaires n'étaient pas nécessairement définis a priori, comme dans le cas du droit à la santé, à l'éducation, à la culture, au travail, à un marché économique régi par l'État, entre autres. Cela a conduit à la nécessité d'une *liberté positive* : une participation instrumentale de l'État en tant qu'agent capable d'assurer des droits qui, sans une action concrète de l'État, seraient difficilement mis en œuvre, notamment en raison de l'absence d'une structure politico-juridique qui permettrait la réalisation de ces droits. Outre les constitutions susmentionnées, il convient également de noter que, malgré l'orientation politico-idéologique de chacune d'elles, la Constitution russe de 1918, la Constitution brésilienne de 1934 et la Constitution de l'URSS de 1936 étaient également d'autres chartes constitutionnelles qui adoptaient le modèle

<sup>6</sup> Pour plus de développements sur le sujet, voir Keynes 1964, 372-84.

social-interventionniste de la deuxième génération des droits humains (Cassese 2005, 20-3).

La troisième génération historique de la doctrine des droits humains a pour caractéristique principale la défense des droits transindividuels, également appelés droits de solidarité et de fraternité, ou encore droits des peuples. Les deux principales références législatives que l'on peut trouver liées à cette génération sont : la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée en 1948 par les Nations Unies, et la Déclaration universelle des droits des peuples, de 1976, également proclamée par la même organisation.

La dimension sociale des droits de cette génération se concrétise par la protection des droits collectifs et diffus (Lafer 2001, 131), tels que la protection des enfants et des adolescents, la protection de l'environnement et la protection des droits des consommateurs. Les droits de la troisième dimension ont pour caractéristique générale ne pas être limité à une certaine situation de fait, de sorte que des principes tels que la solidarité, la recherche de la kantienne *Zum ewigen Frieden*<sup>7</sup> (« paix perpétuelle ») et le principe de l'autodétermination des peuples sont des exemples de droits dont les détenteurs sont diffus dans un univers phénoménologique qui a pour base des institutions publiques, nationales ou internationales, pour la défense de ces droits.

En Europe, en grande partie à cause de l'Holocauste, les constitutions qui ont été rédigées peu de temps après ont donné la priorité aux droits de l'homme sur tout autre droit. En Allemagne, par exemple, la Loi fondamentale de Bonn, dans son article 25, déclare que les normes du droit international doivent prévaloir sur celles du droit interne en ce qui concerne les droits de l'homme. La Constitution portugaise de 1976 a suivi la même orientation en ordonnant l'inclusion dans la liste des droits fondamentaux de tous les autres droits contenus dans les normes applicables du droit international, en déterminant également, dans son article 16, que les préceptes constitutionnels et juridiques relatifs aux droits fondamentaux doivent être interprétés et intégrés en harmonie avec la Déclaration universelle des droits de l'homme (Trindade 2003, 508-9).

Les traités et conventions suivants, qui régissent également le sujet actuel, méritent d'être mentionnés : la Charte des Nations Unies, de 1945 ; la Déclaration universelle des droits de l'homme, de 1948 ; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948 ; les Conventions de Genève, de 1949, sur la protection des victimes des conflits de guerre ; la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ; les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, de 1966 ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme, de 1969 ; la Convention relative à la protection du patrimoine culturel et naturel, de 1972 ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de 1981 ; la Convention sur le droit de la mer, de 1982 ; la Convention sur la diversité biologique, de 1992 ; le Statut de la Cour pénale internationale de La Haye, de 1998.

<sup>7</sup> Pour plus d'informations sur le sujet, voir Kant 2005 ; je me permets de me référer à mon Teixeira 2007, 139-46.

Ce contexte historique de développement a permis au droit international des droits de l'homme d'assumer une condition théorique et normative qui a assimilé ses étapes de formation en tant que doctrine des droits de l'homme, atteignant le XXI<sup>e</sup> siècle dans des conditions permettant de fonder un système transnational de protection des individus, des groupes sociaux et des peuples, dépourvu d'une orientation idéologique spécifique et excluant. Cependant, ce processus de consolidation en tant que métathéorie est récent et typique du siècle actuel.<sup>8</sup> Au cours du demi-siècle de bipolarisation politique entre les États-Unis et l'URSS, il y a eu une rhétorique hégémonique qui a délibérément placé les droits de l'homme comme une doctrine globale en opposition au modèle soviétique. Défenseur de cette perspective pendant la guerre froide, l'internationaliste Richard Falk (1981, 25) soutenait que « to promote human rights necessarily implies mounting an anticommunist ideological attack, with all that this portends for deteriorating Soviet-American relations. »

Son aspect d'idéologie politique apparaît très clairement lorsque Falk admet que la mise en œuvre des droits de l'homme serait, avant tout, un projet politique de coalition internationale.<sup>9</sup> Ainsi, il a démontré que la doctrine des droits humains était essentiellement une idéologie politique, puisqu'il a reconnu que l'essence de la protection des droits de l'homme est le produit d'une confrontation entre des forces sociales opposées et ne peut être comprise comme une activité créatrice de droits ou comme une forme de persuasion rationnelle.<sup>10</sup> Si la *notion naturaliste* selon laquelle certains droits sont inhérents à la nature humaine et qui, simplement pour cette raison, doivent être respectés par toute société civilisée, était correcte, ce qui est, selon Falk, la principale difficulté de la logique naturaliste ne se produirait pas : « the vagueness of the norms and ambiguity of the mandate. »<sup>11</sup>

L'imprécision de la prescription normative, à laquelle se réfère Falk, caractérise la rhétorique des droits de l'homme, puisqu'elle est une conséquence directe de la revendication universelle que cette doctrine se proposait d'atteindre. L'indifférence à l'égard du particulier, des réalités des communautés régionales et nationales, ajoutée à la nécessité que le concept doit restreindre dans sa propre existence linguistique toute la dimension phénoménologique présentée par les peuples, les ethnies et les cultures les plus diverses, fait que le contenu des droits

<sup>8</sup> Ce thème fait l'objet de la thèse de Lorraine Dumont (2022).

<sup>9</sup> « If Carter emphasis is abandoned or leads to his electoral repudiation, the status and cause of human rights is likely to be set back seriously. If it succeeds, even in part, the whole cycle of waning and waxing may be shifted slightly to the left, making space II (*Governmental Settings*) rather than space IV (*Domestic Implementation of Human Rights in United States*) the main focus for coalition-building activities » (Falk 1981, 30).

<sup>10</sup> « Par essence, la protection des droits de l'homme est le résultat d'une lutte entre des forces sociales opposées et ne peut être comprise principalement comme un exercice de création de droit ou de persuasion rationnelle » (Falk 1981, 34).

<sup>11</sup> « The main difficulty with naturalist logic relates to the vagueness of norms and ambiguity of the mandate » (Falk 1981, 43).

de l'homme manque toujours d'effectivité, soit en raison de son abstraction excessive, soit en raison de sa précision normative excessive.

Malgré tous ces problèmes découlant de la structure épistémologique de la logique naturaliste, Falk conclut que, par rapport aux autres logiques qu'il énumère (*statist, imperialist, globalist, transnationalist* et *populist*), la naturaliste serait cela qui s'adapterait le mieux à la période de transition dans laquelle l'auteur a vécu, à la fin du XXe siècle, car elle aide

to orient other ordering logics around emergent values, building a normative foundation and social consensus that will help create the sort of community sentiments needed if a beneficial form of world order is to be brought into being some time early in the twenty-first century (Falk 1981, 62).

Michel Villey (1983) consacre le premier chapitre de son travail sur les origines historiques des droits de l'homme précisément à souligner comment, dans les années 1980, une large utilisation politique de cette catégorie conceptuelle a été faite. Même Karel Vasak (1974, 333-415) a dit que « le droit international des droits de l'homme reconnaît d'emblée son caractère idéologique ». Cependant, il a compris que son origine occidentale et ce caractère idéologique n'empêcheraient pas sa rationalisation et, par conséquent, son universalisation en tant que programme normatif. Ces deux critiques majeures, à savoir l'origine occidentale et la nature idéologique notamment libérale, sont restées légitimes pendant la guerre froide et les processus d'indépendance des dernières décennies du XXe siècle.

Il se trouve que, comme nous le verrons dans la section suivante, au cours des dernières décennies, il y a eu le développement de plusieurs réseaux de normativité transnationale, réaffirmant le caractère normatif du droit international des droits de l'homme, ce qui nous permettra de parler d'une ontologie des droits humains en tant que contenu substantiel du constitutionnalisme transnational.

## 5.2 Entre « doctrine » des droits humains et « ontologie » des droits humains

Une première question s'impose à ce stade : dans quelle mesure une ontologie des droits de l'homme se rapporte-t-elle ou se situe-t-elle dans une éventuelle théorie du constitutionnalisme transnational ?

La réponse à cette question prend deux sens possibles. D'abord, le dépassement du bipolarisme entre les États-Unis et l'URSS pendant la guerre froide, parallèlement à la multiplication des processus de mondialisation, a permis au discours sur les droits de l'homme de se détacher de ses racines occidentales et, surtout, du caractère politique qu'il a pris après la fin de la Seconde Guerre mondiale, permettant de parler d'une ontologie des droits de l'homme avec une prétention à une universalité minimale. Deuxièmement, comme nous le verrons dans la section suivante (5.3), cette même ontologie des droits de l'homme composera l'une des soi-disant vocations du constitutionnalisme transnational, c'est-à-dire la limitation du pouvoir politique.

Pour en revenir à la première réponse possible, il est important de se rappeler qu'il existe une dimension de signification prénormative dans l'ontologie des

droits de l'homme qui ne peut être comprise dans les grands cadres théoriques traditionnels de la pensée juridique occidentale des deux derniers siècles. Elle ne se limite pas à l'idée de droit de Kant et au cosmopolitisme universaliste qui découle de sa pensée, puisque la dimension ontologique est associée à la dimension axiologique dans ce qui serait, pour la philosophie kantienne, le domaine des fins (*Reich der Ziele*), c'est-à-dire qu'il y aurait un ensemble de lois rationnelles communes, fondées sur la primauté de la dignité humaine, qui lieraient la communauté éthique à la poursuite de ces fins communes. Il ne se limite pas aussi à l'idée de sursumption dialectique (*aufhebung*) chez Hegel ; autant les droits de l'homme sont formés par des catégories historiques qui se sont additionnées au fil du temps, autant la notion hégélienne d'*aufhebung* est une méta-catégorie présente dans tout son système de pensée qui, dans une synthèse très serrée, peut être définie comme quelque chose à « surmonter et à conserver » tout au long du processus dialectique, sans perdre sa condition d'être en soi (*Sein*) et commencer à composer l'être-là (*Dasein*) ; en d'autres termes, c'est le concept opérationnel qui expliquerait comment l'essence peut être capturée et conservée par l'existence dans le monde.

Par conséquent, parler d'une ontologie des droits de l'homme signifie aller au-delà de toutes les instances de normativité et se concentrer sur la recherche de la compréhension de l'être lui-même qui soutient toute normativité morale ou juridique possible. En ce sens, des théories compréhensives qui partent d'une métathéorie morale comme instance de justification rationnelle pourraient faire encourir les droits de l'homme une fois de plus à la condition de doctrine, en se limitant au caractère prescriptif-normatif, qu'il soit moral ou juridique, de leurs postulats.

Une autre question pertinente à laquelle il faut prêter attention est le fait qu'une axiologie possible est directement liée à une ontologie possible. Les théories juridiques peuvent présenter une justification morale au phénomène juridique, mais elles n'arrivent pas directement à la dimension ontologique qui soutient le phénomène. Ainsi, l'axiologie sera la première dimension de la signification prénormative après la délimitation de l'univers ontologique sur lequel sont structurées les sphères de la normativité morale et juridique. Alors, une ontologie des droits humains est-elle centrée sur l'être lui-même derrière cette catégorie juridique ou sur sa réalisation phénoménologique ?

Le phénomène est le résultat efficace d'une projection de la conscience humaine sur l'être lui-même. De là découle le fait que la relation entre l'être humain et l'être lui-même sera toujours médiatisée par la capacité humaine à donner un sens à l'expérience produite par une telle relation subjective entre eux. Quel l'être en lui-même soit animé ou inanimé, réel ou hypothétique, plus encore humain ou non-humain, la construction d'un sens normatif moral ou juridique dépendra de la manière dont la conscience intersubjective s'est établie autour de l'être lui-même. Ainsi, penser une ontologie des droits de l'homme implique de penser d'abord à un plan abstrait dans lequel sous-tend une moralité nécessaire intrinsèque aux droits de l'homme eux-mêmes, puisque leur revendication de validité universelle découle de l'ubiquité de l'être humain, c'est-à-dire de la

capacité humaine d'être dans le monde entier et d'attribuer un sens humain à ce même monde. Une conséquence immédiate est la prise de conscience que les droits de l'homme ne constituent pas seulement un système normatif avec une prétention sanctionnelle en termes juridiques : ils forment, avant tout, un ensemble de postulats moraux normatifs qui cherchent leur effectivité à partir de la capacité même de reconnaissance intersubjective que ces postulats entendent avoir.

Avant même d'être une ontologie, on peut voir que l'affirmation historique de la doctrine des droits de l'homme a eu pour conséquence, d'une plus grande importance sur le plan axiologique, la rupture de la verticalité de la relation entre l'État et l'individu qui a caractérisé les sociétés prémodernes pendant de longs siècles, en particulier dans l'Antiquité et au Moyen Âge, et a fait que l'État et les autres formes occidentales antérieures d'organisation politique devaient être considérés en termes évaluatifs comme une entité de plus grande valeur que l'individu. Les terminologies sujet et serviteur illustrent bien la condition d'infériorité, non seulement politique, mais surtout axiologique dans ces modèles historiques prémodernes et même dans les modèles modernes antérieurs au rationalisme et aux Lumières. L'État moderne et l'*horizontalité axiologique* du modèle politique naissant présenté dans l'après-Révolution française placent l'État et l'individu sur le même plan évaluatif, empêchant de définir *a priori* du bien de quelle entité il faut rechercher en premier lieu. Les événements historiques qui ont suivi ont encore élargi ce rôle de l'individu, culminant dans la consolidation de la doctrine des droits de l'homme peu après la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Pour renforcer la dimension ontologique des droits de l'homme au détriment de leur simple condition doctrinale prescriptive-normative, il faut revenir à une question classique : quelle est l'origine des droits de l'homme ? Sont-ils apparus dans l'Antiquité grecque ? Ou en Amérique latine ?

La lecture historique que représente l'ouvrage de Michel Villey (1983) sur les origines des droits de l'homme dans l'Antiquité grecque est largement connue et permet de s'inscrire dans une continuité depuis la tradition hellénique jusqu'à la formation de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948. En ce sens, l'origine terminologique des droits de l'homme est généralement associée à la période de la Révolution française. Cependant, considérer ce moment historique comme un jalon original dans la défense de ces droits signifie au moins ignorer ces autres peuples qui, bien avant, tenaient déjà un drapeau contre les atrocités commises à l'époque coloniale en Amérique latine.

Ainsi, il est nécessaire de souligner que la première annonce claire de ce qui allait devenir les droits de l'homme, après l'avènement de l'État moderne, est née avec les contributions de Bartolomé de Las Casas sur ce qui, selon Danilo Zolo (2007), était déjà un « multiculturalisme pacifiste ». Traitant de la dignité des indigènes à l'époque du processus de conquête hispanique de l'Amérique, Las Casas a remis en question la légitimité des Espagnols à occuper des territoires et à dominer les peuples américains ; de plus, il dénonce les abus dont ils sont l'objet (Bragato 2011, 105-19).

En effet, Bartolomé de Las Casas (1992) dénonçait déjà qu'

il suffit d'affirmer que sur les trois millions d'âmes de l'île *Hispaniola* que nous avons vues, il n'en reste plus que deux cents. [...] Plus de trente autres îles autour de San Juan sont inhabitées et perdues pour la même raison. Toutes ces îles ont plus de 2 000 miles de côtes et sont actuellement entièrement abandonnées et désertes<sup>12</sup>.

Par la suite, la présence de la défense des droits de l'homme au XVII<sup>e</sup> siècle est également vérifiée à travers les chroniques de l'amérindien Felipe Guaman Poma de Ayala, une contribution importante à l'égard du peuple Inca, présentant une conception politique imprégnée de l'idée de limiter le pouvoir et de respecter les droits d'autrui (Bragato 2011a, 105-19).

Paolo G. Carroza (2003 et 2011) soutient également la thèse de l'émergence des droits de l'homme dans cette période de colonisation de l'Amérique latine, démontrant qu'il y a eu une implication latino-américaine significative dans le processus de rédaction de la Déclaration universelle, de sorte que cette implication s'est produite précisément en raison de l'expérience du continent de la conquête européenne, au cours de laquelle, pendant la colonisation, la population indigène existante a subi de graves attaques contre les droits de l'homme. Carroza soutient donc que l'idée moderne des droits de l'homme a connu une période de gestation qui a duré des millénaires ; cependant, il serait juste de dire que sa naissance a eu lieu à la rencontre de la nouvelle scolastique espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle et du Nouveau Monde.<sup>13</sup>

Selon Carroza (2003, 293), Bartolomé de Las Casas était précisément celui qui avait le plus critiqué la brutalité de la domination espagnole, ayant été profondément engagé dans l'affirmation de l'égalité entre tous les êtres humains, plaçant sa notion des droits sur un plan notamment *universel*, revendiquant l'égalité des droits non seulement pour les européens, mais aussi pour les peuples autochtones.

Ainsi, l'idée des droits de l'homme aurait émergé bien avant l'époque de la Déclaration universelle, dans des expériences historiques qui se sont déroulées dans des scénarios géographiques loin du sol européen, puisque la lutte pour la défense de ces droits avait déjà commencé en Amérique latine, pendant la période de sa colonisation.<sup>14</sup> À tel point qu'à l'occasion de la diffusion en Amérique

<sup>12</sup> Dans l'introduction du livre, le traducteur dit que Las Casas « was the first and the most bitter protest against the excesses of European colonization in the Americas, an its author, Bartolomé de Las Casas, 'Defender and Apostle to the Indians', the most controversial figure in the long and trobled history of Spain's Americam empire. »

<sup>13</sup> « The modern idea of human rights had a period of gestation lasting millennia ». Carozza 2003, 289.

<sup>14</sup> Carozza (2003, 296-97) déclare également que : « Most conventional histories of the idea of human rights in Latin America, including by Latin Americans themselves, tend to identify the intellectual and political roots of the continent's commitment to rights language with the importation of European Enlightenment ideologies and the inspirations of the re-

latine de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, les idéaux révolutionnaires exprimés dans la Déclaration de 1789 suscitèrent une grande réceptivité, car ces peuples latino-américains partageaient déjà les idéaux de liberté et d'égalité.<sup>15</sup>

L'historien Daniel Castro (2007), bien qu'il critique Bartolomé de Las Casas pour le fait qu'il a collaboré à l'imposition d'une religion et d'une culture à un peuple qui les avait déjà, reconnaît que sa lutte pour le respect des droits des colonisés avait un sens spécifique de non-violence. En fait, Las Casas (1992) lui-même a souligné qu'il n'y a pas d'hommes sur terre, aussi barbares que puissent paraître leurs conditions, à qui l'on devrait refuser un traitement gentil.

Fernanda Bragato (2011b, 19) soutient également que, contrairement à ce que le discours hégémonique des défenseurs des droits de l'homme, qui finit par situer ses origines et son développement dans les épisodes libéraux bourgeois de la modernité européenne,

il est possible d'affirmer qu'avant cela, ses bases théoriques avaient déjà été constituées à la suite des revendications indigènes de leurs biens et de leurs vies, au moment même de la conquête de l'Amérique<sup>16</sup>.

Dans ce contexte, il est clair que l'idée des droits de l'homme naît d'une oppression violente, presque toujours de nature physique, que l'homme commence à subir à un moment donné, dans une région géographique donnée, lorsqu'il est victimisé par l'homme lui-même. Dans les Amériques, face à la conquête colonisatrice européenne qui a sapé les droits des peuples autochtones qui habitaient déjà le Nouveau Monde, ainsi qu'en Europe, pendant la période des deux guerres mondiales du XXe siècle, il est devenu évident que les droits de l'homme ont une essence prénormative liée au sentiment humain le plus vital et le plus élémentaire de l'auto-préservation et de l'affirmation de sa dignité. Ils constituent la représentation linguistique d'un sentiment non linguistique de protection de la vie et de la dignité qui en découle.

En conséquence de cette longue affirmation historique, l'universalité des droits de l'homme ne réside pas dans une quelconque prétention à la normativité morale ou juridique, mais découle de l'ubiquité de l'existence humaine, c'est-à-dire de sa condition d'être dans le monde, dans le monde entier. Les droits de l'homme constituent en eux-mêmes une dimension ontologique qui, en

volutionary movements of France and North America. This is not unreasonable. The intellectual and political elites of the Spanish colonies did provide a ready audience for the ideas of Rousseau, Voltaire, Montesquieu, Smith, Paine, and others. »

<sup>15</sup> Voir l'ouvrage de référence du célèbre historien mexicain Silvio Zavala (1964).

<sup>16</sup> Dans le même sens, elle ajoute que : « Conscient des effets désastreux de l'arrivée des Européens en Amérique dès 1492, Bartolomé de Las Casas, qui était arrivé ici avec la mission colonisatrice et qui, des années plus tard, avait abandonné ses possessions en faveur de la cause indigène, a élaboré les premières lignes qui ont fondé, philosophiquement et juridiquement, les revendications que l'on connaît aujourd'hui sous le nom de droits de l'homme » (Bragato 2011b, 19).

s'éloignant des simples idées et abstractions, reflète directement l'essence prénormative et même pré-linguistique de l'expérience humaine dans le monde.

### 5.3 La double vocation du constitutionnalisme transnational

La constitution et le constitutionnalisme ont pris des formes différentes et ont rempli diverses fonctions depuis l'époque des révolutions européennes des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. La contingence historique et le contexte local définissent la manière dont une constitution sera ou ne sera pas le produit d'un constitutionnalisme ; ils reflètent les relations de pouvoir entre les groupes dominants et les autres membres de la collectivité ; ils déterminent comment les idéaux de justice et les valeurs sociales prépondérantes dans cette société locale donneront naissance aux structures de base du système juridique construit sur une constitution avec ou sans constitutionnalisme.

Comme nous le verrons dans la troisième partie de cet ouvrage, il a été convenu de soutenir qu'il existe des fonctions du constitutionnalisme qui déterminent le rôle de la constitution et, d'une manière plus large et historique, du phénomène constitutionnel lui-même dans les limites territoriales de l'État moderne. Le constitutionnaliste italien Mauricio Fioravanti a utilisé l'expression « double vocation » du constitutionnalisme moderne pour désigner ce qu'il a appelé les deux faces du phénomène : la première représenterait l'opposition au modèle médiéval d'organisation politique, étant donné qu'il rompait avec la logique de l'État et commençait à concentrer le pouvoir coercitif de l'*imperium* dans l'État à l'intérieur de ses frontières, tandis que la seconde visait à limiter l'exercice du pouvoir de l'État par rapport à l'individu, en définissant les droits et les garanties individuels, y compris le droit de participer au processus politique avec la construction progressive d'assemblées représentatives (Fioravanti 2009, 149).

Dans un sens semblable à ce que, du point de vue juridico-normatif, Fioravanti a défini comme la double vocation du constitutionnalisme moderne, il est possible de soutenir, dans un point de vue ontologique, une double vocation du constitutionnalisme transnational.

Premièrement, le droit international des droits de l'homme rompt avec la notion moderne de territorialité de l'organisation politique de l'État. Il y a des implications épistémologiques qui seront examinées ci-dessous (section 8.1), mais qui, à ce stade, exigent une réflexion éminemment philosophique. L'État moderne a consolidé le paradigme territorial comme référence pour l'idée d'unité du système juridique. Jusqu'au début de l'ère moderne, le droit était considéré comme une situation de fait, comme quelque chose qui existe en soi, c'est-à-dire comme quelque chose qui s'inscrit dans l'ordre naturel du monde lui-même et qui, par-dessus tout, doit être une projection terrestre de l'ordre divin de la création (Brunner 1983, 187-88). Penser le droit comme quelque chose de « posé », comme le produit d'un commandement qui peut être aussi simplement volontariste, ne sera possible qu'après la fin du Moyen Âge. La concentration des pouvoirs administratifs, législatifs et juridictionnels dans la figure de l'État sera l'antithèse de cette réalité qui, surtout au bas Moyen Âge

(à partir du XI<sup>e</sup> siècle), a fragmenté ces pouvoirs en diverses communautés qui n'étaient pas directement liées à la satisfaction des intérêts généraux du Royaume auquel ils étaient soumis, mais plutôt aux intérêts privés et aux fins des individus qui composaient intérieurement ces communautés, tels que négociier, posséder des biens, imposer des impôts à ses propres membres et, dans certaines limites, exercer l'administration de la justice.

L'essor des seigneurs féodaux, situés sur un plan hiérarchiquement supérieur à celui de la noblesse provinciale, en a fait l'origine de la dissolution du pouvoir dans le Royaume en une multitude de petites unités territoriales autocéphales et, en même temps, les a transformés en véritable point de cohésion de toute la structure féodale. Les premiers moments du processus d'émergence de l'État moderne commencent, en effet, lorsque, aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, il y a une agrégation lente et progressive de ces unités territoriales autocéphales qui, pendant des siècles, avaient leur propre identité juridique. C'était un ensemble de situations empiriques qui ont conduit à la formation d'un corps politique unitaire, comme celui qui, dans la modernité, a donné naissance à l'État.

Si l'on remonte encore plus loin dans le temps, dans l'Antiquité grecque, le concept d'*autárkeian* reliait la *polis* dans un sens similaire, bien que nettement différent, à la connexion du concept de souveraineté avec la notion d'État moderne. L'*autárkeian* était caractérisée, selon Aristote, comme une catégorie éthique, c'est-à-dire destinée à la réalisation du bien commun et à la réalisation du bonheur (*eudaimonia*) du citoyen.<sup>17</sup> C'était une conception ontologique qui décrivait l'essence de la *polis* elle-même, qui était sa réalisation personnelle, son autosuffisance, sa condition naturelle de ne pas dépendre d'autres organisations politiques pour exister.

Ainsi, on peut voir que, depuis la fin du nomadisme, les civilisations humaines, en particulier occidentales, ont utilisé le territoire sur lequel elles se sont constituées comme une référence identitaire élémentaire. Le XX<sup>e</sup> siècle et la formation du droit international des droits de l'homme ont rompu avec cette logique territorialiste et ont adopté une perspective mondiale de reconnaissance de l'ubiquité de l'existence humaine. Cependant, il ne s'agit pas encore d'un ordre juridique universel. Comme le soulignent les sceptiques des thèses sur le constitutionnalisme transnational, bien illustrés par la critique du politologue Pablo Holmes (2014, 562-63), il reste un double paradoxe par rapport aux deux concepts les plus traditionnels de la théorie constitutionnelle : la territorialité et l'unité du système juridique. Cependant, ce paradoxe se situe au niveau des fondements théoriques du cadre normatif interne aux États nationaux, dont les références axiologiques gravitent entre l'individu et l'État lui-même, selon

<sup>17</sup> « Every state is as we see a sort of partnership, and every partnership is formed with a view to some good (since all the actions of all mankind are done with a view to what they think to be good). It is therefore evident that, while all partnerships aim at some good, the partnerships that is the most supreme of all and includes all others does so most of all, and aims at most the most supreme of all goods; and this is the partnership entitled the state, the political association » (Aristotle 1950, 03).

le modèle politique adopté. Le droit international des droits de l'homme, en revanche, fait place à un nouveau cadre normatif, c'est-à-dire au constitutionnalisme transnational. En ne réussissant pas encore à mettre en œuvre les niveaux institutionnels d'une démocratie transnationale, comme le souligne la critique de Pablo Holmes (2014, 582-83), le constitutionnalisme transnational démontre qu'une structure normative non hiérarchique et décentralisée est en plein développement au cours du siècle actuel.

Par conséquent, la vocation première du constitutionnalisme transnational serait de promouvoir la limitation du pouvoir sous ses formes les plus diverses. Mais qu'est-ce que le pouvoir ? Sur ce thème, nous nous référons au chapitre suivant et à la dimension ontologique du phénomène en question.

La seconde vocation est une synthèse des deux premiers points de ce chapitre et, par conséquent, n'a pas besoin d'être examinée plus avant en tant que colophon de ce chapitre. Le constitutionnalisme transnational, en tant que phénomène produit par une action humaine plurielle et historiquement concrète, a dans les droits humains le premier fondement ontologique pour permettre une discussion sur la genèse de ses caractéristiques les plus élémentaires. Simone Goyard-Fabre saisit bien « l'oubli total de l'être » que la rationalisation technicienne, associée à une philosophie de la conscience convertie en subjectivismes irréconciliables, promeut en relation avec la pensée essentielle sur l'être, en relation avec l'être lui-même comme source de réflexion et de description de l'existence historique humaine.<sup>18</sup> Si chez Descartes, comme le souligne Goyard-Fabre, le *cogito* a assumé la primauté sur le réel et que toute ontologie possible a péri au nom de la Raison, chez Heidegger il y aura l'inversion de l'inversion philosophique promue par Descartes : dans une tentative de restaurer l'ontologie, il soutient que l'être est fondé sur lui-même et trouve dans son devenir une opposition à la contingence historique qui caractérise si nettement l'être.

Ce serait alors le phénomène dans la pensée de Heidegger ce-qui-se-montre-en-soi-même et qui établit en soi les limites de l'interaction avec les autres.<sup>19</sup> Conscients que la pensée de Heidegger a déjà fait l'objet d'innombrables adaptations qui ont ouvert des questions en faveur d'ontologies dépourvues de plus grande

<sup>18</sup> Voir le chapitre intitulé « Les chemins de l'ontologie juridique » en Goyard-Fabre 1992, 219-63.

<sup>19</sup> « L'essentiel, pour une compréhension plus poussée du concept de phénomène, est d'apercevoir comment ce qui est nommé dans les deux significations de *φαινόμενον* ('phénomène' au sens de ce qui se montre, 'phénomène' au sens de l'apparence) forme une unité structurelle. C'est seulement dans la mesure où quelque chose en général prétend par son sens propre à se montrer, c'est-à-dire à être phénomène, qu'il peut se montrer comme quelque chose qu'il n'est pas, qu'il peut 'seulement avoir l'air de ... Dans la signification du *φαινόμενον* comme apparence est déjà co-incluse, comme son fondement même, la signification originelle (phénomène : le manifeste). Nous assignons terminologiquement le titre de 'phénomène' à la signification positive et originelle de *φαινόμενον*, et nous distinguons le phénomène de l'apparence comme modification primitive du phénomène. Cependant, ce que l'un et l'autre termes expriment n'a d'abord absolument rien à voir avec ce que l'on appelle [ordinairement] 'phénomène'\* ou même 'simple phénomène' » (Heidegger 1986, 29-30).

profondeur philosophique, nous osons réitérer notre définition plus restreinte : le phénomène comme le résultat efficient d'une projection de la conscience humaine sur l'être lui-même. S'agirait-il d'une réponse intermédiaire aux objectivismes et aux subjectivismes ? Dans une certaine mesure, oui, parce que l'essence de l'être lui-même n'est pas pleinement accessible par la conscience humaine, il est nécessaire de reconnaître la centralité de la relation entre la conscience projetée sur l'être et l'extériorité objective de l'être qui est cohérente avec ladite projection consciente, promouvant une synthèse contingente, intersubjective et dialectique, qui peut être prise comme la vérité de l'être. Cependant, en partie, la réponse à cette question sera également non, car une ontologie des droits de l'homme telle que celle observée dans le développement de ce siècle permet de vérifier la construction naturelle d'une conscience humaine universelle.

Sur ce point, il est important de rappeler que les grandes époques de l'évolution occidentale ont été marquées par des théories philosophiques qui ont échangé les approches objectivistes et subjectivistes. Comme le souligne Paulo Ferreira da Cunha, le droit naturel a été lentement abandonné par les professeurs et les tribunaux au cours de la modernité, mais son essence est restée vivante dans la défense active des droits de l'homme dans les sphères les plus diverses des sociétés et dans les domaines de la connaissance.<sup>20</sup> Cette défense des droits de l'homme, après toutes les crises successives que présente le XXI<sup>e</sup> siècle, depuis son événement initial extrême, c'est à dire le 11 septembre 2001, a vidé la prétention doctrinale et théorico-politique, axiologiquement orientée par les intérêts des grandes puissances et des entreprises multinationales les plus importantes basées dans les principales économies occidentales, à fin de permettre aux droits de l'homme de s'affirmer effectivement dans un Printemps arabe, dans les utopies sociales qui se renouvellent quotidiennement, dans les mouvements identitaires latino-américaines, dans les révolutions sociales – silencieuses ou non – en Asie.

Plus que jamais, la compréhension juridico-normative, voire morale, des droits de l'homme est précédée d'une dimension ontologique, prénormative, non abstraite et fondante ; une ontologie qui se réalise sans cesse à travers l'existence plurielle phénoménique de l'être humain.

## Bibliographie

- Aristotle. 1950. *Politics*. Cambridge : Harvard University Press.
- Bonavides, Paulo. 2008. "A quinta geração de direitos fundamentais." *Direitos Fundamentais & Justiça* 2, 3 : 82-93. <https://doi.org/10.30899/df.v2i3.534>
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2011a. "O papel dos estudos pós-coloniais para a resignificação do discurso de fundamentação dos direitos humanos." In *Constituição, Sistemas*

<sup>20</sup> Selon Paulo Ferreira da Cunha 2001, 30 : « Un exemple très concret du lien direct entre la nature humaine et le droit naturel peut être vu dans la construction des droits de l'homme chez Francisco Puy (qui considère les droits de l'homme comme des explications modernes ou même le langage moderne du droit naturel). »

- Sociais e Hermenêutica*, org. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, e Leonel Severo Rocha, 105-19. Porto Alegre. Livraria do Advogado.
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2011b. "Contribuições Teóricas Latino-Americanas para a Universalização dos Direitos Humanos." *Revista Jurídica da Presidência* 13, 99 : 11-31. <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2011v13e99-143>
- Brunner, Otto. 1983. *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter* (orig. 1965), trad. it. *Terra e potere*. Milano : Giuffrè.
- Carozza, Paolo. 2003. "From conquest to Constitutions : retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights." *Human Rights Quarterly* 25, 2 : 281-313.
- Carozza, Paolo. 2011. "Esboços históricos de uma tradição latino-americana da ideia de direitos humanos." In *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI*, org. Narciso Leandro Baez, Douglass Cassel, 521-45. Trad. port. Fernanda Frizzo Bragato. Joaçaba : UNOESC.
- Cassese, Antonio. 2005. *I Diritti Umani Oggi*. Roma-Bari : Laterza,
- Castro, Daniel. 2007. *Another Face of Empire : Bartolomé de Las Casas, Indigenous Rights, and Ecclesiastical Imperialism*. Durham & London : Duke University Press Books.
- Comparato, Fábio Konder. 2003. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo : Ed. Saraiva.
- Cunha, Paulo Ferreira da. 2001. *O ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural, direitos humanos*. Coimbra : Almedina.
- Dumont, Lorraine. 2022. "Le droit international des droits humains comme métathéorie de la justice." Thèse de doctorat. Aix-en-Provence : École Doctorale Sciences Juridiques et Politiques.
- Falk, Richard. 1981. *Human rights and State Sovereignty*, New York : Holmes&Meier.
- Faria, José Eduardo. 1999. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo : Malheiros.
- Fioravanti, Maurizio. 2009. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma : Laterza.
- Goyard-Fabre, Simone. 1992. *Les fondements de l'ordre juridique*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Heidegger, Martin. 1986. *Sein und Zeit* (orig. 1927), trad. fr. *Être et Temps*. Paris : Gallimard.
- Holmes, Pablo. 2014. "The politics of law and the laws of politics: The political paradoxes of transnational constitutionalism." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 21, 2 : 553-83. <https://doi.org/10.2979/indjglollegstu.21.2.553>
- Kant, Immanuel. 2005. *Zum ewigen Frieden* (orig. 1795), trad. it. *Per la pace perpetua*. Milano : Feltrinelli.
- Keynes, John Maynard. 1964. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. New York : Harcourt.
- Las Casas, Bartolomé de. 1992. *A Short Account of the Destruction of the Indies*. Trad. Nigel Griffin. London : Penguin Books.
- Morabito, Marcel. 2016<sup>14</sup>. *Histoire constitutionnelle de la France : de 1789 à nos jours*. Paris : L.G.D.J.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2007. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais séc. XXI*. Porto Alegre : SAFE.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado. 2003. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre : SAFE.
- Vasak, Karel. 1974. "Le droit international des droits de l'Homme." *Recueil des cours de l'Académie de La Haye* 140, 4 : 333-415.

- Villey, Michel. 1983. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris : P.U.F.
- Zavala, Silvio. 1964. *The defence of human rights in Latin America : sixteenth to eighteenth centuries*. Paris : UNESCO.
- Zolo, Danilo. 2007. "Il multiculturalismo pacifista de Las Casas (Préface)." In Bartolomé de Las Casas, *De Regia Potestate*, a cura di G. Tosi. Roma-Bari : Laterza.

## La dimension ontologique du phénomène constitutionnel transnational

La compréhension philosophique du constitutionnalisme transnational qui sera esquissée dans ce chapitre vise à développer ce que l'on peut considérer comme les trois faces de sa dimension ontologique : la légitimité du pouvoir qui sous-tend ce phénomène constitutionnel ; la nécessité d'une normalité politico-institutionnelle ; et la définition d'un groupe minimum de biens universellement partageables.

### 6.1 Le problème de la légitimité du pouvoir

La politique et le droit ont des liens si profonds que, depuis le début de la modernité, nous pouvons trouver plusieurs théories politiques qui ont tenté de justifier l'origine philosophico-politique de l'État dans la perspective selon laquelle le droit naît après une décision politique pré-étatique d'une collectivité donnée.<sup>1</sup> La philosophie politique moderne a inauguré une nouvelle façon de

<sup>1</sup> Deux théories largement connues sont les courants contractualiste et l'historiciste d'origine hégélienne. Dans le premier, chez Hobbes, Locke et Rousseau, la naissance de l'État politique représente la consolidation de l'idée que la sécurité est le seul moyen de protéger ces droits innés qui étaient menacés dans l'état de nature : la vie, la propriété et la liberté, respectivement. Dans ce dernier, la philosophie politique et aussi la philosophie du droit de Hegel se sont concentrées sur l'étude de l'histoire et de sa relation avec d'autres aspects de la vie sociale, de sorte que l'esprit subjectif (conscience, raison), l'esprit objectif (loi objective,

concevoir l'origine du pouvoir politique, en s'affranchissant des arguments métaphysiques qui étaient à la base des anciennes conceptions philosophiques du Moyen Âge.

Cependant, le concept moderne de pouvoir permettra-t-il encore de comprendre le problème de la légitimité dans le constitutionnalisme transnational ?

Bien que différentes définitions possibles du pouvoir – qui ne peuvent être approfondies dans cette recherche en raison de leurs limites méthodologiques – aient été développées dans les quadrants historiques de l'ère moderne, c'est presque un consensus que Thomas Hobbes inaugure la tentative moderne la plus profonde de désengagement entre le concept de pouvoir politique et la légitimation transcendantale du pouvoir divin. Dans le chapitre X du *Léviathan*, il fait une distinction qui deviendra classique : pouvoir originel et pouvoir instrumental. Il définit le pouvoir, de manière générique, comme les « present means, to obtain some future apparent good » (Hobbes 1985, 150).

Le pouvoir originel serait celui que la nature elle-même offre à l'homme, c'est-à-dire sa force, sa beauté, son intelligence, sa capacité, sa dextérité, entre autres ; l'original est inhérent à l'homme et se manifeste encore à l'état de nature, et peut donc être utilisé dans la vie sociale ou isolément dans la nature. Le pouvoir instrumental, en revanche, est conquis par l'utilisation de l'original, ou simplement par hasard. L'amitié, la richesse, la bonne réputation et la sagesse sont des exemples de pouvoirs instrumentaux, car ils représentent le résultat de la manifestation d'un pouvoir naturel dans un certain domaine de la vie sociale.

Dans la vision hobbesienne, les hommes sont en constante activité d'auto-préservation et recherchent de nouveaux objets pour satisfaire leurs désirs. Ils s'efforcent d'assurer ce qui les aidera à satisfaire leurs besoins et leurs passions, et à éviter ce qui leur nuit, de sorte qu'on peut affirmer que la conquête des biens, c'est-à-dire ce qui est l'objet du désir ou qui stimule l'appétit, sont les fins spécifiques de toute action humaine. Le pouvoir de conquérir de plus en plus de biens est ce qui conduit l'homme à ne pas se contenter de sa condition circonstancielle et à aspirer à de nouveaux buts. C'est, selon la célèbre phrase de Hobbes (1985, 161), « a perpetual and restless desire of power after power, that ceaseth only in death ».

Dans un saut historique au XX<sup>e</sup> siècle, on peut voir que l'émergence de la philosophie du langage, des existentialismes philosophiques, des structuralismes et des constructivismes, ainsi que, plus tard, avec les poststructuralismes et les déconstructivismes, le concept de pouvoir assume une pluralité incalculable de conceptions. Une définition importante, à ce moment, peut être vue dans la pensée de Pierre Bourdieu lorsqu'il procède à la différenciation entre le pouvoir exercé dans les faits et le pouvoir reconnu par sa capacité d'imposer. Dans un article de 1977, Bourdieu définit comme pouvoir symbolique cette capacité

morale, éthique) et l'esprit absolu (philosophie, religion, art) sont des étapes dans un chemin évolutif de la société, depuis sa condition naturelle jusqu'à l'État institué. Sur le sujet, voir Macpherson 1964 ; Gauthier 1969 ; Sabine, 1962 ; Zarka 2001.

d'énoncer, de faire croire, d'obtenir la reconnaissance d'une prétention de domination.<sup>2</sup> Dans un travail ultérieur sur la condition du féminin, il montrera comment la construction sociale des corps se fait à travers une violence symbolique qui structure le racisme et la domination masculine comme s'ils étaient des faits naturels du monde (Bourdieu 1998). Ainsi, le pouvoir symbolique serait quelque chose d'invisible et qui ne pourrait s'exercer qu'avec la complicité entre celui qui exerce et celui qui est soumis à ce pouvoir (Bourdieu 2001, 201-2).

La définition du pouvoir symbolique de Bourdieu met l'accent sur la relation de domination entre les individus, mais pas sur le plan réel et factuel ; il souligne la manière dont la domination peut être exercée de manière intersubjective, que ce soit sur le plan culturel, politique ou économique. C'est en ce sens que l'on verra émerger une conception du pouvoir très représentative de la postmodernité : la notion de pouvoir relationnel foucauldienne.

Selon Foucault, il n'est pas possible de posséder le pouvoir, parce qu'il ne peut pas être acquis et qu'il ne se trouve pas dans l'État. Par conséquent, il est nécessaire d'être nominaliste :

le pouvoir ce n'est pas une institution, et ce n'est pas une structure, c'est ne pas une certaine puissance dont certains seraient dotés : c'est le nom qu'on prête à une situation stratégique complexe dans une situation donnée (Foucault 1976, 123).

Il propose de remplacer l'idée structuraliste de pouvoir par ce qu'il appelle les relations de pouvoir, qui donneraient une centralité à la condition du sujet, puisque, comme Foucault le reconnaît lui-même, son souci n'a jamais été de développer une théorie du pouvoir.<sup>3</sup> Du point de vue du sujet, ce pouvoir relationnel est dispersé dans des réseaux qui interagissent les uns avec les autres et vident l'exclusivisme de l'institution dans la représentation et l'exercice du pouvoir, déconstruisent les hiérarchies entre les structures et, plus finalement, relativisent le pouvoir qui, tout au long de la modernité, avait été attribué aux structures institutionnelles de l'État.

Par conséquent, dans un scénario transnational marqué par des relations de pouvoir avec différents acteurs possibles et des imprévisibles niveaux d'intensité d'interaction, la notion foucauldienne de pouvoir gagne plus qu'une

<sup>2</sup> « Le pouvoir symbolique comme pouvoir de constituer le donné par l'énonciation, de faire voir et de faire croire, de confirmer ou de transformer la vision du monde et, par-là, l'action sur le monde, donc le monde, pouvoir quasi magique qui permet d'obtenir l'équivalent de ce qui est obtenu par la force (physique ou économique), grâce à l'effet spécifique de mobilisation, ne s'exerce que s'il est *reconnu*, c'est-à-dire méconnu comme arbitraire » (Bourdieu 1977, 410).

<sup>3</sup> « Les idées dont j'aimerais parler ici ne tiennent lieu ni de théorie ni de méthodologie. Je voudrais dire d'abord quel a été le but de mon travail ces vingt dernières années. Il n'a pas été d'analyser les phénomènes de pouvoir ni de jeter les bases d'une telle analyse. J'ai cherché plutôt à produire une histoire des différents modes de subjectivation de l'être humain dans notre culture ; j'ai traité, dans cette optique, des trois modes d'objectivation qui transforment les êtres humains en sujets. [...] Ce n'est donc pas le pouvoir, mais le sujet, qui constitue le thème général de mes recherches » (Foucault 1994, 1042).

actualité pertinente : elle s'affirme comme un concept central pour comprendre, épistémologiquement, comment les réseaux transnationaux de normativité vont se former. Dans la question géopolitique la plus sensible et la plus limite de l'existence humaine, c'est-à-dire l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires, le concept foucaldien de pouvoir relationnel peut être vu à la base de la dissuasion (*deterrence*) nucléaire : cet équilibre des puissances qui, en vertu d'un pouvoir symbolique lié à la puissance militaire des États qui possèdent des arsenaux nucléaires, devient une efficace – du moins jusqu'à aujourd'hui ! – politique internationale d'endiguement réciproque.

Or, si le pouvoir n'est pas dans l'État, ni dans l'individu, ni dans l'institution, c'est-à-dire s'il ne se trouve plus dans la structure, mais dans les rapports de force concrets et effectifs entre les acteurs (individus, États, entreprises, groupes organisés, etc.), quelle est la légitimité du pouvoir politique qui sous-tend le constitutionnalisme transnational ?

De Max Weber et ses trois types de légitimité, en passant par la philosophie du langage et des structuralismes et le poststructuralisme, la nécessité de produire une reconnaissance sociale est un point commun pour la définition de la légitimité.<sup>4</sup> D'une manière générale, une action humaine ne sera légitime que si, et dans la mesure où, elle génère une reconnaissance de la part des destinataires de cette même action. L'autorité, la domination sur les autres, a dans la reconnaissance la mesure de sa légitimité.

Afin de réfléchir au problème de la légitimité du pouvoir, il est important de discuter de la forme politique du constitutionnalisme transnational.

Au sein d'un État institué, la forme politique est définie par des aspects précis qui ont la capacité de décrire les structures les plus fondamentales de la dynamique du pouvoir politique au sein de l'État. Pour cette raison, il convient d'accorder une attention particulière à quatre aspects qui ont une importance significative dans la forme politique d'un État : (1) la forme de l'État, (2) la forme du gouvernement, (3) le régime politique, (4) le niveau d'intégration internationale.

Le premier aspect (forme d'État) concerne l'ensemble de la structure de l'État : le rapport entre le pouvoir et l'individu, l'ordonnancement des trois éléments fondamentaux (peuple, territoire, souveraineté) de l'État et, surtout, la manière dont s'exerce la souveraineté sur le territoire.

Le deuxième aspect (forme de gouvernement) concerne le modèle d'organisation adopté pour exercer le pouvoir souverain à l'intérieur. Dans la Grèce antique, il y avait une confusion entre les formes de gouvernement et les régimes politiques, de sorte que, par exemple, la démocratie, l'aristocratie, la timocratie, la monarchie étaient considérées comme des formes de gouvernement. Cependant,

<sup>4</sup> Chez Weber (2015), la légitimité est la conséquence d'un mode de domination reconnaissable par le destinataire de l'action, qui finit par aboutir aux trois formes de légitimité notées en sociologie : la domination traditionnelle, la domination charismatique et la domination rationnelle-légale.

la classification moderne prend en compte la titularité du pouvoir comme point de départ : république, monarchie, théocratie. Ce n'est qu'au cours de l'évolution de l'État moderne que la manière dont ce pouvoir est géré s'est mieux définie : monarchie constitutionnelle, monarchie absolue, république parlementariste, république présidentielle – pour ne citer que les plus fréquents.

Le troisième aspect qui définit la forme politique concerne le régime politique.<sup>5</sup> En bref, il s'agit d'analyser comment le pouvoir est conçu idéologiquement par rapport à la forme de gouvernement existante. Cette division entre forme de gouvernement et régime politique est caractéristique de la modernité, car l'idée du bien commun et les manières de rechercher ce bien aboutissent à un régime spécifique pour chaque État.

Enfin, le dernier aspect : le niveau d'ouverture à l'intégration internationale. Dans les dernières décennies du XXe siècle, les doctrines constitutionnalistes et internationalistes ont cherché des moyens théoriques pour adapter l'idée de souveraineté nationale aux caractéristiques des processus de mondialisation. Il existe des exemples de propositions de nouvelles interprétations du concept de souveraineté afin de permettre aux États d'être plus ouverts à l'intégration avec d'autres pays.

Une reconsidération théorique intéressante a été introduite par András Jakab (2006, 377-78), qui plaide en faveur de la nécessité d'une « new comprise formula » capable de « neutraliser » la question de la souveraineté par le renforcement de l'intégration européenne.<sup>6</sup> D'autre part, Maurizio Fioravanti (2008, 38-9) a fait valoir, en même temps que Jakab avait écrit, qu'il était nécessaire de commencer à réfléchir à une « souveraineté tempérée », qui n'existerait qu'à l'intérieur d'une « forme politique plus large ». Une troisième alternative serait illustrée par le modèle du régionalisme pluriversaliste, présenté dans notre *Théorie pluriversaliste du droit international*, selon lequel il serait possible de maintenir des États nationaux dotés de pouvoirs souverains dans un modèle de système politico-juridique international à plusieurs niveaux, multi-acteurs, doté d'espaces publics de coopération institutionnellement incorporés par les

<sup>5</sup> D'autre part, il y a des auteurs qui considèrent que les expressions « forme de gouvernement » et « régime politique » sont similaires : « Con l'espressione 'forma di governo' – da intendersi come sinonimo di 'regime politico' e di altre forme analoghe – si indica il complesso di regole in base alle quali funziona l'ordinamento costituzionale di un'organizzazione del tipo di quelle cui viene generalmente attribuita, nei tempi moderni, la qualifica di 'stato', nonché di quelle, proprie dell'antichità o del medio evo (e certamente non assimilabili alle prime se non da un punto di vista molto generale), con riferimento alle quali si impiegano termini quali *polis*, *res pubblica* e simili » (Pizzorusso 1998, 181).

<sup>6</sup> « So, how can we solve on a legal level the conflict between European integration and national sovereignty? What should be our answer to the question concerning sovereignty in the European Union? My point is exactly that it is a misunderstanding that we even should answer the question. The real lawyerly task (as we have seen analogically in different constitutional laws) is to neutralize this question. There are times where straight answers are needed – like the 16-17th centuries. And there are times where straight answers are not needed – like now » (Jakab 2006, 397).

États, et qui serait, avant tout, un système où les agents sont liées régionalement, en particulier, par des éléments anthropologiques, culturels et peut-être même ethniques, car ce sont des éléments comme ceux-ci, historiquement consolidés, qui unissent les peuples et les États pour promouvoir l'approfondissement du sens de l'identité culturelle et de la reconnaissance mutuelle qui existe déjà entre eux.<sup>7</sup>

Lorsque nous observons le constitutionnalisme transnational se développer au XX<sup>e</sup> siècle, il est tout à fait clair que, pour définir la forme politique sur laquelle se développe ce phénomène constitutionnel, il n'est pas approprié de penser les premier et quatrième aspects mentionnés ci-dessus. De plus, comme la forme de gouvernement suppose l'institution d'un État, sinon on parle seulement de gouvernance, la définition de la forme politique transnationale ne porte que sur la définition du régime politique à adopter. Une question hypothétique à ce stade : serait-il possible d'envisager un régime politique mondial ? Un constitutionnalisme transnational guidé par un régime politique spécifique ?

Sans plus de doute, il est nécessaire d'affirmer, d'emblée, que la démocratie émerge comme la première réponse à ces deux questions liées ombiliquement l'une à l'autre. Si le constitutionnalisme transnational suppose une gouvernance mondiale, il en va de même pour l'inverse, sous peine d'avoir une efficacité faible ou inexistante.

À cette fin, le maintien de la viabilité d'une démocratie transnationale exige que certains des principaux éléments constitutifs soient reconstruits.

Tout au long de l'histoire millénaire de la notion de démocratie en Occident, nous pouvons en trouver plusieurs courants qui la placent comme l'un des concepts les plus débattus dans le domaine des sciences sociales. Dans la compréhension générique de la démocratie directe de l'Antiquité grecque, toutes les autres formes spécifiques de mise en œuvre de ce concept dans chaque *polis* ont été incluses, ce qui démontre que le modèle standard appliqué uniformément dans la Grèce antique n'est pas la même compréhension de la démocratie directe (ou « pure », comme le disent certains auteurs). De la même manière, la démocratie libérale a assumé une condition centrale dans la pensée politique occidentale depuis le début de la modernité, constituant un grand genre dans lequel de nombreuses conceptions diverses de la démocratie se sont inscrites. Cela dit, nous prendrons comme point de départ théorique le fait que la démocratie libérale a exercé, depuis le début de la modernité, la fonction de genre là où la plupart des démocraties occidentales ont été – et continuent d'être, dans de nombreux cas – des espèces.

Les éléments essentiels du genre de la démocratie libérale sont : (1) l'attachement au libéralisme politique<sup>8</sup>, (2) l'existence du suffrage universel,

<sup>7</sup> Sur le sujet, je me permets de renvoyer à Teixeira 2011.

<sup>8</sup> Le libéralisme politique est compris ici comme une théorie politique compréhensive et inclusive qui part de principes procéduraux, tels que l'égalité et la liberté, pour guider les systèmes politiques qui lui sont liés. Comme il s'agit d'un concept profondément lié à la pensée de Rawls, voir sa définition : « Je pense le libéralisme politique comme une doctrine qui entre dans la catégorie du politique. Il fonctionne entièrement dans ce domaine et ne dé-

(3) l'adoption de la règle de la majorité comme norme dans les élections, et (4) la présence de l'État en tant qu'élément déterminant du territoire et du peuple. Quant au lien avec le libéralisme politique, il se situe dans un sens restreint et se concentre sur le *principe de l'égalité* et du *respect du pluralisme* ; il n'établit pas d'agenda politique, il énonce seulement des principes formels à suivre. Quant à l'existence du suffrage universel, il s'agit d'un principe élémentaire de l'idée de démocratie libérale, car, dans le cas contraire, elle pourrait même assumer une autre forme de régime, comme les autocraties, les aristocraties ou les totalitarismes dictatoriaux. Quant à la règle de la majorité, elle constitue une référence standard pour la prise de décision dans les processus démocratiques ; elle peut être exceptée par des références fondées sur la proportionnalité, par exemple. L'existence même de la minorité sert à affirmer immédiatement la majorité et, en fin de compte, l'ensemble du système, à tel point que Robert Dahl (1956, 7) va jusqu'à affirmer que la démocratie est un « système de décision politique dans lequel les dirigeants correspondent, dans une certaine mesure, aux préférences des non-dirigeants ».

Quant à la présence de l'État comme élément déterminant du territoire et du peuple, la démocratie libérale retrouvait déjà dans l'absolutisme monarchique de la fin du Moyen Âge et du début de la modernité la délimitation de l'espace de décision politique à l'intérieur des limites de l'État, réduisant la diffusion du pouvoir dans des cellules autonomes (fiefs, duchés, principautés, etc.), comme cela s'est produit au haut Moyen Âge, surtout après la scission de l'Empire romain au Ve siècle ; la concentration du pouvoir et la verticalité politique que l'absolutisme proposait ne signifiaient pas une simple centralisation au sommet de l'échelle du pouvoir : la dépendance du pouvoir de l'État vis-à-vis des formes coopératives par lesquelles les relations sociales se sont développées a également augmenté, ce qui a représenté une forte impulsion à l'émergence et à l'amélioration de nouvelles façons d'exercer et de limiter le pouvoir de l'État (Held 2006, 57). Toujours comme élément essentiel de la notion de démocratie libérale, il faut souligner l'existence d'une opposition publique, régulièrement constituée et reconnue par le régime. Bien que Robert Dahl place cet élément

pend de rien en dehors de celui-ci. La vision la plus familière de la philosophie politique est que ses concepts, ses principes et ses idéaux, ainsi que d'autres éléments, sont présentés comme des conséquences de doctrines globales, religieuses, métaphysiques et morales. En revanche, la philosophie politique, telle qu'elle est comprise dans le libéralisme politique, se compose en grande partie de différentes conceptions politiques du droit et de la justice considérées comme acceptables. Ainsi, alors que le libéralisme politique est bien sûr libéral, certaines conceptions politiques du droit et de la justice appartenant à la philosophie politique en ce sens peuvent être conservatrices ou radicales ; Les conceptions du droit divin des rois, ou même de la dictature, peuvent aussi en faire partie. Bien que dans les deux derniers cas, les régimes correspondants n'aient pas les justifications historiques, religieuses et philosophiques que nous connaissons, ils pourraient avoir des conceptions autonomes du droit politique et de la justice, aussi invraisemblables soient-elles, et donc relever de la philosophie politique » (Rawls 1995, 133).

comme une caractéristique clé du concept en question<sup>9</sup>, nous comprenons que le lien avec le libéralisme politique est un présupposé théorique qui englobe, par essence, la nécessité d'une opposition publique, puisque le libéralisme est basé sur le principe d'égalité, qui détermine que « chaque personne doit avoir un droit égal au cadre le plus étendu de libertés fondamentales égales compatibles avec un cadre similaire de libertés pour les autres » (Rawls, 2003, 53).

Les sociétés démocratiques, tant dans les modèles de l'Antiquité grecque que dans les modèles représentatifs de l'après-Rousseau ou des délibératifs de l'après-Mill, sont notamment marquées par de larges processus de prise de décision et de consultation publique par lesquels le peuple prend conscience des raisons qui sous-tendent les décisions politiques et y participe, directement ou indirectement (Duncan et Lukes, 1963, 158). Dans la démocratie libérale, cette caractéristique est renforcée par la nécessité d'un traitement égal des individus et des groupes sociaux, ainsi que par l'existence d'une organisation étatique où l'exercice du pouvoir se fait alternativement et électivement. La démocratie est tellement enracinée dans le paradigme de l'État que nous pouvons voir Dahl (1998, 147) affirmer que « les institutions démocratiques sont moins susceptibles de se développer dans un pays soumis à l'intervention d'un autre pays hostile à un gouvernement démocratique dans ce pays ». L'auteur américain susmentionné place cela – l'absence de contrôle extérieur hostile à la démocratie – comme l'une des trois *conditions essentielles* de la démocratie.<sup>10</sup>

Après avoir émergé comme une limitation ou une alternative à l'absolutisme monarchique de la fin du Moyen Âge, la démocratie libérale a atteint son apogée évolutive au cours du XXe siècle, en particulier dans sa seconde moitié : la chute des régimes totalitaires, les processus de démocratisation qui ont eu lieu, en particulier en Europe continentale et dans les Amériques, ont transformé la démocratie libérale en un régime politique et, plus que cela, en un bien fondamental des sociétés occidentales. Même pendant la guerre froide et la bipolarisation politique du monde, ce régime s'est répandu, à travers ses différentes variantes (démocratie représentative, démocratie délibérative, démocratie participative, etc.), à travers les pays qui composaient l'axe capitaliste, devenant l'antithèse du modèle de démocratie directe présenté dans plusieurs pays appartenant à l'axe communiste.<sup>11</sup> Avec la dissolution de l'Union soviétique, l'effet immédiat a été l'universalisation de la notion de démocratie (d'une matrice libérale) comme

<sup>9</sup> Il convient de noter que Dahl (1971, 1-16) étend à toutes les notions de démocratie la nécessité d'une opposition publique.

<sup>10</sup> Les deux autres sont : « (1) control of military and police by elected officials; (2) democratic beliefs and political culture » (Dahl 1998, 147).

<sup>11</sup> L'association entre la démocratie directe et le communisme (et le socialisme) est dans le sens d'une participation continue et directe du peuple dans les processus de prise de décision médiatisés par les communautés de métiers, les associations et d'autres formes de médiation que les régimes communistes ont utilisés pour tenter d'étendre leur légitimité politique et leur capacité de participation de la population. Pour plus d'informations, voir Held 2006, 96-122.

une sorte de « valeur source » de la politique, un bien suprême à rechercher par toute l'humanité.

La chute de l'Union soviétique et la fin de la bipolarisation politique qui en a résulté ont même produit des conclusions exagérées, comme celle de Francis Fukuyama (1992), qui a appelé ce processus historique la « fin de l'histoire », c'est-à-dire que ce serait le triomphe ultime de la démocratie libérale sur tous les autres systèmes et idéologies qui ont osé rivaliser avec elle. Cependant, contrairement à ce que l'on pourrait penser, au lieu de produire une « fin », nous voyons une série de facteurs corroborés par les différents processus de mondialisation qui se sont consolidés au cours des dernières décennies du XXe siècle et qui, au cours du siècle actuel, marquent le « début » d'une nouvelle histoire des relations internationales, de la politique, du droit international et de la notion même de démocratie. C'est la mondialisation qui change ce que nous avons traditionnellement pris l'habitude de comprendre par la démocratie.

Si le cadre théorique général de la démocratie libérale trouve son origine sur la base de l'organisation politique de l'État, comment la démocratie dans une perspective transnationale pourrait-elle faire face à la pression des différents processus de mondialisation ?

Une fois qu'il s'agit d'un phénomène novateur, capable de produire une approximation interculturelle jamais vue auparavant au cours de l'histoire de l'humanité, la mondialisation est devenue l'un des concepts les plus problématiques et les plus discutés, tant dans l'économie, les sciences politiques, le droit que dans la sphère politique, en raison de la forte tendance à l'idéologisation qui se produit autour de ses principales caractéristiques. En limitant sa dimension d'existence aux limites territoriales et de citoyenneté établies par l'État national, la démocratie libérale a été profondément influencée par les différents processus de mondialisation, d'une façon qu'il n'est pas possible de mettre en évidence un seul des domaines de ce phénomène comme étant celui qui est le plus pertinent pour cette déconstruction de la notion de démocratie libérale. Plus qu'influencer, la mondialisation, décrite comme un processus économique, technologique, politique et culturel, remet en question la compréhension traditionnelle de la démocratie libérale, ainsi que les capacités fonctionnelles de ses institutions et de ses procédures internes (Görg et Hirsch 1998, 587).

Un premier aspect est certainement d'ordre technologique et culturel. L'informatisation et la virtualisation des relations sociales et économiques, qui se sont produites au cours des deux dernières décennies du XXe siècle, ont permis à la « société globale » d'être enfin perçue – bien que de manière naissante et controversée – dans le monde : le fait que n'importe quel individu, n'importe où dans le monde, puisse entrer en contact et établir des relations interpersonnelles avec n'importe quel autre individu dans le monde, établit un point de référence pour l'émergence réelle de la mondialisation. Ayant défini la mondialisation comme un processus d'intensification, au niveau mondial, des relations sociales entre des localités situées à des milliers de kilomètres les unes des autres, Anthony Giddens (1991, 64) affirme qu'il s'agit d'un « processus dialectique parce que les événements locaux peuvent aller dans une direction inverse aux relations

très éloignées qui les façonnent». Les rapprochements entre des cultures géographiquement éloignées sont devenus possibles à partir du moment où il n'y avait plus de barrières physiques à l'interaction multiculturelle et que le retard de communication entre elles était réduit à une simple seconde. L'interactivité en temps réel fournie à tous les agents qui souhaitaient – et pouvaient – se connecter à Internet a représenté le dernier moment de l'émergence de la mondialisation : la possibilité d'interconnecter le monde entier dans un environnement virtuel où les distances géographiques n'ont pas d'importance.

Cependant, si d'une part il y a une accélération de la dynamique des relations sociales en raison de l'interactivité en temps réel offerte par Internet, ce que Danilo Zolo (2004, 63) appelait le « mur de Berlin immatériel » se développe avec la même vigueur, c'est-à-dire une barrière virtuelle qui crée le monde des mondialisés et le monde des exclus numériques. Si les processus de démocratisation à l'ère numérique dépendent clairement des ressources physiques et technologiques, le plus grand défi créé par la mondialisation est peut-être actuellement de permettre à tout cet immense contingent de personnes exclues du numérique de se connecter à Internet et d'avoir la possibilité de découvrir les innombrables opportunités offertes par la nouvelle « société numérique mondiale ».

Un autre aspect décisif pour la redéfinition de la notion de démocratie découle de la transnationalisation de nombreuses décisions politiques – de plus en plus importantes. À d'autres occasions, nous avons soutenu que la relativisation de la souveraineté des États, tacitement initiée au XX<sup>e</sup> siècle, notamment avec la création de la Société des Nations puis des Nations Unies, s'est progressivement aggravée au cours des dernières décennies du siècle passé, de sorte qu'elle est actuellement constituée d'une série de processus qui cherchent à supprimer certaines prérogatives qui ont historiquement caractérisé l'État moderne, tels que l'autonomie juridictionnelle, le contrôle des marchés nationaux et l'autosuffisance pour établir des politiques publiques.<sup>12</sup>

En ce qui concerne l'autonomie judiciaire, ce que l'on appelle « l'expansion mondiale du pouvoir judiciaire » (*global expansion of judicial power*) – une analogie avec un phénomène spécifiquement américain, « l'expansion du pouvoir judiciaire » (*expansion of judicial power*), dans laquelle le pouvoir judiciaire interfère directement avec l'exécutif, conditionnant la création de politiques publiques – a été souligné par Neal Tate et Torbjörn Vallinder (1995, 02), au milieu des années 1990, comme une tendance à être importée par d'autres pays du monde et, enfin, incorporée par le droit international, depuis la démocratisation en Amérique latine, l'Asie et l'Afrique, ajoutées à la disparition de l'URSS, permettent aux États-Unis de devenir « la maison de la judiciarisation de la politique » (*the home of judicialization of politics*). Selon les auteurs susmentionnés, il s'agit d'un phénomène réel qui est en train de changer et changera encore plus la politique mondiale et la façon dont elle sera

<sup>12</sup> Voir la critique dans Teixeira (2011 et 2008).

pensée à l'avenir (Tate et Vallinder 1995, 515). Avec l'évolution des juridictions actuelles et la création de nouveaux tribunaux internationaux, y compris des tribunaux d'arbitrage, nous constatons que les instances juridictionnelles supranationales sont de plus en plus présentes, jouant le rôle qui incombait autrefois aux instances judiciaires nationales.

En ce qui concerne le contrôle des marchés nationaux, les exigences de la *lex mercatoria*<sup>13</sup> étendent progressivement leur influence dans le contexte économique international, aboutissant à des répercussions juridiques avec des sanctions similaires à celles traditionnellement appliquées dans le cadre de la juridiction nationale, comme c'est le cas, par exemple, avec les décisions de l'Organisation mondiale du commerce, l'un des organes les plus prestigieux actuellement dans le domaine international. L'activité réglementaire et le contrôle de l'exécution des contrats semblent être le seul résidu de souveraineté économique attribué à l'État, puisque tout le reste est déjà dispersé entre des agents qui n'ont pas la nature étatique. L'« État pédagogique » est devenu « l'État régulateur », qui

n'indique pas de fins, mais établit des règles et des procédures et n'exerce pas lui-même l'activité d'exécution, mais la confie soit à l'autorité de la réglementation, soit à l'autorité de l'adjudication (Cassese 2002, 40).

Les crises successives et de plus en plus intenses que traverse la société internationale mettent en évidence toute la fragilité que présentent les processus de décision nationaux et, par conséquent, la souveraineté nationale, face à l'économie internationale et au marché spéculatif des capitaux. David Held (2005, 40) a souligné que « le projet de mondialisation économique doit être lié aux principes manifestes de justice sociale ; il doit encadrer l'activité du marché mondial ».

Enfin, en ce qui concerne l'autosuffisance dans l'établissement des politiques publiques, on peut dire qu'avec le transfert continu à l'ordre international de la compétence décisionnelle sur des questions telles que la guerre et la paix, la protection de l'environnement, le développement économique et la répression de la criminalité internationale, l'État national est de plus en plus contraint de n'exercer que des fonctions périphériques et locales. C'est à l'État la fonction d'exécuter une sorte de politique municipale, tandis que les questions essentielles pour la nation ont maintenant été traitées au niveau international. La politique intérieure est de plus en plus limitée à des questions pratiques très spécifiques

<sup>13</sup> « La *lex mercatoria* est un type de droit qui s'est considérablement institutionnalisé, qui répond à l'objectif de satisfaire les besoins juridiques du marché, prédisposant à ses sujets soit à de nouvelles modalités d'échanges contractuels, soit même à des modalités de résolution des conflits, qui surgissent tout au long de la vie des contrats. [...] C'est la forme la plus complète de droit déterritorialisé, précisément parce qu'elle correspond à la tentative d'abstraire de l'élément territorial, en essayant de faire communiquer des sujets économiques qui appartiennent à différents pays et à différentes 'familles' et cultures juridiques, au nom d'un objectif commun d'échange qu'ils entendent atteindre » (Ferrarese 2006, 79-80).

dans chaque société, constituant un espace adéquat pour discuter de questions telles que l'avortement, l'euthanasie, les droits des femmes, la coexistence multiculturelle, les droits des animaux, les droits des minorités et l'administration locale de l'environnement (Hirst et Thompson 1999, 263).

Un autre aspect doit également être souligné : la pression de l'opinion publique mondiale et de divers groupes de pression internationaux ou transnationaux – en particulier, les organisations non gouvernementales, les associations culturelles ou religieuses, les grands réseaux journalistiques à couverture mondiale, les mouvements culturels erratiques, etc. En ce sens, la proposition théorique cosmopolite de Jürgen Habermas sur la compréhension de la condition de l'individu dans les relations internationales prend une grande signification ; il met en évidence le dépassement des références nationales – de la citoyenneté et du territoire – comme un premier moment capable d'atteindre l'inclusion d'individus et de peuples qui sont en dehors du débat politique international. Il affirme que l'inclusion « signifie que la communauté politique est ouverte à l'insertion de citoyens de toute origine, sans que ces 'différents' aient à ressembler à une supposée uniformité ethnico-culturelle » (Habermas 2002, 49). Il s'agit d'une construction multiculturelle, animée par l'apparition incessante de nouvelles sous-cultures déterminées par de nouvelles relations interculturelles, qui « renforce une tendance – déjà présente dans les sociétés postindustrielles – qui tend vers l'individualisation des sujets et la projection d'identités cosmopolites » (Habermas 2002, 52). C'est précisément dans l'insertion de ces nouveaux acteurs dans la politique internationale – soit directement, soit par la représentation de leurs intérêts – que l'on voit s'opérer le passage de la démocratie libérale à la démocratie transnationale.<sup>14</sup>

Ainsi, au sein de cet espace public mondial, de nouvelles sphères de décision politique se développent et construisent progressivement la possibilité de transnationaliser les processus démocratiques. Toutefois, quelles seraient les conceptions possibles de la démocratie transnationale ?

Traditionnellement, les théories de la démocratie établissent des oppositions fortes et rigides entre les sphères publique et privée, nationale et internationale. Les limites du débat sont généralement circonscrites à la limitation de l'objet par rapport auquel le régime peut ordonner des processus de prise de décision. Cependant, la mondialisation, dans ses différents aspects, a produit un lien profond, du point de vue national, entre les différentes couches des sociétés locales, tandis que, du point de vue international, les relations entre les États, les individus et les groupes organisés sont de plus en plus interconnectées et coupées par des éléments qui intéressent transversalement des agents situés à l'origine dans des instances complètement différents et, selon la perspective des

<sup>14</sup> Bien que nous soyons d'accord avec certains postulats théoriques présentés par le cosmopolitisme habermassien, nous devons noter que dans notre Teixeira 2011, 209-19, a été développée une critique plus spécifique de l'application du cosmopolitisme en tant que fondement philosophique des relations internationales.

théories démocratiques traditionnelles, incommunicables par les processus de prise de décision.

Pour tenter de répondre à ces exigences d'intégration et de légitimation des choix publics, différentes conceptions de la démocratie à l'échelle internationale ont été proposées. Pour cette raison, parmi tous les concepts de démocratie, le transnational est peut-être le plus large et le plus discutable de tous, puisqu'il s'agit d'un objet essentiellement indéfini, c'est-à-dire de choix rationnels faits dans différentes instances, et qu'il ouvre en lui-même un espace pour l'idéologisation politique autour de cet objet. Le lien avec la pensée néolibérale est l'une des premières conclusions qui *a priori* pourrait être tirée, parce que le transnationalisme pourrait faire référence à un agenda politique mondial défini par les grandes puissances, quelque chose comme celui mis en œuvre, au cours des deux dernières décennies du XXe siècle, par le Washington Consensus.<sup>15</sup>

Dans le but d'un meilleur cadre d'analyse, nous résumerons ci-dessous quelles sont les quatre théories normatives de la démocratie dans la sphère internationale qui concurrencent généralement la notion de démocratie transnationale – et sont même confondues avec elle.

- a) *Démocratie libérale-internationaliste*. Issue de la tradition libérale des XVIIIe et XIXe siècles, la démocratie libérale-internationaliste comprend l'ordre international comme étant basé sur les principes de la liberté commerciale, de la coopération internationale et de la résolution des différends par l'arbitrage (McGrew 2003, 500). Parce qu'elle est très proche du modèle néolibéral de régulation politico-juridique, elle finit par limiter l'action même de la démocratie transnationale en termes de gouvernance mondiale, car elle repose sur le principe selon lequel les marchés internationaux doivent rester sous la tutelle minimale possible. La démocratie libérale-internationaliste se concentre sur la rationalité des processus d'échange international, de sorte que le caractère procédural de la démocratie transnationale gagne en importance. Cependant, Robert Keohane (1998, 94) souligne que « l'avenir de la responsabilité (*accountability*) des institutions internationales devant leur public ne dépend que partiellement de la délégation par le biais d'institutions démocratiques formelles. » Son autre pilier est le « pluralisme volontaire dans des conditions de transparence maximale » (Keohane 1998,

<sup>15</sup> L'expression a été inventée à l'origine par Joseph Stiglitz (2002), mais elle a fini par entrer dans le lexique international. Il s'agit d'une série de propositions visant le libre-échange, la déréglementation, la privatisation des activités liées à l'État, la libéralisation des marchés de capitaux et, surtout, la minimisation de la charge fiscale imposée par les États nationaux. Le Consensus de Washington a été suivi de près par le Fonds monétaire international et la Banque mondiale pour faire pression, au cours des deux dernières décennies du siècle dernier, sur les pays d'Amérique latine afin qu'ils adoptent les mesures mentionnées ci-dessus afin d'amener leurs économies nationales à un niveau qui leur permettrait de rembourser leurs prêts internationaux.

94). En ce sens, un ordre international pluraliste sera nécessairement un ordre démocratique.

- b) *Pluralisme démocratique radical*. En un mot, le pluralisme démocratique radical fait appel à des formes de démocratie directe et de démocratie participative dans l'ordre international, en proposant des forums de débat alternatifs qui déplacent les discussions du niveau mondial au niveau local (McGrew 2003, 502). Il s'agit d'une critique néo-marxiste des démocraties libérales et de leurs insuffisances de légitimité, exigeant une participation effective des différentes couches des populations nationales dans les processus de prise de décision qui les concernent comme moyen de réduire les inégalités sociales et économiques. Anthony McGrew (2003, 502) souligne que le pluralisme démocratique radical est « lié à la tradition civique républicaine dans la mesure où ses représentants croient que la liberté individuelle ne peut être obtenue que dans le contexte d'un fort sens de la communauté politique et de la compréhension du bien commun ».
- c) *Démocratie cosmopolite*. L'un des plus éminents défenseurs de la démocratie cosmopolite était David Held. Il souligne la nécessité d'une gouvernance mondiale structurée dans un modèle qui représente une continuité de la démocratie libérale, car celle-ci se présenterait comme la meilleure alternative à la décentralisation du pouvoir de décision qui résidait autrefois exclusivement dans l'État national. Selon Held (2005, 112), la *global governance* gagne en notoriété pour être un « système multistratifié, multidimensionnel et multi-acteurs ». L'aspect multistratifié est dû à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques publiques qui, même si elles sont spécifiques à des organismes supranationaux, régionaux, étatiques et même infra-étatiques, permettent la formation d'une structure fonctionnelle qui ne considère pas l'État comme le centre de référence pour la mise en œuvre de telles politiques ; le caractère multidimensionnel est une conséquence du lien qui se crée entre l'agence et la matière, permettant à différents secteurs, toujours situés au même niveau de couverture, d'avoir des modèles de politiques publiques différents en raison de la matière qu'ils doivent traiter ; et l'aspect multi-acteurs découle du nombre croissant d'agences, tant publiques que privées, qui participent à l'élaboration des programmes qui définissent les politiques publiques mondiales (Held 2005, 112).

L'objectif principal de la démocratie cosmopolite n'est pas de concentrer le pouvoir de décision dans une sorte de gouvernement mondial, mais plutôt d'établir un système efficace, mondial et divisé en plusieurs structures internes avec des pouvoirs de décision spécifiques, c'est-à-dire « un système de centres de pouvoir divers et chevauchants, façonné et délimité par un droit démocratique » (Held 1995, 234).

Alors, la démocratie transnationale serait-elle une utopie ou une réalité ?

Bien qu'elle présente des prémisses théoriques qui varient dans ses nombreuses conceptions existantes, la transnationalisation progressive des processus de prise de décision semble être une réalité irréfutable. La démocratie

transnationale représente le moment le plus récent d'un long voyage historique dans la tradition libérale de l'Occident, au lieu d'être l'antithèse de la notion de démocratie représentative. Cependant, les visions cosmopolites rencontrent des difficultés à prouver comment il serait possible de trouver des éléments culturels et historiques, tels que la langue et les valeurs sociales en commun, au sein de ce qui serait une société mondiale.<sup>16</sup>

La pression exercée par les différents processus de mondialisation nous oblige à réfléchir à une nouvelle théorie de la démocratie. L'américain Bernard Berelson a parlé de repenser le « système de la démocratie », au lieu de suivre le chemin délimité par les théories traditionnelles de la démocratie et de continuer à se concentrer sur l'individu (Berelson, Lazarsfeld et McPhee 1954, 312). La participation et l'intérêt étaient autrefois considérés comme des exigences du système démocratique qui devaient naturellement provenir du citoyen, mais Berelson (1952, 317) a souligné, au milieu du siècle dernier, que certaines théories et études

suggèrent qu'un grand groupe de citoyens moins intéressés est souhaitable comme un 'coussin' (*cushion*) l'action intense des partisans très motivés. Cela est dû au fait que les plus intéressés sont surtout les partisans et aussi ceux qui ont les opinions les moins modifiables.

Si tout le monde était constamment et fortement intéressé, les possibilités d'une solution progressive aux problèmes politiques pourraient être compromises par l'attachement excessif aux motivations politiques du groupe auquel chaque citoyen appartient (Berelson 1952, 317).

En ce sens, la démocratie transnationale, en plus de suivre le modèle discursif-procédural de la démocratie libérale, offre plusieurs sphères d'interaction politique à travers lesquelles les individus peuvent manifester leurs intérêts hautement spécialisés et participer avec plus ou moins d'intensité aux décisions qui les intéressent le plus. De cette façon, le contrôle du pouvoir se fait de manière décentralisée et sectorisée, éliminant les dangers que la verticalisation dans les structures supranationales pourrait entraîner. John Dryzek (2006, 103) a raison de dire que

le contrôle décentralisé n'est démocratique que dans la mesure où il implique des individus critiques et compétents dans une action communicative, agissant en tant que citoyens et non en tant que consommateurs, ennemis ou automates. Une démocratie transnationale de ce genre ne signifie pas une démocratie électorale, et elle n'est pas formellement institutionnalisée dans les organisations.

Une réplique pourrait être faite à ce moment : une telle décentralisation de la prise de décision ne conduirait-elle pas à l'anarchie ou à la bureaucratisation des organes de décision ? Premièrement, le haut degré de complexité des

<sup>16</sup> En ce sens, voir les critiques ponctuelles de Kymlicka (2001, 112-26) et Görg et Hirsch (1998).

relations sociales exige la primauté de la *spécialité* dans le traitement des diverses questions en jeu. Historiquement, la verticalisation de la prise de décision s'est avérée être la plus sujette à la bureaucratisation – il suffit de se rappeler que les absolutismes monarchiques sont devenus célèbres pour avoir porté ce problème à toutes les petites pratiques de la vie quotidienne. En outre, la primauté de la spécialité n'a rien de commun avec l'anarchie ou quoi que ce soit de ce genre, mais plutôt avec la nécessité de rendre des comptes aux agents politiques et techniques impliqués dans l'administration et la gestion des diverses questions d'intérêt public. La responsabilité augmente à mesure que les connaissances techniques sur le sujet en question augmentent également. Deuxièmement, tous les défenseurs des modèles qui proposent une démocratie transnationale verticalisée et centralisée entre les mains d'organisations internationales aux prétentions universelles semblent oublier que « l'ordre international a toujours été un ordre établi *pour et par les États les plus puissants* » (McGrew 2003, 507). Il convient également de noter que le même avertissement lancé par Dahl (1998, 157) concernant la démocratie au niveau national peut être appliqué à la démocratie transnationale :

Lors de crises graves et prolongées, les chances augmentent que la démocratie soit renversée par des dirigeants autoritaires qui promettent de mettre fin à la crise par des méthodes dictatoriales vigoureuses. Leurs méthodes, bien sûr, exigent que les institutions et les procédures démocratiques fondamentales soient mises de côté.

En somme, deux exigences apparaissent comme essentielles pour la démocratie transnationale en construction continue : (1) primauté du principe de spécialité par rapport aux matières concernées ; et (2) les décisions politiques étaient principalement centrées sur les sphères régionales. Ces structures régionales servent d'instrument pour promouvoir le débat politique sur des questions qui concernent la totalité ou la plupart des pays concernés, comme c'est le cas, par exemple, de l'Union européenne – peut-être le meilleur exemple de régionalisation qui existe actuellement. En ce qui concerne les structures de gouvernance spécialisées, leur nombre augmente, ainsi que la participation d'agents non étatiques à leurs processus de prise de décision. Prenons le cas de l'Organisation internationale du travail : non seulement les États, mais aussi les organismes représentant les entreprises et les travailleurs participent à de nombreux processus internes.

Au lieu d'être un véhicule pour la conduite de postulats idéologiques, tels que les néolibéraux, la démocratie transnationale s'affirme en tant que continuité de la démocratie libérale à l'échelle mondiale, en offrant divers canaux, structures et instances de décision capables de promouvoir l'intégration entre les peuples, les pays, les cultures et les individus. En raison des divers processus de mondialisation, son plus grand défi n'est pas de nature technique, communicative ou procédurale, mais plutôt d'empêcher la reproduction en son sein de la même hégémonie des grandes puissances occidentales qui existe actuellement dans les relations internationales.

## 6.2 Entre normalité et chaos normatif

La condition la plus essentielle de la possibilité d'un système juridique constitutionnel est, sans aucun doute, la capacité qu'a le pouvoir constituant originel d'établir une normalité politico-institutionnelle qui permette aux constituants de développer ce qui sera un État constitutionnel de droit. Mais comment est-il possible qu'un phénomène constitutionnel transnational, dépourvu d'un État mondial et d'une constitution mondiale, se développe sur la base d'une normalité politico-institutionnelle présumée similaire ?

La troisième et dernière partie de ce travail est consacrée, précisément, à la manière dont la construction de ce constitutionnalisme transnational s'opère à travers différents réseaux de normativité qui protègent, dans une plus ou moins grande mesure, les biens juridiques universels et cherchent à rendre effectifs les droits de l'homme, mais aussi à travers la construction progressive d'une constitution historique mondiale. Cependant, avant cela, nous devons encore faire quelques considérations sur la normalité politico-institutionnelle qui est un présupposé du phénomène en question.

Dans une ontologie du constitutionnalisme transnational, la reprise de la distinction classique entre normalité et exception est d'une importance décisive pour que nous n'ayons pas un système international qui ne fait que légitimer des régimes arbitraires d'exception imposés, de manière contingente et circonstancielle, par les puissances dominantes. Derrière l'idée de normalité, il y a l'affirmation ontologique de l'ordre par opposition à la négation de l'ordre, c'est-à-dire la négation des conditions minimales qui permettent la suprématie du droit. En résumé, il s'agit de la normalité en tant que négation du chaos normatif.

Depuis la genèse de la pensée juridique occidentale, lorsque le concept de *nomos* s'est développé dans l'Antiquité grecque, il est possible de trouver dans les limites physiques entre le « moi » et le « toi » la définition de ce qui serait juste. En d'autres termes, le droit comme mesure de soi. Une telle différenciation par l'opposition, en plaçant l'autre comme limite de l'idée du droit de soi, a permis l'élaboration de la notion occidentale la plus primordiale du droit bien avant les soi-disant dimensions des droits de l'homme : le droit comme produit d'une norme qui établit les limites dans les relations entre les individus.<sup>17</sup>

La pensée juridique occidentale, depuis ses origines dans l'Antiquité grecque, a développé d'innombrables variantes du concept de droit, mais en conservant comme point de départ une dichotomie classique qui affecte la plupart de ces variantes : normalité vs. exception. Dans les mots des anciens Romains, influencés par la culture hellénique, nous pourrions également concevoir cette dichotomie sous la forme du dualisme civilité vs. barbarie. Or, indéniablement, dans les traditions occidentales, le droit apparaît comme une

<sup>17</sup> Il faut se rappeler qu'il y a une distinction, dans toute la pensée grecque de l'Antiquité, entre *nomos* (norme) et justice, puisque cette catégorie conceptuelle, issue de la déesse Diké, avait une définition complexe basée sur la justice comme puissance, c'est-à-dire la vertu (*areté*) comme *dikaioyne*, et la justice comme acte (*dikaion*) lié à une relation spécifique.

catégorie conceptuelle chargée de donner une unité et une concrétisation au pouvoir, alors que celui-ci se situe sur le plan de la puissance, de l'abstraction ; autrement dit, le pouvoir comme puissance, la loi comme acte. Par conséquent, un pouvoir naturel non médié par la loi serait imprévisible et incompatible avec les notions modernes, comme la normalité et la civilité.

Plus de vingt-cinq siècles après la genèse grecque du concept de *nomos*, la pandémie de COVID-19 a mis à l'épreuve les éléments fondamentaux de l'État de droit en faisant de l'exception la règle, en subvertissant la sécurité et la certitude du droit au profit de l'immédiateté et de l'urgence qu'exigeait la confrontation à une menace mondiale d'une ampleur sans précédent. L'ordre et le désordre normatifs ont attiré l'attention des philosophes, des juristes et des chercheurs des domaines les plus divers sur le thème des états d'exception. Au milieu d'un siècle marqué par une succession de crises, telles que le terrorisme global, les crises environnementales, les crises humanitaires, la crise sanitaire du COVID-19, il devient possible de poser la question suivante : les antithèses à la normalité constitutionnelle et à la civilité sont-elles toujours, respectivement, l'exception normative et la barbarie ? L'exception normative pourrait-elle encore se réduire au seul concept d'anomie ? Et, philosophiquement, quelle est la pertinence de la notion de barbarie dans une ère postmoderne de relativisation du langage, du rationalisme et même du concept de bien ? Enfin, les états d'exception restent-ils les meilleurs mécanismes pour faire face à une menace de chaos normatif ?

A titre d'hypothèse théorique, dans une approche méthodologique analytique, sera discuté de la possibilité du développement du chaos en tant que concept juridique pour une possible ontologie constitutionnelle. Initialement, la centralité du dualisme normalité et exception sera abordée dans une perspective historique dont l'objectif sera de reconstruire les origines des catégories conceptuelles telles que le *nomos*, la normalité, l'exception et le chaos. Ensuite, une brève analyse des concepts de crise et de syndémie sera effectuée, afin que, dernièrement, le chaos puisse être mieux encadré comme un possible concept juridique et constitutionnel opposé, ontologiquement, à la normalité constitutionnelle.<sup>18</sup>

Issue du latin *normalis*, la définition étymologique du mot « normalité » désigne une règle, une norme, un schéma facilement reconnaissable par d'autres individus. Notoirement, la philologie qui étudie l'Antiquité romaine définit le sens premier de *normalis* comme une sorte d'équerre, une règle de menuisier, un instrument doué d'une précision dont l'objectivité permettait d'affirmer qu'une telle chose est elle-même parce qu'elle est « en conformité à la règle ». On voit que la philologie romaine, lorsqu'elle traite de l'origine étymologique du mot *normalis*, a besoin d'être combinée avec l'histoire d'un concept juridique essentiellement philosophique et d'origine immémoriale dans l'ancienne tradition grecque : le *nomos*. Depuis la formation du grec archaïque, mais même avant dans les périodes mycénienne et homérique, le *nomos* apparaît également

<sup>18</sup> À ce sujet, nous nous référons à des idées initialement développées dans Teixeira (2024).

comme un souverain. Aristote (2004, 1137 b30) mentionne la fameuse règle inventée sur l'île de Lesbos pour mesurer son relief montagneux et très rocaillieux comme illustration de ce que serait l'équité ; ailleurs, dépassant le concept de *nomos* comme loi écrite, Aristote (2007, 1374 b1) définit l'équité (*epiēikeia*) comme la forme de « justice qui se situe au-delà de la loi écrite ». Les textes de Sophocle, Platon et Aristote ont souvent utilisé ce concept dans des sens plus élaborés et déjà plurivocaux, surtout quand on pense à la relation entre les *nomoi* et les différents types d'actes justes (*dikaion* – δικάϊος). Plus encore, quand on pense le rapport entre la nature (*physis*) comme ordre objectif et l'acte juste comme produit de l'action humaine subjectivement guidée par les vertus (*areté*) qui doivent guider l'individu vers l'excellence dans la réalisation du juste, les *nomoi* seraient situés dans un plan antérieur à celui de l'action humaine ; en bref, l'idée très aristotélicienne d'un juste totale attribuée au *nomos* le statut de condition du sens de l'acte juste.

Cependant, quel serait le contraire de *nomos* ? Quelle est l'implication d'une absence totale de normalité, de *nomoi*, d'ordre établi ? C'est peut-être le questionnement philosophique le plus classique de la pensée grecque antique, étant chez Socrate, considéré comme le « père de la philosophie », très présent dans ses célèbres dialogues rapportés, notamment, par Platon, mais aussi par Xénophon. Dans les circonstances très limitées de cette recherche et de la proposition méthodologique ici adoptée, on peut dire que, porté à l'extrême, ce questionnement aurait une réponse unique : le *káos*. Il s'avère que la signification du chaos dans l'Antiquité grecque diffère considérablement des théories contemporaines du chaos. L'orientation métaphysique et polythéiste de l'ontologie antique attribuait une verticalité entre *ethos* (individu), *polis* (collectivité, c'est-à-dire la cité) et *kosmos* (univers des dieux), de sorte que la dimension de sens des deux premiers serait conditionnée par leurs cadrages respectifs dans le cosmos. Ainsi, penser la négation ultime du *nomos* serait aussi penser la négation immédiate de l'*ethos* et de la *polis*, laissant le cosmos comme structure définitive de réorganisation du monde terrestre. Poussant ce déni jusqu'à la limite maximale, le cosmos serait aussi réfuté dans sa condition existentielle transcendante, sans plus de place pour la *physis* ni pour aucune métaphysique, seulement pour l'absence absolue de l'être.

Par conséquent, le concept de chaos dans la pensée grecque antique signifie lui-même un retour à une étape évolutive antérieure à l'existence du *kosmos*. C'est aussi dans Hésiode (2017, 7-9) – bien avant l'épanouissement de la pensée philosophique qui marquera le siècle de Périclès et toute la culture occidentale qui en découlera – que l'on peut situer la croyance en la naissance du cosmos, du soleil, de la Terre, de la nuit et du jour, après la naissance de ce qui serait le « Dieu primordial » : le *Káos*. Le développement de la politique, de l'éthique et de la compréhension de la métaphysique, en bref, la compréhension de la *paidéia* comme catégorie conceptuelle générale de la connaissance du tout accessible au *nous* humain, serait la seule voie opposée à tout retour possible représenté par le chaos. Ainsi, il existe une relation d'exclusion ontologique entre normalité et déni de normalité.

Lorsque l'on observe le concept de *nomos* dans la pensée occidentale, il apparaît que son utilisation n'est pas seulement légale – en tant que norme juridique – elle s'étend également au sens commun, mais reste ontologiquement basée sur cette ancienne définition de « suivre une règle ». Pour autant qu'elle puisse être associée à la notion de normalité comme la condition contingente de l'être-en-soi, l'hypothèse de la « normalité » serait de suivre une « norme » de l'être-en-soi. Au cours de l'évolution de la Modernité, l'antagoniste du normal, c'est-à-dire sa négation maximale, devient de plus en plus rationnel et éloigné des catégories antiques, comme le mythique chaos grec ou encore le concept latin de barbarie inventé par les Romains pour décrire les non-Romains.

En restreignant l'attention à la tradition juridique publiciste du tournant du XIXe au XXe siècle, plus précisément dans le cadre du droit constitutionnel et de la théorie constitutionnelle, Carl Schmitt a utilisé les notions de *nomos* et de *katechon* (κατέχω) pour expliquer la tentative de la politique, à travers l'État moderne, d'attribuer une normalité à toute conduite humaine.

L'ouvrage *Théologie politique*, publié en 1922, est significatif dans la pensée schmittienne précisément parce que c'est là que l'auteur indique comment l'État moderne a remplacé la fonction de la religion au cœur de la politique. En d'autres termes, le Dieu tout-puissant aurait trouvé l'État lui-même comme son substitut également tout-puissant dans l'ordonnement politique du monde. Bien que Schmitt utilise une métaphore difficilement compréhensible pour ceux qui ne sont pas très proches de ses œuvres, on peut dire que l'état d'exception serait pour l'État moderne ce que le miracle est pour la théologie.<sup>19</sup> Le miracle serait un moyen de corriger les actes humains qui violent les lois de la nature. L'exception serait donc un moyen de corriger la politique de l'État lorsqu'elle ne fonctionne pas sur la base de la normalité qu'elle établit.

La conviction de Schmitt dans la fonction du *nomos* comme frontière entre la normalité et l'exception découle de son idée que même dans l'exception il y aurait un souverain. Normalement, ce serait l'État. Mais qui serait le souverain dans l'état d'exception ? La réponse est résumée dans ce qui est peut-être sa phrase la plus célèbre : « Le souverain est celui qui décide dans un état d'exception » (Schmitt 1988). Il convient de noter que l'exception se situe à un niveau où subsiste la possibilité de sa paramétrisation par la normalité, c'est-à-dire que l'exception serait normalisable et, par conséquent, surmontable. Comme le rappellent Antonino Scalone (1998, 283-85) et Julia Hell (2009, 284), il s'avère que Schmitt (2003, 64-8 ; et 1981, 317-19) cherchait un concept énigmatique

<sup>19</sup> L'état d'exception « a pour la jurisprudence la même signification que le miracle pour la théologie. C'est seulement en prenant conscience de cette position analogue qu'on peut percevoir l'évolution qu'ont connue les idées concernant la philosophie de l'État au cours des derniers siècles. Car l'idée de l'État de droit moderne s'impose avec le déisme, avec une théologie et une métaphysique qui rejettent le miracle hors du monde et récuse la rupture des lois de la nature, rupture contenue dans la notion de miracle et impliquant une exception due à l'intervention directe, exactement comme elles récuse l'intervention directe du souverain dans l'ordre juridique existant » (Schmitt 1988, 46).

et d'une précision terminologique difficile dans l'Antiquité grecque, mais qui a été mieux défini dans la doctrine professée par l'apôtre Paul : *katechon*. Pour retarder la venue de l'Antéchrist, le début d'une catastrophe définitive et, par conséquent, la fin de l'humanité, le *katechon* serait une « force d'endiguement » (*aufhalter*), c'est à dire un rétenteur puissant, retardateur et temporellement circonscrit (Schmitt 2003, 64). La conscience du caractère inévitable d'une telle apocalypse signifiait que l'Empire chrétien lui-même – c'est-à-dire la *respublica christiana* qui a duré pratiquement tout le Moyen Âge – ne se considérait pas comme éternel et devait toujours continuer à exercer son pouvoir dans sa dimension historique et rester fidèle à ses finalités (Schmitt 2003, 64). L'État moderne, avec sa laïcité, serait la dernière forme d'organisation politique à avoir exercé la fonction de *katechon*.

Ainsi, l'évolution progressive de la tradition constitutionnelle occidentale a enlevé le caractère transcendant des concepts classiques à la philosophie antique, comme le *káos* et le *katechon*, cherchant à normaliser même l'anormal, à réordonner le désordre, à recomposer le décomposé ; en bref, comprendre comme une exception l'écart par rapport à la normalité.

A ce stade, il convient d'analyser comment le concept de crise, conservateur et fondé sur une réalité statique supposée idéale, a été tout au long du XXe siècle au centre des débats juridiques et philosophiques sur le rôle de l'État face aux innombrables problèmes qui se posaient dans les sociétés de plus en plus complexes. Avant même la pandémie de COVID-19, il a été constaté que la survenue de deux ou plusieurs syndromes et la violence dans les villes américaines, selon Merrill Singer (2009), pouvaient permettre l'utilisation de la notion de syndémie comme un néologisme qui rassemblerait les dynamiques d'un phénomène de santé avec d'autres facteurs sociaux et économiques susceptibles d'aggraver le premier. La syndémie serait donc la jonction grammaticale des mots synergie et épidémie.

Toutefois, avant d'aborder l'insuffisance épistémologique de l'utilisation de la notion de « crise » pour traiter des problèmes globaux du XXIe siècle, il faut revenir sur ce qui, tout au long du XXe siècle, a été au centre de beaucoup d'attention, à savoir, la « crise de l'État ».<sup>20</sup> Au début du dernier siècle, ce phénomène, aujourd'hui multiforme, était associé à l'épuisement d'aspects importants de l'État libéral, que ce soit dans le domaine de l'économie capitaliste, ou dans le domaine de la reconnaissance de droits sociaux non restreints à la sphère de l'individu. Au regard de la crise de l'économie libérale qui avait servi de plateforme de soutien à la révolution industrielle, l'éclatement de conflits sociaux profonds et l'émergence des idées anarchistes, socialistes et communistes ont conduit à un processus d'affirmation progressive de l'État-providence, spécifiquement en Europe, et à l'intervention de l'État dans l'économie, dans le cas des États-Unis. L'État social représenterait le dépassement – dans un sens

<sup>20</sup> Bien qu'il s'agisse d'un sujet doté d'une vaste bibliographie, nous renvoyons aux auteurs suivants pour ceux qui souhaitent une première approche : Santi Romano (1969), Carrino (1998), Mattei (2001) et Cassese (2002).

évolutif – de l'État libéral vers un modèle d'organisation politico-juridique qui, dans une synthèse très serrée, se caractérise par différents niveaux d'intervention ou d'action directe de l'État dans l'économie, mais aussi par l'émergence de droits non plus seulement individuels, mais également de droits sociaux.

Si la « crise » de l'État libéral avait été résolue avec l'avènement de l'État social européen et celui de l'État-providence américain, l'après-guerre aurait encore accentué la crise de l'État puisque, comme le souligne Sabino Cassese (2002, 04), cette crise ne se limiterait pas aux seules insuffisances normatives ou réglementaires de l'économie, mais entraînerait la perte de la capacité à maintenir l'unité interne de l'État et à affirmer sa souveraineté externe dans le domaine économique. A la fin des années 1990, parler de crise de l'État signifiait diagnostiquer un phénomène bien plus large qu'une crise ou un moment d'interrogation sur les finalités de l'État dans les domaines politique, économique et de reconnaissance des droits de ses citoyens. La crise serait vécue comme un processus tacite, continu et non totalement déclaré de transfert des attributs de la souveraineté économique de l'État vers la tutelle d'agents non étatiques dont l'engagement politique et social était – et est toujours – inconnu.<sup>21</sup>

Celle-ci, que l'on peut définir comme un processus tacite de relativisation de la souveraineté des États, a commencé dans l'après-Seconde Guerre mondiale et s'est prolongée tout au long du XXe siècle, s'étant aggravée dans ses dernières décennies et, plus encore, au début du XXIe siècle par une série de processus qui vont au-delà d'une crise résultant de la simple limitation du pouvoir étatique : certaines prérogatives qui caractérisent historiquement l'État moderne depuis sa genèse sont désormais attribuées à des agents supposés impersonnels ou indéfinis, sans buts clairement déterminés et renvoyant à des catégories aussi abstraites que celles de « marché international » ou de « marché mondial ».

Cependant, il est possible d'affirmer que dans trois secteurs de l'État, il existe un véritable transfert de pouvoir souverain du public au privé : (1) au sein de l'économie, où les agents – pleinement identifiables, telles que les entreprises multinationales et transnationales ou les banques d'investissement qui, une fois devenues de grandes puissances économiques, concentrent les sièges sociaux de plusieurs des plus grandes entreprises multinationales – agissent activement, guidant et cherchant à établir les règles du marché international<sup>22</sup>, (2) dans le domaine de la politique, où depuis la Société des nations, il y a eu une tendance à universaliser l'Occident et à transformer chacun de ses principes en une sorte de vecteur d'humanité, et (3) dans le champ juridico-normatif transnational en voie d'émergence, qui tente progressivement de mettre en place des juridictions

<sup>21</sup> Sur le sujet de la relativisation de la souveraineté étatique et de l'émergence de réseaux transnationaux de normativité, je me permets de renvoyer à Teixeira 2011.

<sup>22</sup> Dans les années 1990, Paul Hirst (1997, 410) appelait le groupe formé par les États-Unis, l'Europe et le Japon la Triade, car ils auraient la capacité de non seulement concentrer les investissements directs étrangers, mais ils réussiraient également à dicter les règles de l'économie mondiale. Dans un autre ouvrage cette même critique est approfondie, voir Hirst et Thompson (1999, 2 et 70-3).

internationales capables de donner effet à la synthèse de la demande de régulation propre à chacun des deux champs précédents.

Dans ces conditions, est-il encore permis, d'un point de vue épistémologique, notamment juridico-philosophique, de regarder ces phénomènes comme des « crises » ? La notion de crise ne révélerait-elle pas une grammaire descriptive-normative d'une philosophie générale remarquablement idéaliste ? Une philosophie générale avec l'intention de résumer en elle-même les possibilités divergentes de réalisation phénoménologique présupposées dans un plan purement idéal et abstrait ?

Une proposition théorique-descriptive perspicace et intéressante a été présentée par Merrill Singer, un anthropologue américain, lorsqu'il a inventé la notion de « syndémie » à partir de la jonction grammaticale entre synergie et épidémie, soulignant que les interactions et dynamiques sociales ont une importance significative dans l'adaptation à une épidémie, comme dans l'étude qui analyse la relation entre l'abus de drogues pendant la grossesse et la conjonction de problèmes socio-économiques (Singer et Snipes 1992, 222-34). L'approche de la théorie syndémique de l'auteur précité repose sur l'hypothèse que la complexité biosociale, dans ses interactions imprévisibles, permet la survenue simultanée des facteurs environnementaux et sociaux défavorables pour potentialiser les effets négatifs de la maladie, surtout lorsqu'il s'agit d'une épidémie (Singer, Bulled, Ostrach et Mendenhall 2017, 941-50).

Richard Horton (2020, 874), toujours dans la première année de la pandémie de COVID-19, avait soulevé l'hypothèse qu'il ne s'agissait pas d'une pandémie, mais d'une syndémie entre différentes crises mondiales, notamment les crises environnementale, sociale, économique et les effets à long terme que peut avoir une infection par le virus SARS-CoV-2 sur le plan neurologique, circulatoire, respiratoire, entre autres séquelles possibles. Ainsi, penser la pandémie post-COVID-19 comme une syndémie mondiale impliquerait de considérer que les couches les plus fragiles socio-économiquement des pays les plus différents peuvent subir les conséquences continues et progressives des effets entrelacés entre l'héritage de cette crise sanitaire et les crises (environnementales, sociales, économiques etc.) auxquelles ces sociétés sont déjà soumises.

D'autre part, Emily Mendenhall affirme qu'il est faux de soutenir que la pandémie de COVID-19 serait une syndémie globale, car le contexte local exercerait une influence déterminante sur la façon dont les facteurs pré-pandémiques peuvent être renforcés ou non par des défaillances dans la gestion publique d'une crise sanitaire. Selon Mendenhall (2020, 1731), aux États-Unis, des conditions préexistantes telles que l'hypertension, le diabète, les troubles respiratoires, le racisme structurel dans la société, l'incrédulité envers la science et l'absence de leadership politique pendant la pandémie, se sont ajoutées à un système de santé fragmenté, stimulant la propagation et interagissant avec le virus. Par conséquent, ces échecs synergiques ont causé plus de morts et de ravages que dans de nombreux autres pays.

Revenant à notre approche juridico-constitutionnelle et aux finalités de cette recherche, il apparaît que, face à l'insuffisance du concept de crise, l'hypothèse

théorique de la syndémie globale est en effet d'une valeur singulière pour décrire les dynamiques complexes qui entrelacent les innombrables crises de portée mondiale. Cependant, du point de vue de l'État de droit, il y aurait encore une insuffisance analytique-descriptive par rapport au déni de l'État lui-même, c'est-à-dire par rapport à l'antithèse ultime de son existence, bref, à son plus grand antagoniste. La notion de syndémie permet de dépasser le dualisme classique « normalité » et « exception » de la tradition du droit public, soulignant l'actuel caractère irréversible des effets de ces multiples crises concomitantes. La syndémie émerge davantage comme un concept analytique-descriptif de la réalité globale que, à proprement parler, comme un concept théorique-normatif avec des conditions pour guider la recomposition vers le statu quo ante de ces diverses crises entrelacées. En conséquence, il convient encore de surmonter les faiblesses de la compréhension de « l'exception » comme antithèse ultime de l'État de droit et de repérer l'insuffisance des mécanismes actuels de normalisation des états d'exception.

Alors passons à l'analyse du chaos comme figure antagoniste de l'État de droit.

Dans la modernité, la conception classique du chaos a été redéfinie et adaptée par les sciences telles que les mathématiques et la physique, avec la référence notoire à la théorie de la relativité d'Einstein. Toutefois, une attention particulière doit être accordée à l'œuvre d'Henri Poincaré. Le mathématicien français commence son texte en déclarant que les vérités mathématiques « dérivent d'un petit nombre de propositions évidentes par une chaîne de raisonnements impeccables ; elles s'imposent non seulement à nous, mais à la nature elle-même » (Poincaré 1902, 1). Plus loin dans la même œuvre, en traitant du calcul des probabilités, Poincaré (1902, 213-44) explique pourquoi des hypothèses ou des conventions élaborées sur la base de causes antérieures ne présentent pas de certitude scientifique sur les résultats causaux qui seront atteints, lorsqu'il s'agit d'un phénomène en système ouvert et contingent. Il y aurait alors un degré élevé d'imprévisibilité dans la continuité et le développement du phénomène par rapport à ses causes précédentes. Ailleurs, Poincaré introduit la notion de « chaos déterministe » pour décrire comment, dans de nombreux systèmes dynamiques, la sensibilité aux conditions initiales peut faire d'un événement unique une cause relationnelle d'effets totalement imprévisibles lorsque des calculs initiaux effectués par le chercheur.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> « Une cause très petite, qui nous échappe, détermine un effet considérable que nous ne pouvons pas ne pas voir, et alors nous disons que cet effet est dû au hasard. Si nous connaissions exactement les lois de la nature et la situation de l'univers à l'instant initial, nous pourrions prédire exactement la situation de ce même univers à un instant ultérieur. Mais, lors même que les lois naturelles n'auraient plus de secret pour nous, nous ne pourrions connaître la situation initiale qu'approximativement. Si cela nous permet de prévoir la situation ultérieure avec la même approximation, c'est tout ce qu'il nous faut, nous disons que le phénomène a été prévu, qu'il est régi par des lois ; mais il n'en est pas toujours ainsi, il peut arriver que de petites différences dans les conditions initiales en engendrent de très grandes dans les phénomènes finaux ; une petite erreur sur les premières produirait une erreur énorme sur les derniers. La prédiction devient impossible et nous avons le phénomène fortuit » (Poincaré 1908, 4-5).

L'applicabilité de la théorie du chaos, tout au long du XXe siècle, aux secteurs scientifiques les plus divers et aux disciplines exactes, humaines, sociales ou appliquées, en a fait un champ d'étude fertile pour des développements théoriques ultérieurs. Plus précisément, dans le domaine juridique, il est nécessaire d'exclure, néanmoins, son application directe et immédiate au droit constitutionnel et à la théorie constitutionnelle pour la raison que ces disciplines présupposent le chaos comme un processus perturbateur capable d'initier un nouveau modèle théorique et normatif d'ordonnement de la réalité phénoménale. Dans les disciplines juridiques qui ne maintiennent pas une centralité autour d'une source normative hiérarchiquement supérieure, comme dans le cas du droit constitutionnel, il y a une utilisation fructueuse de la théorie du chaos, comme, par exemple, en droit civil ; cependant, il n'y a pas de parallèle direct possible avec la théorie constitutionnelle, car elle a pour objet central de recherche la constitution et sa primauté en tant qu'élément ordonnant de l'État de droit.

Il convient de rappeler que le constitutionnalisme occidental émerge dans le large spectre politico-philosophique des théories contractualistes, comme celle de Hobbes, en présupposant l'état de nature comme un moment théorique-hypothétique, pré-sociétal et pré-étatique, doté d'un pouvoir de légitimer l'avènement de l'État politique. Un tel état de nature est le reflet d'une certaine forme d'idéalisme sur la condition naturelle de l'être humain, qu'il soit marqué par l'égoïsme comme chez Hobbes, ou par la pureté innée comme chez Rousseau. Face à cela, il y a une tendance dans la pensée constitutionnelle à rationaliser le moment pré-constitutionnel ou pré-étatique, en lui attribuant une dimension axiologique en termes logico-rationnels.

Le chaos constitutionnel serait donc une négation de l'ordre juridico-constitutionnel actuel. Comme Schmitt (1988, 22) l'a déjà souligné, il n'y a pas une seule norme applicable au chaos. Plus encore : l'exception constitutionnelle est, à travers les mécanismes traditionnels de l'état d'exception, la dernière tentative de l'État de droit de revenir à la normalité et de circonscrire précisément les situations dans lesquelles l'État suspend le droit lui-même. Par conséquent, la compréhension possible du chaos proposée comme hypothèse dans cette recherche consiste à considérer, en substance, que les parties des structures sociales sont en constante redéfinition, à partir de leurs principes signifiants élémentaires, empêchant que l'idée de crise – souvent très brève, éphémère et consubstantielle à l'idée de contingence – puisse encore continuer à être conceptuellement soutenue afin d'expliquer une réalité mondiale ponctuée d'événements de plus en plus forts, continus et interdépendants.

Karl Polanyi (1944) a souligné que le monde a connu une grande transformation provoquée par l'économie de marché, qui a imprégné les champs politique et social. La grande complexité des relations économiques serait corrélée au processus progressif de complexification de la vie sociale et, par conséquent, de la politique. Ce serait une ère de crises multisectorielles, c'est-à-dire de crises impliquant différents secteurs de l'économie, de la politique et de la société, mais aussi une ère de crises systémiques dans des secteurs spécifiques eux-mêmes.

C'est un problème général, reconnu par les penseurs de différentes branches du savoir. Quelle que soit l'origine de la recherche, il existe un consensus notoire autour de l'idée que les problèmes actuels affectent simultanément différents pays, régions, continents du monde, ayant comme point commun les crises environnementales, climatiques, sanitaires, sécuritaires, géopolitiques et sociales. Dans le cas spécifique du droit, ces questions affectent directement les principes, les règles, la législation et les instituts par lesquels les États élaborent et conduisent leurs politiques publiques. Par exemple, l'une des conséquences de ce désordre généralisé est l'actuelle diffusion de la méfiance de la population envers ses gouvernants face à ces problèmes, ouvrant les portes du champ politique au populisme et à l'extrémisme guidés par des solutions simplistes.

Il convient également de mentionner que les constitutions actuelles prévoient des mécanismes de normalisation d'éventuelles instabilités et autres ruptures d'ordre. C'est ce qui se passe avec les mécanismes institutionnels de stabilisation fondés sur l'idée d'exception, tels que l'état de défense (art. 136) et l'état de siège (art. 137) dans la Constitution brésilienne de 1988. En France, la Constitution a établi l'article 16 lorsque « les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux » sont menacées d'une manière « sérieuse et immédiate », et l'art. 36 pour l'état de siège, dans le but de contrôler une agression externe ou une insurrection armée interne, instaurant un régime très similaire à la loi martiale. Malgré leurs différentes formes de mise en œuvre au Brésil et en France, ces mécanismes sont insuffisants pour faire face à la complexité des crises multisectorielles et des crises systémiques, car ils supposent la survenance d'un fait concret contraire à l'ordre public ou à la paix sociale et visent à son retour rapide au stade antérieur de la normalité constitutionnelle.

Stéphanie Hennette-Vauchez (2022, 12-4) rappelle que, entre les attentats du 13 novembre 2015 et la pandémie de COVID-19, le pays a passé plus de la moitié du temps sous l'état d'urgence terroriste ou sanitaire, régimes conçus au départ comme dispositifs juridiques temporaires, mais qui tendent à devenir un état permanent. De même, lorsque l'état d'urgence fut décrété le 8 novembre 2005 pour mettre fin aux émeutes dans les banlieues permettant ainsi aux préfets des zones concernées de déclarer des couvre-feux, Dominique Rousseau (2006, 19-26) avait déjà dénoncé le danger de banaliser l'état d'urgence en l'utilisant en vue d'un simple contrôle policier des violences urbaines limitées surtout à la ville de Paris.

Cependant, comment définir le chaos constitutionnel ? Pour cela, il est nécessaire d'aller au-delà du devoir-être de la constitution, c'est-à-dire au-delà de sa dimension normative, en se concentrant sur l'être-en-soi qu'elle instaure. En un mot : les fondamentaux. La paramétrisation du chaos constitutionnel à partir de la négation des fondements de l'État de droit synthétisés, linguistiquement, dans le texte constitutionnel, permet de comprendre le seuil qui s'instaure entre ordre et désordre, entre désordre comme simple contingence et désordre comme antithèse absolue de l'ordre induit par l'État de droit.

Face aux crises multisectorielles, aux crises systémiques ou au désordre normatif, le droit peut être considéré, en définitive, comme un instrument de

reconstruction sociale. Il y a, pour cela, la nécessité de maintenir et de protéger la dimension normative du texte constitutionnel. Il convient de noter que le constituant brésilien de 1987-1988, en inscrivant à l'article 1 les fondements de la République, établit un ensemble d'éléments qui décrivent ce qu'est la société, ce qu'est l'État brésilien, ses composantes les plus essentielles : souveraineté, citoyenneté, dignité humaine, valeurs sociales du travail et de la libre entreprise, pluralisme politique.

Le chaos constitutionnel se situe donc au niveau ontologique, de l'être-en-soi, mais non comme élément constitutif ; au contraire, comme un ensemble d'éléments réels visant à déconstruire les bases qui soutiennent l'ordre constitutionnel en vigueur. Un déni qui s'attaquerait systématiquement aux fondements de la République rendrait impossible la recomposition du statu quo ante, ni la réorganisation politico-constitutionnelle car, tout comme Káos, le Dieu primordial de l'Antiquité, le chaos préconstitutionnel serait institué et tout une série d'effets nouveaux et imprévisibles résulteraient de sa vacuité ontologique. Les mécanismes de stabilisation institutionnels prévus par la Constitution, dans le cas brésilien, sont toujours applicables en termes purement normatifs et, à notre avis, il n'est même pas possible d'envisager son utilisation dans les crises multisectorielles et les crises systémiques qui impliquent, de manière large et globale, une attaque simultanée contre les fondements de l'ordre républicain.

En conséquence, il devient de plus en plus urgent rechercher de nouveaux mécanismes de normalisation des exceptions constitutionnelles. Sans aucune intention d'épuiser le sujet de l'insuffisance des états d'urgence face aux crises actuelles et concomitantes, notre recherche a pour objectif de démontrer que, dans des situations limites de négation maximale de l'ordre constitutionnel actuel, les concepts classiques, tels que normalité, exception et crise, seraient insuffisants pour une plus grande précision épistémologique et, même encore, étymologique du problème. Les crises successives vécues par l'humanité au cours du siècle actuel permettent d'envisager de nouvelles catégories conceptuelles, comme l'idée d'une syndémie globale, y compris dans le sens où nous vivons une ère de normalisation de crises continues et entrelacées. Cependant, au niveau juridico-constitutionnel, il y aurait encore une insuffisance théorique pour conceptualiser l'hypothèse de négation maximale de l'ordre institué par un État de droit. Ainsi, nous cherchons à reconstruire l'idée de chaos comme un possible concept juridique de nature constitutionnelle opposé, ontologiquement, à la normalité constitutionnelle.

Penser l'ontologie du constitutionnalisme conduit à réfléchir dans deux directions : au niveau des États nationaux, sur la manière de surmonter le dogmatisme froid du texte constitutionnel et assurer la constitution même dans les scénarios de crise les plus profonds, mais aussi, au niveau transnational, nous invite à réfléchir sur l'être-en-soi qui doit être protégé par le constitutionnalisme dans ses dimensions les plus variées. Dans le constitutionnalisme transnational, cet être-en-soi prénormatif, que nous avons précédemment approché dans le cadre d'une possible ontologie des droits humains, revêt une essentialité encore plus grande à mesure qu'il devient la notion de bien juridique universel.

### 6.3 La notion de bien juridique universel : la double nature de la solidarité

En clôturant cette partie consacrée à ce que nous appelons l'ontologie du constitutionnalisme transnational, il est nécessaire d'affronter la question axiologique qui se situe entre sa dimension ontologique (prénormative) et sa dimension proprement normative. Comment pouvons-nous parler de biens universels et ne pas adopter une position philosophique universaliste avec un large éventail de biens de cette nature ? Comment ne pas tomber dans les dangers du relativisme culturel et de toute une pluralité innombrable de biens qui en découlent ?

Nous introduisons ici l'idée – qui sera développée plus en détail dans la troisième partie ci-dessous – que le constitutionnalisme transnational est basé sur quatre biens qui sont juridiquement reconnus au XXI<sup>e</sup> siècle comme universels par de nombreux documents et déclarations internationaux, qui ont été traités dans la première partie de cet ouvrage. Il s'agit de la vie, de la sécurité, de l'environnement et de la solidarité.

Le caractère intellectuellement arbitraire qu'une telle liste spécifique de biens, comme celle-ci, pourrait donner se défait dans la mesure où nous la décomposons, aussi restreinte soit-elle déjà, en trois groupes essentiels de biens.

Premièrement, la vie est le bien qui *prima facie* résume en lui-même son sens du bien suprême ; elle est à l'origine première de toutes les déclarations de droits modernes. Sa nature évidente est réaffirmée lorsque, supposée par l'opposition, la négation de la vie serait une idée intolérable dans n'importe quel système de pensée humain.

Le deuxième groupe serait formé par deux concepts qui rayonnent d'eux-mêmes des réseaux de normativité très présents dans le constitutionnalisme transnational : sécurité et environnement. À cette fin, lorsque nous aborderons les aspects épistémologiques de ce phénomène constitutionnel, nous reprendrons l'approche des deux concepts.

Le troisième groupe, en revanche, serait formé par un bien qui mérite une attention plus approfondie à ce stade : la solidarité. Se situer dans le passage de la partie II, sur l'ontologie, à la partie III, sur les fondements épistémologiques, renforce dans ce travail, d'un côté, son caractère descriptif, tandis que, d'autre côté, il définit déjà les bases de son caractère prescriptif-normatif.

L'idée de solidarité surgit dans la pensée internationaliste, en particulier dans les origines du droit international. Toujours marquée par le cadre politico-normatif de l'après-guerre, la pensée internationaliste contemporaine est généralement divisée en trois grandes traditions qui remontent au célèbre travail de Martin Wight<sup>24</sup>, l'un des principaux représentants de l'École anglaise des relations

<sup>24</sup> Bien qu'ils aient été publiés *post mortem*, au début des années 1990, l'œuvre *International Theory : Three Traditions*, organisée par sa femme Gabriele Ingeborg Wight et l'historien des relations internationales Brian Porter, il rassemble une série de *lectures* données en tant que professeur invité à l'Université de Chicago pendant le semestre universitaire de 1956-1957. L'intérêt pour les idées de Wight était déjà significatif dans le milieu universitaire interna-

internationales. Selon l'auteur britannique susmentionné, ces trois courants philosophiques prétendent expliquer les fondements de l'ordre international : (1) la tradition hobbesienne (réaliste)<sup>25</sup>, (2) la kantienne (universaliste ou aussi appelée cosmopolite) et (3) la grocienne (internationaliste).<sup>26</sup>

En bref et en guise d'introduction, la tradition réaliste se limiterait à l'idée que la société internationale vit dans un état de nature constant entre des États dépourvus de liens intersubjectifs entre eux, c'est-à-dire une condition générale d'anarchie entre les États. La tradition universaliste, d'autre part, serait basée sur l'idéal kantien d'une communauté universelle d'individus, où les États seraient des acteurs hégémoniques au sein d'une simple contingence historique, puisque le progrès naturel de l'humanité pointerait vers une sorte de république mondiale/universelle. D'autre part, à un point intermédiaire entre les deux, la tradition grocienne en est venue à être appelée, surtout tout au long du XXe siècle, solidariste parce qu'elle soutenait que, oui, la société mondiale serait finalement composée d'individus, mais qu'il serait impossible de ne pas reconnaître le caractère politique de l'État moderne dans cette société encore internationale (interétatique), pas exactement transmutée en société mondiale (*inter hominis*).

Cependant, quelle est la pertinence de la notion de solidarisme dans la pensée de Grotius ? De plus, étant donné que l'auteur lui-même n'a pas utilisé l'expression (solidarisme ou solidarité) dans son *magnum opus*, serait-il possible de soutenir que ce concept, surtout développé par les néo-grotiens du XXe siècle, pourrait assumer la condition d'un principe normatif pour un possible constitutionnalisme transnational au XXIe siècle ?

Pour tenter de faire face au problème de recherche actuel, l'hypothèse retenue sera affirmative ; d'abord sur la base d'une brève reprise du contexte historique du développement de la pensée de Grotius, de sorte que, ensuite, la condition du solidarisme peut être analysée, dans l'œuvre de Grotius lui-même, comme une

tionaliste des États-Unis, surtout après la publication d'un livre petit mais dense, de seulement 68 pages, intitulé *Power Politics*, un ouvrage qui est devenu un classique des relations internationales et du droit international, mais dans sa version posthume, édité par son brillant ancien élève, Hedley Bull. C'est en grande partie grâce à la version allégée, mais, il faut le répéter, singulièrement dense dans son contenu, que Wight en viendra à être considéré comme l'un des fondateurs de l'École anglaise des relations internationales, en particulier en ce qui concerne le réalisme politique qui caractérise cette école.

<sup>25</sup> Martin Wight (1991, 30-1) souligne que la dénomination hobbesienne ne peut négliger le fait que c'est avec Machiavel que la tradition réaliste a trouvé son premier auteur imprégné de l'esprit d'essayer de formuler une réponse qui justifie objectivement l'existence de l'ordre international.

<sup>26</sup> La dénomination et la distinction susmentionnées entre des traditions telles que hobbesienne, grocienne et kantienne sont un héritage de l'œuvre de Martin Wight (1991, 7-8), qui nous rappelle que cette classification reçoit également la terminologie de, respectivement, réaliste, rationaliste et révolutionnaire : « The Realists are those who emphasize and concentrate upon the elements of international anarchy, the Rationalists those who emphasize and concentrate on the element of international intercourse, and Revolutionists are those who emphasize and concentrate upon the element of the society of states, or international society. »

conséquence directe de la notion de justice internationale et, en même temps, comme un présupposé substantiel de la notion de société internationale élaborée par le juriste néerlandais. Cette position intermédiaire, sur le plan théorique et philosophique, entre la justice et la société internationale, permettrait de concevoir la solidarité comme un principe normatif du constitutionnalisme transnational dans la mesure où, d'une part, elle interdit le recours à la guerre par les États (sauf en cas de légitime défense) et, d'autre part, constitue un devoir général de coopération politique et juridique dans l'ordre international.

Né à Delft, en Hollande, en 1583, Huig de Groot, ou aussi avec des variations de Hugo Grotius dans la plupart des langues latines, mourut en 1645, exactement 3 ans avant la fin de la guerre de Trente Ans et la célébration de l'armistice connue comme la paix de Westphalie, dont la formulation juridique et la conception philosophique ont été directement influencées par les idéaux grotiens. Aux côtés de contemporains tels qu'Alberico Gentili et Francisco Suárez, séparés en moins d'un siècle de l'espagnol Francisco de Vitoria, il est d'usage de placer Grotius comme le plus jeune des pères fondateurs du droit international moderne. En plus d'être le mentor intellectuel du traité de paix de Westphalie, sa vaste activité politique dès son plus jeune âge, dans une vie marquée par les guerres européennes successives, a également permis à ses influences en tant que diplomate et juriste de transiter sur les différents côtés de la guerre dans laquelle il a vécu dans la dernière partie de sa vie. Leo Gross (1948, 26) souligne que, d'une part, Grotius a adapté le droit naturel afin de combler le vide laissé par l'extinction du pouvoir suprême de l'empereur et du pape, tandis que, d'autre part, il a développé les fondements du principe de la laïcité du pouvoir, permettant aux croyants et aux athées de faire confiance dans la sécurité des normes juridiques du système international.<sup>27</sup>

Dans le même sens, l'espagnol Antonio Marín Lopez (1962, 203-4) rappelle que les théories pluralistes, bien représentées dans la pensée d'Emmerich de Vattel, se sont soutenues, tout au long de l'histoire, dans la croyance positiviste selon laquelle le système international n'est guidé que par la volonté souveraine des États, ce qui serait insuffisant pour comprendre ce phénomène juridique. La condition de Grotius en tant qu'héritier de la scolastique et de l'École de Salamanque, en mettant davantage l'accent sur les influences découlant de l'œuvre de Francisco de Vitoria, permet à Marín Lopez (1962, 227-28) de

<sup>27</sup> Danilo Zolo (1998, 113) rappelle que le modèle westphalien a rempli cette vacuité de pouvoir dont parlait Léon Gross et a interdit le recours à la guerre pour protéger les intérêts propres de l'État : « Secondo il modello vestfaliano l'eguaglianza giuridica e l'autonomia normativa degli Stati è un principio incondizionato. Il diritto internazionale non detta alcuna norma sulle strutture politiche interne ai singoli Stati o sui loro comportamenti nei confronti dei cittadini, né prevede alcun potere di ingerenza di un'organizzazione internazionale o di uno Stato negli affari interni di un altro Stato. Ormai decaduta l'autorità del Papato e, con essa, la dottrina del *iustum bellum*, ogni Stato ha inoltre pieno diritto di ricorrere alla guerra o ad analoghe misure coercitive per tutelare o promuovere i propri interessi. »

souligner que la pensée grotienne a favorisé le passage du *jus gentium* au droit international moderne à travers une redéfinition du droit naturel.

La tradition du *jus gentium* était, à l'origine, conçue comme le droit valide et applicable à toutes les provinces et territoires dominés par l'Empire romain, leur conférant la prérogative de maintenir leurs propres systèmes juridiques locaux. Avec l'édit de 212 apr. J.-C. (*Constitutio Antoniniana de Civitate*), de l'empereur Caracalla, la citoyenneté romaine avait été accordée à tous les sujets, ce qui étendait l'obligation et le caractère contraignant du droit de Rome, c'est-à-dire le *jus civil*, à tous les territoires qui composaient l'Empire romain. De ce fait, la notion de *jus gentium* est restée sur un plan philosophique plus abstrait et s'est restreinte, surtout au Moyen Âge, aux relations entre les organisations politiques (royaumes, duchés, principautés, etc.), agissant de manière complémentaire aux systèmes juridiques locaux. La justification philosophique médiévale du *jus naturale* a fait de ce droit une catégorie générale à l'intérieur de laquelle les droits locaux et le *jus gentium* devaient chercher leur source de légitimité. Même chez Francisco de Vitoria, comme le rappelle Martin Wight (1991, 73), il était courant de confondre le *jus gentium* avec le *jus naturale*.

Le néogrocien Hedley Bull<sup>28</sup> attire l'attention sur la différenciation opérée par Grotius par rapport au terme *jus gentium*. D'une manière plus générale, il s'agissait d'un ensemble de règles de nature juridique destinées à discipliner les relations entre États souverains, c'est-à-dire qu'il s'agirait d'un droit naturel appliqué aux relations internationales. Roberto Ago (1983, 386) souligne que ce que Grotius appelait « naturel » serait un droit applicable à la fois aux individus et aux États, puisque ces derniers et le droit lui-même sont « d'origine humaine, en ce qu'il est une émanation automatique de la *nature rationnelle et sociable de l'homme*, qu'il répond de façon directe à cette nature et à ses exigences. » D'autre part, Grotius (2005, 43) utilisait le terme *jus gentium* comme *jus voluntarium*, c'est-à-dire comme le droit produit par la volonté des États. Selon Roberto Ago (1983, 387-88), cette définition rapproche encore plus Grotius du concept de « droit international positif » de Francisco Suárez.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Dans l'original : « Princes are persons, and states or peoples are collections of persons; a basic reason why relations among princes and states are subject to law, which bind all persons in the great society of mankind. These rules, reflecting the rational and social nature of man, are know a priori to all creatures endowed with reason, and also a posteriori because they are confirmed by the agreement of all, or at least the agreement of all the best minds. Natural law for Grotius is not to be equated with the moral law or morality in general; it comprises only that part of morality that states the rational principles of conduct in society » (Bull 1992, 78).

<sup>29</sup> Dans l'original : « La seule différence entre les règles du *jus naturale* et celles du *jus voluntarium* a trait à leur origine respective. Ces dernières existent, comme le terme l'indique, en tant que produit d'actes de volonté des membres de la société, d'actes visant intentionnellement à leur création ; tandis que les règles du *jus naturale* découlent directement de la nature humaine et sont dictées à la conscience des membres de la société, qu'ils le veuillent ou non, par leur *recta ratio*. »

La conception de Grotius du *jus voluntarium* ne serait ni illimitée, ni immuable, étant donné que, selon Bull (1992, 71), la société internationale représente « the notion that states and rulers of states are bound by rules and form a society or community with one another, of however rudimentary kind. » À ce moment, Grotius met l'accent sur le concept de *magna communitas gentium* pour expliquer que les derniers membres de la société internationale seraient des individus, au lieu de l'État, puisque la légitimité de l'État au sein de la société internationale est une attribution résultant directement du sens de communauté, de la recherche du bien commun, qui caractérise le genre humain et le différencie des autres espèces (Bull 2000a, 112). Par conséquent, la société internationale, dans la perspective grocienne, aurait pour trait le plus distinctif son universalité, c'est-à-dire, selon les mots de Bull (2000a, 104) : « the participation of all mankind in *magna communitas gentium*. » Roberto Ago (1983, 379) différencie la condition de Grotius parmi les soi-disant « pères » fondateurs du droit international, parce que, selon lui, il devrait être considéré comme responsable de l'origine de la science du droit international, c'est-à-dire de « ce qui concerne cette branche des disciplines juridiques dont le phénomène juridique ne se présente pas comme le produit, mais comme l'objet d'investigation, de connaissance et de description. »

Cette scientificité du droit international gagnera encore plus en robustesse théorique et normative avec la doctrine du *jus publicum Europaeum*, tout au long des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, puisque, selon Bull (2005, 47), elle établirait que la société internationale serait une association composée d'États européens, de sorte que les États non européens ne pourraient être admis que lorsqu'ils auraient atteint un niveau de développement civilisationnel comparable à celui de l'Europe. La primauté de la raison – qui caractérise si fortement la modernité – a été le premier élément pour qu'il soit possible de concevoir une société d'États nationaux, ayant comme modèle d'organisation politico-juridique supranationale le *jus publicum Europaeum* et d'organisation politique-étatique l'État moderne. Autant qu'aujourd'hui, au XXI<sup>e</sup> siècle, on considère que c'est la genèse du néocolonialisme eurocentrique, certainement très critiqué, notamment par les études décoloniales et les *subaltern studies*, il est indéniable que la tradition du *jus publicum Europaeum* a fini avec des siècles d'ombres et de ténèbres dans lesquels le maintien de la primauté de la raison humaine serait considéré comme une hérésie ; elle a fini avec une époque où la justification métaphysique de la *Respublica Christiana* était la principale source de sens des formes politiques terrestres.

Le rationalisme dans les relations internationales, instrumentalisé par une science du droit international, permet de conclure qu'une société internationale suppose un système international, mais on ne peut pas en dire autant dans l'autre sens. Un système, en tant que totalité ordonnée, existe même dans une anarchie entre des nations formellement considérées comme égales, mais il ne s'ensuit aucune règle substantielle qui guide la conduite dans la recherche du bien commun. Hedley Bull (2000b, 145-46) soutient que l'assistance mutuelle entre les États et le maintien d'un système international dans lequel l'autorité nationale des États est préservée sont deux facteurs qui prouvent l'existence de

plus qu'un simple système international : il existe une société internationale rudimentaire en développement.

En guise de conclusion partielle, il est possible d'affirmer que le solidarisme est, ontologiquement, un corollaire de l'idée grotienne de justice internationale et aussi un présupposé substantiel de la notion de société internationale.

En ce qui concerne les trois grandes traditions mentionnées par Martin Wight, il est important de résumer, à ce stade de la présente recherche, quels sont leurs différentiels les plus frappants. La théorie hobbesienne est synthétisée dans l'idée que les systèmes d'État représentent la même situation amoralisée de guerre de tous contre tous dans laquelle les individus vivaient lorsqu'ils étaient à l'état de nature, à tel point que Hobbes lui-même<sup>30</sup> a dit qu'il s'était inspiré du contexte des relations internationales de l'époque pour définir son concept d'état de nature. La tradition naturaliste du droit international, en particulier après les travaux de Samuel Pufendorf, a maintenu l'identification de Hobbes entre les relations internationales et l'état de nature, comme le rappelle Wight (1991, 138-39).

La tradition universaliste, notablement influencée par la pensée de Kant, se concentre sur le développement de notions cosmopolites de droit et de morale, avec l'individu comme protagoniste, plutôt que l'État. Ainsi, le cosmopolitisme kantien aura dans la recherche de la paix perpétuelle (*Zum ewigen Frieden*) la fin humaine idéale à atteindre collectivement, car la violation d'un droit commise dans une partie du monde finit par se faire sentir dans toutes les autres parties, selon Kant.<sup>31</sup> Cette dimension téléologique, qui indique la recherche de la paix comme, on peut dire sans crainte, la plus grande fin humaine collective à réaliser, est basée sur une notion indiscutablement catholique de la société universelle sur la Terre, c'est-à-dire l'idée de *civitas maxima*.

Un demi-siècle avant la *Zum ewigen Frieden* de Kant, le également allemand Christian Wolff – s'il était né aujourd'hui, il serait polonais – a développé l'expression *civitas maxima* pour définir la tendance naturelle et rationnelle à

<sup>30</sup> Dans l'original : « Mais bien qu'il n'y eût jamais eu de temps où des hommes particuliers fussent en état de guerre les uns contre les autres ; cependant, de tout temps, les rois et les personnes d'autorité souveraine, à cause de leur indépendance, sont dans des jalousies continuelles, et dans l'état et la posture des gladiateurs ; ayant leurs armes pointées et leurs yeux fixés l'un sur l'autre ; c'est-à-dire leurs forts, garnisons et canons sur les frontières de leurs royaumes ; et des espions continus sur leurs voisins ; ce qui est une posture de guerre. Mais parce qu'ils soutiennent par-là l'industrie de leurs sujets ; il ne s'ensuit pas de là cette misère qui accompagne la liberté des hommes particuliers » (Hobbes 1985, 187-88).

<sup>31</sup> Dans son ouvrage de 1795, *Zum ewigen Frieden*, lorsqu'il traitait de le droit cosmopolite comme troisième article définitif de la paix perpétuelle, Kant (2005, 68) comprenait que, par-dessus tout, ce droit devait promouvoir les conditions humaines de l'hospitalité universelle, « poichè la comunanza (più o meno stretta) tra i popoli della Terra, che alla fine ha dappertutto prevalso, si è arrivati a tal punto che la violazione di un diritto commessa in una parte del mondo viene sentita in tutte le altre parti, allora l'idea di un diritto cosmopolitico non appare più come un tipo di rappresentazione chimerica ed esaltata del diritto ma come un necessario completamente del codice non scritto sia del diritto politico sia del diritto internazionale verso il diritto pubblico dell'umanità, e quindi verso la pace perpetua, e solo a questa condizione possiamo lusingarci di essere in costante cammino verso di essa. »

former un « État d'États », c'est-à-dire une organisation politique universelle rassemblant tous les États dans un *domestic analogy*,<sup>32</sup> où la fonction de l'État serait limitée à l'organisation politique locale des individus qui le composent.<sup>33</sup> Cependant, Wight (1991, 41) souligne que l'utilisation de l'expression *civitas maxima* n'était pas sans précédent chez Wolff, puisqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, cette idée était déjà développée à la fois par les catholiques, comme Francisco de Vitória, lorsqu'ils traitaient de la *societas naturalis* comme une communauté universelle d'États, et par les protestants, comme Alberico Gentili. Lorsque Kant écrivit son *Zum ewigen Frieden* à l'aube du XIX<sup>e</sup> siècle, son grand défi – à notre avis non résolu par lui – serait de concilier le principe de la souveraineté des États avec l'idée de la République mondiale qu'il soutenait à la fin de l'œuvre.

La troisième tradition à laquelle il est fait référence est celle dans laquelle se situe l'hypothèse soutenue ci-dessous dans cette recherche. La tradition grocienne présuppose, en bref, que les relations internationales sont déterminées par des règles et des institutions construites à partir de la dynamique interne de cette même société d'États. D'une part, elle intègre une partie du modèle hobbesien en comprenant que les États sont toujours les principaux acteurs de la société internationale, et, d'autre part, elle reconnaît que l'idéal cosmopolite, aussi utopique qu'il puisse paraître dans le moule de la tradition universaliste, est guidé par une recherche légitime et nécessaire de la paix entre les peuples.<sup>34</sup> Déjà dans l'œuvre de Grotius, comme le mentionne Bull (2005, 39), il est possible de vérifier que l'acceptation des règles et des conditions de coexistence et de coopération entre les États est une condition de possibilité pour le développement

<sup>32</sup> Sur les fondements philosophiques de la *domestic analogy* dans la tradition réaliste, voir Teixeira 2007.

<sup>33</sup> Dans le prolégomène de son travail sur les relations internationales, Wolff (1934, 12) déclare clairement que : « § 9 *Of the state which is made up of all nations*. All nations are understood to have come together into a state, whose separate members are separate nations, or individual states. For nature herself has established society among all nations and compels them to preserve it, for the purpose of promoting the common good by their combined powers. Therefore since a society of men united for the purpose of promoting the common good by their combined powers, is a state, nature herself has combined nations into a state. Therefore since nations, which know the advantages arising therefrom, by a natural impulse are carried into this association, which binds the human race or all nations one to the other, since moreover it is assumed that others will unite in it, if they know their own interests; what can be said except that nations also have combined into society as if by agreement? So all nations are understood to have come together into a state, whose separate nations are separate members or individual states. »

<sup>34</sup> Hedley Bull (2000c, 201) met bien en évidence cette position intermédiaire assumée par la pensée de Grotius : « Thinkers in the Grotian tradition recognize with Hobbes that states are in a state of nature or condition of anarchy in the sense that there is no world government over them. But the Grotians see the condition of states as more like that which Locke describes in his account of the state of nature than that which is described by Hobbes. They see international society, that is to say, as a society without government, an anarchical society in which rules are crudely interpreted and administrated, power is decentralized, and justice is uncertain and imperfect, but a society nevertheless that embodies the tradition of civilization and not the law of jungle. »

même de la société internationale. Par conséquent, l'effectivité des règles du droit international passerait par l'action des États eux-mêmes, en vertu de la solidarité – réelle ou potentielle – existant entre eux au sein de la société des États.<sup>35</sup> Bull (2000a, 101) souligne que, pour Grotius, même la guerre serait justifiable contre l'État qui s'oppose violemment à l'ordre international, puisque le crime commis par un État finit par le placer dans une situation d'infériorité par rapport aux autres, leur permettant d'appliquer une punition à son regard.

Le fait que Grotius ne se réfère pas expressément aux mots solidarisme/solidarité dans son classique *De jure belli ac pacis* donne paradoxalement encore plus de pertinence à ce concept dans la tradition grotienne. C'est parce que le principe de solidarité cherche à réaliser une société internationale mieux ordonnée et que le recours à la guerre se limite à la poursuite des biens communs et des buts de la communauté internationale. Une conséquence immédiate est la juridicisation de la guerre et l'abandon des doctrines de la guerre juste (*bellumustum*)<sup>36</sup>, délimitant l'accent sur le *jus in bello*, c'est-à-dire sur les règles qui régissent le conflit, ses causes légitimes et ses conséquences possibles. Hedley Bull (2005, 276) souligne le fait que la doctrine néo-grotienne a acquis une grande importance tout au long du XXe siècle, au point d'être présente à la fois dans le Pacte de la Société des Nations<sup>37</sup> et dans la Charte des Nations Unies<sup>38</sup>,

<sup>35</sup> Selon Bull (2000a, 97), l'hypothèse centrale pour Grotius « is that of the solidarity, or potential solidarity, of the states comprising international society, with respect to the enforcement of the law. »

<sup>36</sup> La doctrine *bellumustum* a traversé tout le Moyen Âge, mais ses origines, bien qu'elles puissent être considérées comme immémoriales, se trouvent généralement dans le droit romain antique, à tel point que Cicéron se référait déjà au *bellumustum* comme une guerre légitime qui visait à soumettre ceux qui étaient contraires à l'ordre politique et juridique (romain) en vigueur. Sur les origines de la doctrine du *bellumustum*, voir Loreto (2001) et aussi le classique de Carl von Clausewitz (1968).

<sup>37</sup> Signé le 28 juin 1919, le Pacte de la Société des Nations établit, dans son préambule, que : « Afin de promouvoir la coopération internationale et d'assurer la paix et la sécurité internationales, par l'acceptation de l'obligation de ne pas recourir à la guerre, (...) ». Dans ses 26 articles, la solidarité est présente à divers moments indirectement, mais l'article 2 est explicite en déterminant que toute guerre serait une question d'intérêt collectif : « Toute guerre ou menace de guerre, qu'elle affecte immédiatement l'un des membres de la Société ou non, est par la présente déclarée un sujet de préoccupation pour toute la Société, et la Société prendra toutes les mesures qui pourront être jugées sages et efficaces pour sauvegarder la paix des nations. Dans le cas où une telle situation d'urgence se présenterait, le Secrétaire général, à la demande de tout Membre de la Ligue, convoquera immédiatement une réunion du Conseil. Il est également déclaré que c'est le droit amical de chaque membre de la Société des Nations de porter à l'attention de l'Assemblée ou du Conseil toute circonstance affectant les relations internationales qui menace de troubler la paix internationale ou la bonne entente entre les nations dont dépend la paix. »

<sup>38</sup> La Charte des Nations Unies de 1945 a bénéficié d'une adhésion beaucoup plus grande que la Société des Nations et, à divers moments, a discipliné l'utilisation de la guerre comme une mesure collective extrême. Toutefois, il convient de souligner le chapitre VIII, « Action relative aux menaces contre la paix, à la rupture de la paix et aux actes d'agression », dont les articles 39 à 51 traitent du droit à la légitime défense individuelle ou collective à l'égard de mesures préventives et coercitives avant ou au cours de la guerre.

dans la mesure où elle a introduit le principe de la sécurité collective ; en d'autres termes, l'inspiration grotienne est directement présente dans l'interdiction du recours à la guerre comme instrument de politique intérieure de l'État.

Pour revenir à la pensée de Grotius, de nombreux auteurs<sup>39</sup> ont associé la solidarité à la notion de justice internationale. Sur le plan logico-formel, nous comprenons qu'il s'agirait d'un corollaire instrumental de l'idée abstraite de justice, puisqu'il comporte les conditions de possibilité pour la réalisation de la justice internationale dans ses différentes espèces, de la justice distributive à la justice corrective. Bien qu'une grande partie des tentatives d'application du principe de solidarité dans les situations de conflit aient abouti non seulement à renforcer la nécessité de construire un ordre mondial supérieur ou, du moins, de réformer les mécanismes actuels de gouvernance mondiale, notamment en ce qui concerne les organes de l'ONU – pensons tout d'abord au Conseil de sécurité et à sa configuration dépassée qui s'inscrit encore dans la lignée de la fin de la Seconde Guerre mondiale –, il faut reconnaître que la solidarité entre les États et les peuples s'inscrit dans un processus de croissance progressive dans les différents secteurs de la vie politique, économique, culturelle et sociale des États, ainsi que des nombreux acteurs internationaux et, surtout, de l'individu. Il est toujours utile de se rappeler l'avertissement de Bull (2000a, 112) selon lequel le principe de solidarité aura pour but ultime la protection de l'individu dans l'ordre international, puisque les « members of international society are ultimately not states but individuals. »

C'est pourquoi, chez Grotius, la solidarité est à la fois un corollaire de l'idée abstraite de justice internationale, mais aussi un présupposé substantiel de la conception de la société internationale à laquelle cette théorie entend corroborer dans le développement. D'une société rudimentaire, encore plus clairement reconnaissable comme un simple système d'États, à une possible société internationale consolidée sur les principes de la tradition rationaliste-internationaliste, il y a le présupposé que le solidarisme se transforme en un large ensemble de postulats normatifs de deux natures différentes. Considérant tout projet universaliste de gouvernement mondial comme irréalisable ou utopique, Bull (2005, 275) met en avant le principe de solidarité comme condition pour que les États puissent offrir une solution alternative à leurs problèmes communs, par une collaboration étroite et l'adhésion aux principes constitutionnels de l'ordre international auxquels ils ont donné leur consentement.

Les deux natures normatives susmentionnées sont associées à la division classique entre la morale et le droit. La première implique une subdivision interne

<sup>39</sup> Au Brésil, Arno Dal Ri Jr. (2004, 76-95), organisateur de la version portugaise du *De jure belli ac pacis*, analyse la relation entre la justice et la solidarité grotienne du point de vue éthique. Aussi Gilmar Bedin et Tamires de Oliveira (2020) suivent une veine similaire, mais en mettant l'accent sur l'idée de justice internationale. En France, voir l'œuvre de Mario Bettati (1996). Kye Allen (2022), d'autre part, entend théoriser sur la façon dont un possible solidarisme illibéral, basé sur un consensus entre États à tendance fasciste, pourrait subvertir cette même matrice solidariste.

hégémonisée par une dimension abstraite de caractère descriptif-prescriptif : en même temps qu'elle décrit les biens considérés comme universels par la société internationale, elle prescrit un cadre axiologique capable d'agréger ces biens en tant que valeurs de prétention universelle. La deuxième subdivision interne de la morale internationale établit notamment des principes déontiques qui, bien que dépourvus de sanctions juridiquement applicables, sont essentiels pour définir les niveaux de coopération entre les États et de solidarité réelle, puisque le principe de solidarité exige le caractère volontaire du comportement des acteurs internationaux comme une sorte d'exigence intersubjective de son efficacité.

Par conséquent, il appartiendra au deuxième groupe de postulats normatifs d'établir les mécanismes de mise en œuvre des buts, des biens et des valeurs établis dans le domaine de la morale abstraite internationale : les règles prescriptive-sanctionnelles du droit international public. Dans le solidarisme grotien le dépassement de la division entre public et privé – si notoire et si évidente dans la doctrine internationaliste du XX<sup>e</sup> siècle – est toujours d'actualité parce qu'il s'agit du droit international public ; c'est-à-dire d'un droit, en premier lieu, produit de pactes et de conventions interétatiques qui établit les règles juridiques pour la création, la cohésion et le maintien des relations internationales, mais surtout parce que les niveaux de coopération sont vérifiables, dans une large mesure, par le recours à des sanctions (juridiques) internationales contre les États non coopératifs ou ceux qui violent les règles du droit international. C'est là que réside la différence la plus évidente, à notre avis, entre le solidarisme et les autres traditions ; comme l'a souligné Danilo Zolo (1998, 133-48 ; aussi 2010, 403-18), influencé par la pensée de Hedley Bull, la société internationale rudimentaire actuellement en construction dispose de conditions réelles seulement pour la réalisation d'un « droit supranational minimal » destiné à protéger une liste limitée de biens reconnaissables comme véritablement universels.

Dans les deux groupes de postulats normatifs, il y aurait une série de problèmes internes à affronter, ce qui n'est pas possible pour nous dans cette recherche en raison de l'orientation méthodologique et des limites de l'extension. Cependant, sur le plan de la morale abstraite, il est important de mettre en garde, comme le fait à juste titre Emerson Maione de Souza (2008, 108), que la distinction la plus saillante entre pluralisme et solidarisme part, avant tout, de deux conceptions distinctes de la moralité qui sous-tendent la société internationale. Le pluralisme est basé sur le principe que c'est à l'intérieur des États que se produit la définition des biens et des valeurs à poursuivre par cette communauté humaine *in concreto*, tandis que le solidarisme, sans embrasser la notion de *civitas maxima* qui sous-tend l'universalisme kantien, désigne le système international de l'État comme le *locus* de délimitation de biens et de valeurs qui peuvent être reconnus comme universels par les différents peuples qui composent ce système.

De même qu'il existe différentes conceptions de la façon dont la morale internationale est construite dans les trois traditions, la juridicité des relations internationales a également une conception différente dans la matrice grocienne. En synthèse serrée, le principe de solidarité, dans la mesure où il découle d'une conception de justice internationale et, en même temps, agit comme un

présupposé de la notion de société internationale, est centré sur la collaboration à la construction et à l'amélioration des mécanismes juridiques de la politique internationale ; il laisse aux États nationaux le soin de mettre en œuvre, dans la mesure du possible de leurs particularités locales, ces normes construites au niveau international, ainsi que de limiter le recours à des mesures de sanction, telles que des actions devant des juridictions internationales et, à l'extrême, des délibérations par la guerre, aux situations dans lesquelles une coopération minimale devient irréalisable et où la sécurité collective est en danger réel et concret.

La solidarité serait-elle alors un principe normatif du constitutionnalisme transnational au XXI<sup>e</sup> siècle ?

Afin d'aller au-delà d'une analyse descriptive de la formation du principe de solidarisme chez Grotius, l'hypothèse que l'on entend soutenir ici est que ce principe serait en mesure, au XXI<sup>e</sup> siècle, d'être interprété comme un principe normatif d'un possible constitutionnalisme transnational.

Un premier aspect à considérer est le passage d'un système interétatique à un système constitutionnel transnational. Partant du cadre politico-juridique établi avec la fin de la Seconde Guerre mondiale, Bull (2005, 54) a souligné qu'il est très significatif que le système actuel des États reflète les trois éléments élaborés, respectivement, par les traditions hobbesiennes, kantiennes et grotiennes : (1) celle de la guerre et de la lutte pour le pouvoir entre États, (2) celle de la solidarité transnationale et des conflits idéologiques au-delà des frontières nationales et (3) celle de la coopération et des relations réglementées entre États. La pertinence singulière de cette caractéristique réside dans le fait qu'elle rend aujourd'hui non pertinente toute dissidence sur la question de savoir si le système peut être correctement caractérisé comme anarchique, cosmopolite ou internationaliste. C'est parce qu'il y a un long processus historique, qui a commencé avec la paix de Westphalie, au cours duquel des moments successifs ont apporté des contributions à la formation de ce système en tant que composantes d'un tout en plein développement et à la recherche de sa capacité d'autodétermination fonctionnelle, instrumentale et, finalement, épistémologique. Ainsi, ses dimensions possibles, qu'elles soient philosophiques, idéologiques, économiques ou politiques, constituaient un système international avec des acteurs différents, et non plus seulement les États, et avec des postulats normatifs moraux et juridiques dotés d'une charge contraignante et impérative universel, allant bien au-delà du caractère simplement conventionnel du droit en vigueur entre les États avant la formation du cadre politico-juridique supranational actuel.

Un deuxième aspect à prendre en considération concerne la manière dont le principe de la souveraineté de l'État a été progressivement relativisé au profit d'une compréhension solidariste de l'ordre international. Il convient de se souvenir de Barry Buzan (2004, 47) lorsqu'il souligne que le solidarisme redéfinit le concept classique de souveraineté, en le rendant compatible même avec le pluralisme, mais en introduisant l'importante présupposé qu'une morale internationale doit être construite et mise en œuvre dans le but de parvenir à un ordre international plus complet et interventionniste. En ce sens, Buzan (2004, 59) soutient qu'en dépassant les différences par le pluralisme, le solidarisme peut être défini

as being about the thickness of norms, rules and institutions that states choose to create to manage their relations, then pluralism and solidarism simply link positions on a spectrum and have no necessary contradiction.

Buzan (2014, 83-5) résume la synthèse que le solidarisme entend présenter : au lieu d'un pluralisme centré sur l'État ou d'un cosmopolitisme centré sur l'individu, on vérifierait l'existence d'un solidarisme centré sur l'État. Il y aurait ainsi une communauté du genre humaine structurant la société internationale, avec l'État comme principal protagoniste, mais créant les conditions pour que d'autres acteurs agissent en faveur des biens, des valeurs et des droits qui protègent les individus et les peuples.

Dans ce contexte, le système international conserve une large place aux compétences normatives des États nationaux pour traiter des questions les plus dynamiques liées à leurs affaires intérieures, mais aussi aux communautés régionales – ou espaces – et à leurs compétences pour traiter des intérêts communs des blocs d'États qui les composent. Pour revenir au concept de Zolo, influencé par Bull, le droit supranational minimum se situerait à une sorte de troisième niveau de normativité, impliquant tous les États et les communautés régionales. Le principe de solidarisme constituerait la règle de fond fondamentale de l'ordre international, car il s'agirait d'un principe juridique déjà universalisé qui pourrait être largement utilisé dans le renforcement de la coopération entre les États. Au lieu de se situer sur le plan exclusivement moral, c'est un principe de nature politico-juridique qui détermine un comportement spécifique que l'État *doit* mettre en pratique, sous peine de légitimer des représailles – qui peuvent également prendre la forme d'une guerre – contre lui.<sup>40</sup>

La critique notoire et répandue de cette thèse met en avant le fait que l'absence d'une centralisation du pouvoir politique dans une seule structure rendrait irréalisable l'application de sanctions légales, mais ce type de critique ignore le fait que le système a une nature politico-juridique dans laquelle les agents qui détiennent le pouvoir d'appliquer des sanctions sont clairement définis : organisations supranationales, États nationaux et communautés (espaces) régionales. Bull (2000a, 97) a souligné que le principe de solidarité suppose que les États qui appartiennent à la société internationale doivent agir dans le respect du pouvoir de sanction du droit. En d'autres termes, le principe de solidarité en est venu à être compris comme un principe général de la suprématie du droit.

Une autre critique répandue et notoire est basée sur le fait que la solidarité ferait de l'État un « sujet » de l'ordre international. Cependant, c'est le contraire qui se passe, car le solidarisme grotien n'indique qu'un cadre référentiel coopératif dans lequel le degré d'interaction d'un État avec l'ordre international sera défini, de sorte qu'il ne peut être appliqué de manière coercitive que dans des situations d'une extrême pertinence pour la communauté internationale.

<sup>40</sup> En ce qui concerne la conception du solidarisme en tant que règle substantielle du droit international, voir mon Teixeira (2011).

Ainsi, la solidarité ne fait qu'améliorer les mécanismes de coopération entre les États et, surtout, entre les communautés (espaces) régionales.

Au-delà de la nature conventionnelle traditionnelle du droit international, une question doit être posée à ce stade : dans quelle mesure la solidarité serait-elle un principe normatif du constitutionnalisme transnational ?

Le constitutionnalisme dit transnational fait l'objet de différentes conceptions et théories, comme nous le verrons dans la troisième et dernière partie de cet ouvrage. La contextualisation historique nécessaire dans la période de l'après-Seconde Guerre mondiale est un fait commun à pratiquement toutes ces conceptions et est basée sur l'idée que le constitutionnalisme mondial/transnational inaugure une nouvelle phase du constitutionnalisme occidental, c'est-à-dire une nouvelle étape d'un processus historique évolutif.

Les différents processus de mondialisation, approfondis tout au long du XXe siècle, ont rendu de plus en plus ténues les frontières entre la pensée internationaliste et la théorie constitutionnelle. Ici, nous avons cherché à récupérer le concept de solidarisme chez Hugo Grocio, l'un des fondateurs du droit international moderne, compte tenu de sa grande pertinence pour les relations internationales au XXIe siècle.

Les dichotomies rigides qui séparaient, de manière étanche, la souveraineté interne des États et l'ordre international pluraliste ne résistent plus à la transversalité de l'action humaine, à la complexité de l'existence humaine, à la pression de crises de plus en plus mondiales, qu'elles soient sanitaires, environnementales, sociales, économiques ou migratoires. Soutenir le solidarisme en tant que principe normatif du constitutionnalisme transnational/mondial signifie, d'une part, mettre l'accent sur la vaste liste de normes existant dans l'ordre international sur la base de ce principe, et, d'autre part, susciter une réflexion critique sur des mécanismes nouveaux et efficaces pour construire la paix et promouvoir la solution des différends internationaux non seulement entre États, mais aussi parmi les autres acteurs de l'ordre international.

Ainsi, comme mentionné ci-dessus, la présence d'un solidarisme guidant l'élaboration de plusieurs documents internationaux de grande pertinence et avec prétention à l'universalité, tels que le Pacte de la Société des Nations et la Charte des Nations Unies, a permis sa présence progressive en tant que *principe normatif implicite* du constitutionnalisme transnational en cours du développement, mais aussi en tant que *principe juridique explicite* dans d'innombrables documents internationaux, notamment en ce qui concerne l'interdiction du recours à la guerre et la promotion de mécanismes pacifiques de règlement des différends.

## Bibliographie

- Ago, Roberto. 1983. "Le droit international dans la conception de Grotius." *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 182, 4 : 375-98.
- Allen, Kye J. 2022. "An Anarchical Society (of Fascist States) : Theorising Illiberal Solidarism." *Review of International Studies* 48, 3 : 583-603.
- Aristote. 2004. *Étique à Nicomaque*. Trad. Richard Bodéüs. Paris : Flammarion.

- Aristote. 2007. *Rhétorique*. éd. Pierre Chiron. Paris : Flammarion,
- Bedin, Gilmar, e Tamires de Lima de Oliveira. 2020. "O pensamento de Hugo Grócio e o resgate do ideal de justiça internacional." *Sequência* 41, 85 : 227-48. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n85p227>
- Berelson, Bernard, Paul Lazarsfeld, and William McPhee, edited by. 1954. *Voting*. Chicago : Chicago University Press.
- Bettati, Mario. 1996. *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*. Paris : Editions Odile Jacob.
- Bourdieu, Pierre. 1977. Sur le pouvoir symbolique. *Annales* 32(3) : 405-11.
- Bourdieu, Pierre. 1998. *La domination masculine*. Paris : éditions du Seuil.
- Bourdieu, Pierre. 2001. *Langage e pouvoir symbolique*. Paris : éditions du Seuil.
- Bull, Hedley. 1992. "The Importance of Grotius in the Study of International Relations." In *Hugo Grotius and International Relations*, edited by H. Bull, B. Kingsbury, and A. Roberts, 65-93. Oxford : Clarendon Press.
- Bull, Hedley. 2000a. "The Grotian Conception of International Society." In *Hedley Bull on International Society*, edited by Kai Alderson, Andrew Hurrell, 95-124. New York : St. Martin Press.
- Bull, Hedley. 2000b. "The State's Positive Role in World Affairs." In *Hedley Bull on International Society*, edited by Kai Alderson, and Andrew Hurrell, 139-56. New York : St. Martin Press.
- Bull, Hedley. 2000c. "Hobbes and the International Anarchy." In *Hedley Bull on International Society*, edited by Kai Alderson, and Andrew Hurrell, 188-205. New York : St. Martin Press.
- Bull, Hedley. 2005 (1977). *La società anarchica. L'ordine mondiale nella politica mondiale*. Trad. it. S. Procacci. Milano : Vita e Pensiero.
- Buzan, Barry. 2004. *From International to World Society ? English School Theory and the Social Structure of Globalisation*. Cambridge : Cambridge University Press,
- Buzan, Barry. 2014. *An Introduction to the English School of International Relations*. Cambridge : Polity Press.
- Carrino, Agostino. 1998. *Sovranità e Costituzione nella crisi dello Stato moderno*. Torino : Giappichelli.
- Cassese, Sabino. 2002. *La crisi dello Stato*. Roma-Bari : Laterza.
- Clausewitz, C. Von. 1968 (1832). *On War*. Harmondsworth : Penguin.
- Dahl, Robert A. 1956. "Hierarchy, Democracy and Bargaining in Politics and Economics." In *Political Behavior*, edited by Heinz Eulau, et al., 83-9. Glencoe : Free Press.
- Dahl, Robert A. 1971. *Polyarchy. Participation and opposition*. New Haven/London : Yale University Press.
- Dahl, Robert A. 1998. *On Democracy*. New Haven-London : Yale University Press.
- Dal Ri Júnior, Arno. 2004. "Hugo Grotius entre o Jusnaturalismo e a Guerra Justa: pelo resgate do conteúdo ético do Direito Internacional." In *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro*, org. Wagner Menezes, 76-95. Ijuí : Unijuí.
- Dryzek, John S. 2006. "Transnational Democracy in an Insecure World." *International Political Science Review* 27, 2 : 101-19.
- Duncan, Graeme, and Steven Lukes. 1963. "The New Democracy." *Political Studies* 11, 2 : 156-77.
- Ferrarese, Maria Rosaria. 2006. *Il diritto sconfinato*. Roma-Bari : Laterza.
- Fioravanti, Maurizio. 2008. "La forma politica europea." In *Ripensare la Costituzione*, a cura di M. ; Duso, G. Bertolissi, e A. Scalone, 29-42. Monza : Polimetrica.

- Fioravanti, Maurizio. 2009. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari : Laterza.
- Foucault, Michel. 1976. *La volonté de savoir*. Paris : Gallimard.
- Foucault, Michel. 1994. *Dits et écrits*. Paris : Gallimard.
- Fukuyama, Francis. 1992. *The End of History and the Last Man*. New York : Free Press.
- Gauthier, David. 1969. *Logic of Leviathan*. Oxford : Clarendon Press.
- Giddens, Anthony. 1991. *The Consequences of Modernity*. Stanford : Stanford University Press.
- Görg, Christoph, and Joachim Hirsch. 1998. "Is International Democracy Possible?" *Review of International Political Economy* 5, 4 : 585-616.
- Gross, Leo. 1948. "The Peace of Westphalia, 1648-1948." *American Journal of International Law* 42, 1 : 20-41.
- Grotius, Hugo. 2005. *De jure belli ac pacis* (orig. 1625), trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix*. Paris : PUF.
- Habermas, Jürgen. 2002a. *Die postnationale konstellation* (orig. 1998), trad. it. *La costellazione postnazionale*. Milano : Feltrinelli.
- Held, David. 1995. *Democracy and Global Order*. Cambridge : Polity Press.
- Held, David. 2005. *Governare la globalizzazione. Una alternativa democratica al mondo unipolare*. Trad. it. Carlo Sandrelli. Bologna : il Mulino.
- Held, David. 2006<sup>3</sup>. *Models of Democracy*. Stanford : Stanford University Press.
- Hell, Julia. 2009. "Katechon: Carl Schmitt's Imperial Theology and the Ruins of the Future." *The Germanic Review: Literature, Culture, Theory* 84, 4 : 283-356. <https://doi.org/10.1080/00168890903291443>
- Hennette-Vauchez, Stéphanie. 2022. *La démocratie en état d'urgence : quand l'exception devient permanente*. Paris : Seuil.
- Hésiode. 2017. *La Théogonie*. Trad. fr. Thomas Gaisford. Paris : éditions Ernest et Paul Fièvre.
- Hirst, Paul, and Grahame Thompson. 1999. *Globalization in Question*. Cambridge : Polity Press.
- Hirst, Paul. 1997. "The global economy: myths and realities." *International affairs* 73 : 669-84.
- Hobbes, Thomas. 1985. *Leviathan*. London : Penguin Classics.
- Horton, Richard. 2020. "Offline : COVID-19 is not pandemic." *The Lancet* 396, 10255 : 874. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6)
- Jakab, András. 2006. "Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before the European Integration and since." *European Constitutional Law Review* 2, 3 : 375-97. <https://doi.org/10.1017/S1574019606003750>
- Kant, Immanuel. 2005. *Zum ewigen Frieden* (orig. 1795), trad. it. *Per la pace perpetua*. Milano : Feltrinelli.
- Keohane, Robert. 1998. "International Institutions : can interdependence work?" *Foreign Policy* Special Edition : 82-96.
- Kymlicka, Will. 2001. "Citizenship in an era of globalization." In *Democracy's Edges*, edited by Ian Shapiro, and Casiano Hacker-Cordón, 112-26. Cambridge : Cambridge University Press.
- Lopez, Antonio Marín. 1962. "La doctrina del derecho natural en Hugo Grocio." *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 2, 2 : 203-34.
- Loreto, Luigi. 2001. *Il bellum justum e i suoi equivoci*. Napoli : Jovene Editore.

- Macpherson, C. B. 1964. *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Oxford : Clarendon Press.
- Mattei, Roberto de. 2001. *La sovranità necessaria. Riflessioni sulla crisi dello Stato moderno*. Roma : Il Minotauro.
- McGrew, Anthony. 2003<sup>2</sup>. "Models of Transnational Democracy." In Anthony McGrew, and David Held, *The Global Transformations Reader*. Cambridge : Polity Press.
- Mendenhall, Emily. 2020. "The COVID-19 syndemic is not global: context matters." *The Lancet* 396, 10264 : 1731. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32218-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32218-2)
- Pizzorusso, Alessandro. 1998. *Sistemi giuridici comparati*. Milano : Giuffrè.
- Poincaré, Henri. 1902. *La Science et l'hypothèse*. Paris : Flammarion.
- Poincaré, Henri. 1908. *Sciences et méthode*. Paris : Flammarion.
- Polanyi, Karl. 1944. *The Great Transformation : The Political and Economical Origins of Our Time*. New York : Rinehart & Co.
- Rawls, John. 1995. "Political Liberalism: Reply to Habermas." *The Journal of Philosophy* 92, 3 : 132-80.
- Rawls, John. 2003. *A Theory of Justice*. Cambridge : Harvard University Press.
- Rousseau, Dominique. 2006. "L'état d'urgence, un état vide de droit(s)." *Revue Projet* 291, 2 : 19-26.
- Sabine, George H. 1962<sup>4</sup>. *Storia delle dottrine politiche*. Trad. it. Luisa de Col. Milano : Edizioni di Comunità.
- Santi Romano. 1969. *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Milano : Giuffrè.
- Scalone, Antonino. 1998. "'Katechon' e scienza del diritto in Carl Schmitt." *Filosofia politica* 12, 2 : 283-92.
- Schmitt, Carl. 1981. *Unità del mondo e altri saggi*. Introd. e nota bibliografica di Alessandro Campi. Roma : Pellicani.
- Schmitt, Carl. 1988. *Théologie politique*. Trad. J.-L. Schlegel. Paris : Gallimard.
- Schmitt, Carl. 2012<sup>2</sup>. *Le nomos de la Terre*. Paris : PUF.
- Singer, Merrill, Nicola Bulled, Bayla Ostrach, and Emily Mendenhall. 2017. "Syndemics and the biosocial conception of health." *The Lancet* 389, 10072 : 941-50. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(17\)30003-X](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(17)30003-X)
- Singer, Merrill, and Charlene Snipes. 1992. "Generations of Suffering : Experiences of a Treatment Program for Substance Abuse During Pregnancy." *Journal of health care for the poor and underserved* 3, 1 : 222-34.
- Singer, Merrill. 2009. *Introduction to Syndemics: A Critical Systems Approach to Public and Community Health*. San Francisco : Jossey-Bass.
- Souza, Emerson Maione de. 2008. "Re-evaluating the Contribution and Legacy of Hedley Bull." *Brazilian Political Science Review* 2, 1 : 96-126.
- Stiglitz, Joseph. 2002. *Globalization and its Discontents*. New York : W.W. Norman & Company.
- Tate, Neal, and Torbjörn Vallinder, edited by. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York : New York University Press.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2007. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no séc. XXI*. Porto Alegre : SAFE.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2008. "Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito." In *A Constitucionalização do Direito*, orgs. Anderson Vichinkeski Teixeira, e Luís Antônio Longo, 31-40. Porto Alegre : SAFE.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2011. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo : WMF Martins Fontes.

- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2024. "Le chaos en droit constitutionnel : au-delà des états d'exception." *Questions constitutionnelles : revue de droit constitutionnel* 11 mars : 1-18. <<https://questions-constitutionnelles.fr/le-concept-de-chaos-en-droit-constitutionnel-au-dela-des-etats-dexception/>>.
- Weber, Max. 2015. *La domination*. Paris : La Découverte.
- Wight, Martin. 1991. *International Theory : Three Traditions*. London : Leicester University Press.
- Wolff, Christian. 1934. *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (orig. 1749). Oxford : Clarendon Press.
- Zarka, Yvez-Charles. 2001. *Figures du pouvoir*. Paris : PUF.
- Zolo, Danilo. 1998. *I signori della pace*. Roma : Carocci.
- Zolo, Danilo. 2001. *Cosmopolis*. Milano : Feltrinelli.
- Zolo, Danilo. 2004. *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*. Roma-Bari : Laterza.
- Zolo, Danilo. 2010. "Por um direito supranacional mínimo." In *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*, orgs. Anderson Vichinkeski Teixeira, e Elton Somensi de Oliveira, 403-18. São Paulo : Manole.

### PARTIE III

## Épistémologie : La construction critique d'une nouvelle théorie



## Propositions introductives

Dans cette troisième et dernière Partie, en proposant les éléments épistémologiques de la construction critique d'une nouvelle théorie constitutionnelle transnationale, il devient nécessaire, dans une première étape, d'exposer quels instruments sont utilisés pour construire et développer le phénomène en question. Le siècle actuel nous met face à une réalité qui alterne caractères postmodernes et hypermodernes, déconstruisant les éléments structurants de la Modernité et, par conséquent, laissant l'État comme l'un des derniers piliers de cette époque.

Mireille Delmas-Marty a soutenu, à plusieurs reprises, l'idée que le comparatisme était la manière concrète de construire un droit commun mondial, c'est-à-dire ce qu'elle appelait le *jus commune universalisable*.<sup>1</sup> Le droit constitutionnel comparé sera donc appelé ici la dimension épistémologique car il propose des concepts, des objectifs et des méthodologies qui rendent possible l'analyse critique des différents ordres, consentant au phénomène constitutionnel transnational de trouver ses conditions réelles de construction et de développement dans la dialogicité intertextuelle de ces ordres.

Nous passerons ensuite à la dimension objective du constitutionnalisme transnational, en analysant comment la notion d'espace se situe au niveau transnational dans une proportion similaire à la fonction jouée par le territoire dans la tradition de l'État moderne. Les notions de création constitutionnelle

<sup>1</sup> Voir Mireille Delmas-Marty (2008) et Camila Perruso, Kathia Martin-Chenut et Mireille Delmas-Marty (2021).

et de pluralisme juridique seront également revisitées et reconstruites dans la perspective qui guide ce travail.

Enfin, le dernier chapitre traitera des conditions discursives de construction d'une normativité constitutionnelle au niveau transnational. Pour cela, les bases théoriques d'un réalisme discursif pluriversaliste seront développées.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Sur ce sujet, voir aussi le chapitre final de cette œuvre, surtout la section 9.1, et la relation établie entre la notion d'histoire connectée et la thèse de Dominique Rousseau (2024, 61-72).

## La dimension épistémologique : les apports du droit constitutionnel comparé

L'autonomie épistémologique d'un champ de connaissance permet même de parler, plus largement, de l'autonomie de la science. C'est-à-dire qu'il s'agit de la capacité, au sein de la communauté scientifique, à produire ses propres règles, basées sur ses propres méthodes et objectifs. Par conséquent, épistémologiquement, on peut dire qu'une science est autonome lorsqu'elle a ses propres objectifs, ses méthodes, ses principes directeurs du processus rationnel et, surtout, la capacité de reproduire l'expérience scientifique produisant les mêmes modèles de résultats.<sup>1</sup>

Ainsi, l'analyse du constitutionnalisme transnational, dans les termes proposés dans cet ouvrage, partira de l'idée que l'affirmation de l'autonomie épistémologique du droit constitutionnel comparé au cours des dernières décennies permet d'utiliser ses concepts et, en particulier, ses méthodologies pour démontrer l'occurrence réelle et effective d'un phénomène transnational

<sup>1</sup> La reproductibilité de l'expérience est également un moyen d'éviter la falsifiabilité d'une analyse scientifique. En ce sens, Karl Popper (1968, 66) souligne que « non-reproducible single occurrences are of no significance to science » car on doit « take it as falsified only if we discover a reproducible effect which refutes the theory. In other words, we only accept the falsification if a low-level empirical hypothesis which describes such an effect is proposed and corroborated ». Il est également intéressant de se souvenir de Paul Ricœur lorsqu'il parle de la façon dont la psychanalyse s'est émancipée en tant que science de l'œuvre de Freud, même s'il a eu le défi de circonscrire sa dimension de fait à la dimension de la narrative : « si la prétention ultime à la vérité réside dans les histoires de cas, le moyen de preuve réside dans l'articulation du réseau entier : théorie, herméneutique, thérapeutique et narration » (Ricœur 2008, 62).

notamment constitutionnel. En utilisant également des recherches provenant d'autres domaines de la connaissance, tels que l'histoire, la philosophie, la science politique, le droit constitutionnel comparé a pu se développer comme instrument principal à la fois pour la promotion et le développement des réseaux de normativité typiques du constitutionnalisme transnational, et pour une analyse critique de ces mêmes réseaux de normativité.

En guise d'introduction, premièrement, les débats classiques sur la question de savoir si le droit comparé est une méthode ou une science seront repris ; nous aborderons ensuite l'objet de la comparaison, les méthodologies principales, les objectifs du comparatisme et, enfin et surtout, le rôle joué par le fonctionnalisme en droit constitutionnel comparé.

### 7.1 Le comparatisme juridique comme méthode ou science ?

Bien que la comparaison dans le domaine de la politique soit une activité intellectuelle qui remonte à l'Antiquité, comme on l'a vu en Grèce, ce n'est qu'au début de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle que les études de droit comparé émergent avec une méthodologie moderne et autonome (Rivero 1957, 9). La fondation de la *Société de législation comparée*, à Paris, en 1869, a permis aux premiers comparateurs de commencer à s'organiser au-delà des frontières des États nationaux, jusqu'à ce qu'en 1900, aussi à Paris, ait lieu le premier Congrès international de droit comparé. Organisé par Raymond Saleilles et Édouard Lambert, il était déjà possible de percevoir le « vieux rêve » de mobiliser le droit comparé au service d'une rénovation de l'interprétation juridique, conférant à la doctrine un plus grand prestige dans la hiérarchie des sources du droit (Jamin 2000, 741). Puis à La Haye, en 1924, l'*Académie internationale de droit comparé* a été inauguré. Selon René David (1998, 3), le développement du droit comparé au cours du dix-neuvième siècle était une réaction contre la nationalisation excessive que le droit a subi dans ce siècle.

Cependant, cette nouvelle façon de traiter la science juridique ne prenait pas seulement de l'ampleur en Europe continentale. Traitant de l'histoire du comparatisme, Frederick Pollock (1903, 74-5) a souligné que la *comparative jurisprudence* s'agirait d'une nouvelle branche du droit basée sur la détermination de principes communs, obtenus principalement par analogies, entre des systèmes juridiques matures, c'est-à-dire avec un niveau minimum de stabilité ; de plus, le professeur d'Oxford de l'époque a détecté qu'il y aurait un lien entre le droit, l'histoire et l'éthique dans la recherche comparative. Pollock a également dit que c'était avec l'œuvre *Ancient Law*, de Henry Maine (1861), que le droit comparé avait définitivement émergé sur le sol britannique, notamment avec la marque d'être guidé par une perspective fonctionnaliste qui viserait à une amélioration du système juridique lui-même.<sup>2</sup> Toujours en ce sens, René David considérait

<sup>2</sup> Dans un ouvrage critique du protagonisme excessif de ce qu'il appelle l'anglo-eurocentrisme comparé, Daniel Bonilla Maldonado (2020, 174-75) bien détecte que dans l'œuvre de Maine le fonctionnalisme était déjà présent dans l'essence de ce qui serait le compara-

que la fonction principale du droit comparé serait une meilleure connaissance et donc une amélioration du droit interne du pays d'origine du comparatiste, à tel point que la préoccupation des fondateurs de la *Société de législation comparée* serait de vérifier les variations qu'ils contenaient par rapport aux codes français et de suggérer au législateur, dans de telles circonstances, certaines améliorations à ces derniers (David 2016, 8). Dans le même sens, nous pouvons voir la perception de Léontin-Jean Constantinesco (1973, 167) et de Marc Ancel (1971, 18-9).

De Konrad Zweigert et Hein Kötz vient l'une des plus importantes contributions au droit comparé, publié en 1971, avec le modeste titre d'*Introduction* (Einführung) *au droit comparé* ; malgré la modestie du titre, il s'agit d'un grand traité sur les hypothèses, les méthodologies et les objets de cette discipline juridique. Selon eux, le terme de droit comparé « indique un processus intellectuel qui a le droit en tant qu'objet et la comparaison en tant qu'un instrument » (Zweigert et Kötz 1998, 2). Ils disant qu'avec ce terme il faut comprendre quelque chose de plus que l'expérience elle-même : « Ce quelque chose de plus est l'élément supranational. En ce sens, le droit comparé est présenté, tout d'abord, comme une comparaison compréhensive de différents systèmes » (Zweigert et Kötz 1998, 2).

Au lieu d'être une branche du droit positif, il s'agit d'une discipline juridique autonome, quand on pense d'un point de vue épistémologique, qui renvoie à

tisme juridique : « El método comparado en Maine y Montesquieu no tiene como único objetivo la creación de conocimiento científico; este método persigue también fines prácticos. Para Maine, el método comparado sirve también para mejorar el derecho propio o ajeno. En Maine aparece ya el funcionalismo que es dominante en el derecho comparado contemporáneo. La comparación entre sistemas jurídicos y políticos permite encontrar soluciones más efectivas a los problemas sociales. La premisa de la que parte entonces es que los seres humanos tenemos problemas análogos que resolvemos, en ocasiones, de manera disímil. La comparación permite encontrar productos jurídicos y políticos que pueden ser importados o exportados para enfrentar los problemas comunes de manera más eficiente. En el caso de Maine, la puesta en operación de este funcionalismo generó consecuencias importantes para el Imperio británico y, por tanto, para la India del siglo XIX. El método comparado que en Maine va indefectiblemente unido al método histórico permitió articular una forma de gobierno imperial alternativa a la promovida por el utilitarismo benthamiano. Bentham proponía una transformación radical de la sociedad india mediante la legislación. Las tradiciones primitivas de los indios debían ser eliminadas por medio de leyes que promovieran el progreso, lo cual para Bentham significaba el arribo del individualismo y el principio de utilidad. El análisis histórico y comparado de Maine hizo evidente el lugar que India e Inglaterra ocupaban en la historia del progreso humano y, por tanto, permitió advertir las consecuencias negativas que tendría para India y para el gobierno imperial la destrucción de las tradiciones nativas mediante la imposición del derecho legislado inglés: anómia o resistencia social. La administración indirecta, argumenta Maine, sería una forma más efectiva de gobierno por parte de la metrópolis. El objetivo del Imperio, por tanto, no debería ser el reemplazo de las instituciones nativas por las instituciones modernas. El objetivo no debería ser más civilizar a la colonia mediante la exportación de las instituciones jurídicas, políticas y culturales de la metrópolis. Las instituciones nativas debían seguir rigiendo las dinámicas coloniales cotidianas. La metrópolis debería gobernar la colonia mediante la administración de quien controla estas instituciones, no mediante la imposición de reglas y principios modernos (ingleses) a los nativos. »

la compréhension des différents systèmes de droit positif. Pour Léontin-Jean Constantinesco (1973, 220-21), le droit comparé diffère de toute autre discipline juridique parce que son objet d'étude serait de grouper les ordres juridiques en systèmes ; son but plus distinctif serait de trouver des critères scientifiquement valables pour dégager la parenté typologique des ordres juridiques analysés. Déjà Rodolfo Sacco (1980, 5-6) souligne que la comparaison suppose l'évaluation des modèles juridiques à étudier, en accordant une attention particulière aux différences et similitudes entre eux.

Partant de cette notion générale de l'activité comparative qui caractérise le droit comparé, on peut alors revenir au sujet central : le droit constitutionnel. On peut dire que le droit constitutionnel est né<sup>3</sup> à partir du moment où limiter le pouvoir politique est devenu une véritable urgence pour les peuples occidentaux, surtout après le processus d'indépendance aux États-Unis et l'effondrement de l'Ancien Régime en France. Le principe de liberté qui a poussé le constitutionnalisme libéral avait besoin d'un ordre politique capable de répondre aux demandes de la société bourgeoise. Pour cette raison, le droit constitutionnel est né d'abord en tant que phénomène politico-juridique, devenant ensuite une véritable science juridique.

Maurizio Fioravanti (2009, 6) distingue entre le « constitutionnalisme des origines » et le « constitutionnalisme des révolutions », de sorte que pour cela on voit la constitution comme une norme fondamentale du corps politique orienté vers le dessein principal de « limitation du pouvoir à des fins de garantie, mais qui ne confère pas encore une dimension qui sera ultérieurement déterminante, à savoir le *principe d'égalité*. » D'autre part, le constitutionnalisme des révolutions commencera à considérer la constitution comme *un acte*, en tant qu'expression même de la souveraineté, capable d'établir des pouvoirs, comme dans le cas de la Révolution française, de démolir l'Ancien régime et, par conséquent, destiné à construire une nouvelle société fondée précisément sur le principe d'égalité (Fioravanti 2009, 6).

Depuis l'âge des révolutions, la « constitution moderne » se renforce : elle devient à la fois l'espace légitime de revendications politiques du peuple au sein de l'État, mais aussi la synthèse de ce processus. La contradiction apparente se termine lorsque l'on observe la double nature de la constitution : d'une part, c'est une *forme* qui synthétise linguistiquement le processus dialectique continu et infini établi dans l'ordre constitutionnel ; d'un autre côté, c'est une *matière* vivante composée des effets juridiques produits par la phénoménologie politique qui conduit l'État.

La doctrine de la constitution signifie précisément la doctrine de la limitation du pouvoir souverain selon les besoins des citoyens, une fois que dans

<sup>3</sup> Il est important de rappeler que c'était avec Pellegrino Rossi (1866) que la première discipline et le premier manuel de droit constitutionnel ont apparus. La systématisation même de son *Cours* a influencé – et influence encore – la structure des cours qui ont suivi en France et dans d'autres pays avec une matrice romaine.

cette doctrine le constitutionnalisme a été exprimé « comme une science et technique des libertés » (Fioravanti 1993, 136). En ce sens, l'idée selon laquelle le constitutionnalisme et son produit maximal, à savoir la constitution, doivent atteindre trois fonctions essentielles a été largement consolidée : (1) limiter le pouvoir public ; (2) protéger les intérêts, les atouts et les valeurs fondamentales d'une communauté politique donnée ; et (3) intégrer, dans une certaine mesure, la population dans les processus politiques délibératifs au sein de l'État.<sup>4</sup>

Une étape décisive pour la consolidation du droit constitutionnel comparé survient lorsque l'émergence des droits sociaux, en particulier après la Seconde Guerre mondiale, met au centre du débat constitutionnel les questions du *pluralisme politique* et de la *légitimité démocratique* des États. Une période de constitutions toujours plus longues et plus analytiques s'installe dans la discipline de l'organisation des pouvoirs publics et dans la protection des droits fondamentaux. Auparavant, avec la Constitution allemande de Weimar (1919), bien que chronologiquement la Constitution mexicaine (1917) se trouve plus tôt, on peut trouver une nouvelle période dans l'histoire du constitutionnalisme : la crise de la constitution libérale et la montée du constitutionnalisme influencé par les droits sociaux. Lors de la dernière période d'après-guerre, les constitutions européennes ont été influencées par ce nouveau phénomène constitutionnel, tant en France (1946 puis en 1958), qu'en Allemagne (Bonn 1949), en Italie (1948), et plus tard dans des pays retardés après la Seconde Guerre mondiale par des régimes dictatoriaux, comme le Portugal (1976, après la dictature salazariste) et l'Espagne (1978, après la chute de Franco).

Certaines raisons justifient de discuter de l'influence notable du constitutionnalisme démocratique marqué par des droits sociaux sur le développement du droit constitutionnel comparé.

L'une des premières raisons : le *caractère idéologique pluriel*.

Le constitutionnalisme libéral était très fortement caractérisé par le signe de la pensée libérale, en particulier du libéralisme économique britannique. Il en résulte que l'atomisme centré sur la figure de l'État-nation rend possible un modèle de marché international avec des participants qui sont des États ou des sujets, comme des entreprises, clairement liés à leurs États d'origine. D'autre part, en regardant la relation entre le libéralisme politique et le constitutionnalisme moderne, nous trouverons dans la pensée lockéenne un apport aussi significatif qu'original : découvrir « la distinction fondamentale entre le pouvoir absolu et le pouvoir modéré » (Fioravanti 2007, 92). Ce sera à partir de cette notion que le concept de solidarité dans Locke trouvera des limites internes à son exercice, contrairement à ce qui s'est passé dans Hobbes et Rousseau, qui considéraient la souveraineté comme une prérogative essentiellement illimitée. Au-delà de cela, le modèle lockéen établit que la souveraineté n'est plus centrée sur un individu ou le peuple souverain, mais sur « un système de pouvoirs maintenu équitablement par la constitution » (Fioravanti 2004, 61).

<sup>4</sup> Voir Dominique Rousseau (2018) et aussi Maduro (2006).

La souveraineté perd son caractère absolu et devient la représentation d'un ensemble de pouvoirs souverains autorisés par la constitution. Cependant, l'émergence d'un constitutionnalisme démocratique fondé sur les droits sociaux signifie la défense (1) d'un modèle de constitution dont le contenu essentiel est indépendant des réalités politiques locales, (2) des instruments de protection politiques et juridiques et (3) surtout de la promotion de droits qui ne sont plus seulement des droits individuels, mais des droits collectifs et sociaux. En d'autres termes, les événements de l'après-guerre ont obligé toute la communauté internationale à penser au-delà de l'individu dans ses droits concrets et personnels : le moment vient de penser l'individu en tant que partie d'un corps social. Ainsi, deux aspects sont décisifs pour ce constitutionnalisme du point de vue idéologique : soutenir la nécessaire participation démocratique des groupes sociaux aux processus politiques de son État-nation ; et défendre l'existence de droits appartenant exclusivement à l'individu, en tant que partie d'un groupe social, c'est-à-dire défendre l'existence de droits sociaux, qui ont été à l'origine compris comme des droits des travailleurs. On voit alors les mouvements politiques caractéristiques de la seconde moitié du XIXe siècle, tels que la fondation de l'*Association internationale des travailleurs*, à Londres, en 1864, ou de la soi-disant Deuxième Internationale, à Paris, en 1889.

Une deuxième raison : la *nature juridique des constitutions sociales*. Un point qui rend encore plus important l'évolution du droit constitutionnel comparé est la nature juridique des constitutions sociales et démocratiques. Une fois qu'elles sont presque toujours dotées de différents outils et mécanismes de protection des droits et articulations fonctionnelles du pouvoir politique, la technique comparative devient un outil essentiel à la fois pour les constituants et pour ceux qui doivent interpréter et appliquer la constitution. Seulement les premières constitutions libérales, comme celle des États-Unis, se limitaient à établir quelques articles ou règles générales. La période de la deuxième après-guerre inaugure également une ère de constitutions chaque fois plus longues et plus complexes, en ce qui concerne les instruments d'organisation du pouvoir et de protection des droits fondamentaux. Si l'objectif principal des premières constitutions libérales était de mettre fin au pouvoir absolu de l'État, l'objectif fondamental des constitutions sociales est de promouvoir la protection des droits sociaux par l'État lui-même.

Une troisième raison : *le développement d'une herméneutique constitutionnelle*.

En Europe, particulièrement après le début des activités de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, en septembre 1951, un processus d'épuisement de l'herméneutique juridique classique dans le contexte du droit constitutionnel a eu lieu. Dans quelques années, la Cour constitutionnelle fédérale allemande aura déjà jugé des affaires pour lesquelles les règles classiques de l'herméneutique juridique ne sont plus satisfaisantes. En France, ce n'est pas différent, comme dans d'autres pays européens qui incorporent une cour constitutionnelle à leur système judiciaire.

Le développement de l'herméneutique constitutionnelle a contribué à rendre autonome le droit constitutionnel comparé. Bien au-delà d'une simple

méthode, comme l'avait soutenu Peter Häberle (1992 et 1999, 3-30) avec sa thèse sur le comparatisme comme cinquième méthode de l'herméneutique générale, le développement de l'herméneutique constitutionnelle se révèle être une étape d'une importance singulière pour la consolidation du droit constitutionnel comparé. Une importance constamment perçue dans la mesure où l'herméneutique constitue un ensemble d'instruments intellectuels capables de donner du dynamisme à la statique normative et, ainsi, de favoriser la mise à jour continue du sens de la norme.

## 7.2 La spécificité de l'objet de la comparaison constitutionnelle

La doctrine en science politique a été très habile à comprendre le comparatisme en droit constitutionnel comme une méthode essentiellement déductive qui partirait des paradigmes occidentaux pour guider l'étude elle-même.<sup>5</sup> Jean Blondel (1985, 08) va utiliser l'expression « constitutionnalisme comparé » pour désigner « une approche déductive permettant de définir d'abord une architecture d'ensemble et de remplir les détails institutionnels à partir de ce schéma d'ensemble. » Alors, il y aurait un schéma paradigmatique dans lequel l'observateur serait un élément externe à la recherche, mais incarné par ce schéma conceptuel où les problèmes posés par le comparatisme général semblaient d'abord résolus.

Ici on doit refuser partiellement une telle conception du comparatisme en matière constitutionnelle. Quand on parle de la centralité du problème, il y a une question épistémologique décisive : comment problématiser sans se relier seulement – ou excessivement – à la dimension subjective (réalité phénoménologique dans laquelle se trouve le chercheur) ou à la dimension objective (composée par les sources normatives à comparer) ? Pour bien répondre à cette question dans les recherches constitutionnelles comparatives, il faut considérer le problème comme la pierre angulaire de toute la recherche.

Il n'est pas inutile de rappeler que le droit constitutionnel positif représente évidemment le point de départ du droit constitutionnel comparé. Bien qu'il soit possible de dire que c'est une attitude excessivement limitée au sens où elle serait obligée d'arriver à des conclusions, déjà présentes dans une certaine mesure à l'intérieur du droit constitutionnel positif, il faut admettre le fait insurmontable que la nature de la comparaison constitutionnelle ne peut pas dispenser l'analyse des sources qui sont liées à la positivité constitutionnelle. Par conséquent, il arrive le moment de définir quelle(s) source(s) sera(seront) considérée(s) dans la recherche comparative.

Malgré les différentes hiérarchies normatives établies dans chaque tradition constitutionnelle, on peut dire que la doctrine constitutionnelle occidentale a admis la liste suivante – non hiérarchiquement fixée, bien sûr – des possibles sources du droit constitutionnel :

<sup>5</sup> Voir Seiler (2004, 22-3).

*La constitution formelle* : le texte constitutionnel reste toujours comme un point de référence d'importance fondamentale et qu'il est inévitablement présent dans la recherche comparative ; au début du constitutionnalisme libéral, il était équivalent au concept même de constitution.

*Les normes du rang ordinaire* : tous les principes, règles et actes normatifs équivalents à la loi que composent ce que l'on pourrait appeler constitution dans le sens matériel peuvent être admis comme objet d'étude, en raison de leur condition de source indirecte de droit constitutionnel, une fois qu'ils sont liés à la dimension dogmatique du texte constitutionnel.<sup>6</sup>

*La jurisprudence constitutionnelle* : soit comme décisions successives prises par la Cour constitutionnelle, soit par les tribunaux ordinaires ayant compétence pour juger la matière constitutionnelle par des mécanismes de contrôle diffus, la jurisprudence constitutionnelle est au centre de nombreux débats comparatistes en droit constitutionnel ; par exemple, dans les systèmes de *common law*, la capacité à créer le droit promeut le pouvoir du juge au-delà de la condition classique de « législateur négatif », puisqu'il est possible de déterminer l'annulation d'une loi inconstitutionnelle ou sa non-application, de sorte que, ensuite, soit émise la décision « créative » d'un droit non prévu auparavant par la loi écrite.<sup>7</sup>

*La doctrine constitutionnelle* : le rôle assigné à la doctrine constitutionnelle change expressément entre les différents ordres constitutionnels, mais la capacité d'influence dans la production du droit et surtout dans l'interprétation du droit est une caractéristique qui ne peut être sous-estimée. Pour cette raison, la doctrine peut être considérée comme un élément inévitable de la recherche comparative.

*Droits supranationaux reconnus* : l'affirmation et le développement des processus d'intégration internationale, en particulier après la création de l'Union européenne et du droit communautaire, ont incorporé dans le système des sources du droit constitutionnel des règles établies au-delà des frontières de l'État national, mais avec des relations de plus en plus profondes au sein des arrangements constitutionnels nationaux. Voir, par exemple, le cas de la constitution allemande de 1949, la *Grundgesetz* de Bonn, qui affirmait déjà dans son article 25 que « Les règles générales du droit international font partie du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral. » En bref, la dimension transnationale du phénomène juridique apparaît actuellement comme l'un des objets les plus pertinents et les plus problématiques à étudier aujourd'hui et à l'avenir en droit constitutionnel comparé.

*La coutume constitutionnelle*<sup>8</sup> : pour être considérée comme une source informelle, la coutume peut servir d'objet secondaire d'étude comparative

<sup>6</sup> Sur ce sujet, voir le classique Mortati (1998).

<sup>7</sup> L'un des phénomènes plus pertinents concerne le *judicial activism* ; pour études dans différents systèmes, voir : Belaid (1974), Cover (1982), Kmiec (2004), Lambert (2005), Pizzorusso (1999), Rodotà (1996), Sunstein (1987), Streck (2011), Vianna (1999), et Young (2002).

<sup>8</sup> Pour une recherche plus approfondie, voir Zagrebelsky (1970) et aussi Rials (1979).

quand on examine des systèmes avec des rares sources typiques de droit constitutionnel. L'utilité de la coutume devient évidente quand nous pensons à une justice constitutionnelle telle que celle de la Cour suprême des États-Unis, où des règles différentes résultent de la coutume des *clerks* (greffiers) en relation avec le *Chief Justice*.

Outre la hiérarchie normative susmentionnée qui caractérise chaque ordre constitutionnel, cette liste de sources du droit constitutionnel doit toujours considérer l'efficacité des règles comme un élément à examiner. Pizzorusso (1998, 261) rappelle une classification d'importance particulière : la distinction entre les sources légales et les sources *extra ordinem*. Les premières seront la conséquence de la production législative régulière dans l'ordre juridico-constitutionnel. D'un autre côté, les sources *extra ordinem* sont le résultat de processus de production de normativité en contraste avec ce qui est établi par les règles sur la production légale contenues dans l'ordre lui-même, de sorte qu'ils deviennent fonctionnels de manière abusive, mais appliqué sur la base du principe d'efficacité. Il y a une différence subtile entre les sources *extra ordinem* et ce qu'on peut appeler des *phénomènes extra-juridiques*, puisque les premières sont caractérisées par la comparaison inévitable avec l'ordre juridico-constitutionnel existant, ces derniers sont des faits juridiques qui ne sont pas clairement prévus dans une hypothèse normative mais qui ont néanmoins des effets sur les normes juridiques du système.<sup>9</sup>

Par conséquent, la délimitation de l'objet de la recherche ne doit pas se limiter à la collecte stérile des sources exclusives du droit constitutionnel, puisque, pour l'activité comparatiste, la relation entre les sources et leur efficacité ne peut être qu'au centre des définitions initiales de la recherche.

Le moment successif de la délimitation de l'objet sera la formulation du problème. L'un des objectifs du droit constitutionnel comparé est d'essayer de promouvoir une réflexion critique de l'interprétation des lois en vigueur dans l'ordre constitutionnel et, si possible, de stimuler une réévaluation des institutions juridiques nationales. Alors, essayer de formuler le problème, clairement par rapport aux hypothèses de travail, ce sera une étape aussi décisive que le choix de l'objet de la recherche.

Bien que le fonctionnalisme soit traité dans la dernière section de ces prolégomènes, on peut se souvenir de Biscaretti di Ruffia (1988, 37) quando il affirmé que la fonctionnalité est le principe méthodologique plus fondamental du droit comparé : « Une comparaison ne peut pas être faite entre les éléments qui ne peuvent pas être comparés. En droit seulement ce qui remplit la même tâche, la même fonction peut être comparé. »

<sup>9</sup> « Bien souvent, le comparateur doit aller au-delà de ces cadres purement juridiques, car il se rend compte que la réciprocité fonctionnelle d'une norme donnée dans un système de droit étranger doit être recherchée – dans ce contexte – non dans le cadre des règles juridiques, mais plutôt dans le contexte des *phénomènes extrajuridiques*, compréhensibles uniquement par des recherches sur des faits juridiques. » Zweigert et Kötz 1998, 42.

En d'autres termes, la question impliquée dans le problème doit partir de l'hypothèse que la fonctionnalité de la méthodologie comparatiste nous oblige à : (1) considérer seulement les objets, éléments, facteurs et problèmes analogues dans les systèmes analysés ; (2) tenir à l'écart le système conceptuel typique de l'ordre national d'appartenance du chercheur. Approcher des objets incomparables et essayer d'examiner tous les autres ordres constitutionnels à la lumière de la législation nationale sont deux des erreurs tellement lourdes qu'ils peuvent mener à des conclusions absolument fausses – bien qu'elles puissent éventuellement apparaître sous le voile d'une recherche soi-disant sophistiquée et qualifiée.

### 7.3 Pour une méthodologie constitutionnelle comparative

Malgré le fait que la France soit la véritable mère patrie – au moins, un des parents ! – du droit comparé, Etienne Picard (1999) et Marie-Claire Ponthoreau (2005, 8)<sup>10</sup> mettent en évidence l'absence ou quasi-absence de débat doctrinal français sur la question de la méthode. La justification est toujours la poursuite d'un objectif pratique en chaque recherche comparative : comparer pour trouver « la meilleure solution juridique » au cas concret ou pour « aider » à la production législative (Ponthoreau 2010, 8-9). Dans le cadre du droit constitutionnel comparé on a vu, auparavant, que la question méthodologique est encore plus délicate, parce que des éléments tels que la souveraineté nationale, la suprématie constitutionnelle, les traditions culturelles et les sources spécifiques modifient les possibilités d'approche théorique.

On a dit que, pour une recherche constitutionnelle comparatiste, le moment initial de la délimitation de l'objet de la recherche dans le système des sources du droit constitutionnel est inévitable. Ce n'est qu'après avoir décidé si la recherche comparative sera, par exemple, sur les techniques d'interprétation des Cours constitutionnelles de deux États nationaux, ou si sera sur la façon dont deux constitutions nationales en vigueur ont été élaborées du point de vue normatif-structurel, c'est qu'il sera possible de suivre à la définition des méthodes et des procédures à adopter dans tous les cas.

En peu des mots, l'objet sera toujours décisif dans le choix des méthodes, des procédures et, enfin, de la systématique comparatiste *in concreto* de la recherche. Adam Watson (1993, 9-10), parmi d'autres comparatistes, comprend que les formants juridiques<sup>11</sup> qui définissent un système juridique donné sont construits à partir de transplantations juridiques décrites dans d'autres sociétés.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Voir aussi, pour la pluralité des approches méthodologiques, Ponthoreau (2010).

<sup>11</sup> Selon Rodolfo Sacco (1980, 55-61), un formant juridique désigne un ensemble de règles et de propositions qui, dans le cadre d'un système juridique donné, contribuent à générer de l'ordre dans un spectre juridique. En général, ils peuvent être des formants juridiques, jurisprudentiels ou doctrinaux.

<sup>12</sup> A cet ouvrage initialement publié en 1974 s'ajoute l'article Watson 1995. Les controverses autour de la définition des « transplantations légales » sont innombrables ; nous renvoyons donc, à propos de ces discussions, aux critiques de Legrand (2022).

Cependant, il convient de noter que, d'après Biscaretti di Ruffia, en Italie, et Zweigert et Kötz, en Allemagne, il existe une idée répandue selon laquelle, d'un point de vue général, la recherche en droit constitutionnel comparé devrait toujours être structurée en accord avec les quatre phases suivantes :<sup>13</sup>

- 1) la recompilation des données concernant les normes et les institutions du pays étudié en particulier ;
- 2) la systématisation de toutes les données collectées dans la première phase, afin de trouver, par des analogies et des différenciations, des éléments pour la reconstruction de l'objet de la recherche ;
- 3) faire cette reconstruction d'une manière critique, parce que la phase analytique-descriptive est terminée ;
- 4) essayer d'organiser les résultats de la recherche jusqu'à ce qu'on puisse présenter des généralisations possibles ou des contributions objectives au système d'origine du chercheur.

Il n'y a aucun doute que cette systématique a dans sa première phase le moment le plus important : la définition de l'objet et la collecte des données. Sans négliger, ni même contredire, la proposition de Ruffia ou d'autres comparateurs, comme Zweigert et Kötz, qui y adhèrent, nous proposerons ci-dessous une structure méthodologique qui approfondirait la systématisation qu'il a évoquée dans ce qu'il appelle la seconde phase.<sup>14</sup>

Partant de ce schéma proposé par Ruffia, mais en élargissant ce qui serait la phase 2 et en ajoutant le principe que l'objet sera toujours décisif dans le choix de la méthodologie, on peut alors soutenir que les sources du droit constitutionnel nous conduisent à trois méthodologies possibles pour une recherche comparative : (1) objectiviste-normativiste ; (2) subjectiviste-institutionnaliste ; (3) historico-culturaliste.

Dans ce sens, certaines délimitations de cette approche doivent être faites à ce moment.

Premièrement, il convient de souligner toujours que le sujet central de la recherche se limite au droit constitutionnel comparé. L'hypothèse théorique est donc soutenue dans le sens d'une éventuelle systématisation méthodologique selon les caractéristiques de ce domaine. La nature spécifique des sources du droit constitutionnel et les objectifs de toute recherche constitutionnelle comparative exigent un cadre épistémologique autonome, surtout quand il s'agit de la méthodologie à choisir. L'absence de méthodologies spécifiques dans le domaine constitutionnel comparé pourrait conduire au danger d'employer des approches d'investigation qui considèrent le système normatif en termes de parité entre les sources, ce qui entrerait en collision avec la hiérarchie normative elle-même induite par la suprématie de la Constitution.

<sup>13</sup> Voir Biscaretti di Ruffia (1988, 84-9) et Zweigert et Kötz (1998, 38-40).

<sup>14</sup> La proposition méthodologique suivante a déjà été introduite dans Teixeira (2019, 217-34).

En outre, il est également important de souligner que le droit comparé en générale a une prétention à classer les systèmes juridiques, comme on peut le voir dans la démarche intellectuelle de René David (2016, 6-9), avec la distinction, par exemple, entre les éléments variables et les éléments constants, mais aussi à l'égard de Constantinesco (1974, 122), qui part de la distinction entre la macro-comparaison et la micro-comparaison pour préciser la raison d'être des rapports internes dans chaque ordre juridique, soulignant « une série d'opérations s'enchaînant dans une marche raisonné, dirigée vers un but précis. » Comme le souligne Béatrice Jaluzot (2005, 46-7), la micro-comparaison a donné lieu à d'innombrables recherches car elle a un objectif plus pratique et se limite à des aspects spécifiques des systèmes juridiques observés, tandis qu'à l'inverse la macro-comparaison a moins d'applicabilité car elle prend en compte l'étude globale des systèmes juridiques.

Dernier point mais non le moindre, penser à une méthodologie constitutionnelle comparative ne signifie pas réfuter d'autres méthodologies issues du droit comparé en général, mais implique de *systématiser* les méthodes déjà existantes selon la nature propre du droit constitutionnel.

### 7.3.1 Méthodologie objectiviste-normativiste

La comparaison entre les systèmes juridiques a souvent été influencée par l'idée qu'il serait en général possible de classer les systèmes juridiques sur la base de critères isolés ou en combinaison les uns avec les autres.<sup>15</sup> Après la Seconde Guerre mondiale, un sentiment dans les comparatistes a conduit à l'idée qu'il était nécessaire de construire des propositions pour la classification des systèmes juridiques selon différents critères qui étaient capables d'offrir de grands schémas conceptuels sur certains systèmes quand on les compare les uns par rapport aux autres.<sup>16</sup>

Autrement, la haute et toujours croissante complexité des relations sociales, politiques, économiques et culturelles de ces dernières décennies, mais surtout au cours de ce siècle, a mené des recherches comparatives sur le droit constitutionnel pour rendre les enquêtes de plus en plus spécifiques. Pour cette raison, la méthodologie de recherche s'est également spécialisée en fonction de la nature de l'objet.

La comparaison qui a pour objet les sources normatives au sens positiviste, comme par exemple les règles ou principes insérés formellement dans le texte de la constitution, conduira le chercheur à circonscrire les limites de la littéralité des règles et la dimension dogmatique-positiviste conséquente que le texte lui-même induit. Par conséquent, la recherche sera en mesure d'utiliser des méthodes quantitatives et des procédures de reconstruction et de mesure qualitatives après la délimitation précise des termes à étudier. Une enquête comme ça sera en mesure de répondre

<sup>15</sup> Voir, entre tous, Pegoraro et Rinella (2013, 72-86).

<sup>16</sup> Pour d'autres études sur ces aspects concernant la classification des systèmes juridiques, voir la critique de Alessandro Pizzorusso (1998, 162-69), mais aussi la position de Ugo Mattei et Pier Giuseppe Monateri (1987, 56-8) et de Ake Malmström (1969).

à des questions d'un haut niveau d'objectivité, comme sur le nombre de fois que le droit de propriété apparaît dans les constitutions des États choisis pour la recherche. Il ne faut pas oublier les exemples d'assemblées constituantes postérieures à la Seconde Guerre mondiale qui ont utilisé cette méthodologie, au moins pour discuter des certains droits largement reconnus par les plus importantes démocraties en Occident, pour déterminer si les valeurs constitutionnelles doivent être incluses dans le texte constitutionnel ou dans le préambule, entre autres possibilités.

La méthodologie objectiviste-normativiste offre des résultats avec des hauts niveaux de sécurité, en ce qui concerne les aspects quantitatifs. Cependant, seulement sur la base d'une analyse critique profonde des résultats finaux sera possible d'éviter tout danger herméneutique, comme l'apparition d'un sophisme naturaliste que dérive une prescription vraisemblablement universelle du simple fait qu'elle est reconnue comme une règle valable dans presque tous les systèmes – pensez à la règle de propriété privée jusqu'au XIXe siècle dans les pays américains, qui incluait l'esclavage comme moyen légitime d'acquisition de la propriété, mais cela n'a pas abouti à une conclusion universellement valable du point de vue anthropologique et philosophique. Un sophisme naturaliste peut conduire à une autre sorte de malentendu lorsque les ordres juridiques comparés ont les mêmes aspects polémiques en commun. Ce ne sera pas l'ordre d'appartenance du chercheur comparatiste qui servira de paramètre pour déterminer la validité éthique d'une certaine règle ou pratique : ce sera le chemin entre les mêmes fondements de validité déontologique de chaque ordre constitutionnel étudié et les règles ou comportements liés à ces fondements que pourra offrir des réponses précises sur les comportements et les règles en soi, mais aussi sur les raisons qui les légitiment.

### 7.3.2 Méthodologie subjectiviste-institutionnaliste

L'un des problèmes les plus importants en droit constitutionnel comparé concerne la dimension subjectiviste du phénomène juridico-constitutionnel, puisque l'herméneutique constitutionnelle a assumé une singulière position de prééminence et d'importance dans les plus développées démocraties occidentales. La reconstruction du sens des règles et des principes inclus dans le texte constitutionnel a atteint le point de lever l'herméneutique constitutionnelle à un niveau sans comparaison en droit constitutionnel, en particulier dans les pays sans constitutions ou avec des constitutions écrites mais de brève extension.<sup>17</sup>

Ici, il est proposé de dénommer méthodologie subjectiviste-institutionnaliste la systématique comparatiste qui doit travailler sur la base des objets de recherche qui ne sont pas précisément dans l'univers positif des lois écrites, mais inséré dans le contexte soit des *institutions* publiques avec une prééminence dans la création

<sup>17</sup> Les Etats-Unis, où la Constitution de 1787 est très brève (7 articles, 27 amendements) est un bel exemple dans ce sens, une fois que la Cour suprême a pris un rôle de plus en plus expressif en signifiant et en remaniant le contenu du milieu du XIXe siècle partie substantielle de la constitution. Voir Tribe (2008).

/ interprétation du droit ou des *fonctions* juridiques individuelles dotées d'une équivalente capacité de production normative. En d'autres termes, la dimension subjectiviste concerne l'analyse des critères, méthodes et procédures utilisées par les personnes en charge des fonctions juridiques de la production normative, tandis que la dimension institutionnelle concerne le fonctionnement global des institutions publiques compétentes pour dire / créer la loi. Nous pouvons donc envisager spécifiquement dans une recherche comme décident, par exemple, certains juges constitutionnels choisis pour la recherche sur la base de critères très particuliers, tout comme nous pouvons étudier l'ensemble des décisions sur un certain sujet dans l'histoire de deux Cours constitutionnelles en comparaison depuis leurs origines.

La difficulté initiale que cette méthodologie trouvera est une conséquence logique du fait que chaque ordre constitutionnel a développé sa propre théorie de l'interprétation ; toute théorie a été élaborée dans un contexte politique et culturel particulier situé dans l'espace et le temps. Les précompréhensions et les préjugements impliquent des individus dans leurs réalités particulières et résultent par conséquent en des manières toujours différentes de concevoir la société. En ce sens, Hans-Georg Gadamer (1996, 346) a la célèbre phrase sur la condition de l'interprète : « il ne peut pas se proposer de faire abstraction de lui-même et de la situation herméneutique concrète dans laquelle il se trouve. » Le problème dit herméneutique introduit la présupposition que nous appartenons à une tradition historique spécifique et nous essayons toujours de comprendre un autre moment de la même tradition dont nous ne faisons pas partie.

Cette difficulté initiale, quand il s'agit d'appliquer cette méthodologie, exigera du chercheur comparatiste la prudence nécessaire pour déconstruire les éléments caractéristiques des théories contrastantes de l'interprétation, puis tenter de les reconstruire en fonction des résultats de la recherche elle-même. On peut donc admettre que, lorsqu'il est impliqué dans une recherche basée sur des sources clairement jurisprudentielles, le chercheur devra essayer d'identifier les théories de l'interprétation développées à la fois plus largement dans l'ordre constitutionnel en question et dans des contextes plus spécifiques au sein de chaque Cour constitutionnel individuellement examiné.

Des théories passeront aux méthodes et techniques d'interprétation, permettant une évaluation précise sur l'application interne d'un certain institut herméneutique ou sur l'incorporation par un système de justice constitutionnelle d'une technique interprétative spécifique originaire d'un système constitutionnel étranger. Sont innombrables les exemples de fausses réceptions d'une technique interprétative ou d'un instrument herméneutique de l'étranger, mais on peut citer ici très brièvement le cas du principe de proportionnalité (*Verhältnismässigkeit*) : originaire d'Allemagne des années 1950<sup>18</sup>, il a été incorporé au Brésil par la

<sup>18</sup> La célèbre décision *Apothekenurteil* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (BVerfGE 7, 377) de 1958 introduit le principe de proportionnalité lato sensu à la base de la formule des trois sous-principes : nécessité, subsidiarité et proportionnalité stricto sensu. Dans la même année, la non moins célèbre décision *Lüth* (BVerfGE 7, 198) deviendra une référence en matière de libertés publiques. Voir Luther (1993) et Schulze-Fielitz (2019).

Cour suprême (« Suprême Tribunal Fédérale ») de ce pays à la fois comme un synonyme du principe juridique de raisonnable – originaire des États-Unis – et comme un énoncé performatif vraisemblablement satisfaisant pour la résolution du cas concret.

Ce n'est qu'après la conclusion de cette première phase qu'il sera possible d'établir un système comparatiste pour approfondir la recherche et essayer d'obtenir des résultats à mettre en évidence les différences et les similitudes entre eux. Contrairement à ce qui se passe avec la méthodologie objectiviste-normativiste, le niveau de précision des résultats dans la méthodologie subjectiviste-institutionnaliste sera conditionné par les méthodes et procédures choisies dans la phase d'analyse critique des théories de l'interprétation et leurs réelles conditions d'application par les tribunaux. Chaque fois que l'herméneutique constitutionnelle a lieu selon les nécessités pratiques de certains ordres constitutionnels, il est également possible de revenir sur des théories herméneutiques spécifiques pour des systèmes individuels.

On remarque donc que cette méthodologie, si utilisée de manière inadéquate, peut entraîner des conclusions faussées ; non pas en raison des problèmes de la méthodologie elle-même, mais il y a toujours le risque que dans le domaine de l'herméneutique nous arrivions à des conclusions dépendant des intérêts particuliers du chercheur – ne faisant la comparaison que l'exhortation de leurs propres préjugements et opinions – ou seulement en conséquence de son manque de prudence.

### 7.3.3 Méthodologie historico-culturaliste

Une troisième méthodologie – et encore plus abstraite et subjectiviste – pourrait être qualifiée de historico-culturaliste. Si la méthodologie objectiviste-normativiste part des normes positives du droit constitutionnel, si la subjectiviste-institutionnaliste part des sources jurisprudentielles, on peut trouver dans la méthodologie historico-culturaliste un moyen d'étudier des sources qui n'ont pas un clair caractère normatif, en dépit du fait qu'elles sont capables de produire des effets juridiques au niveau constitutionnel. Il s'agit alors de situations dans lesquelles l'objet est la *doctrine* ou la *coutume* constitutionnelle.

Tout d'abord, pour procéder à une recherche à partir de ce type d'objet, il est absolument nécessaire de définir les origines, les traditions et les familles auxquelles ils appartiennent. Auparavant, on a vu que le droit comparé avait depuis longtemps pour tâche de rechercher des critères de classification des systèmes juridiques. L'un des critères les plus anciens et les plus importants était la division en traditions juridiques.<sup>19</sup> Ensuite, ce seraient des familles juridiques

<sup>19</sup> « Tradition thus involves the extension of the past to the present. It appears to require thinking about time at least in terms of the past and the present, though there are other ways of thinking about time. There is another dimension of tradition, however, which appears less bound to a particular manner of thinking about time. It is found in the necessity of tradition having been continuously transmitted, in a particular social context, in order for it to be

et des systèmes juridiques pour rendre plus spécifique l'investigation sur un certain objet.

Si la délimitation des traditions et des familles juridiques est un point de départ dans cette méthodologie, la phase suivante inclura l'analyse de la façon dont les phénomènes extra-juridiques, par exemple, les aspects culturels, les orientations morales et les manifestations religieuses, sont admis dans l'ordre constitutionnel. Quand il s'agit de pays théocratiques ou caractérisé par une rigidité morale profonde, le chercheur comparatiste ne peut ignorer l'analyse de l'impact de ces éléments extra-juridiques sur l'ordre constitutionnel.

Il ne s'agit pas de confondre ou de renforcer la méthode historique de l'herméneutique classique, c'est-à-dire de l'École Historique de Savigny. Une méthodologie historico-culturaliste doit aller bien au-delà des limites de la méthode historique, qui ne peut que décrire les conditions historiques et sociales de l'époque de la production de normes: il faut décomposer puis recomposer les conditions sociales, culturelles et historiques qui caractérisent le système en question, afin de permettre à la recherche de définir chaque aspect interne en fonction des différentes sous-catégories qui sont nécessaires pour un meilleur examen des données collectées.

Une méthodologie historico-culturaliste ne se limite pas à décrire simplement les conditions historiques d'un moment dans le passé : elle tente de reconstruire le lien commun entre le passé et le présent, en ce qui concerne les aspects particuliers de l'objet de la recherche. Cela pourrait signifier que l'on ne doit alors travailler que sur la base de l'histoire constitutionnelle comparée plutôt que sur le droit constitutionnel comparé. Boris Mirkine-Guetzévitch (1949, 400) a souligné que l'histoire constitutionnelle fait partie de l'objet de l'observation juridique :

les relations juridiques ont un caractère tellement individualisé que le juriste serait incapable, sans avoir recours à l'histoire, d'expliquer la naissance, l'évolution, le fonctionnement des institutions politiques.

Cette primauté apparente de l'histoire constitutionnelle disparaît quand on voit que son objet se résume à une *description analytique*, alors que le droit constitutionnel comparé a pour objet une *reconstruction critique*.

Plus qu'une méthode d'observation de l'évolution d'un objet, la méthodologie historico-culturaliste doit essayer de systématiser, dans une première phase, les résultats de la recherche historiographique – c'est à dire, de la recherche d'histoire constitutionnelle comparée – pour, dans une deuxième phase, mettre en question le problème de la recherche en soi.

of current relevance. Traditio must have occurred, and between the relevant parties. The transmission of roman law through the process of reception in Europe may be of (some) interest to people who define themselves as Chinese or Mohawk or muslim, and may even influence them in some way, but none would say it constituted part of their tradition, or contemporary culture. It is someone else's tradition, because of the total absence of transmission within their particular social contexto » (Glenn 2007, 12).

#### 7.4 Quels sont les objectifs du droit constitutionnel comparé ?

C'était dans ce scénario caractéristique de la seconde moitié du XXe siècle que l'on peut trouver le développement de propositions théoriques visant à définir les finalités de la comparaison en matière constitutionnelle.<sup>20</sup> On doit rappeler que dans toute science l'établissement des buts est un point absolument essentiel pour les activités de recherche et de reconstruction des institutions, catégories et concepts dogmatiques étudiés.

L'aspect critique de la recherche comparée a déjà été souligné par plusieurs auteurs, notamment Rodolfo Sacco (1991, 115-17) et sa très connue théorie du droit comparé comme connaissance critique du droit. Cependant, il semble que l'objectif général soit de promouvoir une réflexivité critique à l'égard du système d'observation juridique comparatiste. Encore plus, Horatia Muir Watt (2000, 503-27) soutient que la comparaison joue un rôle subversif car elle

s'engage ainsi contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, contre la conviction répandue (quel que soit le pays) selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables.

Dans les années 1960, Paolo Biscaretti di Ruffia (1988, 79-81) a lancé une proposition méthodologique basée sur quatre objectifs pour le droit constitutionnel comparé :

- 1) *Satisfaction des besoins de nature culturelle* : ce serait une manière d'enrichir la doctrine constitutionnelle locale par des études sur les systèmes des États contemporains et aussi des organisations politiques du passé ; *prima facie* cela peut sembler un objectif superflu, mais la complexité du monde contemporain, les différents processus de mondialisation et la nécessité d'approfondir la connaissance des autres peuples ont transformé cette exigence purement culturelle en un moyen de mieux comprendre d'autres phénomènes sociaux, politiques et surtout juridiques.<sup>21</sup>
- 2) *Promouvoir une réflexivité critique de l'interprétation et une réévaluation des institutions juridiques nationales* : c'est une conséquence qui est toujours souhaitée par toute activité comparée, mais ici elle est considérée comme l'objectif du droit constitutionnel comparé en soi ; il est de plus en plus certain que l'étude d'autres systèmes juridiques et ordres constitutionnels sur la base d'une méthodologie précise aboutit à des conclusions susceptibles d'être examinées dans la sphère politique nationale, d'aider à l'interprétation des normes juridiques du système national ou de renforcer les croyances préexistantes sur la façon de mettre en œuvre une certaine règle de droit constitutionnel positif.
- 3) *Fonction nomothétique* : le but le plus avancé du droit constitutionnel comparé est peut-être d'apporter des contributions précises à la politique législative

<sup>20</sup> Pour une recherche sur la comparaison en France, voir : Claire Cuvelier, Delphine Huet et Clémence Janssen-Bennynck (2014).

<sup>21</sup> La même idée était déjà soutenue par René David (1950, 682-85).

nationale. L'analyse d'expériences antérieures et en cours dans d'autres ordres constitutionnels offre des conclusions et des résultats comparatistes qui peuvent prévoir les résultats d'une certaine politique législative ou renforcer des idées sur un projet de loi, par exemple.

- 4) *Unification législative* : il s'agit d'un objectif très pertinent dans d'autres domaines juridiques qui utilisent le droit comparé en général, comme le droit des affaires, le droit des contrats etc. Mais quand il s'agit de droit public, la souveraineté des États est un obstacle naturel à toute unification pure. Cependant, les processus d'intégration régionale entre les États et les discussions sur le renforcement des juridictions internationales nous amènent à penser que le droit constitutionnel comparé pourrait conduire à l'unification législative dans certaines mesures, surtout dans le sens d'un constitutionnalisme transnational<sup>22</sup> plutôt que d'une véritable standardisation de la législation.

Bien que la proposition de Biscaretti di Ruffia soit un important point de référence sur ce sujet, nous croyons que les quatre objectifs susmentionnés sont, en fait, des *objectifs spécifiques*, une fois que l'*objectif général* du droit constitutionnel comparé sera d'offrir des instruments et techniques méthodologiques au chercheur comparatiste qui doit examiner les institutions de niveau constitutionnel, les principes et règles constitutionnels, les méthodes d'interprétation constitutionnelle, les expériences historiques et constitutionnelles et la coutume constitutionnelle de son système de référence par opposition aux autres États et même aux organisations supranationales.

Une question importante à ce moment : y a-t-il encore de la place pour des revendications d'unification législative à la lumière des possibilités d'harmonisation juridique ?

Il s'agit donc de redimensionner l'objectif spécifique d'unification législative. Même si de nombreux comparatistes rapprochent l'unification législative de l'harmonisation juridique, comme le font Lucio Pegoraro et Angelo Rinella<sup>23</sup> pour différencier dans un sens méthodologique la question, il faut reconnaître que l'harmonisation a eu une utilité beaucoup plus large dans différents domaines du droit. Mireille Delmas-Marty souligne clairement qu'il existe différents types d'harmonisation juridique, que ce soit dans la forme ou dans le contenu, en maintenant des réserves à certaines dispositions normatives ou en transposant directement des catégories normatives.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> La notion de constitutionalisme transnational a été développée selon différentes matrices théoriques. Pour certaines possibilités, voir : Armin Von Bogdandy, Matthias Goldmann et Ingo Venzke (2016), Anderson Vichinkeski Teixeira (2016), Günther Teubner (2012) et Neil Walker (2012 et 2013).

<sup>23</sup> En ce sens, voir Lucio Pegoraro e Angelo Rinella (2017), surtout le Cap. 1 « Il metodo comparativo ».

<sup>24</sup> Voir Mireille Delmas-Marty (2008 et 2004).

Dans des domaines plus sensibles et liés aux particularités locales d'un État ou d'un peuple donné, l'unification législative risquerait, par exemple, d'établir une norme unique de sanctions pour le même type d'infraction pénale. De ce fait, que ce soit en droit pénal, en droit des contrats ou dans d'autres domaines du droit privé, l'harmonisation apparaît plus sensible aux particularités locales, sans pour autant négliger le maintien de l'essence des catégories juridiques concernées.

Les relations épistémologiques entre l'ancienne idée d'unification législative et la façon dont l'harmonisation juridique crée certaines des conditions de possibilité d'un constitutionnalisme transnational, seront mieux construits tout au long des deux derniers chapitres de cet ouvrage, où seront discutés ses fondements théoriques et épistémologiques.

### 7.5 Le fonctionnalisme comme principe herméneutique

Si l'on observe le droit allemand, l'importance de l'œuvre d'Ernst Rabel, centrée sur le droit privé, plus précisément sur le droit des contrats, a fait du juriste autrichien basé en Allemagne et, plus tard, aux États-Unis, l'un des précurseurs de la méthode fonctionnaliste, et peut même être considéré comme son « fondateur ». Ralf Michaels (2019, 368) met l'accent sur l'aspect pragmatique frappant de l'approche fonctionnaliste de Rabel, dépourvue d'un minimum de rigueur méthodologique. À tel point que David Gerber (2001, 198) va jusqu'à affirmer que : « Ironically, there is little method in his method. » Ce manque de méthode dans sa méthode, selon Gerber, serait une conséquence du fait que Rabel concevait le droit comparé comme une « science pure » qui excelle dans la recherche de la connaissance, mais dont l'orientation méthodologique serait pragmatique-fonctionnelle et guidée par un critère d'utilité pratique que l'analyse des différents systèmes juridiques, contemporains ou passés, pourrait offrir (Gerber 2001, 197). Hannes Rösler (2008, 11) rappelle que Rabel était proche de la jurisprudence des intérêts, de Philipp Heck, et aussi du pragmatisme anglo-américain présent dans le *case law*, mettaient l'accent sur sa façon de voir le droit comparé comme un processus continu de découverte. Malgré ses difficultés méthodologiques, Rabel a le mérite, comme le souligne David Gerber (2001, 200), d'avoir donné une centralité aux contextes et aux fonctions sociales spécifiques auxquels les normes et les procédures doivent répondre, même si tout son travail a toujours été guidé par l'analyse des similitudes et des différences entre les normes juridiques pour faire face aux problèmes pratiques.

La consolidation de ce que l'on appelle la « méthode fonctionnaliste » est due en grande partie au travail de Konrad Zweigert et Hein Kötz, qui, en 1971, ont présenté l'un des ouvrages les plus importants sur le droit comparé en général. Bien qu'il ait eu le titre modeste d'*Introduction (Einführung) au droit comparé*, l'ouvrage s'avère être un grand traité sur les hypothèses, les méthodologies et les objets de cette discipline juridique. D'emblée, lorsqu'ils exposent la proposition méthodologique du traité susmentionné, Zweigert et Kötz (1998, 38-40) maintiennent que la fonctionnalité est le principe méthodologique de base de toute activité comparative en droit.

Paula Maria Nasser Cury (2014, 179) résume bien les cinq étapes de la méthode fonctionnelle telle que proposée par Zweigert et Kötz :

- (i) Question : comment résoudre un problème donné ?
- (ii) Choix des systèmes juridiques et rapports sur les solutions respectives au problème étudié.
- (iii) Processus comparatif stricto sensu : dans quelle mesure les solutions sont-elles similaires ? En quels points ils coïncident ? Par quelles caractéristiques diffèrent-ils les uns des autres ?
- (iv) Construction d'un système d'analyse des solutions, permettant la clarification des similitudes et des différences.
- (v) Évaluation critique des résultats, qui peut éventuellement conduire à l'évaluation (discrétionnaire) de la meilleure solution.

Il est important de remonter un peu dans le temps et de noter que c'est dans une conférence donnée à l'Université de Tübingen, en 1949, que Zweigert a esquissé les grandes lignes de la limitation de l'utilisation de la méthode comparative dans la recherche juridique. Dans la publication qui suivit cette conférence, Zweigert (1949/50, 09-11) avait critiqué l'éclectisme relatif, en particulier du législateur de son temps qui recourait, sans opposition, à différents systèmes juridiques étrangers à la recherche d'expériences législatives analogues pour le problème auquel il devait faire face. Les supposées lacunes du système juridique d'origine ne pourraient pas, selon Zweigert, être comblées par l'utilisation d'un comparatisme qui n'observerait pas attentivement les fonctions exercées par telles normes dans leurs systèmes d'origine, car il serait nécessaire de trouver des postulats normatifs avec un certain degré d'universalité suffisant pour être en mesure de bien répondre aux exigences de normativité des différents contextes sociaux.

Dans un essai posthume de son collègue et ancien étudiant, Kötz rappelle que, depuis la conférence de 1949, intitulé « Le droit comparé comme méthode universelle d'interprétation », Zweigert soutenait que la méthode comparative avait une prétention académique à proposer des solutions universelles au-delà des besoins spécifiques d'un législateur local spécifique. Indéniablement, l'hégémonie de la méthode fonctionnaliste reflétait l'époque d'une perspective universaliste qui comprenait la comparaison juridique comme centrée sur la recherche de similitudes, sans souci majeur de différences<sup>25</sup>. C'est précisément dans cet aspect que l'on peut faire la plus grande critique à la façon dont Zweigert et Kötz considèrent la méthode fonctionnelle : la décontextualisation. Marie-Claire Ponthoreau (2010, 45) attire l'attention sur le fait que les auteurs, dans

<sup>25</sup> Kötz (1997, 200) a dit, dans le même essai, que « Konrad Zweigert n'était pas homme à concevoir les règles du droit en vigueur dans tous leurs détails comme un seul système fermé et logique : il critiquait au contraire toute forme de dogmatisme juridique et aimait à souligner que cette manière de penser ne pouvait trouver de justification que lorsqu'elle contribuait de façon évidente au bon fonctionnement de la 'chose juridique' ».

la mesure où ils prêtent peu d'attention aux différences, finissent par supposer que les contextes seraient identiques ou, du moins, similaires.

D'autre part, au cours du siècle actuel, nous voyons que le comparatisme critique, comme le soutient Günter Frankenberg (2016, X), a surmonté les taxonomies décontextualisées des particularités des réalités locales, de sorte qu'il est de plus en plus nécessaire de « provincialiser le droit occidental » (dans l'original, *provincialize Western law*), c'est-à-dire comprendre que l'universel passe par la composition de différentes réalités concrètes locales qui ne peuvent être interprétées avec des clés de lecture exclusivement anglo-eurocentriques.

Les nombreux processus transnationaux de rapprochement législatif, ajoutés aux processus d'intégration régionale, en mettant l'accent sur la création de l'Union européenne, ont fait du tournant du XXe siècle une étape pour la résurgence du droit comparé.<sup>26</sup> De l'internationalisation du droit constitutionnel, on passe à la consolidation progressive d'une nouvelle phase du constitutionnalisme occidental, marquée notamment par la transnationalisation du droit, c'est-à-dire par la formation d'un constitutionnalisme mondial. Avec cela, le problème de la méthode dans le comparatisme prend encore plus d'importance, en particulier pour le droit constitutionnel comparé, qui est une discipline juridique épistémologiquement autonome, visant à comprendre les structures fondamentales des États constitutionnels étudiés, et affectée par des problèmes pratiques et des lacunes normatives pour lesquels la perspective fonctionnaliste n'est pas suffisante.

Limiter la méthode comparative à la condition d'une cinquième méthode d'interprétation juridique, après les méthodes classiques de Savigny – c'est-à-dire littérale, téléologique, systématique et historique – telle que proposée par Peter Häberle (1992 et 1999) à la fin du siècle dernier, aurait également la tendance naturelle à limiter la comparaison juridique au fonctionnalisme. En d'autres termes, la recherche de similitudes et de différences entre les systèmes juridiques examinés pourrait suivre la proposition fonctionnaliste orthodoxe de prendre le mode de solution d'un problème juridique commun comme une réponse supposée universellement valable, indépendamment des conditions sociales, économiques, politiques et culturelles de la réalité locale.

Il convient également d'ajouter que la diversité des méthodes a été l'un des domaines les plus pertinents à explorer dans le comparatisme en général, en particulier dans le droit constitutionnel comparé. Marie-Claire Ponthoreau (2010, 62-5) souligne que la pluralité des approches de nombreux problèmes juridiques exige une non moins grande diversité de méthodes pour y faire face. Il convient de rappeler que le droit constitutionnel comparé, comme tout droit public, a une hiérarchie normative différenciée qui augmente le degré de

<sup>26</sup> Bien qu'avec des approches différentes et dans des contextes locaux différents, nous voyons que Bruce Ackerman (1997), Ran Hirschl (2008, 2009 et 2014), Mark Tushnet (2009) et, au Brésil, Déo Dutra et Ribas Vieira (2017) détectent la corrélation entre la soi-disant résurgence du droit comparé et l'émergence de nouveaux processus d'intégration régionale et même de transnationalisation du phénomène juridique.

complexité de l'analyse comparative, puisque les normes disposées dans le même plan hiérarchique de validité ne sont pas observées dans les systèmes juridiques examinés, comme c'est le cas, par exemple, avec les disciplines privatistes.

Ainsi, il est clair qu'avec le fonctionnalisme il y a une finalité à rechercher par le comparatiste-constitutionnaliste.

Alors, quel serait l'avenir du fonctionnalisme en droit constitutionnel comparé ?

Julie De Coninck (2010) pose la même question à propos du comparatisme en général. Partant de l'hypothèse que l'équivalence fonctionnelle est le principe méthodologique le plus élémentaire de la comparaison juridique, une étude comparative ne pourrait se limiter à rechercher des similitudes et des différences entre différents ordres juridiques. Ainsi, la méthode fonctionnelle se dispenserait d'une confrontation directe et limitée avec des normes ou des institutions juridiques nominalement prévues dans différents systèmes juridiques, en mettant en lumière la manière dont des problèmes communs trouvent des réponses dans ces normes ou institutions juridiques (De Coninck 2010, 323-24). Par conséquent, le fonctionnalisme aurait le pouvoir de permettre à de nombreuses méthodes et même méthodologies de dériver directement de sa perspective d'approche théorique-problématique.

Dans une critique du texte de De Coninck, une réflexion intéressante est également apportée par Ralf Michaels (2010, 358) lorsqu'il soutient que, contrairement à l'économie et aux prétentions à l'universalité de ses postulats normatifs, le droit comparé n'a pas besoin de théories profondes (*deep theories*) pour expliquer comment les comportements se produisent dans les systèmes observés, puisqu'il s'agit de décrire comment les normes et les institutions juridiques répondent empiriquement aux problèmes qui leur sont posés. Dans un autre texte, le même Michaels (2019, 388) souligne que le fonctionnalisme est avant tout une manière d'interpréter les normes et les institutions juridiques, car elles doivent être prises comme des réponses à des problèmes juridiques concrets. Selon lui, il y aurait un fonctionnalisme interprétatif pour guider l'activité intellectuelle du comparatiste.

Dans cette perspective, il serait possible de soutenir que le fonctionnalisme a émergé comme une méthode de recherche typique du début du XXe siècle pour atteindre la condition d'un principe herméneutique comparé. De plus, comme Zweigert (1972, 456) l'a prévenu, puisqu'on ne peut pas comparer des choses incomparables, c'est au juriste de ne comparer que ce qui remplit la même fonction. Par conséquent, le point de départ de la recherche comparative sera, inexorablement, la délimitation d'un problème juridique auquel on pourra chercher des réponses dans les systèmes juridiques examinés dans cette recherche (Zweigert 1949/50, 5-21 ; et 1972, 472).

Enfin et surtout, il est vérifié que, lorsqu'il existe des catégories conceptuelles, des instituts et des normes juridiques provenant de différents systèmes et même de traditions juridiques ou de familles différentes, l'équivalence fonctionnelle subsiste comme mesure de leur comparabilité. Cependant, nous osons soutenir que cette mesure ne se limite pas à la notion même de méthode de droit comparé,

et encore moins de droit constitutionnel comparé. L'équivalence fonctionnelle, dans des recherches telles que le droit public ou d'autres où différentes hiérarchies normatives sont en question, prend une position antérieure au problème de la méthode ou des méthodologies à choisir : elle se situe au niveau de *principe herméneutique*, c'est-à-dire comme un présupposé théorique de la détermination même du problème que l'on cherchera à affronter dans la recherche.

À l'inverse, c'est-à-dire que si l'on optait pour une ignorance totale de l'équivalence fonctionnelle entre les objets d'étude, on risquerait de brouiller la centralité du problème juridique examiné, et pourrait même conduire à des résultats comparatifs entre des objets qui ne sont pas comparables les uns aux autres. Dès lors, avant d'être une méthode ou, encore moins, la seule méthode de comparaison juridique d'antan, on peut voir que le fonctionnalisme assume la condition d'un principe herméneutique précédant la délimitation de caractéristiques comparables entre différents systèmes juridiques ; en d'autres termes, il s'agit d'établir, d'une part, les paramètres théoriques de la comparaison et, d'autre part, les conditions pragmatiques de cette activité de recherche comparative.

Entendu comme principe herméneutique, le fonctionnalisme permet de créer une réflexivité critique dans le processus d'interprétation et d'évaluation des institutions juridiques nationales de référence pour le comparatiste. Par conséquent, son utilisation peut avoir lieu dans le cadre d'une étude académique de micro-comparaison sur un institut donné ou dans le but d'orienter des études politiques comparées au sein des parlements, surtout si l'on considère qu'une étude parlementaire prend souvent en compte l'existence réussie dans d'autres systèmes juridiques de ce qui est censé être introduit par une loi.

## Bibliographie

- Ackerman, Bruce. 1997. "The rise of world constitutionalism." *Virginia Law Review* 83, 4 : 771-97 <https://doi.org/10.2307/1073748>
- Ancel, Marc. 1971. *Utilité et méthodes du droit comparé : éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*. Neuchâtel : Editions Ides et Calendes.
- Belaid, Sadok. 1974. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. 1988. *Introduzione al diritto comparato*. vol. I. Milano : Giuffrè.
- Blondel, Jean. 1985. "Généralités : le comparatisme." In *Traité de science politique*, édité par M. Grawitz, et J. Jeca, vol. II, 1-26. Paris : PUF.
- Constantinesco, Léontin-Jean. 1973. *Traité de droit comparé*, t. I, *Introduction au droit comparé*. Paris : LGDJ.
- Constantinesco, Léontin-Jean. 1974. *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*. Paris : LGDJ.
- Cover, Robert M. 1982. "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities." *The Yale Law Journal* 91 : 1287-316.
- Cury, Paula Maria Nasser. 2014. "Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas." *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 6, 2 : 176-85 <https://doi.org/10.4013/rechtd.2014.62.06>

- Cuvelier, Claire, Delphine Huet, et Clémence Janssen-Bennynck. 2014. "La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélémy et Mirkine-Guetzévitch." *RDP. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 6 : 1534-577.
- David, René. 1950. "Le droit comparé : enseignement de culture générale." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 2, 4 : 682-85.
- David, René. 2016<sup>12</sup> (1964). *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*. Paris : Dalloz.
- De Coninck, Julie. 2010. "The Functional Method of Comparative Law : Quo Vadis?" *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 74, 2 : 318-50 <https://doi.org/10.1628/003372510791090238>
- Delmas-Marty, Mireille, édité par. 2004. *Critique de l'intégration normative : L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*. Paris : PUF.
- Delmas-Marty, Mireille. 2008. "Les modèles d'harmonisation." In *Les chemins de l'harmonisation pénale*, édité par M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber, 433-39. Paris : Société de législation comparée.
- Dutra, Déo Campos, e José Ribas Vieira. 2017. "O Direito Constitucional Comparado entre renascimento e consolidação." *Seqüência* 38, 76 : 69-94 <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p69>
- Fioravanti, Maurizio. 1993. *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino : Giappichelli.
- Fioravanti, Maurizio. 2004. *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*. Bologna : il Mulino.
- Fioravanti, Maurizio. 2007. *Costituzione*. Roma : Laterza.
- Fioravanti, Maurizio. 2009. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma : Laterza.
- Frankenberg, Günter. 2016. *Comparative Law as Critique*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Limited.
- Gadamer, Hans-Georg. 1996. *Vérité et méthode*. Trad. fr. P. Fruchon, J. Grondin, G. Merlio. Paris : Seuil.
- Gerber, David J. 2001. "Sculpting the Agenda of Comparative Law : Ernst Rabel and the Facade of Language." In *Rethinking the masters of comparative law*, edited by Riles, Annelise. 190-208. Portland : Hart publishing.
- Glenn, H. Patrick. 2007<sup>3</sup>. *Legal Traditions of the World*. Oxford : Oxford University Press.
- Häberle, Peter. 1992. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*. Berlin : Duncker & Humblot GmbH.
- Häberle, Peter. 1999. "Per una dottrina della costituzione europea." *Quaderni costituzionali* 19, 1 : 3-30.
- Hirschl, Ran. 2008. "The rise of comparative constitutional law." *Indiana Journal of Constitutional Law* 31 : 11-37.
- Hirschl, Ran. 2009. "The realist turn in comparative constitutional politics." *Political Research Quarterly* 62, 4 : 825-33.
- Hirschl, Ran. 2014. *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford : Oxford University Press.
- Jaluzot, Béatrice. 2005. "Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective." *Revue internationale de droit compare* 57, 1 : 29-48.
- Jamin, Christophe. 2000. "Le vieux rêve de Saillelles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 4 : 733-51.

- Kmiec, Keenan D. 2004. "The Origin and Current Meaning of 'Judicial Activism'." *California Law Review* 92, 5 : 1441-477.
- Kötz, Hein. 1997. "Konrad Zweigert (1911-1996)." *RIDC. Revue internationale de droit compare* 49, 1 : 199-201.
- Lambert, Édouard. 2005. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis (orig. 1921)*. Paris : Dalloz.
- Legrand, Pierre. 2022. *Negative comparative law : a strong programme for weak thought. Cambridge studies in international and comparative law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Luther, Jorg. 1993. "Ragionevolezza e Verhältnismässigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca." *Diritto e Società* 1-2 : 307-27.
- Maduro, Miguel Poaires. 2006. *A constituição plural : constitucionalismo e União Europeia*. Cascais : Principia.
- Maine, Henry Sumner. 1861. *Ancient law : its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. London : Oxford University Press.
- Maldonado, Daniel Bonilla. 2020. *Los bárbaros jurídicos : identidad, derecho comparado moderno y el Sur global*. Bogotá : Siglo del Hombre Editores.
- Malmström, Ake. 1969. "The System of Legal Systems: notes on a problem of classification in Comparative Law." *Scandinavian Studies in Law* 13 : 127-49.
- Mattei, Ugo, e Pier Giuseppe Monateri. 1987. *Introduzione breve al diritto comparato*. Padova : CEDAM.
- Michaels, Ralf. 2010. "Explanation and Interpretation in Functionalist Comparative Law – a Response to Julie de Coninck." *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 74, 2 : 351-59.
- Michaels, Ralf. 2019<sup>2</sup>. "The functional method of comparative law." In Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative law*, 339-82. Oxford : Oxford University.
- Mirkine-Guetzévitch, Boris. 1949. "Les méthodes d'étude du droit constitutionnel compare." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 1, 4 : 397-417.
- Mortati, Carlo. 1998. *La costituzione in senso materiale*. Milano : Giuffrè.
- Pegoraro, Lucio, e Angelo Rinella. 2013. *Diritto Costituzionale Comparato : aspetti metodologici*, Padova : CEDAM.
- Pegoraro, Lucio, e Angelo Rinella. 2017. *Sistemi costituzionali comparati*. Torino : Giappichelli.
- Picard, Etienne. 1999. "L'état du droit comparé en France." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 51, 4 : 885-915.
- Pizzorusso, Alessandro. 1998. *Sistemi giuridici comparati*. Milano : Giuffrè.
- Pizzorusso, Alessandro. 1999. *La Costituzione ferita*. Roma-Bari : Laterza.
- Pollock, Frederick. 1903. "The History of Comparative Jurisprudence." *Journal of the Society of Comparative Legislation* 5, 1 : 74-89.
- Ponthoreau, Marie-Claire. 2005. "Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 57, 1 : 7-27.
- Ponthoreau, Marie-Claire. 2010. *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*. Paris : Economica.
- Popper, Karl. 1968. *Popper. The Logic of Scientific Discovery*. 4<sup>e</sup> ed. London : Hutchinson.
- Rials, Stéphane. 1979. "Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle." *La Revue administrative* 189 : 265-73.
- Ricoeur, Paul. 2008. *Écrits et conférences 1 : autour de la psychanalyse*. Paris : Seuil.
- Rivero, Jean. 1957. *Cours de droit administratif comparé*. Paris : Les Cours de Droit.

- Rodotà, Stefano. 1996. "Magistratura e política in Italia." In *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. B. Liberati, A. Ceretti, e A. Giasanti, 17-29. Milano : Feltrinelli.
- Rösler, Hannes. 2008. "Ernst Rabel e a sua influência sobre um direito mundial dos contratos." *Meritum* 3, 1 : 5-29.
- Rossi, Pellegrino. 1866. *Cours de droit constitutionnel*. Paris : A. Porée.
- Rousseau, Dominique. 2018. "Constitucionalismo e democracia." *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 10, 3 : 228-37. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.103.01>
- Sacco, Rodolfo. 1980. *Introduzione al diritto comparato*. Torino : UTET.
- Sacco, Rodolfo. 1991. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris : Economica.
- Schulze-Fielitz, Helmuth. 2019. "L'arrêt Lüth : 50 ans après." *Trivium, Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales / Deutsch-französische Zeitschrift für Geistesund Sozialwissenschaften* 30 : 34-52.
- Seiler, Daniel-Louis. 2004. *La méthode comparative en science politique*. Paris : Armand Colin.
- Streck, Lenio L. 2011<sup>4</sup>. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo : Saraiva.
- Sunstein, Cass R. 1987. "Lochner's Legacy." *Columbia Law Review* 87, 5 : 873-919.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2016. "Constitucionalismo transnacional : por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional." *Revista de Investigações Constitucionais* 3, 3 : 141-66. <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.48066>
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2019. "La méthode en droit constitutionnel comparé : propositions pour une méthodologie constitutionnelle comparative." *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* 1 : 217-34.
- Teubner, Günther. 2012. *Constitutional fragments : Societal constitutionalism and globalization*. Oxford : Oxford University Press.
- Tribe, Laurence H. 2008. *The Invisible Constitution*. Oxford : Oxford University Press.
- Tushnet, Mark. 2009. "The Inevitable Globalization of Constitutional Law." *Virginia Journal of International Law* 49, 4 : 985-1006. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317766>
- Vianna, Luiz Werneck. 1999. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan.
- Von Bogdandy, Armin, Matthias Goldmann, and Ingo Venzke. 2016. "From Public International to International Public Law : Translating World Public Opinion into International Public Authority." *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* 2 : 1-37.
- Walker, Neil. 2012. "Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law : a tale of two neologisms." *University of Edinburgh School of Law Research Paper Series* 20 : 1-28.
- Walker, Neil, et al., edited by. 2013. *After Public Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Watson, Alan. 1993<sup>2</sup>. *Legal transplants : an approach to comparative law*. Athens : The University of Georgia Press.
- Watson, Alan. 1995. "From Legal Transplants to Legal Formants." *The American Journal of Comparative Law* 43, 3 : 469-76.
- Watt, Horatia Muir. 2000. "La fonction subversive du droit comparé." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 52, 3 : 503-27.
- Young, Ernst A. 2002. "Judicial activism and conservative politics." *University of Colorado Law Review* 73, 4 : 1140-216.

- Zagrebelsky, Gustavo. 1970. *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*. Torino : UTET.
- Zweigert, Konrad, e Hein Kötz. 1998. *Introduzione al diritto comparato*. Trad. it. Barbara Pozzo. Vol. 1. Milano: Giuffrè.
- Zweigert, Konrad. 1949/50. "Rechtsvergleichung als universale interpretationsmethode." *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 15, 1 : 5-21.
- Zweigert, Konrad. 1972. "Methodological problems in comparative law." *Israel Law Review* 7, 4 : 465-74.



## La dimension objective du phénomène constitutionnel transnational

Le principe de la souveraineté de l'État, ainsi que l'existence encore hégémonique de la figure de l'État dans les relations internationales, exigent que nous analysions dans ce chapitre comment les trois concepts centraux de la théorie constitutionnelle moderne peuvent être rendus compatibles, ou non, avec un constitutionnalisme transnational. Le territoire, le pouvoir constituant et l'unité du système juridique peuvent être considérés comme les concepts qui définissent la dimension objective du constitutionnalisme moderne développé depuis l'époque des grandes révolutions occidentales, comme nous l'avons vu tout au long de la première partie de cet ouvrage.

Par conséquent, le redimensionnement de cette dimension objective est ce qui est recherché dans le présent chapitre. En d'autres termes, l'occurrence de trois caractéristiques épistémologiques essentielles du constitutionnalisme transnational est soutenue : (8.1) le concept multidimensionnel de l'espace, (8.2) la nature dialogique de la création constitutionnelle en réseau, et (8.3) le pluralisme discursivement ordonné et hiérarchique des sphères de la normativité.

### 8.1 Du territoire à l'espace comme concept essentiel

Le territoire est le concept essentiel dans l'histoire de la théorie politique moderne.

Au début du XXe siècle, Carré de Malberg (2004, 3-10) résumait ainsi les éléments constitutifs de l'État : peuple, territoire et puissance. C'est sur la base

de ces éléments que s'est développée toute une théorie de l'État, compris le peuple comme un groupement social établi sur un territoire délimité, tandis que l'élément de pouvoir politique se référait à la capacité d'imposer souverainement, à l'intérieur de ses limites territoriales, son propre modèle d'organisation politique.

Cependant, depuis la formation des premières civilisations humaines non nomades, des organisations politiques se sont développées sur la base d'un territoire donné, mais sans qu'il soit nécessaire d'attribuer une centralité à cet élément. L'idée de *polis* dans l'Antiquité grecque était beaucoup plus liée à des notions telles que *autarkeian*, pour représenter l'autosuffisance de la *polis*, et même *politeia* pour désigner l'organisation politique elle-même d'une *polis* donnée. Même le grec littéral correspondant au territoire a subi des variations au cours de l'histoire, bien que le mot *ἐπικράτεια* (*epikráteia*) soit plus souvent associé comme une traduction du territoire en tant que zone délimitée soumise à la domination de quelqu'un ou à une juridiction. Toutefois, le mot *sol* (*ἐδάφος*, *édaphos*) était compris comme un simple sol brut, soumis à personne ni à aucune juridiction.

Déjà dans la Rome antique, le mot *territorium*, même s'il a donné naissance à ses équivalents dans les langues latines actuelles, était limité à une portion de zone à l'intérieur des domaines romains liée à une entité privée ou politique (Leveau 1993, 466). On peut dire que le concept romain essentiel a été résumé dans l'expression *suprema potestas*, car il caractérisait l'intégralité du pouvoir politique, militaire et administratif de Rome sur ses territoires. À l'époque de l'Empire, le mot *imperium* apparaissait représenter le pouvoir du magistrat romain, ainsi que le pouvoir de commandement que Rome exerçait, tant politiquement que juridiquement, sur ses sujets. Ce n'est qu'au III<sup>e</sup> siècle après J.-C. que l'*imperium* et les *potestas* commencèrent à se concentrer sur la figure de l'empereur. Il faut aussi se rappeler que dans l'Antiquité romaine il était courant d'utiliser des expressions telles que *maiestas* et *potestas* pour désigner deux formes importantes de représentation du pouvoir de Rome : le Sénat et le peuple, respectivement.<sup>1</sup>

Ce n'est qu'à l'époque moderne, en particulier avec la pensée de Machiavel, qu'il est devenu nécessaire de développer une idée de l'État comme un pouvoir impersonnel et absolu, capable de concentrer en lui-même les fonctions législatives, judiciaires et exécutives (Ménessier 2001, 28-9). Le territoire a pris une place centrale dans la pensée politique de Machiavel parce qu'il ne comprenait pas l'État comme un modèle possible d'organisation politique impersonnelle visant à la défense de l'institution, comme ce sera le cas peu de temps après avec l'État moderne. Pour Machiavel, l'État serait un domaine, une possession, exercé sur un territoire déterminé.

<sup>1</sup> « Ces expressions ne disent rien sur le contenu et les limites du pouvoir politique, ni sur l'indépendance de Rome vis-à-vis des puissances étrangères » (Jellinek 2005, 78).

Avec l'avènement de la *Respublica Christiana*, les espaces conquis par les États européens ont maintenu un modèle territorialiste, impliquant la division de la mer sur la base de lignes mondiales imaginaires qui tentaient de reproduire sous la surface instable de la mer la même idée qui était traditionnellement utilisée pour diviser la terre précisément entre ce qui appartenait à l'un et à l'autre.

Carl Schmitt (2003, 88-9) a souligné que les premières lignes de division créées ont été les *rayas*, divisant entre l'Espagne et le Portugal leurs territoires conquis afin de permettre à tout ce qui a été conquis de faire partie du même ordre chrétien universel qui a uni ces pays ; le même modèle a été conservé avec les lignes d'amitié (*amity lines*) pour diviser les espaces conquis par la France et l'Angleterre. Les *rayas* étaient valables sur un espace géographique déterminé entre deux pays : ce qui ne venait pas du Portugal devait provenir d'Espagne et vice versa, puisque l'ordre médiéval basé sur la *Respublica Christiana* était encore indirectement présent dans cette situation. Cependant, les lignes d'amitié entre les Anglais et les Français étaient destinées à déterminer ce qu'était le « Nouveau Monde » : un espace juridiquement vide – à la fois terrestre et maritime – qui partait de ces lignes d'amitié et n'était pas soumis au *jus publicum Europaeum*.

L'idée de la *mare liberum* prévalait : l'absence absolue de propriétaire par rapport à tout ce qui était trouvé, et le conquérant pouvait librement prendre possession de tout ce qu'il était possible de conquérir, même s'il fallait décimer des populations entières d'indigènes et leur prendre des terres qui leur appartenaient depuis des périodes immémoriales (Schmitt 2003, 246). Les limites des lignes d'amitié délimitaient jusqu'où irait l'ordre du *jus publicum Europaeum* et toute notion de civilité qui existait en Europe.

Nous pouvons synthétiser l'influence de ce processus de conquête des mers, en ce qui concerne le principe de souveraineté, dans deux changements essentiels qui se sont produits. Le premier concerne les limites de la frontière de l'État. Ce ne sont plus seulement les limites territoriales qui définissent la dimension spatiale où il peut exercer son pouvoir souverain : depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, avec le coup de canon de l'artillerie côtière et sa portée de trois milles, cette mesure a été définie comme les limites maritimes de l'extension de l'État.<sup>2</sup> Cependant, même si ces limites s'arrêtent à la mer, la référence a continué à se faire par rapport à la terre ferme, ce qui démontre l'indissociabilité qui existe entre l'État et le territoire.

La deuxième modification est due au modèle de guerre introduit par les guerres maritimes. Jusqu'au début des grandes navigations, la nature territoriale des guerres était plus que prédominante, elle était définitive, car bien que des peuples tels que les Troyens, dans la Grèce antique, et les Anglais, tout au long

<sup>2</sup> « Il est surprenant d'observer à quel point le chiffre de *trois milles* marins pour délimiter la zone côtière a fini par pénétrer dans le fond, et comment il en est venu à rester, à tel point qu'il en est venu à être compris comme 'codifiable', dans un premier temps, encore dans les projets de codification qui ont eu lieu après la Première Guerre mondiale (1920-1930). La figure, complètement détachée de la perspective originelle et de l'argumentation qui la soutenait (le tir d'artillerie côtière), est restée inchangée jusqu'à ce jour, malgré le développement et l'amélioration de la *vis armorum* » (Schmitt 2003, 221).

du Moyen Âge, aient eu l'invasion par mer comme l'une des principales tactiques de guerre, les combats se déroulaient sur le terrain et c'est sur cela qu'ils se décidaient. Lorsque l'Angleterre s'est consolidée comme la plus grande puissance maritime d'Europe au XVIII<sup>e</sup> siècle, il semblait que le *Behemoth*, un monstre terrestre qui symbolisait les États continentaux, devrait maintenant rivaliser avec la baleine mythique qui dominait les mers : le Léviathan. L'Angleterre est devenue maîtresse des mers et détentrice d'un empire mondial capable d'atteindre et d'avoir des dominions sur tous les continents du monde ; plus que gagner de nombreuses batailles en mer, elle a produit une révolution spatiale dans sa propre structure en déplaçant son existence de la terre à l'élément mer. Cependant, elle est restée une île, détachée du continent et avec la mer comme seul voisin frontalier et comme source d'une grande partie de ses richesses, mais elle n'avait pas encore perdu sa nature territoriale (Schmitt 1986, 74).

La conquête des mers a provoqué une première grande révolution dans le paradigme territorialiste. Un nouvel espace politico-juridique a été créé, c'est-à-dire la mer, lié à l'État dans la même mesure que l'espace territorial. Au XIX<sup>e</sup> siècle, les guerres, les flux de personnes et le commerce international deviennent dépendants du transport maritime. La matrice territorialiste a continué à exister dans les fanions et les identités nationales attribués aux navires, mais elle a commencé à être dotée d'une relation profonde avec la mer qui n'est plus si inconnue.

Schmitt (1986, 63) a appelé ce processus de dépassement du paradigme territorialiste de la souveraineté de l'État une « révolution spatiale », car il comprenait que cela influencerait toutes les autres sciences et sphères de la vie humaine à partir des effets de cette révolution « si riche en conséquences » :

(II) n'est pas exagéré de soutenir que toutes les sphères vitales, toutes les formes d'existence, toutes les sortes d'énergie de la force humaine créatrice, l'art, la science et la technique ont participé au nouveau concept de l'espace.

En 1942, l'auteur allemand s'est rendu compte qu'un troisième élément allait s'ajouter aux autres : l'air. Selon lui, au XX<sup>e</sup> siècle, un nouveau nomos de la Terre serait consolidé sur la base du concept multidimensionnel de l'espace : territoire, mer et air (Schmitt 1986, 79-80).

Avec la fin de la Seconde Guerre mondiale, la lutte pour de nouveaux espaces marquera toute la période de la guerre froide. Si la Seconde Guerre mondiale a placé l'avion au statut d'arme la plus meurtrière jamais produite et, par conséquent, d'acteur principal d'un combat à part entière<sup>3</sup>, la course à l'espace promue tout au long de la guerre froide entre les États-Unis et l'URSS a introduit un nouveau type d'espace : l'extra-atmosphérique. La Convention de Paris de 1919 avait tenté de « territorialiser » l'espace aérien en attribuant à chaque État

<sup>3</sup> En ce sens, Schmitt (2003, 430) fait une comparaison intéressante avec l'épée de Saint-Georges : « Le bombardier ou l'avion d'attaque en vol bas utilise ses armes contre la population ennemie verticalement, comme Saint-Georges a utilisé sa lance contre le dragon. »

des limites aériennes « horizontales » qui devaient coïncider avec ses limites territoriales. Cependant, l'absence de limites verticales a mis en évidence le véritable problème que représentait l'anomie qui s'est créée avec cette perspective territorialiste de l'espace aérien, laissant ouverte toute normativité sur l'espace extra-atmosphérique.

Les nouvelles dimensions présentées par ces nouveaux espaces cognitifs, déjà très éloignés du paradigme territorialiste, affirment, d'une part, l'émergence d'un droit international qui n'est plus eurocentrique, tandis que, d'autre part, elles laissent place à l'incertitude quant à savoir si le droit international serait encore suffisant pour ces nouveaux types d'espaces, ou s'il serait nécessaire de penser un nouveau droit au-delà des États. Carlo Galli (2001, 156) appelle « respatialisation » (*rispazializzazione*) le processus de réorganisation de la politique et de sa relation avec le territoire, provoqué par l'avènement d'une ère mondiale naissante.

En ce qui concerne l'espace extra-atmosphérique, ce n'est que le 27 janvier 1967 qu'une norme importante a été signée aux Nations Unies, très représentative en termes de nombre de pays signataires : le *Traité sur l'espace* ou *Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes*. Signé près de 5 ans après la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies qui prévoyait son élaboration et la création d'un bureau spécifique pour le sujet, à savoir le *Bureau des affaires spatiales des Nations Unies* (UNOOSA), créé à partir du *Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique*, en 1958. Sans entrer dans l'analyse du Traité de 1967 et de l'UNOOSA lui-même, il est possible de vérifier que, tout au long de son demi-siècle d'histoire, il a activement collaboré à la non-utilisation d'armes nucléaires dans l'espace extra-atmosphérique (sidéral), qui était l'un des principaux objectifs lors de la rédaction du traité. Cependant, au cours des dernières décennies, le paradigme territorialiste de l'État a été en contraste direct avec la perspective transnationale de l'UNOOSA, car de nombreux pays en sont venus à réglementer, conformément à leurs propres constitutions et législations nationales, l'utilisation pacifique et l'exploitation commerciale des ressources de l'espace, comme ce fut le cas avec le projet de loi de 2015, aux États-Unis, intitulé *Space Resource Exploration and Utilization Act*, dont le contenu a été inclus dans une loi plus large promulguée la même année : *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act of 2015*.

C'est donc dans ce que l'on appelle l'espace extra-atmosphérique que se trouvent les difficultés normatives, qui sont essentiellement les conséquences de conceptions contradictoires du droit et même de la société internationale.

En 1986, l'internationaliste René-Jean Dupuy (1986, 53-4) affirmait que les tensions qui existaient autour de deux conceptions de la société internationale, à savoir, la libérale-américaine et la socialiste-soviétique, conduisaient à la mythification du concept de communauté internationale, car elles établissaient des tensions dialectiques entre deux visions de l'histoire des relations internationales ; il serait donc nécessaire de démystifier, au niveau international, l'idée de communauté à travers une dialectique ouverte. Selon lui, c'est cette dialectique

ouverte aux différentes visions historiques qui a permis de passer du *jus cogens* à la primauté des normes impératives communes, reconnues par la quasi-totalité des États (Dupuy 1986, 152-56).

Dans un contexte géopolitique mondial qui s'achevait vers la fin de la dichotomie entre les États-Unis et l'URSS, René-Jean Dupuy (1993) affirmait que la souveraineté était confrontée au défi de surmonter les contradictions présentées par les concepts d'humanité et de patrimoine commun de cette même humanité. Il est intéressant de souligner que l'internationaliste français était attentif aux changements que les nouveaux espaces présentaient au paradigme territorialiste, qui mettaient en échec le principe de souveraineté.

Le sociologue britannique Paul Hirst (2005, 48) a déclaré que, face à toutes les transformations qui se sont produites avec les processus de mondialisation, l'État continuerait à être un acteur de premier plan, voire un protagoniste, dans la communauté internationale, mais perdrait inévitablement de plus en plus de la *gouvernance* qu'il avait avant la mondialisation. Outre la capacité de gérer de manière autonome des biens et des intérêts qui sont, concomitamment, de l'État lui-même et de la communauté internationale, Hirst (2005, 123) détecte ce que l'on peut appeler les origines d'un autre espace hautement critique du siècle actuel. Il a dit que ce sont les guerres, seulement à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, qui ont introduit l'information comme objet de controverse. L'introduction du radar et l'utilisation des radios ont considérablement modifié la façon dont la guerre allait se développer.

Il est intéressant de mentionner l'analyse de Hirst (2005, 136-51) de ce qu'il a appelé « l'illusion de la guerre virtuelle ». Les guerres des années 1990, en particulier celles des États-Unis en Irak, auraient conduit le postmodernisme à la guerre, car il ne s'agissait pas seulement de réglementer l'utilisation des technologies de l'information en temps de guerre : la centralité du territoire avait été complètement déconstruite et l'espace était devenu l'objet de controverses dans ses deux dimensions. Hirst (2005, 136) a été très précis en rappelant la critique de Jean Baudrillard sur la guerre du Golfe en 1990, pour qui « la guerre n'a jamais eu lieu ». Mais n'y aurait-il pas eu une invasion ? Des gens ne seraient-ils pas morts au combat ? Le point central pour Baudrillard est le fait que la guerre elle-même aurait perfectionné son concept de simulacre.<sup>4</sup> Les morts, les actes eux-mêmes, seraient une première dimension du réel non capturée dans la logique de la guerre, qui était essentiellement virtuelle. Les décisions politiques seraient prises sur un plan différent et sans liens directs avec la réalité, c'est-à-dire dans un univers intersubjectif de sens valable uniquement pour les individus insérés dans la guerre virtuelle – c'est-à-dire les sujets du simulacre. D'autre part, les sujets du monde, qui font l'expérience du réel, se trouveraient

<sup>4</sup> Livre de Jean Baudrillard (1995), *The Gulf War Did Not Take Place*, est la version anglaise de trois articles publiés dans le journal *Libération*, les jours 4 janvier (*La guerre du Golfe n'aura pas lieu*), 06 février (*La guerre du Golfe a-t-elle vraiment lieu ?*) et 29 mars (*La Guerre du Golfe n'a pas eu lieu*).

dans une autre dimension, déconnectés du simulacre. Il y aurait la réalité des faits et l'hyper-réalité du simulacre.

Nous arrivons ensuite au cinquième concept d'espace possible pour le constitutionnalisme transnational : l'espace numérique.

Les révolutions numériques successives des dernières décennies, dont beaucoup sont encore en cours, comme celles impliquant le développement de l'intelligence artificielle, sont un phénomène récent qui fait peu consensus dans le milieu académique et scientifique. Des approches telles que les approches systémiques, en particulier celles de Günther Teubner (2012), développent l'idée que le constitutionnalisme sociétal, en élaborant son propre système de normativité, comme dans l'exemple qu'il a donné de l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), auraient permis même à une organisation internationale privée de s'occuper de la régulation du numérique et de voir ses actes normatifs constitutionnalisés dans des sphères transnationales dans ce qu'il appelle des « constitutions partielles ». Il convient de rappeler que, dans l'ensemble de l'Internet, l'ICANN est responsable de l'identification primaire du protocole d'accès d'un utilisateur à tout site hébergé sur le World Wide Web.

Une autre approche possible de l'idée d'espace numérique se retrouve dans le travail de Nicolas Suzor (2019), pour qui, en résumé, les plateformes numériques sont le centre gravitationnel de la régulation juridique, définissant les responsabilités des agents et les champs d'action au sein des espaces numériques formés par ces plateformes. Ainsi, il faudrait pour lui appliquer le principe de la suprématie du droit (*rule of law*) à un droit des plateformes pour donner une légitimité politique aux relations interpersonnelles exercées au sein des espaces numériques maintenus par ces plateformes (Suzor 2018).

Il existe également des études basées sur la géographie, comme celles d'Agnieszka Leszczynski (2015), pour qui l'espace numérique est avant tout un code intermédiaire et représentatif reconnaissable par d'autres agents en mesure d'entrer dans ce même *topos* et de promouvoir l'interaction en relation avec les autres. Deux composantes importantes sont à souligner ici : la représentation numérique de la réalité et l'interactivité instantanée.

Dans le cadre de notre recherche, *l'espace numérique* peut être défini comme l'ensemble des interactions, par le biais de systèmes d'information, entre des utilisateurs situés n'importe où sur le globe et qui interagissent dans des systèmes ayant des niveaux variables d'ouverture communicationnelle. La nécessité d'attribuer l'ouverture communicationnelle découle de l'impossibilité logique de considérer comme un espace numérique, par exemple, un réseau domestique fermé qui contrôle certains appareils sans aucun type d'accès externe à Internet. D'autre part, ce même réseau domestique, s'il a un accès ouvert à un réseau externe, peut être considéré comme interagissant avec un espace numérique dans la mesure où les actes qu'il contrôle ne se limitent pas aux interactions réelles et présentes des utilisateurs de la maison, ce qui placerait les conduites de ces agents dans un certain réseau de normativité.

Enfin, le territoire cesse d'être le concept essentiel de la théorie politique au XX<sup>e</sup> siècle et assume la condition d'une dimension du concept d'espace,

concurrente des dimensions maritime, aérienne, extra-atmosphérique et, plus récemment, numérique.

## 8.2 La dynamique de création constitutionnelle : de la pyramide aux réseaux

Le titre de cette section, au lieu d'être une simple coïncidence, rend hommage à la fois qu'il cherche à adhérer à la thèse de base de l'œuvre du même titre de François Ost et Michel van de Kerchove (2002). Partant de l'hypothèse que l'État ne détient plus l'exclusivité déterminante pour promouvoir l'unité du système juridique, étant limité à ses limites territoriales et aux prérogatives de souveraineté de l'État qu'il conserve en lui-même, on suppose qu'une autre image doit être trouvée pour remplacer la figure de la pyramide kelsenienne alors qu'il est nécessaire de représenter les relations juridiques qui produisent des effets à partir d'ordres normatifs complètement décentralisés. La référence devient alors le réseau (ou toile), c'est-à-dire un modèle qui ne déconstruit ni ne délégitime les systèmes juridiques actuels, mais structure de multiples connexions entre eux et favorise une dynamique de création normative en réseau.

Dans la théorie constitutionnelle développée au cours des deux derniers siècles, la création constitutionnelle est essentiellement le produit d'un pouvoir constitutionnel originel. Celle-ci sera conceptuellement conçue à la lumière de la conception prépondérante de la constitution, ce qui nous amène directement à ce qui a déjà été consacré au concept de constitution dans les pages du premier chapitre de la deuxième partie (chapitre 4, ci-dessus). Cependant, si la création constitutionnelle ne se limite pas au pouvoir constituant originel, ni même au pouvoir de révision constitutionnelle qui en découle, si elle peut être le produit d'une création informelle, soit par l'herméneutique, soit par la coutume constitutionnelle, la pyramide ne serait-elle pas encore la représentation la plus fidèle de l'étalement hiérarchique entre les normes de différents niveaux produits au sein d'un même système juridico-constitutionnel ? Oui ! Mais la thèse des systèmes juridiques en réseau ne cherche pas à répondre à cette question ; elle cherche à redimensionner l'idée de création constitutionnelle et à répondre au problème suivant : comment la normativité constitutionnelle est-elle produite au niveau transnational ?

En fait, il y a l'apparition d'un tournant paradigmatique qui met l'accent sur la communicabilité possible ou déjà existante entre les systèmes juridiques nationaux et internationaux. Un système juridique est délimité par la façon dont il organise son système politique de soutien sur la base d'un cadre de sources normatives reconnaissables comme étant proprement juridiques. Lorsque cette communicabilité est projetée à un niveau transnational, la figure de la pyramide perd son sens face à des mouvements plus ou moins intenses produits par différentes dimensions phénoménologiques avec de possibles revendications juridiques, telles que les relations économiques, les relations politiques, les formations culturelles, les alliances militaires, entre autres formes d'interaction des acteurs qui agissent dans le scénario global et dont les contours doivent être pris en compte pour comprendre la normativité qui résulte, au sens large, de ces relations qu'ils établissent entre eux.

Ost et Kerchove structurent les bases de ce qu'ils appellent la théorie dialectique du droit. D'emblée, ils soulignent que, même chez Kelsen, il y avait une difficulté originelle dans sa conception pyramidale de la structuration du système juridique, puisqu'il y aurait une incompatibilité partielle entre cette conception et sa théorie de l'interprétation, qui permet à l'interprète, même soumis à une situation de subordination à la norme supérieure, d'en déterminer la signification et de créer ainsi la dimension de sens d'une norme qui n'y trouve pas son fondement.<sup>5</sup> Cette critique, très développée par les philosophes du droit, est importante parce qu'elle souligne que, même dans un système juridique organisé par l'État et conçu à partir d'une philosophie analytique qui s'efforce d'assurer la cohérence logico-formelle entre les postulats normatifs des différents niveaux hiérarchiques, il y avait déjà une indétermination du sens de la norme face à la subjectivité de l'interprète. Une fois de plus – et en réitérant la négation de la critique du relativisme que nous avons réaffirmée tout au long de ce travail – cette soi-disant marge de subjectivité donnée à l'interprète ne réduit pas le positivisme à tout relativisme guidé par la volonté pure de l'interprète de la norme, mais, au contraire, c'est la reconnaissance d'un espace de décision qui trouve chez l'interprète le protagoniste du maintien de la cohérence du sens et de l'unité formelle du système.<sup>6</sup>

Il arrive qu'il y ait normativité dans des pratiques répétées résultant d'interprétations qui sont faites dans différentes sphères de la normativité et avec des degrés d'efficacité variables. Par conséquent, il existe une attente légitime parmi les agents impliqués pour la reconnaissance des effets juridiques de l'intertextualité des interactions produites entre eux. La complexité progressive du phénomène juridique, qui s'est vérifiée au cours des dernières décennies, découle de la manière dont de nouveaux systèmes sociaux ont émergé dans l'intention de reconnaître leurs sources comme sources du droit. Le droit, pensé en termes démocratiques, exige la reconnaissance formelle de cette dimension plurielle de l'existence humaine, qui fera toujours place à des dimensions nouvelles et innombrables qui ne se limitent pas au « droit officiel » produit par l'État.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> « Il s'agit, d'abord, de l'incompatibilité partielle entre sa conception de la structure du système juridique et sa théorie de l'interprétation, théorie qui conduit à admettre que les oranges d'application d'une norme juridique, en interprétant celle-ci, se trouvent amenés, malgré leur situation de subordination, à déterminer partiellement sa signification, voire à créer une norme qui ne trouverait pas son fondement en elle » (Ost et Kerchove 2002, 45).

<sup>6</sup> Voir, en particulier, la critique de Lenio Streck (2017).

<sup>7</sup> Voir la réflexion de Leonel Rocha (2003, 107), élaborée au début de ce siècle, lorsqu'il affirme que : « L'hypercomplexité de la société contemporaine provoquée par l'internationalisation croissante des problèmes a profondément redéfini la forme de régulation sociale, notamment le droit. Il n'est plus possible de réfléchir sur les sens du Droit à partir des seuls présupposés de l'État normativiste, puisque ses manifestations ont acquis de plus en plus un caractère clairement paraétatique, notamment avec la crise de l'État social. En ce sens, il est évident que l'interprétation juridique, qui découle traditionnellement de la rationalité de l'État libéral, doit également revoir ses fondements constitutifs. »

L'idée de Thomas Kuhn des révolutions scientifiques en tant que révolutions de paradigmes est reçue par Ost et Kerchove dans sa théorie dialectique. Le paradigme permettrait de soutenir comment une nouvelle science parvient à devenir autonome dans la mesure où elle développe une nouvelle théorie, trouve ses propres méthodes et critères, et produit des réponses plus adéquates à des problèmes réels.<sup>8</sup> L'émergence d'un droit polycentrique reconnu par les acteurs non étatiques aurait favorisé une véritable révolution paradigmatique de la pensée juridique, impliquant de nouvelles façons de penser la création juridique.

Dans les années 1990, le sociologue espagnol Manuel Castells (1996) a soutenu que les sociétés étaient en train d'être reconfigurées comme des réseaux, c'est-à-dire qu'il y aurait une série entrelacée de réseaux interactifs formés de composants locaux, mondiaux et aussi déconnectés attribuant un sens à l'action humaine, car l'existence de l'humain serait déterminée par un contexte hautement interrelationnel. La complexification des rapports sociaux induirait inévitablement de nouvelles exigences de reconnaissance juridique de ces rapports et, par conséquent, d'affirmation des droits.

À la même époque, mais quelques années plus tôt, Günther Teubner (1992, 1443) utilisait une métaphore avec le dieu romain Janus pour expliquer ce que serait le pluralisme juridique. Tout comme Janus, gardien des portes et des transitions, des commencements et des fins, qui a deux visages, l'un pointant vers l'avenir et l'autre observant le passé, le pluralisme juridique aurait deux visages : l'un composé de normes sociales et l'autre composé de normes juridiques. Teubner utilise le droit privé pour illustrer cette interaction entre le droit local/national et la pluralité des nouvelles formes de régulation juridique non étatique. Dans le même sens, l'anthropologue américaine Sally Merry soulignait que ce nouveau pluralisme juridique émergeant à son époque traitait d'un réseau complexe et interactif de communications qui produisent un sens normatif entre différentes sphères sociales.<sup>9</sup>

Les interactions entre les différents systèmes sociaux formeraient un réseau dialogique en constante actualisation, permettant à la diversité des discours fragmentés, qui, pris isolément, sont perçus comme hermétiquement fermés en eux-mêmes, d'opérer à la fois à travers les instances formelles de production normative de l'État et à travers les sphères informelles de production normative,

<sup>8</sup> « L'utilité d'un paradigme est de renseigner les scientifiques sur les entités que la nature contient ou ne contient pas et sur la façon dont elles se comportent. Ces renseignements fournissent une carte dont les détails seront élucidés par les travaux scientifiques plus avancés. En apprenant un paradigme, l'homme de science acquiert à la fois une théorie, des méthodes et des critères de jugement, généralement en un mélange inextricable. Un paradigme « détermine la légitimité des problèmes et aussi des solutions proposées. » Kuhn 1970, 155.

<sup>9</sup> « The new legal pluralism moves away from questions about the effect of law on society or even the effect of society on law toward conceptualizing a more complex and interactive relationship between official and unofficial forms of ordering. Instead of mutual influences between two separate entities, this perspective sees plural forms of ordering as participating in the same social field » (Merry 1988, 873).

c'est-à-dire de nouvelles formes de régulation juridique des situations de fait qui ne se limitent plus aux confins de l'État.

Cette question du pluralisme juridique sera développée plus en détail dans le point suivant. Cependant, avant cela, nous devons revenir à la question qui nous guide dans ce point : en l'absence d'un pouvoir constituant originel, comment la création constitutionnelle se produit-elle dans le contexte du constitutionnalisme transnational ?

L'idée que le droit primitif est un droit produit à l'origine par le travail des tribunaux et des jurys locaux est présente chez les théoriciens positivistes, tels que Kelsen, et dans de nombreux courants de la pensée juridique et philosophique occidentale. Néanmoins, une approche pragmatique, loin des abstractions philosophiques, peut conduire à la même conclusion. L'internationaliste Nicholas Tsagourias (2007) soutient que les principes généraux du droit international reconnus par la Cour internationale de justice et la Cour de justice de l'Union européenne jouent un rôle constitutionnel dans l'ordre institutionnel ; en d'autres termes, ils ont permis de construire leur propre épistémologie qui, en se structurant à partir d'une typologie qui peut être faite à partir de ces principes généraux, nous permet de détecter la plus grande essentialité de certains de ces principes en raison de leur efficacité dans les cas concrets jugés et de la primauté qu'ils ont dans les systèmes de sources normatives dans lesquels ils sont appliqués.

Dans un sens similaire, en se concentrant sur les décisions des tribunaux, mais dans une perspective systémique luhmannienne, Marcelo Neves (2009) met en évidence comment interagissent les juridictions internationales et les juridictions constitutionnelles des États, produisant des intensités différentes en termes d'efficacité de leurs décisions, bien que cela ne rende pas impossible la définition de normes ayant une plus grande primauté dans la solution des cas concrets examinés par ces tribunaux. Il est important de noter que la centralité de l'interrelation entre les systèmes est le principal point d'observation du phénomène appelé transconstitutionnalisme par Neves. La confrontation du thème des droits de l'homme est quelque chose que l'auteur susmentionné aborde dans ses principales œuvres, mais il le fait plus directement dans une relecture de son propre travail cité ici lorsqu'il affirme qu'il y aurait un universalisme superficiel des droits de l'homme basé sur une conception ontologique de ces droits, qui serait « incompatible avec le 'dialogue' transconstitutionnel avec les ordres indigènes qui ne correspondent pas à ce modèle » (Neves 2014, 225). Bien que sa critique ait pour objet l'incompatibilité des conceptions occidentales du droit avec les formations culturelles des peuples autochtones et tribaux, il est possible de comprendre que sa théorisation transconstitutionnelle serait compatible avec une perspective non universaliste et inclusive des droits de l'homme – ce point sera repris dans le dernier point du dernier chapitre de cet ouvrage, lorsque nous traiterons des droits de l'homme comme un avenir discursif. Quelle que soit la perspective théorique adoptée, l'interaction entre les différentes juridictions témoigne de l'émergence d'un nouvel espace de production de la normativité abstraite, c'est-à-dire d'un ensemble de principes juridico-constitutionnels transnationaux.

Si, d'une part, la création constitutionnelle transnationale se produit par l'affirmation progressive de principes juridiques de portée transversale dans les différentes juridictions constitutionnelles et internationales, il existe également un autre espace pour la création de ce type de normativité constitutionnelle. Lorsqu'on s'est penché sur l'ontologie des droits de l'homme, précédemment dans la deuxième partie, on a fait valoir qu'elle constituerait le contenu substantiel du constitutionnalisme transnational. Mais sous quelle forme juridico-normative ?

D'une part, une telle forme serait due à un ensemble de principes juridico-constitutionnels créés par les tribunaux. D'autre part, il serait le produit de la création d'États dans ce qu'on appelle conventionnellement le droit des traités. Premièrement, il est nécessaire d'exclure toute réductionnisme possible de la création constitutionnelle transnationale ne passant que par la simple volonté souveraine des États qui s'accordent entre eux. Tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, le droit dit des traités a été converti en un droit international des droits de l'homme, c'est-à-dire en un phénomène dogmatique-positif qui assume une portée mondiale de reconnaissance de l'ubiquité de l'existence humaine. Sans rompre complètement, à un extrême, avec le principe de la souveraineté de l'État et, de même, à l'autre extrême, sans promouvoir un ordre juridique universaliste, il existe dans ce droit international des droits de l'homme un espace pour la reconnaissance progressive de nouveaux droits. Il existe un processus continu de création juridico-constitutionnelle transnationale basé sur l'action de nouveaux acteurs internationaux, tels que les organisations non gouvernementales et d'autres institutions internationales qui produisent *soft law*<sup>10</sup> ayant pour objet les droits de l'homme. Par conséquent, avant de penser à un universalisme, il est nécessaire de construire les conditions de possibilité d'une conscience humaine universelle.

Enfin, si l'on revient à l'ouvrage d'Ost et de Kerchove (2002, 526-40) qui donne son titre à cette section, on constate que sa théorie dialectique du droit pointait vers une éthique discursive capable de promouvoir un équilibre entre la recherche du juste et du bien dans ces structures normatives qui constituent les réseaux transnationaux. Il y aurait une dialectique entre la transcendance du juste dans l'abstrait et l'immanence du bien en particulier, qui s'établit dans un mouvement incessant, dans une logique qui intercale les discours et permet de rechercher sans cesse des conciliations.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Que l'État soit ou non à l'origine du processus, la normativité créée par le biais du *droit souple* se caractérise, avant tout, par le caractère volontaire du destinataire de la norme face au commandement normatif, puisque son efficacité dépend davantage de cela que du caractère sanctionnel que ce type de droit, ou de quasi-droit, peut avoir. Par conséquent, les normes de *droit souple* sont, en général, de nature opérative (procédurale) par rapport à d'autres normes de fond ou, lorsqu'elles ont un contenu substantiel en elles-mêmes, elles traitent de questions privatistes. Sur le sujet, voir Carbonnier (1992), Nasser (2006) et Martin-Chenut (2021).

<sup>11</sup> « En définitive, c'est l'image d'une sorte de va-et-vient entre la transcendance du juste en général et l'immanence du bien en particulier qui se laisse deviner dans ce mouvement re-constructif qui fait suite à la séquence narration – interprétation – argumentation. Comme

Cependant, sans être en désaccord avec les auteurs susmentionnés, nous osons suggérer l'hypothèse théorique de considérer que, au milieu de cette pluralité de réseaux transnationaux, il existe un réseau spécifique légitimé par une dimension ontologique, prénormative, non abstraite et fondante ; en d'autres termes, légitimés par une ontologie qui influence la dimension normative des droits de l'homme. Le statut prénormatif de cette dimension ontologique ne la prive pas de sa capacité à construire du sens à partir des structures linguistiques qui attribuent un sens au signifiant ; au contraire, l'être lui-même permet au sujet de construire une projection dans l'abstrait qui, lorsqu'elle atteindra un plan normatif, assumera la condition d'un concept. Lorsque les droits de l'homme seront pensés dans leur dimension essentielle, comme l'existence omniprésente de l'être humain sur Terre, il y aura un groupe minimum de biens reconnaissables comme universellement valables et en état de guider la dialectique entre la transcendance du juste et l'immanence du bien dont se réfèrent Ost et Kerchove.

Avant d'aborder ce point (dernier chapitre) sur les droits de l'homme en tant qu'avenir discursif, passons à d'autres considérations sur le pluralisme juridique dans une perspective constitutionnelle transnationale.

### 8.3 De l'unité du système à pluralité des sphères constitutionnelles transnationales

La constitution moderne, en affirmant le principe de l'unité du système juridique, a tiré sa légitimité logico-rationnelle d'un moment dont sa nature produit une certaine dissidence dans la théorie constitutionnelle : le pouvoir constituant originel. En résumant un thème classique du droit constitutionnel, il est possible de diviser les principales théories sur le pouvoir constituant originel en deux catégories : les positivistes, inspirées de Kelsen, qui placent le pouvoir constituant originel comme un organe légitimé dans l'abstrait par une norme fondamentale théorique-hypothétique ; d'autre part, les réalistes, d'orientations et d'inspirations différentes, mais que nous nous limiterons ici à faire référence à Schmitt, comprennent que le pouvoir constituant originel est un acte réel, concret, présent dans le dernier moment préconstitutionnel, puisque celui qui est légitimé pour rédiger une constitution est celui qui exerce le pouvoir souverain, c'est-à-dire, selon les mots de Schmitt, ce sera « celui qui décide en état d'exception ».<sup>12</sup>

Comme nous l'avons vu dans le point précédent, il n'est pas possible de soutenir des hypothèses juridiques sur un éventuel pouvoir constituant originel dans les sphères transnationales. Les universalismes cosmopolites renvoient, en

si la logique abstraite de l'argument se revivifiait au contact de la passion du vécu ; comme si le formalisme de la raison retrouvait l'épaisseur de l'histoire, celle des individus, celle des générations passées et futures ; comme si l'esprit de mesure récupérait un peu de la charge utopique inhérente aux grands récits fondateurs » (Ost et Kerchove 2002, 532-33).

<sup>12</sup> Sur le concept de constitution dans Kelsen et Schmitt, voir le chapitre 4, points 4.6 et 4.7 de la deuxième partie, *supra*.

général, à une compréhension kantienne de la société globale, rendant inutile la conception d'une chose comme une puissance constituante originelle, puisque l'universalité même des droits inhérents à la condition humaine apporterait déjà avec elle la légitimité morale – avant même la légitimité politique – de constituer l'unité d'un ordre juridique mondial, comme dans la thèse d'Otfried Höffe (1987 et 2002) d'une république mondiale. Les transformations que le monde a connues au début du siècle actuel démontrent que l'unité du système juridique étatique a été déconstruite par un large réseau de nouvelles sphères de normativité.

Encore une fois, il vaut la peine de se souvenir de Karl Polanyi (1944) lorsqu'il détecte que le monde a vécu une grande transformation causée par l'économie de marché, qui a imprégné les champs politique et social. La grande complexité des relations économiques serait corrélée au processus progressif de complexité de la vie sociale et, par conséquent, de la politique. Le droit, en tant qu'ordre juridique des sociétés, a également été affecté par ces changements intervenus depuis le début du XXe siècle. En décrivant l'accélération des processus de mondialisation, Anthony Giddens (1990, 61-9) a souligné que l'intensification des relations sociales à l'échelle mondiale a permis de relier des lieux éloignés de telle sorte que les événements locaux sont façonnés par des événements qui se sont produits à des kilomètres de distance et vice versa.

Le scénario des relations internationales s'est formé à partir de l'héritage laissé par les horreurs de l'Holocauste, en plaçant au niveau mondial des problèmes qui jusqu'alors étaient considérés localement. Le caractère absolu du principe de souveraineté de l'État entre en crise, en même temps que l'économie, la politique et les conceptions sociales hégémoniques. Cependant, peut-être la grande crise à laquelle la période de l'après-guerre a dû faire face était-elle de nature éthico-déontologique : il ne serait plus possible de concevoir des sociétés locales guidées par des pratiques ou des idéologies contraires à la nature humaine. Outre les dangers d'annihilation par un régime totalitaire, il y aurait encore à faire face à la crise éthique générée par la menace nucléaire, c'est-à-dire par la possibilité de l'extinction complète de la vie sur la planète basée exclusivement sur l'action humaine. La fin du XXe siècle et le début du XXIe siècle ont inauguré des révolutions technologiques successives, impliquant des transformations dans la manière d'expliquer la réalité et de donner un sens à la réalité, au langage, en bref, au monde tel qu'il était connu avant ces révolutions. De nombreuses perspectives théorico-philosophiques pourraient décrire la société contemporaine au XXIe siècle, mais nous nous concentrerons sur ce nouveau et complexe réseau de relations intersubjectives et discursives capables d'induire la production de sens sur l'être lui-même.

L'ensemble du contexte général produit par ces changements a perturbé les théories sociales, politiques et juridiques contemporaines, à tel point que l'avènement d'Internet et la diffusion d'une révolution numérique ont conduit au processus appelé par Manuel Castells la « fin des villes », car le premier lieu d'identification de l'individu ne serait plus la ville elle-même. Les gens commenceraient à vivre connectés dans une nouvelle topographie qui n'a pas besoin de l'endroit concret dans lequel ils se trouvent physiquement. La grande

ironie de ce processus souligné par Castells (1996) est que de tels préludes ne se sont pas matérialisés de loin, car l'humanité a connu à cette époque le plus grand mouvement d'urbanisation de l'histoire, à tel point que, selon lui, de nombreuses projections indiquent qu'environ 75% des êtres humains vivront dans des zones urbaines jusqu'à 2050.

Face à cette réalité déterritorialisée dans ses premières références, le pluralisme juridique a franchi un large spectre de pensée à l'intérieur duquel de nombreuses théories se sont positionnées à partir de perspectives différentes.

Comme nous l'avons vu dans le point précédent, Günther Teubner a fait valoir qu'il ne serait pas possible de soutenir une vision archaïque et légaliste du pluralisme juridique, car le problème auquel le droit serait confronté serait l'émergence d'ordres normatifs subsidiaires au droit étatique, en particulier les ordres régionaux ou les régimes corporatifs ; en d'autres termes, il serait nécessaire de dépasser les conceptions hiérarchiques du pluralisme juridique qui tendent à assimiler certains niveaux juridiques à la stratification de la société, en ignorant les phénomènes sociaux en dehors de cette hiérarchie. Plus que cela, l'institutionnalisme traditionnel qui centralisait la place sociale du pluralisme juridique dans les institutions étatiques formelles est dépassé. En résumé, Teubner (2005, 86-7) défend un « nouveau » pluralisme non légaliste, non hiérarchique et non institutionnalisé, puisque la dynamique des interactions dans le champ social produit une diversité d'ordres juridiques autoréférentiels.

Les théories juridiques actuelles du système et les critiques de la postmodernité utilisent généralement cette matrice pour développer leurs analyses des phénomènes juridiques. Il y aurait un ensemble d'éléments fondamentaux capables de promouvoir l'interconnexion entre les domaines social et juridique, et c'est à ce point que résident les désaccords théoriques entre de nombreuses théories juridiques contemporaines qui ont pour objet central la transnationalité des phénomènes juridiques. Teubner (2005, 82) souligne certains éléments qui sont présents en tant que présumées dans un bon nombre de ces théories, en particulier les théories systémiques : a) le tournant linguistique (*linguistic turn*) qui s'éloigne de la sociologie positiviste du droit ; b) la dissolution de la réalité sociale et de la réalité juridique dans la discursivité, qui réévalue, y compris les notions contemporaines d'intersubjectivité ; c) la fragmentation et la fermeture mutuelle des discours ; d) la nature *non-foundationalist* de l'argumentation juridique ; e) la déconstruction du sujet de droit ; f) l'exploration éclectique de diverses traditions de pensée ; g) la préférence pour *différence*, *différance* et *différend* face à ce qui est nécessaire ; et, surtout, h) le fondement du droit dans les paradoxes, les antinomies et les tautologies. En résumé, Teubner soutient qu'à côté d'un droit officiel des États toujours considéré comme autonome, autoréférentiel et autoreproducteur, il existe un pluralisme d'ordres normatifs dans lesquels les frontières entre le juridique et le social sont déformées jusqu'à ce qu'elles soient méconnaissables.

Il faut reconnaître que le droit officieux auquel il fait référence est constitué par la discursivité des sphères de normativité articulées en réseaux dont l'inter-textualité dissout la pertinence de la distinction entre le social et le juridique

dans l'approche du réel. La centralité du discours officiel produit par le droit étatique n'existant plus, une nouvelle hiérarchie de la signification linguistique se formera entre les sphères de normativité qui interagissent les unes avec les autres. Sur un plan prénormatif, en dérivant plus immédiatement de conceptions minimales de biens passables pouvant être considérés comme universels, il sera alors possible de soutenir l'apparition d'une *sphère constitutionnelle transnationale*. Ost (2004, 10) rappelle que le droit « codifie la réalité, l'institue par un réseau de qualifications convenues, l'enserme dans un système d'obligations et d'interdits. » Or, la gravité ou non de ces obligations et interdictions, sérieux ou non, conduira à une hiérarchie naturelle entre les sphères transnationales de la normativité.

Le pluralisme ordonné, proposé par Mireille Delmas-Marty, démontre qu'il est conscient de ce processus intertextuel de construction discursive de réseaux normatifs avec des sphères placées différemment entre elles en fonction de l'essentialité des biens qu'elles protègent. D'une part, il critiquait le modèle de l'école allemande de Luhmann et Teubner, car, selon elle, il centrerait l'analyse sur la circularité autoréférentielle des systèmes juridiques et écarterait tout chevauchement hiérarchique possible entre les systèmes.<sup>13</sup> D'autre part, dans un travail des années 1980, à une époque où Delmas-Marty (1986) avait déjà détecté que le droit de l'État, notamment en ce qui concerne le pouvoir punitif, trouvait des notions indéterminées de droits en dehors des limites territoriales de l'État, comme c'est le cas pour les droits de l'homme, permettant l'émergence de nouvelles formes juridiques sans qu'il soit nécessaire d'un ordre juridique unique et immuable. Il s'agirait d'un *droit mobile et flou*, qui surgirait dans des sphères internationales ou transnationales, mais dont le contenu normatif serait reconnaissable par lui-même comme étant capable d'exercer la primauté sur le droit étatique.

Lorsqu'elle développe son cours au Collège de France, à partir de 2002, elle publiera quelques années plus tard les volumes qui composent son *Les Forces imaginantes du droit*.<sup>14</sup> Peut-être que l'hypothèse théorique la plus importante qui est soutenue dans ce chapitre se trouve dans les volumes II et IV, en particulier lorsqu'il est indiqué qu'au début du XXI<sup>e</sup> siècle, le paysage juridique était dominé par ce qui est « l'imprécis, l'incertain, l'instable, ou encore, en termes provocateurs, le flou, le doux et le mou, dont nous avons précédemment observé les ordonné » (Delmas-Marty 2006, 7). Insistant sur l'accent mis sur l'efficacité des décisions produites par les juridictions pénales internationales, Delmas-Marty (2011) affirmait, dans le dernier volume, que l'existence d'*interdits fondateurs* permettrait de « relativiser le relativisme » dans la mesure où ils promeuvent une communauté de sens autour de valeurs qui sont en fait reconnaissables comme universelles. De tels interdits seraient formés par des conduites criminelles qui produisent une offense essentielle à l'espèce humaine, devenant, par elles-mêmes, des sources de droit légitimées non pas par la politique, ni par une quelconque

<sup>13</sup> Voir Mireille Delmas-Marty (1994), Livre I, Cap. 3.

<sup>14</sup> Voir Mireille Delmas-Marty (2004, 2006, 2007 et 2011).

hiérarchie normative, mais par un cadre axiologique destiné à protéger les biens innés à la condition humaine.

Mais qu'est-ce qui ordonnerait ce pluralisme ordonné ? Bien au-delà d'une croyance utopique et cosmopolite en l'universalisme pure des droits de l'homme, Delmas-Marty (1998) a soutenu, au fil de quatre décennies de publications, que cette catégorie de droits s'affirmait sur la base d'une logique de gradation. Une alternance de discontinuités entre le relatif et l'universel. Dans trois de ses quatre derniers ouvrages, elle approfondit ce qu'elle appelle l'humanisme juridique.<sup>15</sup> C'est-à-dire un humanisme qui acceptait les désaccords culturels et les prenait comme points de départ discursifs pour la construction d'un éventuel accord interculturel ultérieur de nature politique, qui pourrait même aboutir à la production commune d'une normativité juridique. Le processus de transformation du sens de l'humain est continu et n'est pas emprisonné dans la temporalité de la norme. En bref, cet humanisme juridique pourrait être défini comme une compréhension axio-orientée du phénomène juridique, cherchant la construction de sphères transnationales de normativité dans des conditions pour former un *jus commune universalisable*, pour reprendre les mots de Delmas-Marty.<sup>16</sup>

De même que l'unité du système juridique est une caractéristique fondamentale de la théorie constitutionnelle moderne de la matrice étatique, il est vérifié qu'un pluralisme discursivement ordonné et hiérarchique des sphères de normativité émerge comme l'une des trois caractéristiques épistémologiques essentielles du constitutionnalisme transnational, aux côtés du concept multidimensionnel d'espace et de la notion dialogique de création constitutionnelle.

## Bibliographie

- Baudrillard, Jean. 1995. *The Gulf War Did Not Take Place*. Bloomington : Indiana University Press.
- Carbonnier, Jean. 1992. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris : LGDJ.
- Carré de Malberg, Raymond. 2004. *Contribution à la Théorie générale de l'État* (orig. 1922). Paris : Dalloz.
- Castells, Manuel. 1996. *The Rise of the Network Society*, vol. I. The Information Age : Economy, Society and Culture. Cambridge/Oxford : Blackwell.
- Delmas-Marty, Mireille. 1986. *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*. Paris : P.U.F.
- Delmas-Marty, Mireille. 1994. *Pour un droit commun*. Paris : Le Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 1998. *Trois défis pour un droit commun*. Paris : Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 2004. *Les Forces imaginantes du droit*, vol. I. Le relatif et l'universel. Paris : Le Seuil.

<sup>15</sup> Voir, en particulière, Delmas-Marty (2016, 2019 et 2020).

<sup>16</sup> Voir les différentes approches possibles du thème dans l'œuvre organisée par Perruso, Martin-Chenut et Delmas-Marty (2021). Sur le contexte général des travaux de Delmas-Marty, voir Saldanha (2024).

- Delmas-Marty, Mireille. 2006. *Les Forces imaginantes du droit*, vol. II. Le pluralisme ordonné. Paris : Le Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 2007. *Les Forces imaginantes du droit*, vol. III. La refondation des pouvoirs. Paris : Le Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 2011. *Les Forces imaginantes du droit*, vol. IV. Vers une communauté de valeurs. Paris : Le Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 2016. *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris : Le Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 2019. *Sortir du pot au noir. L'humanisme juridique comme boussole*. Paris : Buchet Chastel.
- Delmas-Marty, Mireille. 2020. *Une boussole des possibles : gouvernance mondiale et humanismes juridiques*. Paris : Éditions du Collège de France.
- Dupuy, René-Jean. 1986. *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*. Paris : Economica/UNESCO.
- Dupuy, René-Jean. 1993. "Les espaces hors souveraineté." *Revue Pouvoirs* 67 : 99-106.
- Galli, Carlo. 2001. *Spazi politici : l'età moderna e l'età globale*. Bologna : il Mulino.
- Giddens, Anthony. 1990. *The Consequences of Modernity*. Cambridge : Polity.
- Hirst, Paul. 2005. *Space and Power : Politics, War and Architecture*. Cambridge : Polity.
- Höffe, Otfried. 1987. *Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*. Frankfurt am Main : Suhrkamp Verlag.
- Höffe, Otfried. 2002. "Visão República Mundial: Democracia na era da globalização." Trad. Celso de Moraes Pinheiro. *Veritas* 47, 4 : 553-66. <https://doi.org/10.15448/1984-6746.2002.4.34899>
- Jellinek, Georg. 2005. *Ausgewählte Schriften und Reden* (orig. 1911), trad.fr. *L'état moderne et son droit*, vol. I. *Théorie générale de l'état*. Paris : Panthéon Assas.
- Kuhn, Thomas. 1970. *The Structure of Scientific Revolutions* (orig. 1962) trad. fr. *La structure des révolutions scientifiques*. Paris : Flammarion.
- Leszczynski, Agnieszka. 2015. "Spatial media/tion." *Progress in Human Geography* 39, 6 : 729-51. <https://doi.org/10.1177/0309132514558443>.
- Leveau, Philippe. 1993. "Territorium urbis. Le territoire de la cité romaine et ses divisions : du vocabulaire aux réalités administratives." *Revue des Études Anciennes* 95, 3-4 : 459-71.
- Martin-Chenut, Kathia. 2021. "Porosités entre soft et hard law : l'exemple de la Responsabilité Sociétale des Entreprises (RSE)." In *Porosités du droit*, sous la dir. V. G. Curran, 43-61. Paris : Société de législation comparée.
- Ménessier, Thierry. 2001. "Principauté et souveraineté chez Machiavel." In *Penser la souveraineté*, édité par Gian Mario Cazzaniga, et Yves-Charles Zarka, 28-41. Paris : Vrin.
- Merry, Sally E. 1988. "Legal Pluralism." *Law & Society Review* 22, 4 : 869-901.
- Nasser, Salem Hikmat. 2006. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo : Atlas.
- Neves, Marcelo. 2009. *Transconstitucionalismo*. São Paulo : WMF Martins Fontes.
- Neves, Marcelo. 2014. "(Não) Solucionando problemas constitucionais : transconstitucionalismo além de colisões." *Lua Nova* 93 : 201-32. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>
- Ost, François, et Michel van de Kerchove. 2002. *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- Ost, François. 2004. *Raconter la loi : aux sources de l'imaginaire juridique*. Paris : Odile Jacob.

- Perruso, Camila, Kathia Martin-Chenut, et Mireille Delmas-Marty, sous la dir.. 2021. *Sur les chemins d'un jus commune universalisable*. Paris : Mare & Martin.
- Polanyi, Karl. 1944. *The Great Transformation : The Political and Economical Origins of Our Time*. New York : Rinehart & Co.
- Rocha, Leonel Severo. 2003<sup>2</sup>. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo : Editora Unisinos.
- Saldanha, Jânia Maria Lopes. 2024. "Mireille Delmas-Marty : uma consciência atemporal para o Direito." In *Teorias do Direito e da Justiça: obras e autores*, org. André Gustavo Corrêa de Andrade, 367-96. Rio de Janeiro : Editora GZ.
- Schmitt, Carl. 1986. *Terra e mare*. Trad. it. Angelo Bolaffi. Milano : Giuffrè.
- Suzor, Nicolas P. 2018. "Digital Constitutionalism : Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms." *Social Media + Society* 4, 3 : 1-11. <https://doi.org/10.1177/2056305118787812>
- Suzor, Nicolas P. 2019. *Lawless : The Secret Rules That Govern our Digital Lives*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Teubner, Gunther. 1992. "The two faces of Janus : rethinking legal pluralism." *Cardozo Law Review* 13 : 1443-462.
- Teubner, Günther. 2005. *Direito, Sociedade e Policontextualidade*. Trad. Bruna Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba : Unimep.
- Tsagourias, Nicholas. 2007. "The constitutional role of general principles of law in international and European jurisprudence." In *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, edited by Tsagourias, Nicholas, 71-106. Cambridge : Cambridge University Press.



## Vers un constitutionnalisme transnational pluriversaliste ?

Après avoir commencé par l'analyse d'un parcours historique, suivie d'une tentative de compréhension ontologique et, enfin, d'avoir ajouté des aspects centraux d'une épistémologie juridico-constitutionnelle qui permettrait de construire l'objet d'étude qui donne son titre à cet ouvrage, le neuvième et dernier chapitre risque de laisser des questions plus ouvertes et sans affrontement, au lieu d'apporter précisément de nouvelles réponses au phénomène constitutionnel transnational. Afin de ne pas éviter de donner les réponses ou, au moins, les tentatives de le faire, la première section suivante vise à démontrer comment l'émergence et le développement du constitutionnalisme transnational peuvent être pensés à partir de ce que nous appellerons le réalisme discursif. En d'autres termes, c'est la formation historique du phénomène constitutionnel en tant que produit d'une construction discursive et intertextuelle entre les individus, les cultures et les peuples, qui lui a permis d'être projeté à l'échelle mondiale lorsque les limites territoriales de l'État ont été dépassées, en particulier dans les premières décennies du XXe siècle.

La deuxième section de ce chapitre, en reprenant et en redimensionnant l'idée de force normative, cherchera à soutenir que, sans la territorialité et l'unité du système juridique comme balises, le constitutionnalisme transnational trouve ses conditions de développement dans les processus d'interaction entre les différents ordres normatifs.

Enfin, en clôturant l'ouvrage, le thème des droits de l'homme sera directement abordé sur la base d'une possible théorie pluriversaliste du constitutionnalisme transnational. L'idée sous-jacente réside dans la condition de l'avenir constant

des droits de l'homme, c'est-à-dire d'un projet éternel à réaliser à partir d'une évolution progressive des conditions intersubjectives de formation des conditions du discours juridique ; la définition d'une ontologie minimale présupposée comme condition de possibilité du phénomène constitutionnel transnational sera soutenue comme un attribut inhérent, avant tout, aux droits de l'homme dans le scénario mondial actuel. La perspective pluriversaliste résidera dans la manière dont cette catégorie de droits est construite et réaffirmée à partir de différentes formations culturelles, dont les accords et les désaccords démontrent l'universalité de certains biens et droits, au détriment d'autres. Une perspective qui n'est pas relativiste, puisqu'elle reconnaît seulement que l'individu, avant d'être pensé globalement, voit la construction de sa subjectivité initiée localement dans un contexte socioculturel défini.

### 9.1 Propositions pour un réalisme discursif comme fondement épistémologique

La mention d'un réalisme discursif peut faire référence à deux conceptions qui, initialement, doivent être affrontées. Dans la pensée jusphilosophique occidentale, le réalisme juridique a inévitablement un certain degré de connexion avec le concept schmittien de constitution, bien qu'il existe d'autres réalismes, comme le réalisme scandinave, et que le pragmatisme américain lui-même soit considéré comme une forme de réalisme. La discursivité, en revanche, est présente dans de nombreuses théories et domaines de la connaissance, mais la théorie de l'action communicative de Habermas finit par se démarquer dans la pensée juridique.

Quant au problème de la constitution dans Schmitt comme étant le produit de la volonté de ceux qui détiennent le pouvoir souverain, la question de la légitimité qui sous-tend cette définition sera ensuite supprimée, puis la notion de pouvoir sera redéfinie. Précédemment, dans la deuxième partie, nous avons soutenu que le concept de pouvoir relationnel, notamment basé sur les définitions de Foucault, serait mieux à faire face à une réalité complexe sans un souverain défini en des termes au minimum proches de ceux de l'État moderne. Se développant à partir de l'interaction et de la production normative de différents acteurs, le constitutionnalisme transnational a dans le pouvoir relationnel de ces mêmes acteurs la mesure du dynamisme interrelationnel entre des entités complètement distinctes qui, dans un structuralisme encore moderne, ne trouveraient pas les conditions d'un discours commun.

Par conséquent, quant à savoir pourquoi on attribue à ce réalisme un caractère notamment discursif, c'est à partir de cette interaction entre des acteurs distincts et des réseaux de normativité que seront construits des objectifs politiques communs sur la base de biens reconnaissables comme communs.

Il convient de rappeler que le constitutionnalisme est généralement défini comme

un mouvement de pensée visant, depuis ses origines, à poursuivre des fins politiques concrètes, consistant essentiellement en la limitation des pouvoirs publics et l'affirmation de sphères d'autonomie garanties normativement (Fioravanti 2009, 5).

Le politologue Nicola Matteucci (1997, 127) souligne le caractère finaliste du phénomène : « Le terme ‘constitutionnalisme’ désigne généralement la réflexion sur certains principes juridiques qui permettent à une constitution d’assurer le meilleur ordre politique dans diverses situations historiques. » En d’autres termes, que ce soit d’un point de vue juridique ou politique, il est vérifié que le phénomène constitutionnel vise à l’origine à exercer la limitation du pouvoir politique et la protection des droits fondamentaux.

Comme les systèmes constitutionnels modernes ont différentes formes de légitimation du pouvoir politique, il existe une distinction conceptuelle qui mérite d’être récapitulée ici : la constitution avec constitutionnalisme et la constitution sans constitutionnalisme.

L’expression « constitution sans constitutionnalisme » a été inventée par Joseph H. H. Weiler (1996) pour soutenir qu’une éventuelle constitution pour l’Europe serait le produit d’une concertation politique plutôt que de son propre véritable constitutionnalisme. Dans un sens un peu différent, Gustavo Gozzi (2007, 475) soutient que l’expression sert à désigner les constitutions des États islamiques qui les ont adoptés comme des formes de

reconnaissance des arrangements politiques existants plutôt que comme un instrument de séparation des pouvoirs et de garantie des droits fondamentaux. À de nombreuses reprises, les constitutions des États islamiques ont été souhaitées par des régimes autoritaires.

Il s’agit de situations politiques dans lesquelles les constitutions visent à rendre effective l’autorité politique de l’État, en renforçant les instruments institutionnels pour mettre en œuvre le texte dans la réalité du monde de la vie, sans aucune ambition d’introduire un modèle de constitutionnalisme (Groppi 2006).

L’idée d’une constitution sans constitutionnalisme au sens premier, c’est-à-dire du point de vue supranational, fait généralement l’objet immédiat des recherches des internationalistes et des spécialistes du droit communautaire. Cependant, parler d’une constitution sans constitutionnalisme oblige, d’emblée, à délimiter la nature du processus politique dans lequel le pouvoir constituant originel a rédigé la constitution. Cette expression n’existe que pour désigner les États sans processus démocratiques à l’origine. Ce sont des gouvernements autoritaires, des caudillos, des dictateurs, comme les colonels sud-américains, ceux qui s’imposent eux-mêmes leur propre constitution après avoir pris le pouvoir. Ainsi, la constitution ne sera pas la conséquence maximale d’un pacte social, ni un instrument pour garantir la coexistence sociale ou pour protéger les droits : elle ne sera qu’un instrument de son propre pouvoir. Le peuple et sa représentation ne peuvent pas trouver de sièges dans le processus constituant.

Les ruptures politiques empêchent le plein développement du constitutionnalisme tout au long de l’histoire d’un pays. Cependant, il peut y avoir une constitution même sans tradition constitutionnelle ; il suffit qu’il y ait une volonté politique pour établir un nouvel ordre juridico-constitutionnel.

Une autre possibilité d’une constitution sans constitutionnalisme est présente dans les États théocratiques, en particulier parce que les orientations théologiques

sont incompatibles avec la nature même du constitutionnalisme moderne. Il faut se rappeler que le phénomène constitutionnel est né en Europe comme un processus politique d'opposition au pouvoir despotique des monarchies, mais, en fin de compte, il s'est opposé aux fondements métaphysiques qui ont souvent soutenu les monarchies. Pour cette raison, le bon usage du concept de constitutionnalisme exige, avant tout, que l'exigence de la laïcité du pouvoir soit présente.

Lorsque l'on examine la réalité contemporaine de la plupart des régimes islamiques, on constate une situation de profonde complexité et d'intersection entre des modèles apparemment opposés :

D'une part, ils réaffirment le lien avec la charia, tandis que, d'autre part, ils reprennent des principes importants de la tradition occidentale, tels que, par exemple, la conception occidentale des droits (Gozzi 2007, 477).

Les influences occidentales sur les conceptions islamiques des droits subjectifs peuvent être le résultat de « transplantations juridiques », au sens de l'expression d'Alan Watson, ou elles peuvent être une conséquence de ce que Serge Latouche (1989) a appelé l'occidentalisation du monde.

Revenant à notre objet d'étude dans cette recherche, nous soulignons que la compréhension de l'émergence et du développement du constitutionnalisme transnational présuppose sa propre contextualisation historique. Comme nous l'avons soutenu dans les deux premières parties de cet ouvrage, le constitutionnalisme transnational ne naît pas comme une rupture avec les autres phases du constitutionnalisme occidental, mais comme la nouvelle étape d'un processus évolutif.

Deux raisons fondamentales corroborent cette hypothèse théorique : sa matrice fonctionnelle libérale et une téléologie sociale dans la défense de droits diffus, homogènes et transindividuels.

L'un des héritages les plus expressifs de la première phase du constitutionnalisme, c'est-à-dire de la phase libérale, qui a commencé surtout avec les constitutions des États-Unis (1787), de la France (en particulier la constitution jacobine de 1791) et d'autres pays qui ont cherché leur inspiration principalement dans les idéaux de la Révolution française, comme le Brésil (1824) et le Portugal (1822), semble être l'affirmation de la condition humaine comme centre axiologique du système politique. Si, avec Descartes (1596-1650) et Spinoza (1632-1677), on a vu la raison exhortée au détriment de la foi, on a vu avec Hobbes (1588-1679)<sup>1</sup> et Locke (1632-1704) – bien que tous deux fussent, respectivement, partisans de la monarchie et de l'oligarchie<sup>2</sup> – l'autonomie de l'individu et sa liberté défendues comme points de départ de l'organisation de l'État.

<sup>1</sup> Pour une étude plus approfondie de la philosophie hobbesienne, voir mon Teixeira 2007.

<sup>2</sup> Oligarchie en ce sens que seuls ceux qui possèdent des biens devraient participer à la plus haute instance de décision politique : le Parlement. Crawford B. MacPherson (1964, 221) nous rappelle que, si l'État est né, pour Locke, avec le but plus grand de protéger la propriété, présupposée comme le bien suprême de l'être humain, non seulement le Parlement est justifié en tant qu'organe élitiste : « Il justifie également, comme naturel, une classe différentielle en droits et

Fioravanti (2009, 8) souligne que l'évolution du constitutionnalisme à l'ère libérale, notamment déjà au XIXe et au début du XXe siècle, plus précisément jusque dans les années 1920, « cherche des limites et des garanties, mais aussi la sécurité et la stabilité ». En ce sens, le constitutionnaliste italien rappelle que tout au long du XIXe siècle, il existait en Europe une culture constitutionnelle commune qui, malgré les différentes expériences nationales, a essayé de diverses manières

de faire coexister la garantie des droits et le principe de la souveraineté politique, en recherchant en ce sens un point d'équilibre suffisamment stable, ou une garantie des droits qui ne remette pas en question le principe de la souveraineté, et vice versa (Fioravanti 2009, 8).

Par conséquent, aujourd'hui, l'État de droit finit par révéler clairement les influences du libéralisme dans ce que l'on peut appeler des espaces de liberté : le marché et l'opinion publique (Matteucci 1998, 260). La société, entendue comme le produit d'une série d'échanges entre individus, se concentre dans les échanges marchands de nature économique, tandis que les conséquences éthiques et morales des relations interpersonnelles feront l'objet de l'opinion publique. En résumé, le marché et l'opinion publique, deux protagonistes majeurs du constitutionnalisme transnational, dérivent directement du mouvement constitutionnel libéral.

Une caractéristique qui est à la fois un défaut et un avantage du libéralisme est sa capacité à construire des catégories conceptuelles abstraites, amorphes et présumées universelles. C'est un défaut parce qu'à de nombreux moments, comme dans la définition des droits de l'homme, il représente la défense d'une idée abstraite de l'être humain qui ne tient pas compte de ce qui se passe dans les réalités factuelles auxquelles les individus appartiennent.<sup>3</sup> En conséquence, l'idéologisation<sup>4</sup> qui en résulte finit inévitablement par contaminer l'argumen-

en rationalité, et ce faisant, fournit la base morale positive de la société capitaliste. » Fioravanti (2007, 90-1) dit que : « Il manquait cependant aux hommes ce que Locke lui-même appelait une *règle permanente*, une règle fixe et consolidée, capable de conserver dans le temps la *propriété* déjà acquise à l'état de nature. Par conséquent, les hommes décidèrent de quitter l'état de nature et d'instituer une société politique. Ces hommes y voyaient essentiellement un instrument d'amélioration de la condition déjà existante, qui leur permettait de mettre au service de leur *propriété* et de leurs droits des institutions politiques qui, en tant que telles, n'auraient jamais pu être établies à l'état de nature : un législateur et une loi capable de représenter la 'mesure commune' dans la détermination de l'erreur et de la raison dans les controverses entre individus, un juge 'certain et impartial' sur lequel on peut toujours compter pour l'application de la loi, et un pouvoir ultérieur, l'exécutif, qui a en lui-même, de manière incontestable, la force nécessaire pour faire exécuter les peines » (Fioravanti 2007, 90-1).

<sup>3</sup> Pour une critique générale de l'universalisme de la doctrine des droits de l'homme, voir Teixeira 2011, Partie II.

<sup>4</sup> Pour une conception de l'idéologie, on se réfère au caractère absolutisant, de la « vérité *suprême* », mis en évidence avec justesse par Raymond Aron (1996, 201) : « Nous appelons idéologie une *interprétation plus ou moins systématique de la société et de l'histoire, considérée par les militants comme la vérité suprême* ».

tation de ceux qui soutiennent les propositions universalistes, ainsi que par leur enlever la rigidité méthodologique minimale qu'exige le discours scientifique.

D'autre part, si une telle propension à l'homogénéisation, dans la perspective d'une définition substantielle des droits de l'homme, peut être comprise comme offensante pour la diversité humaine et le multiculturalisme, c'est l'inverse qui est vrai du point de vue formel : l'ouverture systémique, la promotion de l'inclusion de ceux qui acceptent des règles procédurales communes à tous, comme le principe de tolérance, se révèle être un corollaire direct de l'idée d'égalité formelle qui sous-tend le libéralisme. En un mot, c'est un réel avantage que présente cet héritage libéral. Le problème fondamental de l'existence humaine réside autour de la liberté et le constitutionnalisme a été, depuis ses origines, guidé par la recherche de la liberté. Dans sa version libérale, le constitutionnalisme conçoit la liberté comme l'absence de contraintes (légales ou réelles), c'est-à-dire la liberté négative. L'être est conçu comme libre de se développer, tant qu'il n'y a pas de limites au plein développement de sa personnalité. Cependant, les perspectives formelles de liberté et d'égalité seront décisives, comme nous le verrons ci-dessous, pour la viabilité théorique du constitutionnalisme transnational.

Si la première phase du constitutionnalisme a été une ode à la liberté individuelle, notamment parce qu'elle a affirmé la première dimension des droits de l'homme, l'épuisement de ce modèle individualiste s'est prêté à montrer, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, la nécessité d'une action efficace de l'État dans la protection non seulement des droits individuels, mais aussi de ceux de la collectivité. La Révolution russe (1917) a légué une catégorie juridique fondamentale à l'histoire du constitutionnalisme : les droits sociaux.<sup>5</sup> Bien qu'ils aient déjà été en plein développement dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, comme dans le cas des droits du travail opposés à la volonté effrénée de progrès de la société industrielle, la signification politique de la Révolution rouge a été d'une valeur singulière, car dès lors une série de constitutions a émergé, non seulement en Europe, mais aussi dans les Amériques, qui incorporaient à la fois la protection des droits sociaux et la conception même du phénomène constitutionnel en tant que mouvement visant à protéger les droits individuels et collectifs. En ce sens, parmi les principales constitutions du constitutionnalisme social, on trouve celles du Mexique (1917), de l'Allemagne (Weimar 1919), de la Russie (1919), de l'Autriche (1920), du Brésil (1934) et de l'URSS (1936).

Karl Loewenstein (1957, 146) a bien rappelé que toutes les premières constitutions occidentales modernes étaient d'idéologie libérale parce que

le *telos* du constitutionnalisme de la première époque était la limitation du pouvoir absolu et la protection des destinataires du pouvoir contre l'arbitraire et le manque de mesure des détenteurs du pouvoir.

<sup>5</sup> Pour une analyse de l'influence de la Révolution susmentionnée et de la pensée de Marx sur l'origine des droits sociaux, voir Kaufmann (2009, 42-9).

Fioravanti (1995, 118), d'autre part, souligne qu'avec l'avènement de l'État de droit libéral, le cadre normatif suivant a été créé :

La *souveraineté* de l'État éloignée des prétentions contractualistes des individus et des forces sociales, d'une part ; et l'*autonomie de la société civile* loin des prétentions digiristes des pouvoirs publics, d'autre part.

Une conséquence logique serait le raisonnement suivant :

si toutes les libertés sont fondées uniquement et exclusivement sur les lois de l'État, il faut admettre qu'il n'y a alors *qu'un seul droit fondamental, celui d'être traité selon les lois de l'État* (Fioravanti 1995, 125).

Les insuffisances du modèle libéral sur le sol européen ont provoqué une transition, qui s'est produite au début du XXe siècle, vers l'État de droit social. Cependant, l'idée de la *suprématie du droit* dans la résolution des conflits sociaux a toujours été préservée, ce qui implique son utilisation comme instrument de protection des droits contre l'arbitraire. La loi est dotée d'une si grande signification parce qu'elle

est la voie indispensable vers les libertés. L'individu est libre dans la mesure où il agit dans les limites de la loi, et la loi, à son tour, est le seul instrument capable de le protéger de l'arbitraire (Costa 2002, 94).

Ce qui est finalement significatif dans le constitutionnalisme social, c'est l'expansion de l'idée de liberté, qui n'est plus seulement considérée comme un « non-faire » de la part de l'État (sens négatif) et commence à être considérée comme un « faire », c'est-à-dire un devoir de prestation de la part de l'État (sens positif). Ernst Fortshoff (1973, 31-3) soulignait que, parallèlement à l'État de droit, un autre ordre de valeurs était en train d'émerger en termes de régulation politico-sociale : l'État social.

La plus grande contribution à la théorie constitutionnelle du XXe siècle apportée par l'État de droit social lui-même et, par conséquent, par le constitutionnalisme social, semble être la redéfinition de la fonction normative de la constitution au sein d'un État de droit : d'un document plus politique que proprement juridique, il devient, en particulier avec les constitutions de l'après-guerre, un document juridique doté d'une normativité supérieure à n'importe quelle autre loi, une fois qu'elle a la prérogative d'être la loi suprême d'un système juridique. Avec cela, la *suprématie de la loi* est surmontée et nous arrivons à la *souveraineté de la constitution*.<sup>6</sup>

Contrairement à la phase précédente du constitutionnalisme, dans la version sociale – qui, à son tour, a affirmé la deuxième dimension des droits de l'homme au niveau constitutionnel – la condition de l'individu a toujours été prise dans une perspective politico-sociale dans laquelle la participation de l'État était

<sup>6</sup> En ce sens, Matteucci (1998, 26) affirme que « El ideal de Estado de derecho nace del derecho administrativo, el constitucional del derecho público. »

essentielle à la réalisation pratique des droits sociaux, des droits du travail et des droits dont les titulaires n'étaient pas nécessairement définis *a priori*, comme dans le cas du droit à la santé, à l'éducation, à la culture, à un marché économique régi par l'État, entre autres. Cela a conduit à maintenir la nécessité d'une *liberté positive* : une participation instrumentale de l'État en tant qu'agent capable de fournir des droits qui, sans son action concrète, seraient difficilement mis en œuvre, notamment en raison de l'absence d'une structure politico-juridique qui permettrait la réalisation de ces droits directement par leurs titulaires.<sup>7</sup>

Cependant, le constitutionnalisme transnational sera directement lié à la troisième dimension des droits de l'homme, qui a pour caractéristique principale la défense des droits transindividuels, également appelés droits de solidarité et de fraternité, ou encore droits des peuples. Les deux grandes références normatives que l'on peut trouver liées à la génération actuelle sont : la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée en 1948 par les Nations Unies, et la Déclaration universelle des droits des peuples, de 1976, également proclamée par l'ONU.

La nature sociale des droits de cette dimension est perfectionnée dans la protection des droits collectifs et diffus, de sorte que, en général, ils ne sont pas limités à une situation de fait donnée, permettant de considérer des principes tels que la solidarité, la recherche de la paix et l'autodétermination des peuples comme des exemples de droits dont les détenteurs sont diffus dans un univers phénoménologique qui a pour base des institutions nationales ou supranationales à la défense de ces droits.

L'ère individualiste des droits dans laquelle nous vivons – ainsi appelée par Norberto Bobbio – a fait que l'exploitation, l'avilissement, la misère et la violence que présentait la Seconde Guerre mondiale soient considérées par tout système juridique ou politique « humainement » orienté axio comme des exemples à éviter à tout prix. Les constitutions européennes qui ont été rédigées au lendemain de l'Holocauste ont donné la priorité aux droits de l'homme sur tout autre droit. En Allemagne, par exemple, la Loi fondamentale de Bonn (1949), dans son article 25, a déclaré que les normes du droit international doivent prévaloir sur celles du droit interne lorsqu'il s'agit des droits de l'homme.<sup>8</sup> La Constitution portugaise de 1976 a suivi la même orientation en ordonnant l'inclusion dans la liste des droits de l'homme de tout autre droit contenu dans les lois et règles

<sup>7</sup> En ce sens, il convient de rappeler la réflexion suivante de Bobbio : « Enfin, en descendant de l'idéal au plan réel, c'est une chose de parler des droits de l'homme, droits toujours nouveaux et de plus en plus étendus, et de les justifier par des arguments convaincants ; C'en est une autre de leur garantir une protection efficace. À cet égard, la considération suivante est également opportune : à mesure que les réclamations augmentent, leur satisfaction devient de plus en plus difficile. Les droits sociaux, comme nous le savons, sont plus difficiles à protéger que les droits à la liberté. Mais nous savons tous, de la même manière, que la protection internationale est plus difficile qu'une protection à l'intérieur d'un État, en particulier au sein d'un État de droit. » Bobbio 1992, 80.

<sup>8</sup> Une telle disposition législative a servi d'inspiration au principe de primauté du droit communautaire sur le droit local qui caractérise actuellement l'Union européenne. Sur le sujet, voir Carbone (2009) et Cassese (2009).

applicables du droit international, déterminant également, dans son article 16, que les préceptes constitutionnels et juridiques relatifs aux droits fondamentaux doivent être interprétés et intégrés en harmonie avec la Déclaration universelle des droits de l'homme (Trindade 2003, 508-9).

La téléologie sociale du constitutionnalisme transnational mentionnée ci-dessus réside dans la recherche de la protection non seulement des droits individuels, en particulier parce que ces droits sont généralement mieux protégés directement par leurs détenteurs au sein des États nationaux, mais surtout des droits diffus, homogènes et transindividuels qui trouvent souvent leurs définitions matérielles en dehors des limites des États. Il convient de noter que la protection et la définition matérielle des droits liés à l'environnement, par exemple, impliquent l'action directe d'agents non étatiques et notamment universels.

Comme nous le verrons dans la section suivante, la formation d'une constitution historique transnationale n'a été possible que face à la perte progressive des prérogatives du principe de la souveraineté étatique. Étant donné la nécessité de limiter non seulement le pouvoir des États, mais surtout celui des acteurs qui figurent dans la sphère transnationale et finissent par occuper une position centrale de production normative dans différents réseaux, la force normative de cette constitution historique transnationale doit être conçue comme un processus discursif continu de construction du sens, que ce soit à travers des juridictions constitutionnelles ou supranationales, soit par le droit international des droits de l'homme, soit par la production de nouvelles sphères de normativité.

En résumé, le constitutionnalisme transnational se construit sans une conception centralisée du pouvoir, puisque les rapports de force concrets se produisent de manière dispersée et contingente dans diverses sphères transversales et à travers l'action d'acteurs aux compétences normatives ou juridictionnelles diverses et variées.

## 9.2 La force normative de la constitution historique transnationale

En supposant que cette constitution historique mondiale soit le produit d'un constitutionnalisme transnational, il est nécessaire de réfléchir aux objectifs qui ont guidé le constitutionnalisme moderne au cours des deux derniers siècles. En ce sens, il est convenu de dire que les trois fonctions du constitutionnalisme sont : (1) limiter la puissance publique ; (2) exprimer les intérêts et les biens d'une communauté politique donnée ; et (3) d'intégrer la population dans les processus délibératifs de l'État (Maduro 2006, 336-37).

De telles fonctions visaient à déterminer le rôle de la constitution et, d'une manière plus élargie et historique, du phénomène constitutionnel à l'intérieur des limites territoriales de l'État moderne. Fioravanti (2009, 149) l'illustre en affirmant que le constitutionnalisme a deux faces, où la *première* représenterait l'opposition au modèle médiéval d'organisation politique, concentrant le pouvoir de l'*imperium* (exiger des impôts, appliquer la justice, etc.) dans l'État jusqu'à ses frontières, tandis que la *seconde face* serait de limiter l'exercice du pouvoir de l'État et de définir les droits et garanties individuels, y compris le droit de

l'individu de participer au processus politique avec la construction progressive d'assemblées représentatives. Cependant, le constitutionnalisme transnational implique un redimensionnement et une réadaptation de ces trois fonctions traditionnelles du constitutionnalisme.

En ce qui concerne la limitation du pouvoir public (*fonction 1*), si à l'origine la Constitution avait pour objet de limiter intérieurement le pouvoir de l'État, la version transnationale/mondiale/supranationale du constitutionnalisme a pour objectif principal de limiter les pouvoirs de l'État à l'intérieur et à l'extérieur. Les juridictions internationales, les agences de réglementation, les organismes internationaux spécialisés et les communautés internationales elles-mêmes font partie d'un phénomène constitutionnel élargie et global de nature transnationale qui propose de transférer à la sphère internationale les prérogatives qui impliquent les fonctions considérées comme essentielles pour la communauté internationale. Des auteurs tels que David Held (2005, 169-70) soutiennent qu'une telle forme de souveraineté internationale libérale ne représente pas l'affaiblissement ou l'extinction de l'État national. Sur la base de cette nouvelle conception de la souveraineté, l'État national aurait « un rôle important dans la protection et le maintien de la sécurité et du bien-être de ses citoyens » (Held 2005, 170). Ce que Held ne mentionne pas, c'est que la fonction supposée « importante » qui incomberait à l'État ne serait rien d'autre que de s'occuper des questions triviales de la municipalité, c'est-à-dire faire face à des problèmes banals et, surtout, instrumentaliser l'application des politiques publiques décidées par les autres strates, dimensions et acteurs responsables de la *gouvernance mondiale*, qui traitent de questions vraiment « vitales » et qui ne sont plus à l'État d'aborder (Hirst et Thompson 1999, 263). Nous voyons donc que la manière dont se déroulera la limitation du pouvoir public dans la sphère internationale semble être un aspect névralgique pour toute conception du constitutionnalisme transnational.

En ce qui concerne la protection des intérêts et des biens de la communauté politique (*fonction 2*), lorsqu'elle est projetée dans le cadre de l'ordre international, elle constitue certainement un argument philosophique central dans le processus de justification rationnelle de toutes les propositions d'universalisme juridique ou d'intégration internationale présentées tout au long du XXe siècle. De Kelsen à Habermas, l'idée du bien et son mode de protection ont fait l'objet de différentes interprétations et constructions théoriques aux prétentions universalisantes. Jean Dabin, qui avait été civiliste avant même de développer la recherche dans le domaine de la philosophie politique et de la théorie du droit, vivant en plein développement des processus d'intégration politique mondiale qui étaient en train d'être esquissés au début du XXe siècle, notamment comme moyen d'éviter des régimes totalitaires similaires à ceux qui dévasteront l'Europe à l'avenir, il parlait déjà d'un « bien public international » qui devait être poursuivi par tous les peuples (Dabin 1939, 466-67). En d'autres termes, un bien commun de l'humanité qui ne pourrait pas être laissé sous la tutelle interne de quelques États. La contribution de Dabin est d'une singulière pertinence parce qu'elle traitait du bien public en tant que reflet de l'intérêt public, mais qui, dans ce cas, serait un « intérêt public international ».

On arrive alors à la dimension programmatique que le constitutionnalisme finit presque toujours par assumer, qu'il s'appuie ou non sur une constitution écrite. Constituer, c'est à la fois projeter et uniformiser l'avenir. L'établissement d'intérêts communs et d'un ordre du jour mondial capable de promouvoir la protection de ces avoirs est un processus politique international qui est incontestablement en cours depuis l'époque de la Société des Nations (1919-1946), et constitue également une toile de fond politique pour les troisième et quatrième dimensions des droits de l'homme. La protection de l'environnement, la lutte contre le terrorisme et la violence, la bioéthique et la régulation des nouvelles technologies sont des biens dont les effets dépassent le cadre des États et sont aujourd'hui reconnus comme des biens susceptibles de former une idée d'intérêt public véritablement transnational. Des trois fonctions du constitutionnalisme, celle-ci a des implications plus concentrées sur le plan philosophique, puisque les questions impliquant le pouvoir et la gestion de ces intérêts, ainsi que les moyens possibles de démocratiser la participation aux processus décisionnels, sont des attributions des autres fonctions.

En ce qui concerne l'intégration de la population dans les processus délibératifs (*fonction 3*), il s'agit, à notre avis, de la fonction la plus délicate que puisse proposer le constitutionnalisme transnational. D'un point de vue national, les presque trois siècles de constitutionnalisme se sont déjà avérés être une tâche ardue pour démocratiser les relations politiques et les processus délibératifs, en particulier lorsqu'il s'agit de pays à forte densité de population et de grandes étendues de terres. Il suffit de se rappeler que même le constitutionnalisme libéral reposait sur des critères restrictifs, tels que le vote recensé et l'interdiction du vote pour les femmes. En conséquence, le sens même du mot démocratie devient difficile à définir.

En ce qui concerne l'objet normatif de cette constitution historique, on peut souligner que, d'une part, les droits de la dimension transnationale exigent une nouvelle phase du constitutionnalisme, tandis que, d'autre part, les structures de pouvoir et la forme d'intégration économique, politique, sociale et culturelle finissent par corroborer ce processus et, par conséquent, constituent son objet. S'agissant du concept, bien qu'il ait assumé plusieurs définitions ces dernières années (constitutionnalisme postnational<sup>9</sup>, constitutionnalisme mondial<sup>10</sup>, interconstitutionnalité<sup>11</sup>, transconstitutionnalisme<sup>12</sup>, pour ne nommer que quelques possibilités), le constitutionnalisme transnational peut être conçu en termes généraux comme un processus global d'affirmation de l'ubiquité de l'existence humaine, c'est-à-dire l'être humain comme un bien en soi, indépendamment de concessions de droits ou d'attributions de signification par l'État, qui exige la reconnaissance de droits qui ne sont plus uniquement liés à un État national

<sup>9</sup> Sur l'usage comme synonyme de « multilevel constitutionalism », voir Ingolf Pernice (2017).

<sup>10</sup> Surtout, voir Richard Falk (1981, 1995 et 1999). Pour une critique, voir Teixeira 2011, 181-95.

<sup>11</sup> Voir en particulier Paulo Castro Rangel (2000) et Canotilho (2006).

<sup>12</sup> Voir en particulier Marcelo Neves (2009).

spécifique et qui finit par redéfinir les objectifs finaux de l'État, puisqu'il fait pression en faveur de l'intégration politique internationale et favorise, d'une part, plusieurs domaines de normativité transversaux, tandis que, d'autre part, renforce le rôle de l'État dans la protection interne des droits individuels, dans l'affirmation des droits culturels et dans la mise en œuvre des politiques globales.

Sur le plan conceptuel, on doit encore discuter quelle modalité de constitution serait compatible avec un éventuel constitutionnalisme transnational. La réponse à ce doute possible semble déjà avoir été donnée par la tentative infructueuse d'internaliser le traité de Lisbonne en 2004 dans tous les pays de l'Union européenne, créant ce qui serait la « Constitution européenne ». Les échecs en France et aux Pays-Bas ont déclenché une série de débats dans toute l'Europe sur la faisabilité d'une unification dans les termes constitutionnels classiques.

Sil'existence d'une constitution écrite au niveau régional peut être pertinente, nous comprenons que cela ne se réplique pas au niveau mondial/supranational. L'existence de documents juridiques historiquement garantis et légitimés par les acteurs de l'ordre international permet de parler de l'existence, en ce qui concerne la forme, d'une constitution historique, tandis que, quant au contenu, d'une constitution matérielle. En ce sens, il convient de rappeler la contribution théorique de Costantino Mortati, un institutionnaliste influencé par Santi Romano et Hauriou. Il a soutenu « qu'un concept matériel de constitution ne pourrait être défini que par référence à un moment particulier du développement historique » (Mortati 1998, 07), c'est-à-dire que l'historicité sera toujours une caractéristique d'une constitution, quelle que soit sa forme. La dimension unificatrice de la constitution matérielle s'en trouve renforcée lorsqu'elle affirme que le critère matériel peut permettre d'unifier les différentes sources de production, en incluant tous les préexistants dans leur dimension d'autonomie (Mortati 1998, 136). Bien qu'il ait considéré la constitution matérielle du point de vue de l'État moderne, il convient de souligner la fonction de préservation de la forme d'organisation du pouvoir et du régime lui-même, car elle a pour fonction « de garantir, au-dessus des modifications des instituts ou des objectifs spécifiques, le maintien du but essentiel qui sert à identifier un type d'État ou un autre » (Mortati 1998, 182-83). Une comparaison avec la constitution matérielle de Mortati ne devrait servir, pour le moment, qu'à illustrer le fait que même des catégories appropriées du constitutionnalisme étatique s'appliquent également au constitutionnalisme transnational – et, plus important encore, finissent par attribuer une plus considérable cohérence théorique.

On pourrait même comprendre le constitutionnalisme transnational comme un véritable oxymore, car il réunit deux objets historiquement antagonistes : le constitutionnalisme, qui est fortement marqué par sa vocation constitutive d'État, surtout en considérant son aspect social; et le transnationalisme, qui se distingue par la transposition des processus de prise de décision à des instances extérieures à des États, auxquels ils ne sont souvent pas appelés à participer de manière continue, comme c'est le cas avec l'économie internationale, où les États sont appelés à participer ou plutôt à intervenir, dans des situations de crises et d'instabilités graves. Cependant, cette incompatibilité apparente peut être

résolue avec un modèle de système politico-juridique international multi-niveaux et multi-acteurs, doté d'espaces publics de coopération institutionnellement internalisés par les États ; il s'agit d'un système où les agents sont liés régionalement, en particulier par des éléments anthropologiques, culturels et même ethniques, car ils sont des éléments historiquement consolidés qui rapprochent les peuples et les États afin d'approfondir l'identité culturelle et la reconnaissance mutuelle déjà existantes entre les peuples eux-mêmes.

Dans notre *Théorie pluriversaliste du droit international*, cette idée d'un globalisme politique multiniveaux a été développée avec plus de précision, c'est-à-dire une tentative de surmonter le conflit entre les divers processus de la mondialisation et le principe de la souveraineté nationale, proposant en définitive de renforcer les espaces régionaux de l'intégration politique et de réglementation juridique. Ainsi, trois sphères de normativité permanente existeraient simultanément : nationale, régionale et transnational. Il a été soutenu que la compétence fonctionnelle et normative du droit transnational ne peut être comprise que comme une compétence résiduelle : une compétence pour traiter des questions qui ne se limitent pas au champ des États nationaux ou des espaces régionaux, comme, par exemple, les conflits entre pays appartenant à deux espaces régionaux ou plus, ainsi que des situations qui nécessiteraient une coopération au niveau mondial, notamment en matière de protection de l'environnement et de lutte contre la criminalité internationale.

Une objection pourrait être soulevée ici : le constitutionnalisme transnational courrait le risque d'assumer également les deux côtés mentionnés par Fioravanti. Le gros problème est du premier côté : si le constitutionnalisme libéral s'est tourné vers l'Ancien Régime et a défendu la concentration du pouvoir dans un nouvel agent, c'est-à-dire dans l'État moderne, nous voyons que le constitutionnalisme transnational, lorsqu'il est pensé en termes universalistes, finit par exercer le même rôle de sa version libérale, mais prenant maintenant l'État comme Ancien Régime et essayant de promouvoir la concentration du pouvoir dans les institutions supranationales. Une lecture équivoquée de ce phénomène ne considère pas que le sens de l'État soit au centre de l'affirmation même du phénomène constitutionnel dans une perspective transnationale.

Une deuxième objection très répandue est celle qui associe le constitutionnalisme transnational aux théories du droit supraconstitutionnel. Reprenant l'avertissement de Favoreu, le doyen Vedel (1993, 87) a déclaré que :

si l'on veut donner à la supraconstitutionnalité une signification acceptable, il faut donc placer le juge sous l'empire, de quelque théorie qu'on l'assortisse et de quelque nom qu'on lui donne, du droit naturel.

Par conséquent, dans la mesure où la supraconstitutionnalité ouvre un espace pour la formation d'oligarchies supranationales ou même pour un gouvernement de juges, le constitutionnalisme démocratique et l'idée de suprématie de la Constitution seraient en danger (Vedel 1993, 92).

Compte tenu de ces objections critiques, toutefois, sur la base de la perspective pluriversaliste des relations internationales que nous avons reprise, il incombe

à l'État constitutionnel dans le naissant constitutionnalisme transnational le développement de trois fonctions principales :

- 1) promouvoir la protection des droits individuels et sociaux des citoyens, soit par le biais de politiques publiques, soit par le biais du travail des juridictions constitutionnelles et internationales ;
- 2) participer au développement régional conjointement avec d'autres États ayant des intérêts similaires dans l'ordre international ;
- 3) instrumentaliser la mise en œuvre des politiques publiques internationales, décidées aux niveaux régional et supranational, étant donné que, pour des raisons pratiques, aucune institution internationale de portée mondiale ne peut garantir l'application de ses normes et la mise en œuvre de ses politiques dans toutes les régions du globe.

Une conception pluriversaliste de la constitution de l'ordre international serait-elle possible ?

Pour tenter de répondre à cette question, il est nécessaire de réfléchir à la question classique du droit constitutionnel, c'est-à-dire « qu'est-ce qu'une constitution ? », en la redimensionnant pour l'ordre international : une constitution pour l'ordre international serait-elle possible ? À quoi servent les théories traditionnelles de la constitution pour un concept possible de constitution transnationale ?

Comme vu plus haut, plusieurs théories pointent vers une certaine continuité évolutive du constitutionnalisme et de ses variantes, notamment de la matrice nationale, vers le phénomène constitutionnel transnational. Le fait qu'un constitutionnalisme soit en plein développement nous permet d'affirmer que, oui, il y aurait une constitution.<sup>13</sup> Si l'on considère le constitutionnalisme comme un mouvement de pensée visant à poursuivre des fins politiques concrètes, consistant essentiellement en la limitation des pouvoirs publics et l'affirmation de sphères d'autonomie garanties normativement, il devient encore plus pertinent de soutenir l'existence d'une constitution au niveau transnational. En bref, le phénomène constitutionnel peut se résumer à la nécessité d'exercer deux fonctions essentielles : la limitation du pouvoir politique et la protection des droits fondamentaux. Avec sa transposition à l'ordre international, la limitation du pouvoir – qu'il soit politique, économique ou de toute autre nature ayant une expression transnationale – et la protection des droits de l'homme seront les fondements de toute compréhension de la constitution qui sera pensée pour l'ordre international.

Dans le cadre des États nationaux, la prédominance des constitutions écrites est très expressive. Cependant, au niveau international, comme dans les communautés régionales, l'adoption de ce format de constitution est très discutable, comme on l'a vu surtout depuis la création de l'Union européenne et les

<sup>13</sup> Renvoyons aux recherches suivantes, déjà développées il y a quelques années et dont plusieurs développements ont suivi, surtout mon texte suivant : Teixeira (2016).

échecs de tous les projets de Constitutions de l'UE. Par conséquent, à un niveau mondial/supranational, la croyance en un document unique et universellement valable semblerait utopique. L'existence de documents juridiques historiquement garantis et légitimés par les acteurs de l'ordre international permet de parler de l'existence, sur le plan formel, d'une *constitution historique*, et, sur le plan du contenu, d'une *constitution matérielle*.

Sur cet aspect formel, il convient de rappeler Burke et sa défense des institutions qui garantissent la liberté contre les actes arbitraires de la monarchie. La constitution britannique, en tant que produit d'une évolution historique, serait en mesure d'affronter avec plus de légitimité toute crise politique circonstancielle, sans que la constitution elle-même ne soit remise en question. Actuellement, l'ordre international est directement lié aux événements qui se sont produits peu après la fin de la Seconde Guerre mondiale, en particulier l'émergence des Nations Unies et d'une série de documents juridiques internationaux protégeant les droits de l'homme. Autant les principes westphaliens restent préservés, autant une constitution historique de l'ordre international aurait pour cadre temporel immédiat l'institution des Nations Unies elle-même et les documents juridico-normatifs les plus pertinents qui se sont succédé dans la protection des droits de l'homme.

En ce sens, nous rappelons la contribution théorique de Mortati lorsqu'il affirmait qu'un concept matériel de constitution ne pouvait être donné qu'en se référant à un moment spécifique du développement historique. L'historicité sera toujours un aspect à mettre en évidence dans une constitution, quelle que soit la forme qu'elle prend. Une comparaison avec la constitution matérielle de Moratti ne devrait, pour l'instant, servir qu'à illustrer que même les catégories spécifiques au constitutionnalisme étatique s'appliquent également à un constitutionnalisme transnational – et, plus encore, finissent par lui attribuer une plus grande cohérence théorique.

Il convient également de rappeler comment même des contributions telles que celles de Lassalle, lorsqu'il pense la constitution comme un ordre des « rapports de force réels », ou de Schmitt, lorsqu'il conçoit la nécessité de l'ordre comme une condition préalable au dépassement de l'exception et à l'établissement d'une normalité, trouvent des conditions de possibilité pour qu'elles soient reconfigurées dans leurs éléments théoriques et redimensionnées au-delà des frontières étatiques. La pérennité d'une théorie dépend, dans une large mesure, de ses conditions d'adaptation et de redéfinition en fonction des nouveaux contextes auxquels l'avenir sera confronté.

Il est notoire que, pour le paradigme national du constitutionnalisme, l'existence d'une constitution écrite est pertinente, et il y a très peu d'États qui ont opté pour des constitutions non écrites au cours de l'histoire récente. Cependant, Michel Verpeaux (2013, 69) souligne que

les constitutions écrites constituent un phénomène récent dans l'histoire des sociétés politiques. La Constitution fédérale des États-Unis de 1787, tout en étant une des plus anciennes constitutions écrites encore appliquées, n'était cependant pas la première.

Verpeaux (2013, 69) rappelle que la Constitution de la République de Saint-Marin et celles de certains États américains, comme la Virginie et la Constitution du New Hampshire, toutes encore du XVII<sup>e</sup> siècle, marquent le début des constitutions écrites. D'autre part, le même auteur rappelle qu'avant le XVII<sup>e</sup> siècle, presque tous les États étaient gouvernés par une organisation politique consuetudinaire, ce qui aboutit à parler de constitutions historiques (Verpeaux 2013, 68).

Sans être lié sans restriction à tous les présupposés d'une perspective épistémologique spécifique – et en courant ainsi le danger de s'éloigner de la réalité phénoménale du monde de la vie – il est vérifié qu'un concept possible de constitution pour l'ordre international doit comprendre le constitutionnalisme transnational comme faisant partie d'un processus évolutif du phénomène constitutionnel originaire des États nationaux. Les crises constantes sur la scène internationale nous permettent de conclure que, tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, l'État national continuera à jouer son rôle de première référence politico-juridique pour les collectivités humaines, mais qu'il sera de plus en plus confronté à des discussions sur la nécessité d'une relativisation expresse et limitée de la souveraineté nationale au profit exclusif d'institutions supranationales capables de transcender les volontés politiques circonstancielles des grandes puissances, en cherchant de donner de la représentativité – au sens d'une démocratie radicale et continue<sup>14</sup> – aux individus et aux pays qui sont actuellement marginalisés à la fois du marché international et du scénario politique international.

La protection des biens juridiques universels, tels que la vie, la sécurité, la solidarité et l'environnement, sont des exemples flagrants qui soulignent la nécessité d'une constitution transnationale dont le but ultime est de garantir aux États nationaux et aux espaces régionaux<sup>15</sup> le renforcement de leurs objectifs spécifiques. L'ubiquité de l'existence humaine est un fait indéniable ; la protection de leur dignité, en tant que corollaire de l'existence, est une fin à rechercher dans ses multiples dimensions essentielles.

Un constitutionnalisme transnational devrait se conformer aux ordres constitutionnels existants, en concentrant ses compétences sur des questions notamment transnationales, comme, par exemple, Günter Teubner et Andreas Fischer-Lascano (2004) se réfèrent au droit constitutionnel transnational visant à résoudre les conflits normatifs.

Cependant, il serait nécessaire d'attribuer un plus grand nombre de compétences au droit constitutionnel transnational, que la simple résolution de conflits normatifs, car il existe plusieurs déséquilibres dans les relations internationales et les demandes d'inclusion, ainsi que pour la reconnaissance des droits, qui

<sup>14</sup> Sur le sujet, voir Dominique Rousseau (1996, 2015 et 2016).

<sup>15</sup> Pour une définition des « espaces régionaux », en tant que mise à jour de la catégorie « communautés régionales » basée sur la critique de la notion schmittienne de « grand espace » (*grossraum*), nous nous référons à notre Teixeira (2011).

doivent être affrontées dans un domaine du droit bien structuré. Il y a des auteurs comme Anne Peters qui soutiennent que les nouvelles exigences mondiales exigent un « constitutionnalisme compensatoire ». Elle (2006, 591) parle de trois conséquences de l'affaiblissement des ordres constitutionnels nationaux par les processus de mondialisation : (1) les États nationaux sont progressivement déconstitutionnalisés par le transfert de pouvoirs et de prérogatives à des acteurs non étatiques caractéristiques de la sphère transnationale ; (2) l'absence de légitimité démocratique des formes de droit créées par les actions d'agents qui agissent dans l'ordre transnational ; (3) l'absence de mandat démocratique dans le cadre de la *gouvernance* transnationale. Peters (2006, 592) soutient que

la conclusion que l'on peut tirer de tout cela, si nous voulons préserver un niveau minimum de gouvernance démocratique, est que nous devons alors aller au-delà de l'État et établir des structures démocratiques, transnationales et compensatoires.

Günter Teubner (2012, 14) affirme que nous sommes confrontés à une *new constitutional question*, parce que le paradigme national traditionnel ne tient plus compte du phénomène constitutionnel, puisque les différents processus de mondialisation ont commencé à promouvoir la privatisation et la transnationalisation de la politique.<sup>16</sup> Il affirme que « les organisations internationales, les régimes transnationaux et leurs réseaux sont non seulement en train d'être légalisés, mais aussi de passer par un processus de constitutionnalisation » (Teubner 2012, 19). Toutes ces principales institutions transnationales qui ont émergé après les années 1940, en particulier après le *Washington Consensus*, forment ce que Teubner appelle une *global societal constitution*.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les constitutions ont pour fonction d'institutionnaliser la limitation du pouvoir politique, mais, en même temps, dans la mesure où elles protègent les droits fondamentaux, elles doivent également constituer l'ensemble de la société. Ainsi, une oscillation constante entre la régulation politique et la régulation sociale est créée, puisque la constitution doit réglementer les deux sphères en même temps. En ce sens, Teubner (2012, 8) souligne que l'avènement de la mondialisation a transféré à l'ordre international les pôles responsables de cette oscillation, car les influences extérieures sur les phénomènes politiques et sociaux sont constantes et incontrôlables. Il rappelle que contrairement au concept de « gouvernement », qui découle toujours d'un pouvoir politique institué, le concept de *governance* est défini sur la base des interventions sociales, politiques et administratives que les acteurs publics et privés adoptent pour résoudre les problèmes sociaux (Teubner 2012, 21). La soi-disant *societal governance* jouerait alors le rôle d'assumer, dans

<sup>16</sup> Il convient de noter qu'il parle de la privatisation de la politique dans le sens où de nombreuses questions politiques qui étaient décidées par l'État national font aujourd'hui l'objet de délibérations par des structures décisionnelles déconnectées de la matrice étatique et appartenant à l'ordre international.

le cadre de l'ordre international, un bon nombre de ces interventions qui ont été menées au sein des États nationaux.<sup>17</sup>

Parmi les théoriciens du constitutionnalisme sociétal, le sociologue américain David Sciulli se distingue par l'originalité de sa thèse dans les années 1990. Partant du paradoxe du processus de rationalisation qui caractériserait la modernité dans la perspective wébérienne, Sciulli (1992, 56-7) s'interroge sur les forces qui devraient exister pour faire face à une dérive évolutive (*evolutionary drift*) qui se manifeste sous quatre axes distincts vers l'autoritarisme : (1) la fragmentation des rationalités de l'action, aboutissant à la différenciation, à la pluralisation et au cloisonnement social des différentes sphères sociales ; (2) la prédominance de la rationalité instrumentale comme seule rationalité capable d'être reconnue dans tous les domaines ; (3) le remplacement progressif des processus informels de coordination sociale par des processus bureaucratisés d'organisation ; (4) la prolifération des organisations formelles dans les sphères sociales les plus diverses, conduisant l'individu à un processus global de contrôle absolu de ses orientations individuelles selon les paramètres imposés par ces organisations formelles. Sciulli, dans son texte de 1992, s'est concentré sur des problèmes principalement internes aux États nationaux et a souligné que le constitutionnalisme sociétal était la seule alternative supposée à ce *massive evolutionary drift*, parce qu'il a déjà eu des effets dans le passé et peut encore être utile (Sciulli 1992, 80). Il s'agirait de l'institutionnalisation de procédures empiriquement identifiées et légitimées par les sphères sociales elles-mêmes (sous-systèmes sociaux, en d'autres termes), formant un vaste et large réseau de normativité avec différentes sources de légitimité (Sciulli 1992, 81).

S'interrogeant sur la manière dont Sciulli a conçu le constitutionnalisme sociétal, Teubner (2012, 41) attire l'attention sur le fait qu'il peut finir par aggraver le problème qu'il se propose de résoudre, alors qu'il tente d'éliminer les externalités négatives des sous-systèmes autonomes par des pressions externes qui les obligent à établir des moyens pour leurs propres autolimitations sans avoir clairement l'institutionnalisation si nécessaire consolidée dans chaque sous-système autonome. La grande complexité et la capacité de différenciation fonctionnelle de la société mondiale exigeraient un constitutionnalisme transnational – similaire d'une certaine manière à la version sociétale bien illustrée par les travaux de Sciulli – centré sur des processus internes aux sous-systèmes sociaux autonomes existants dans l'ordre international qui sont dûment codifiés en termes d'une rationalité qui peut être partagée, même si de manière minimale, avec les autres sous-systèmes. C'est là que surgit un point qui, dans l'œuvre de Teubner (2012, 110-11), est fondamental pour toute conception d'un constitutionnalisme transnational : la codification binaire hybride. En d'autres termes, le système binaire d'identification du code constitutionnel – par exemple, licite/illicite – est maintenu, mais les concepts opérationnels et même matériels d'un système normatif peuvent être définis par un autre système.

<sup>17</sup> Pour d'autres études sur le concept de *societal governance*, voir Kooiman (2000).

Avec cela, les réseaux transnationaux de normativité seraient composés de constitutions sociales partielles (*societal constitutions*), qui seraient formés au sein d'un système fonctionnel autonome constitué à l'échelle mondiale et ayant pour centre de référence un champ spécifique de régulation (économie, éducation, santé, etc.) (Teubner 2012, 148-51). Thomas Vesting (2018, 442-43) souligne que les identités sont principalement construites au sein de constitutions partielles qui reflètent et organisent en structures communicationnelles les fragments de la société mondiale, c'est-à-dire les ethnies, les religions, les cultures, les nations, les systèmes fonctionnels spécifiques, entre autres formes d'identification.

La sociologie des constitutions, notamment à partir des travaux de Christopher Thornhill, rapproche le système juridique du système politique, contrairement à ce que fait la théorie systémique de Teubner lorsqu'elle place ces systèmes dans un réseau transnational dynamisé par les couplages structurels entre eux. Cependant, il s'inspire de Teubner pour définir la constitution sociale transnationale (*transnational societal constitution*) comme le principe d'auto-constitutionnalité fonctionnelle qui légitime l'autonomie d'un domaine fonctionnel donné afin de générer un appareil normatif et de se stabiliser en tant qu'indépendant par rapport aux centres référentiels traditionnels de production de normativité.<sup>18</sup> La perspective sociologique de Thornhill (2016, 366-68) met l'accent sur le fait que les droits de l'homme induisent des principes juridiques d'un cadre constitutionnel transnational auto-constitutif qui permet l'inclusion de différents systèmes avec des processus internes de production normative. Cette autonomie fonctionnelle constitutive a donné naissance à une constitution politique transnationale (*transnational political constitution*), c'est-à-dire un ordre normatif omniprésent qui se développe à partir des interactions complexes entre différentes institutions situées dans le système politique transnational.<sup>19</sup>

Bien qu'à partir d'une perspective théorique différente, une synthèse conceptuelle du constitutionnalisme sociétal peut être trouvée chez J. J. Gomes Canotilho (2006, 281-300), qui le définit comme un phénomène normatif caractéristique de l'ordre international et qui est basé sur de véritables constitutions juridiques qui sont destinées à contenir des mécanismes de production juridique pour l'établissement de cadres réglementaires pour un secteur spécifique de l'économie, de sorte que le haut degré de spécialisation normative leur attribue une légitimité supposée, comme s'il s'agissait de normes constitutionnelles. La compréhension du constitutionnalisme sociétal, quelle que soit la version prise

<sup>18</sup> « Indeed, at the very center of the concept of the transnational societal constitution is the principle of functional auto-constitutionality: that is, namely, that one functional domain can autonomously generate a normative apparatus for its exchanges, and these exchanges stabilize themselves as normatively independent of conventionally centered resources of the legal and political system. » Thornhill (2013, 597).

<sup>19</sup> « In both of these respects, we can see the emergence of a recursively founded transnational political constitution : that is, a pervasive normative order, which arises from complex interactions between different institutions (primarily courts), situated at different tiers of a transnational political system » Thornhill (2013, 597).

en considération, implique une redéfinition de l'idée même de Droit : d'une conception qui, en Occident, a été historiquement liée au pouvoir politique, en particulier au pouvoir d'État avec l'avènement de l'État moderne, nous voyons que le phénomène constitutionnel sociétal permettrait de définir le concept de droit comme une catégorie multiforme et dépendante des sources sociales, économiques et politiques pour lui attribuer, d'une part, une légitimité et, d'autre part, une efficacité.

Ainsi, on peut voir que le constitutionnalisme transnational est incompatible avec une structure fonctionnelle centralisée du pouvoir, car il existe différentes sources de pouvoir qui sont dispersées dans différentes sphères transversales et dans des acteurs aux compétences normatives/juridictionnelles différentes et variées. En ce sens, la proposition théorique ici présentée est proche, dans une certaine mesure, des théories du constitutionnalisme multi-niveaux, très bien illustrées dans les recherches d'Ingolf Pernice.<sup>20</sup> Les différences les plus significatives résideraient dans les dimensions historiques, ontologiques et épistémologiques que la perspective pluriversaliste attribue au constitutionnalisme transnational.

En synthétisant en termes conceptuels ce qui a été exposé jusqu'ici, le constitutionnalisme transnational peut être conçu comme un processus global d'affirmation de l'ubiquité de l'existence humaine en tant que bien en soi, indépendamment des concessions de droits ou des attributions de sens ou signification par l'État, qui exige la reconnaissance de droits qui ne sont plus seulement liés à un État national spécifique et qui finit par redéfinir les objectifs finalistes de l'État lui-même, parce qu'il pousse à l'intégration politique internationale et promeut, d'une part, diverses sphères transversales de la normativité, et, d'autre part, il renforce le rôle de l'État dans la protection interne des droits individuels, dans l'affirmation des droits culturels et dans l'instrumentalisation des politiques mondiales.<sup>21</sup>

### 9.3 Les droits humains comme un devenir discursif du constitutionnalisme

Comme dernier point de ce travail, il reste un problème à affronter : comment un réalisme discursif pluriversaliste peut-il concevoir les droits de l'homme comme le fondement substantiel d'un possible constitutionnalisme transnational ? Tout d'abord, la réponse suppose d'avoir défini comment ces droits humains continueront à être construits.

Parce qu'il s'agit d'une catégorie conceptuelle en constante évolution, les droits de l'homme assument la condition d'un avenir discursif, d'un projet à réaliser, fondé sur une évolution globale progressive des conditions intersubjectives de formation des hypothèses épistémologiques du discours juridique. Ainsi, deux dimensions théoriques doivent être différenciées : (1) la dimension prénormative,

<sup>20</sup> Voir, par tous, Ingolf Pernice (2015).

<sup>21</sup> Voir ma recherche spécifique : Teixeira (2013).

appelée ici la dimension ontologique ; et (2) la dimension normative, constituée sur la base du réalisme discursif des interactions humaines créatrices de sens pour les droits de l'homme.

En ce qui concerne la dimension prénormative, tout au long de la deuxième Partie, il a été soutenu que la définition d'une ontologie minimale est présupposée comme condition de possibilité du phénomène constitutionnel transnational ; en d'autres termes, en tant qu'attribut inhérent à ce constitutionnalisme, les droits de l'homme dérivent d'une notion d'être en soi qui perfectionne linguistiquement le bien à protéger. Lorsqu'il s'agit de biens juridiques universels, tels que la *vie*, la *sécurité*, la *solidarité* et l'*environnement*, ces quatre biens ont été mentionnés comme renforçant la nécessité d'une constitution transnationale capable de garantir une protection normative à plusieurs niveaux aux États nationaux, aux espaces régionaux et notamment aux institutions mondiales.

En ce qui concerne la dimension normative, étant donné que les droits de l'homme sont directement fondés sur une ontologie prénormative constituée par l'affirmation progressive de biens juridiques universels et d'un vaste corollaire de normes qui en découlent, cette catégorie juridique se voit attribuer un haut niveau d'essentialité dans les systèmes de sources normatives existant dans l'ordre international. Dans la deuxième partie, chapitre 5 (voir 5.2, *ci-dessus*), la manière dont les récentes crises mondiales ont mis en évidence l'insuffisance de la simple normalisation des crises par le biais des mécanismes traditionnels de contrôle des exceptions au sein des États nationaux a été abordé, ce qui rend encore plus urgente la réflexion sur de nouvelles formes de protection et d'affirmation des droits de l'homme.

Il reste encore à prendre en considération les interactions de la proposition soutenue ici avec d'autres possibilités de comprendre le phénomène constitutionnel transnational. Premièrement, un réalisme discursif pluriversaliste approche et complète d'autres perspectives possibles, comme celle transconstitutionnelle de Marcelo Neves, dans la mesure où les droits de l'homme sont amenés au niveau de la construction discursive multiculturelle et que les espaces de construction de la normativité constitutionnelle sont élargis au-delà des tribunaux.

En ce sens, l'accès aux juridictions constitutionnelles des États et, surtout, aux juridictions internationales et supranationales est encore plus pertinent. Xavier Philippe (2024, 47-59) souligne comment le droit d'accès aux juridictions internationales ne cesse de renforcer l'essentialité du sens normatif des droits de l'homme dans les réalités locales, puisque c'est au sein de ces réalités que les conflits émergent et exposent les fragilités de l'existence humaine. Les crises d'envergure mondiale, telles que la pandémie de COVID-19, les crises humanitaires résultant de guerres et la crise environnementale, soulignent encore la nécessité de réponses collectives fortes à ces problèmes, nécessitant une prise de conscience humaine mondiale de la condition humaine elle-même (Philippe 2024, 56).

La conscience humaine globale susmentionnée combine la temporalité de l'existence humaine et les intersections entre les formations culturelles qui existent actuellement ou qui ont été à l'origine des formations actuelles. Par

conséquent, il est nécessaire de comprendre la nature de la société mondiale, comment les interactions systémiques se produisent en son sein et comment une idée de constitution transnationale devrait être ouverte au présent et attentive à l'avenir.

Partant du postulat que la société mondiale est postcoloniale et qu'elle ressent encore l'héritage de la guerre froide, Emmanuelle Jouannet (2011) souligne que deux types de revendications imprègnent les individus et les peuples aux quatre coins du monde : le droit au développement et le droit à la reconnaissance. Le développement serait pris dans son sens le plus large, y compris les dimensions culturelles, économiques et politiques. La reconnaissance, quant à elle, engloberait l'idée que l'individu est en constante évolution et, par conséquent, marqué par une incomplétude qui se construit à partir de son propre passé et qui laisse entrevoir différentes possibilités de réalisations futures. Selon l'hypothèse théorique adoptée par l'autrice, les droits de l'homme perdent leur sens lorsque la reconnaissance est vidée par l'oubli, car le contexte d'une histoire partagée joue un rôle décisif dans la formation des identités individuelles et collectives.

En termes d'intersubjectivité réflexive, l'avenir discursif des droits de l'homme doit avoir une conscience critique de lui-même. Déjà dans les années 1980, en dialogue avec l'École de Francfort, en particulier avec Habermas et la théorie de l'action communicative, Seyla Benhabib (1986, 382) soulignait que le pouvoir émancipateur de la raison exige une autocritique constante sur les moyens adoptés pour la réalisation de la justice et de la liberté. Tout en adoptant une perspective cosmopolite kantienne, Benhabib s'insère dans la tradition de la théorie critique et cherche à faire face aux problèmes théoriques de la réalisation, de manière pragmatique, des promesses de liberté apportées par l'émancipation de la raison à l'époque moderne. L'avenir discursif des droits de l'homme serait alors une utopie, c'est-à-dire une croyance en la capacité de la raison à transformer la réalité sur la base des idéaux de justice et de liberté.

Une thèse très actuelle et très répandue sur la relation entre les droits de l'homme et la formation d'une constitution mondiale peut également être vue chez Olivier de Frouville (2024, 73-91), pour qui la constitution internationale serait guidée par un droit constitutionnel cosmopolite capable de démocratiser l'espace-monde et, ainsi, de promouvoir la liberté humaine. Inspiré par la perspective kantienne, notamment dans le projet de paix perpétuelle, ce droit nécessiterait la transposition à l'échelle mondiale des institutions étatiques dans le but de construire une constitution supranationale en tant que constitution cosmopolite, notamment par le dépassement du trinôme État/Constitution/Peuple. Selon Frouville (2024, 91), la seule voie possible pour le processus de transition cosmopolite « consiste donc à adapter les concepts et les outils de la démocratie délibérative et participative à l'échelle globale. »

Le cosmopolitisme en tant que perspective philosophique d'un constitutionnalisme mondial a en Jürgen Habermas l'un de ses principaux auteurs. Cependant, il rejette toutes les propositions qui pointent vers un modèle d'État

mondial.<sup>22</sup> Selon l'auteur, « l'institutionnalisation procédurale qui a pour tâche d'harmoniser globalement les intérêts, de les généraliser, de construire intelligemment des intérêts communs, etc., n'est pas réalisable dans le cadre structurel d'un État mondial » (Habermas 2002a, 96). Se contentant d'un socle de légitimité moins ambitieux, la politique mondiale d'action de droit cosmopolite devrait être menée à travers les « formes organisationnelles non étatiques des systèmes de négociation internationale qui existent déjà aujourd'hui pour d'autres secteurs de la politique » (Habermas 2002a, 97).

Pour Habermas (2002a, 95), il reste un problème intersubjectif à surmonter : même un large consensus mondial sur les droits de l'homme ne serait pas en mesure de remplacer la solidarité civique que l'État-nation peut construire. Selon lui (2002a, 96), « la solidarité cosmopolite ne doit se fonder que sur l'universalisme moral que représentent les droits de l'homme ». Le passage du droit international, c'est-à-dire d'un droit convenu uniquement entre États, à un droit cosmopolite centré sur l'espèce humaine devrait présupposer l'affirmation morale de l'universalité des droits de l'homme (Habermas 2002b, 229-32). En ce sens, la proposition théorique de Habermas (1999, 451) peut être résumée dans son idée, exprimée dans un débat avec Danilo Zolo, que l'ordre international devrait être conçu comme un

système politique à plusieurs niveaux avec une organisation mondiale, au plus haut niveau, largement réformée, des États nationaux domestiqués, au niveau le plus bas, et un réseau de régimes transnationaux entre les deux.

Convergeant entre les philosophies de l'histoire et les théories du discours, Dominique Rousseau (2024, 61-72) introduit une définition possible d'une constitution mondiale comme une « constitution connectée ». Il s'agit d'une adaptation à la théorie constitutionnelle de l'idée d'*histoire connectée* défendue par l'historien indien Sanjay Subrahmanyam, pour qui il n'est pas possible de se limiter à l'État-nation comme référence pour l'histoire ; depuis l'époque des grands empires, il y aurait une histoire globale qui relierait, dans une plus ou moins grande mesure, les différentes parties du monde et permettrait à la circulation des biens, des personnes et même des idées d'avoir une influence dans

<sup>22</sup> « L'institutionnalisation des procédures par le biais d'une harmonisation pragmatique des intérêts au niveau mondial, par une généralisation des intérêts et par une construction intelligente des intérêts communs ne peut se produire dans la figure organisationnelle d'un 'État mondial' (ce qui n'est pas moins souhaitable à certains égards). Elle doit, plus que cela, tenir compte de l'indépendance, des préférences et de la spécificité des États précédemment souverains. » Habermas 2002, 27. À un autre moment, l'auteur allemand déclare également que : « Dans la crainte qu'une république mondiale, même si sa structure est fédérale, ne conduise inévitablement à l'aplanissement des différences sociales et culturelles, l'objection est dissimulée, en principe, qu'un État de peuples globaux devrait aboutir, pour des raisons fonctionnelles, à une tendance à dégénérer en une 'monarchie universelle'. En dernière analyse, c'est l'alternative entre la domination mondiale d'un seul monopoleur de pouvoir et le système existant d'États plus souverains qui inquiète Kant, et dont il cherche une issue en la remplaçant par une 'ligue des peuples' » (Habermas 2007, 122).

d'autres lieux.<sup>23</sup> En se détachant des conceptions conventionnelles de l'histoire qui adoptent des références géopolitiques, notamment la figure de l'État-nation, pour analyser la généalogie et les historiographies possibles des civilisations et des peuples, l'école de l'histoire connectée permet à l'hybridation, à la décentralisation et à l'expérience humaine d'être au centre de l'observation du chercheur. Dominique Rousseau met l'accent sur la manière dont une possible notion de constitution connectée promeut, de manière décentralisée, l'hybridation entre les imaginaires constitutionnels et les conceptions latentes dans des ordres constitutionnels de traditions historiques complètement éloignées, puisque cette idée de constitution se trouve dans le processus d'intégration mondiale « d'autres modes de représentation du politique, d'autres imaginaires constitutionnels produits par des traditions et cultures singulières » (Rousseau 2024, 71).

La perspective pluriversaliste de la construction future des droits de l'homme dans un constitutionnalisme transnational résidera dans la manière dont cette catégorie de droits se développe et se réaffirme à partir de différentes formations culturelles, dont les accords et les désaccords démontrent l'universalité de certains biens et droits, lorsqu'ils sont opposés à d'autres. Une perspective qui n'est pas relativiste, puisqu'elle reconnaît seulement que l'individu, avant d'être pensé globalement, voit la construction de sa subjectivité initiée localement dans un contexte socioculturel défini.

Dans un monde formé comme un *pluriversum* de formes de vie existantes et d'autres formes possibles, la prééminence ontologique des biens universels qui sous-tendent les droits humains permet au constitutionnalisme transnational de protéger ces droits tout en créant les conditions de leur libre et plein développement futur.

## Bibliographie

- Aron, Raymond. 1996. *Les désillusions du progrès. Essai sur la dialectique de la modernité*. Paris : Gallimard.
- Benhabib, Seyla. 1986. *Critique, norm, and utopia : a study of the foundations of critical theory*. New York : Columbia University Press.
- Canotilho, Joaquim José Gomes. 2006a. 'Brançosos' e interconstitucionalidade. Coimbra : Almedina.
- Canotilho, Joaquim José Gomes. 2006b. "Constitucionalismo político e constitucionalismo societal no mundo globalizado." In Joaquim José Gomes Canotilho, *Brançosos e interconstitucionalidade : itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 281-300. Coimbra : Almedina.
- Carbone, Sergio. 2009. *Principio di effettività e diritto comunitario*. Napoli : Editoriale Scientifica.
- Cassese, Antonio. 2009. *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*. Napoli : Editoriale Scientifica.

<sup>23</sup> À propos de l'histoire connectée, voir Sanjay Subrahmanyam (2005, 2007 et 2014) et aussi l'analyse plus large de Caroline Douki et Philippe Minard (2007).

- Costa, Pietro. 2002. "Lo stato di diritto: un'introduzione storica." In *Lo stato di diritto. Teoria, storia, critica*, a cura di Pietro Costa, e Danilo Zolo. Milano : Feltrinelli.
- Dabin, Jean. 1939. *Doctrine Générale de l'État : éléments de philosophie politique*. Bruxelles : Bruylant.
- Douki, Caroline, et Philippe Minard. 2007. "Histoire globale, histoires connectées : un changement d'échelle historiographique ?" *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 54-4bis, 5 : 7-21. <https://doi.org/10.3917/rhmc.545.0007>
- Falk, Richard. 1981. *Human rights and State Sovereignty*. New York : Holmes & Meier.
- Falk, Richard. 1995. *On Human Governance. Towards a New Global Politics*. Cambridge : Polity Press.
- Falk, Richard. 1999. *Predatory Globalization*. Cambridge : Polity Press.
- Frouville, Olivier de. 2024. "Repenser le concept de constitution." In *Démocratiser l'espace monde*, édité par D. Rousseau, et O. de Frouville, 73-91. Paris : Mare & Martin.
- Gozzi, G. 2007. "Il costituzionalismo in Europa e nell'Islam." In *L'alternativa mediterranea*, a cura di D. Zolo, e F. Cassano, 476-92. Roma-Bari : Laterza.
- Groppi, Tania. 2006. "Costituzioni senza costituzionalismo ? La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo." *Politica del diritto* 2 : 187-221.
- Habermas, Jürgen. 1999. "A Short Reply." *Ratio Juris* 12, 4 : 445-53.
- Habermas, Jürgen. 2002a. *Die postnationale konstellation* (orig. 1998), trad. it. *La costellazione postnazionale*. Milano : Feltrinelli.
- Habermas, Jürgen. 2002b. *Die einbeziehung des Anderen* (orig. 1996), trad. it. *L'Inclusione dell'altro*. Milano : Feltrinelli.
- Habermas, Jürgen. 2007. *Der gespaltene Westen* (orig. 2004), trad. it. *L'Occidente diviso*. Roma-Bari : Laterza.
- Held, David. 2005. *Governare la globalizzazione. Una alternativa democratica al mondo unipolare*. Trad. it. Carlo Sandrelli. Bologna : il Mulino.
- Hirst, Paul, and Grahame Thompson. 1999. *Globalization in question*. Cambridge : Polity Press.
- Jouannet, Emmanuelle. 2011. *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*. Paris : Pedone.
- Kaufmann, Matthias. 2009. *Diritti umani*. Napoli : Guida Editore.
- Kooiman, Jan. 2000. "Societal Governance : Levels, Models, and Orders of Social-Political Interaction." In *Debating Governance: Authority, steering and democracy*, edited by Jon Pierre, 138-63. Oxford : Oxford University Press.
- Latouche, Serge. 1989. *L'occidentalisation du monde*. Paris : La Découverte.
- Loewenstein, Karl. 1957. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago : University of Chicago Press.
- MacPherson, Crawford B. 1964. *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*. Oxford : Clarendon Press.
- Maduro, Miguel Poaires. 2006. *A constituição plural : constitucionalismo e União Europeia*. Cascais : Principia.
- Matteucci, Nicola. 1997<sup>2</sup>. *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*. Bologna : il Mulino.
- Matteucci, Nicola. 1998. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid : Trotta.
- Neves, Marcelo. 2009. *Transconstitucionalismo*. São Paulo : WMF Martins Fontes.
- Pernice, Ingolf. 2015. "Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe." *European Constitutional Law Review* 11, 3 : 541-62. <https://doi.org/10.1017/S1574019615000279>

- Pernice, Ingolf. 2017. "European Constitutionalism and the National Constitutions of the Member States, Implications for Brexit." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 93, 1 : 211-44.
- Peters, Anne. 2006. "Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structure." *Leiden Journal of International Law* 19, 3 : 579-610. <https://doi.org/10.1017/S0922156506003487>
- Philippe, Xavier. 2024. "Le droit de participer aux affaires publiques au niveau international : un tournant historique vers le global ?" In *Démocratiser l'espace monde*, édité par D. Rousseau, et O. de Frouville, 47-59. Paris : Mare & Martin.
- Rangel, Paulo Castro. 2000. "Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires." *Revista Themis* 1, 2 : 127-51.
- Rousseau, Dominique (org). 1996. *La démocratie continue*. Paris : LGDJ.
- Rousseau, Dominique. 2015. *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*. Paris : Seuil.
- Rousseau, Dominique. 2016. "Direito Constitucional contínuo: instituições, garantias de direitos e utopias." *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 8, 3 : 261-71. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2016.83.01>
- Rousseau, Dominique. 2024. "De la constitution étatico-nationale à la constitution connectée, imaginaire de l'espace démocratique mondial." In *Démocratiser l'espace monde*, édité par D. Rousseau O. de Frouville, 61-72. Paris : Mare & Martin.
- Sciulli, David. 1992. *Theory of Societal Constitutionalism*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Subrahmanyam, Sanjay. 2005. *Explorations in Connected History. From the Tagus to the Ganges*. Oxford : Oxford University Press.
- Subrahmanyam, Sanjay. 2007. "Par-delà l'incommensurabilité : pour une histoire connectée des empires aux temps modernes." *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 54-4bis, 5 : 34-53. <https://doi.org/10.3917/rhmc.545.0034>
- Subrahmanyam, Sanjay. 2014. *Aux origines de l'histoire globale : leçon inaugurale au Collège de France*. Paris : Fayard.
- Teixeira, Anderson V. 2007. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no séc. XXI*. Porto Alegre : Fabris Editor.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2013. "Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional?" In *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS*, org. Lenio Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson, Engelmann, vol. IX, 9-32. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2016. "Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional." *Revista de Investigações Constitucionais* 3, 3 : 141-66 <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.48066>
- Teubner, Günther, and Andreas Fischer-Lescano. 2004. "Regime-Collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law." *Michigan Law Journal of International Law* 25 : 999-1045.
- Teubner, Günther. 2004. "Societal constitutionalism: alternatives to State-centred Constitutional Theory." In *Constitutionalisation and Transnational Governance*, edited by Christian Joerges, Inge-Johanne Sand, Günther Teubner, 3-28. Oxford : Oxford University Press.
- Teubner, Günther. 2012. *Constitutional fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford : Oxford University Press.

- Thornhill, Christopher. 2013. "A Sociology of Constituent Power : The Political Code of Transnational Societal Constitutions." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20, 2 : 551-603.
- Thornhill, Christopher. 2016. *A Sociology of Transnational Constitutions : Social Foundations of the Post-National Legal Structure*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado. 2003. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre : SAFE.
- Vedel, Georges. 1993. "Souveraineté et supraconstitutionnalité." *Revue Pouvoirs* 67 : 79-97.
- Verpeaux, Michel. 2013. *Droit constitutionnel français*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Vesting, Thomas. 2018. *Legal Theory and Media of Law*. Cheltenham : Elgar Publishing.
- Walzer, Michael. 1977. *Just and Unjust Wars*. New York : Basic Books.
- Walzer, Michael. 2005. *Arguing about War*. New Haven : Yale University Press.
- Weiler, Joseph H. H. 1996. "European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order." *Political Studies* 44 : 517-33.



## Bibliographie

- Ackerman, Bruce. 1997. "The rise of world constitutionalism." *Virginia Law Review* 83, 4 : 771-97 <https://doi.org/10.2307/1073748>
- Ago, Roberto. 1983. "Le droit international dans la conception de Grotius." *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 182, 4 : 375-98.
- Alexy, Robert. 2002. *Theorie der Grundrechte* (orig. 1985), trad. esp. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alfange Jr., Dean. 1993. "Marbury v Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom." *The Supreme Court Review* 1 : 329-446.
- Allen, Kye J. 2022. "An Anarchical Society (of Fascist States) : Theorising Illiberal Solidarism." *Review of International Studies* 48, 3 : 583-603.
- Ancl, Marc. 1971. *Utilité et méthodes du droit comparé : éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*. Neuchâtel : Editions Ides et Calendes.
- Antoine, Aurélien. 2018. *Droit constitutionnel britannique*. 2 ed. Paris : L.G.D.J.
- Arendt, Hannah. 1961. *Between Past and Future : Six Exercises in Political Thought*. New York, Viking Press.
- Arendt, Hannah. 1998<sup>2</sup>. *Human Condition*. Chicago, University of Chicago Press.
- Aristote. 2004. *Étique à Nicomaque*. Trad. Richard Bodéüs. Paris : Flammarion.
- Aristote. 2007. *Rhétorique*. éd. Pierre Chiron. Paris : Flammarion,
- Aristotle. 1950. *Politics*. Cambridge : Harvard University Press.
- Aron, Raymond. 1996. *Les désillusions du progrès. Essai sur la dialectique de la modernité*. Paris : Gallimard.
- Avril, Pierre, et Gérard Vincent. 1988. *La IVe République : Les noms, les thèmes, les lieux*. Paris : MA Éditions.
- Ballestrin, Luciana Maria de Aragão. 2013. "América Latina e o giro decolonial." *Revista Brasileira de Ciência Política* 11 : 89-117. <http://dx.doi.org/10.1590/001152582017127>
- Barretto, Vicente de Paulo. 2002. "Ética e Direitos Humanos : Aporias Preliminares." In *Legitimação dos Direitos Humanos*, cuidado de Ricardo Lobo Torres, 501-29. Rio de Janeiro : Renovar.

- Baudrillard, Jean. 1995. *The Gulf War Did Not Take Place*. Bloomington : Indiana University Press.
- Beaud, Oliver. 2009. "L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État." *Jus Politicum : Revue de droit politique* 3. <<https://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>>.
- Bedin, Gilmar, e Tamires de Lima de Oliveira. 2020. "O pensamento de Hugo Grócio e o resgate do ideal de justiça internacional." *Sequência* 41, 85 : 227-48. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n85p227>
- Belaïd, Sadok. 1974. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Bello, Enzo, Martônio Mont'Alverne B. Lima, e Gilberto Bercovici. 2019. "O fim das ilusões constitucionais de 1988 ?" *Revista Direito e Práxis* 10, 3 : 1769-811. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/37470>
- Bello, Enzo. 2010. "Cidadania, alienação e fetichismo constitucional." In *Direito e Marxismo*, orgs. Enzo Bello, e Martônio Mont'Alverne B. Lima, 7-33. Rio de Janeiro : Lumen Juris.
- Bello, Enzo. 2012. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul : EDUCS.
- Bello, Enzo. 2015. "O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano." *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 7, 1 : 49-61. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2015.71.05>
- Benhabib, Seyla. 1986. *Critique, norm, and utopia : a study of the foundations of critical theory*. New York : Columbia University Press.
- Berelson, Bernard, Paul Lazarsfeld, and William McPhee, edited by. 1954. *Voting*. Chicago : Chicago University Press.
- Bergougnot, Georges. 2013. "Le Conseil constitutionnel et le législateur." *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* 38, janvier. <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1466/pdf>> (29-08-2025).
- Bettati, Mario. 1996. *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*. Paris : Editions Odile Jacob.
- Birkby, Robert H. 1966. "Politics of Accommodation : The Origin of the Supremacy Clause." *The Western Political Quarterly* 19, 1 : 123-35.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. 1988. *Introduzione al diritto comparato*. vol. I. Milano : Giuffrè.
- Blick, Andrew. 2015. *Beyond Magna Carta : a constitution for the United Kingdom*. Oxford : Hart Publishing.
- Bloch, Marc. 1960. *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*. Paris : Armand Colin.
- Blondel, Jean. 1985. "Généralités : le comparatisme." In *Traité de science politique*, édité par M. Grawitz, et J. Jeca, vol. II, 1-26. Paris : PUF.
- Bobbio, Norberto. 1997. *L'età dei diritti*. Torino : Einaudi.
- Bogdanor, Vernon. 2009. *The New British Constitution*. Oxford : Hart Publishing.
- Boman, Dennis K. 2000. "The Dred Scott Case Reconsidered: The Legal and Political Context in Missouri." *The American Journal of Legal History* 44, 4 : 405-28. <https://doi.org/10.2307/3113785>
- Bonavides, Paulo. 1999<sup>7</sup>. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros.
- Bonavides, Paulo. 2008. "A quinta geração de direitos fundamentais." *Direitos Fundamentais & Justiça* 2, 3 : 82-93. <https://doi.org/10.30899/df.v2i3.534>
- Bourdieu, Pierre. 1977. Sur le pouvoir symbolique. *Annales* 32(3) : 405-11.

- Bourdieu, Pierre. 1998. *La domination masculine*. Paris : éditions du Seuil.
- Bourdieu, Pierre. 2001. *Langage e pouvoir symbolique*. Paris : éditions du Seuil.
- Boutmy, Émile. 1885. *Études de Droit Constitutionnel : France, Angleterre, États Unis*. Paris : Librairie Plon.
- Bragato, Fernanda Frizzo, e Natalia Martinuzzi Castilho. 2014. "A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano." In *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*, org. Eduardo Manuel Val, e Enzo Bello, 11-25. Caxias do Sul : EDUCS.
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2011a. "O papel dos estudos pós-coloniais para a ressignificação do discurso de fundamentação dos direitos humanos." In *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, org. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, e Leonel Severo Rocha, 105-19. Porto Alegre. Livraria do Advogado.
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2011b. "Contribuições Teóricas Latino-Americanas para a Universalização dos Direitos Humanos." *Revista Jurídica da Presidência* 13, 99 : 11-31. <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2011v13e99-143>
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2014. "Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade." *Novos Estudos Jurídicos* 19, 1 : 201-30. <https://doi.org/10.14210/nej.v19n1.p201-230>
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2015. "O que há de novo no constitucionalismo latino-americano : reflexões sobre o giro descolonial." In *Descolonialidade e Constitucionalismo na América Latina*, coord. Ana Cecília de Barros Gomes, Lenio L. Streck, e João Paulo Allain Teixeira, 52-61. Belo Horizonte : Arras Editores.
- Brunner, Otto. 1983. *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter* (orig. 1965), trad. it. *Terra e potere*. Milano : Giuffrè.
- Bull, Hedley. 1992. "The Importance of Grotius in the Study of International Relations." In *Hugo Grotius and International Relations*, edited by H. Bull, B. Kingsbury, and A. Roberts, 65-93. Oxford : Clarendon Press.
- Bull, Hedley. 2000a. "The Grotian Conception of International Society." In *Hedley Bull on International Society*, edited by Kai Alderson, Andrew Hurrell, 95-124. New York : St. Martin Press.
- Bull, Hedley. 2000b. "The State's Positive Role in World Affairs." In *Hedley Bull on International Society*, edited by Kai Alderson, and Andrew Hurrell, 139-56. New York : St. Martin Press.
- Bull, Hedley. 2000c. "Hobbes and the International Anarchy." In *Hedley Bull on International Society*, edited by Kai Alderson, and Andrew Hurrell, 188-205. New York : St. Martin Press.
- Bull, Hedley. 2005 (1977). *La società anarchica. L'ordine mondiale nella politica mondiale*. Trad. it. S. Procacci. Milano : Vita e Pensiero.
- Burke, Edmund. 1861. "Reform of representation in the House of Commons (1782)." In Edmund Burke, *Works*, vol. VI. London : Bohn.
- Busaall, Jean-Baptiste. 2012. *Le spectre du jacobinisme : l'expérience constitutionnelle française et le premier libéralisme espagnol*. Madrid : Casa de Velázquez.
- Butterfield, Herbert. 1949. *George III, Lord North and the People*. London : Bell and Sons.
- Buzan, Barry. 2004. *From International to World Society ? English School Theory and the Social Structure of Globalisation*. Cambridge : Cambridge University Press,
- Buzan, Barry. 2014. *An Introduction to the English School of International Relations*. Cambridge : Polity Press.
- Bybee, Keith J. 2000. "The Political Significance of Legal Ambiguity : The Case of Affirmative Action." *Law & Society Review* 34, 2 : 263-90. <https://doi.org/10.2307/3115084>

- Canotilho, José Joaquim Gomes. 1993<sup>6</sup>. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina.
- Canotilho, Joaquim José Gomes. 2006a. 'Brançosos' e interconstitucionalidade. Coimbra : Almedina.
- Canotilho, Joaquim José Gomes. 2006b. "Constitucionalismo político e constitucionalismo societal no mundo globalizado." In Joaquim José Gomes Canotilho, *Brançosos e interconstitucionalidade : itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 281-300. Coimbra : Almedina.
- Carbone, Sergio. 2009. *Principio di effettività e diritto comunitario*. Napoli : Editoriale Scientifica.
- Carbonnier, Jean. 1992. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris : LGDJ.
- Carozza, Paolo. 2003. "From conquest to Constitutions : retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights." *Human Rights Quarterly* 25, 2 : 281-313.
- Carozza, Paolo. 2011. "Esboços históricos de uma tradição latino-americana da ideia de direitos humanos." In *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI*, org. Narciso Leandro Baez, Douglass Cassel, 521-45. Trad. port. Fernanda Frizzo Bragato. Joaçaba : UNOESC.
- Carré de Malberg, Raymond. 1984. *La loi expression de la volonté générale*. Paris : Economica.
- Carré de Malberg, Raymond. 2004. *Contribution à la Théorie générale de l'État* (orig. 1922). Paris : Dalloz.
- Carrino, Agostino. 1998. *Sovranità e Costituzione nella crisi dello Stato moderno*. Torino : Giappichelli.
- Cassese, Antonio. 2005. *I Diritti Umani Oggi*. Roma-Bari : Laterza.
- Cassese, Antonio. 2009. *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*. Napoli : Editoriale Scientifica.
- Cassese, Sabino. 2002. *La crisi dello Stato*. Roma-Bari : Laterza.
- Castells, Manuel. 1996. *The Rise of the Network Society*, vol. I. The Information Age : Economy, Society and Culture. Cambridge/Oxford : Blackwell.
- Castro, Daniel. 2007. *Another Face of Empire : Bartolomé de Las Casas, Indigenous Rights, and Ecclesiastical Imperialism*. Durham & London : Duke University Press Books.
- Chevallier, Jean-Jacques. 1979. *Histoire de la pensée politique*. Tome I – *De la Cité-État à l'apogée de l'État-Nation monarchique*. Paris : Payot.
- Clausewitz, C. Von. 1968 (1832). *On War*. Harmondsworth : Penguin.
- Coke, Edward. 1853. *The first part of the Institutes of the Laws of England*. 1<sup>st</sup> American, from 19<sup>th</sup> London Ed. Philadelphia : Robert H. Small.
- Comparato, Fábio Konder. 2003. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo : Ed. Saraiva.
- Constantinesco, Léontin-Jean. 1973. *Traité de droit comparé*, t. I, *Introduction au droit comparé*. Paris : LGDJ.
- Constantinesco, Léontin-Jean. 1974. *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*. Paris : LGDJ.
- Constantinesco, Vlad, et Stéphane Pierrè-Caps. 2004. *Droit constitutionnel*. Paris : PUF.
- Corwin, Edward S. 1914. "Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review." *Michigan Law Review* 12, 7 : 538-72.
- Costa, Pietro. 2002. "Lo stato di diritto: un'introduzione storica." In *Lo stato di diritto. Teoria, storia, critica*, a cura di Pietro Costa, e Danilo Zolo. Milano : Feltrinelli.
- Cover, Robert M. 1982. "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities." *The Yale Law Journal* 91 : 1287-316.

- Creighton, Louise. 1877. *England, a continental power : from the conquest to Magna Charta*. Toronto : A. Miller.
- Cunha, Paulo Ferreira da. 2001. *O ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural, direitos humanos*. Coimbra : Almedina.
- Cury, Paula Maria Nasser. 2014. "Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas." *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 6, 2 : 176-85 <https://doi.org/10.4013/rechtd.2014.62.06>
- Cuvelier, Claire, Delphine Huet, et Clémence Janssen-Bennynck. 2014. "La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélémy et Mirkine-Guetzévitch." *RDP. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 6 : 1534-577.
- Dabin, Jean. 1939. *Doctrin Générale de l'État : éléments de philosophie politique*. Bruxelles : Bruylant.
- Dahl, Robert A. 1956. "Hierarchy, Democracy and Bargaining in Politics and Economics." In *Political Behavior*, edited by Heinz Eulau, et al., 83-9. Glencoe : Free Press.
- Dahl, Robert A. 1971. *Polyarchy. Participation and opposition*. New Haven/London : Yale University Press.
- Dahl, Robert A. 1998. *On Democracy*. New Haven-London : Yale University Press.
- Dal Ri Júnior, Arno. 2004. "Hugo Grotius entre o Jusnaturalismo e a Guerra Justa: pelo resgate do conteúdo ético do Direito Internacional." In *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro*, org. Wagner Menezes, 76-95. Ijuí : Unijuí.
- David, René. 1950. "Le droit comparé : enseignement de culture générale." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 2, 4 : 682-85.
- David, Réne. 2016<sup>12</sup> (1964). *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*. Paris : Dalloz.
- Day, John Cocchi. 2001. "Retelling the Story of Affirmative Action : Reflections on a Decade of Federal Jurisprudence in the Public Workplace." *California Law Review* 89, 1 : 59-127. <https://doi.org/10.2307/3481173>
- De Coninck, Julie. 2010. "The Functional Method of Comparative Law : Quo Vadis?" *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 74, 2 : 318-50 <https://doi.org/10.1628/003372510791090238>
- De Merville, Dumesnil, Fayard, d'Alby de, et Henri Bertin. 1780. *Idée de citoyenneté ou seigneurie de Périgues, & de la défense qui en a été proposée*. Paris : Quillau.
- Delmas-Marty, Mireille. 1986. *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*. Paris : P.U.F.
- Delmas-Marty, Mireille. 1994. *Pour un droit commun*. Paris : Le Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 1998. *Trois défis pour um droit commun*. Paris : Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 2004. *Les Forces imaginantes du droit*, vol. I. Le relatif et l'universel. Paris : Le Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 2006. *Les Forces imaginantes du droit*, vol. II. Le pluralisme ordonné. Paris : Le Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 2007. *Les Forces imaginantes du droit*, vol. III. La refondation des pouvoirs. Paris : Le Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 2008. "Les modèles d'harmonisation." In *Les chemins de l'harmonisation pénale*, édité par M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber, 433-39. Paris : Société de législation comparée.
- Delmas-Marty, Mireille. 2011. *Les Forces imaginantes du droit*, vol. IV. Vers une communauté de valeurs. Paris : Le Seuil.

- Delmas-Marty, Mireille. 2016. *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris : Le Seuil.
- Delmas-Marty, Mireille. 2019. *Sortir du pot au noir. L'humanisme juridique comme boussole*. Paris : Buchet Chastel.
- Delmas-Marty, Mireille. 2020. *Une boussole des possibles : gouvernance mondiale et humanismes juridiques*. Paris : Éditions du Collège de France.
- Delmas-Marty, Mireille, édité par. 2004. *Critique de l'intégration normative : L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*. Paris : PUF.
- Dicey, Albert Venn. 1915. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th ed. London : Macmillan.
- Dippel, Horst. 2019. "What to celebrate ? The place of the weimar constitution within the history of modern constitutionalism." *Giornale di storia costituzionale* 38, 2 : 13-26.
- Douki, Caroline, et Philippe Minard. 2007. "Histoire globale, histoires connectées : un changement d'échelle historiographique ?" *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 54-4bis, 5 : 7-21. <https://doi.org/10.3917/rhmc.545.0007>
- Dryzek, John S. 2006. "Transnational Democracy in an Insecure World." *International Political Science Review* 27, 2 : 101-19.
- Duguit, Léon. 1928. *Traité de droit constitutionnel. Tome troisième : La théorie générale de l'Etat, suite et fin*. Paris : Fontemoing.
- Dumont, Lorraine. 2022. "Le droit international des droits humains comme métathéorie de la justice." Thèse de doctorat. Aix-en-Provence : École Doctorale Sciences Juridiques et Politiques.
- Duncan, Graeme, and Steven Lukes. 1963. "The New Democracy." *Political Studies* 11, 2 : 156-77.
- Dupic, Emmanuel, et Luc Briand. 2013. *La Question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*. Paris : PUF.
- Dupuy, René-Jean. 1986. *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*. Paris : Economica/UNESCO.
- Dupuy, René-Jean. 1993. "Les espaces hors souveraineté." *Revue Pouvoirs* 67 : 99-106.
- Dussel, Enrique. 1977. *Filosofía de la liberación*. México : EDICOL.
- Dussel, Enrique. 1999. *Posmodernidad y Transmodernidad. Diálogos con la filosofía de Gianni Vattimo*. Puebla : Universidad Iberoamericana-Golfo Centro.
- Dussel, Enrique. 2001. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao : Editorial Desclée de Brouwer.
- Dutra, Déo Campos, e José Ribas Vieira. 2017. "O Direito Constitucional Comparado entre renascimento e consolidação." *Seqüência* 38, 76 : 69-94 <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p69>
- Eduard, David. 1919. *Discours du 31 juillet 1919*. Assemblée nationale constituante de Weimar. <[https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2\\_wv\\_bsb00000013\\_00070.html](https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2_wv_bsb00000013_00070.html)> (29-08-2025).
- Ehrlich, Walter. 1968. "Was the Dred Scott Case Valid?" *The Journal of American History* 55, 2 : 256-65. <https://doi.org/10.2307/1899556>
- Eisgruber, Christopher L. 2003. "Marbury', Marshall, and the Politics of Constitutional Judgment." *Virginia Law Review* 89, 6 (Marbury v. Madison : A Bicentennial Symposium) : 1203-234. <https://doi.org/10.2307/3202393>
- Escobar, Arturo. 2004. "Beyond the Third World : Imperial Globality, Global Coloniality, and Anti-Globalization Social Movements." *Third World Quarterly* 25, 1 : 207-30.
- Esmein, Adhémar. 1914<sup>6</sup>. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris : Sirey.
- Falk, Richard. 1981. *Human rights and State Sovereignty*, New York : Holmes&Meier.

- Falk, Richard. 1995. *On Human Governance. Towards a New Global Politics*. Cambridge : Polity Press.
- Falk, Richard. 1999. *Predatory Globalization*. Cambridge : Polity Press.
- Faoro, Raymundo. 2012. *Os donos do poder : formação do patronato político brasileiro*. São Paulo : Globo.
- Faria, José Eduardo. 1994. "O judiciário e os direitos humanos e sociais : notas para uma avaliação da justiça brasileira." In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, cuidado de José Eduardo Faria, 94-112. São Paulo : Malheiros.
- Faria, José Eduardo. 1999. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo : Malheiros.
- Ferrarese, Maria Rosaria. 2006. *Il diritto sconfinato*. Roma-Bari : Laterza.
- Fioravanti, Maurizio. 1993. *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino : Giappichelli.
- Fioravanti, Maurizio. 2004. *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*. Bologna : il Mulino.
- Fioravanti, Maurizio. 2007. *Costituzione*. Roma : Laterza.
- Fioravanti, Maurizio. 2008. "La forma politica europea." In *Ripensare la Costituzione*, a cura di M. ; Duso, G. Bertolissi, e A. Scalone, 29-42. Monza : Polimetrica.
- Fioravanti, Maurizio. 2009. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma : Laterza.
- Fleury, Victor. 1939. "Les idées politiques de Lassalle et Marx." *Revue d'Histoire du XIXe siècle* 169 : 45-54.
- Foucault, Michel. 1969. *L'archéologie du savoir*. Paris : Gallimard.
- Foucault, Michel. 1976. *La volonté de savoir*. Paris : Gallimard.
- Foucault, Michel. 1994. *Dits et écrites*. Paris : Gallimard.
- Foulquier, Norbert. 2009. "Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929)." *Jus Politicum : Revue de droit politique* 2. <<https://juspoliticum.com/article/Maurice-Hauriou-constitutionnaliste-1856-1929-75.html>>.
- Frankenberg, Günter. 2003. *Autorität und Integration : Zur Grammatik von Recht und Verfassung*. Frankfurt am Main : Suhrkamp.
- Frankenberg, Günter. 2016. *Comparative Law as Critique*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Limited.
- Frouville, Olivier de. 2024. "Repenser le concept de constitution." In *Démocratiser l'espace monde*, édité par D. Rousseau, et O. de Frouville, 73-91. Paris : Mare & Martin.
- Fukuyama, Francis. 1992. *The End of History and the Last Man*. New York : Free Press.
- Gadamer, Hans-Georg. 1996. *Vérité et méthode*. Trad. fr. P. Fruchon, J. Grondin, G. Merlio. Paris : Seuil.
- Galli, Carlo. 2001. *Spazi politici : l'età moderna e l'età globale*. Bologna : il Mulino.
- Garciadiego, Javier. 2003. *La Revolución Mexicana. Crónicas, documentos, planes y testimonios*. México : Universidad Nacional Autónoma de México.
- Garciadiego, Javier. 2017. "¿Por qué, cuándo, cómo y quiénes hicieron la Constitución de 1917 ?" *Historia Mexicana* 66, 3 : 1183-270. <https://doi.org/10.24201/hm.v66i3.3380>
- Gargarella, Roberto. 2014. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires : Katz Editores.
- Gauchet, Marcel. 1989. *La Révolution des droits de l'homme*. Paris : Gallimard.
- Gauthier, David. 1969. *Logic of Leviathan*. Oxford : Clarendon Press.
- Gautier, Alfred. 1887<sup>3</sup>. *Précis de l'histoire du droit français*. Paris : L. Larose et Forcel.

- Gazzolo, Tommaso. 2018. "Santi Romano e l'ordinamento giuridico." *Jura Gentium* 15, 2 : 115-27.
- Gerber, David J. 2001. "Sculpting the Agenda of Comparative Law : Ernst Rabel and the Facade of Language." In *Rethinking the masters of comparative law*, edited by Riles, Annelise. 190-208. Portland : Hart publishing.
- Giddens, Anthony. 1990. *The Consequences of Modernity*. Cambridge : Polity.
- Giddens, Anthony. 1991. *The Consequences of Modernity*. Stanford : Stanford University Press.
- Girard, Didier. 2013. "Le Président de la République : une autorité juridictionnelle méconnue. La justice retenue sous l'empire de la Constitution du 4 octobre 1958." *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 3 : 673-705.
- Glenn, H. Patrick. 2007<sup>3</sup>. *Legal Traditions of the World*. Oxford : Oxford University Press.
- Gomes, Joaquim Barbosa. 2001. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro : Renovar.
- Görg, Christoph, and Joachim Hirsch. 1998. "Is International Democracy Possible?" *Review of International Political Economy* 5, 4 : 585-616.
- Goyard-Fabre, Simone. 1992. *Les fondements de l'ordre juridique*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Gozzi, G. 2007. "Il costituzionalismo in Europa e nell'Islam." In *L'alternativa mediterranea*, a cura di D. Zolo, e F. Cassano, 476-92. Roma-Bari : Laterza.
- Grandmaison, Olivier Le Cour. 1992. *Les citoyennetés en révolution*. Paris : PUF.
- Groppi, Tania. 2006. "Costituzioni senza costituzionalismo ? La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo." *Politica del diritto* 2 : 187-221.
- Gross, Leo. 1948. "The Peace of Westphalia, 1648-1948." *American Journal of International Law* 42, 1 : 20-41.
- Grotius, Hugo. 2005. *De jure belli ac pacis* (orig. 1625), trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix*. Paris : PUF.
- Häberle, Peter. 1992. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*. Berlin : Duncker & Humblot GmbH.
- Häberle, Peter. 1999. "Per una dottrina della costituzione europea." *Quaderni costituzionali* 19, 1 : 3-30.
- Habermas, Jürgen. 1999. "A Short Reply." *Ratio Juris* 12, 4 : 445-53.
- Habermas, Jürgen. 2002a. *Die postnationale konstellation* (orig. 1998), trad. it. *La costellazione postnazionale*. Milano : Feltrinelli.
- Habermas, Jürgen. 2002b. *Die einbeziehung des Anderen* (orig. 1996), trad. it. *L'Inclusione dell'altro*. Milano : Feltrinelli.
- Habermas, Jürgen. 2007. *Der gespaltene Westen* (orig. 2004), trad. it. *L'Occidente diviso*. Roma-Bari : Laterza.
- Hadot, Pierre. 2009. *Éloge de la philosophie antique*. Paris : Ed. Allia.
- Hauriou, Maurice. 1929<sup>2</sup>. *Précis de droit constitutionnel*. Paris : Recueil Sirey.
- Hauriou, Maurice. 1930. *Précis élémentaire de droit constitutionnel*. Paris : Recueil Sirey.
- Hauriou, Maurice. 1933. *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris : Librairie Bloud & Gay.
- Heidegger, Martin. 1986. *Sein und Zeit* (orig. 1927), trad. fr. *Être et Temps*. Paris : Gallimard.
- Held, David. 1995. *Democracy and Global Order*. Cambridge : Polity Press.
- Held, David. 2005. *Governare la globalizzazione. Una alternativa democratica al mondo unipolare*. Trad. it. Carlo Sandrelli. Bologna : il Mulino.
- Held, David. 2006<sup>3</sup>. *Models of Democracy*. Stanford : Stanford University Press.

- Hell, Julia. 2009. "Katechon: Carl Schmitt's Imperial Theology and the Ruins of the Future." *The Germanic Review: Literature, Culture, Theory* 84, 4 : 283-356. <https://doi.org/10.1080/00168890903291443>
- Hennette-Vauchez, Stéphanie. 2022. *La démocratie en état d'urgence : quand l'exception devient permanente*. Paris : Seuil.
- Hésiode. 2017. *La Théogonie*. Trad. fr. Thomas Gaisford. Paris : éditions Ernest et Paul Fièvre.
- Hesse, Konrad. 1978. *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg : C. F. Müller.
- Hill, Christopher. 1997. *Puritanism and revolution: studies in interpretation of the English Revolution of the seventh century*. New York : St. Martin's Press.
- Hirschl, Ran. 2008. "The rise of comparative constitutional law." *Indiana Journal of Constitutional Law* 31 : 11-37.
- Hirschl, Ran. 2009. "The realist turn in comparative constitutional politics." *Political Research Quarterly* 62, 4 : 825-33.
- Hirschl, Ran. 2014. *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford : Oxford University Press.
- Hirst, Paul. 1997. "The global economy: myths and realities." *International affairs* 73 : 669-84.
- Hirst, Paul. 2005. *Space and Power : Politics, War and Architecture*. Cambridge : Polity.
- Hirst, Paul, and Grahame Thompson. 1999. *Globalization in Question*. Cambridge : Polity Press.
- Hobbes, Thomas. 1985. *Leviathan*. London : Penguin Classics.
- Höffe, Otfried. 1987. *Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*. Frankfurt am Main : Suhrkamp Verlag.
- Höffe, Otfried. 2000. *Derecho intercultural*. Barcelona : Gedisa.
- Höffe, Otfried. 2002. "Visão República Mundial: Democracia na era da globalização." Trad. Celso de Moraes Pinheiro. *Veritas* 47, 4 : 553-66. <https://doi.org/10.15448/1984-6746.2002.4.34899>
- Höffe, Otfried. 2009. "A coexistência de culturas na globalização." In *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*, org. Anderson V. Teixeira, et al., 318-41. São Paulo : Manole.
- Holmes, Pablo. 2014. "The politics of law and the laws of politics: The political paradoxes of transnational constitutionalism." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 21, 2 : 553-83. <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.21.2.553>
- Horton, Richard. 2020. "Offline : COVID-19 is not pandemic." *The Lancet* 396, 10255 : 874. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6)
- Hotman, François. 1991. *Francisci Hotomani Commentariorum in Orationes M. T. Ciceronis Volumen Primum* (orig. 1554), trad. fr. *La Gaule Française*. Paris : Fayard.
- Jakab, András. 2006. "Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before the European Integration and since." *European Constitutional Law Review* 2, 3 : 375-97. <https://doi.org/10.1017/S1574019606003750>
- Jaluzot, Béatrice. 2005. "Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective." *Revue internationale de droit compare* 57, 1 : 29-48.
- Jamin, Christophe. 2000. "Le vieux rêve de Saillelles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 4 : 733-51.
- Jellinek, Georg. 1912. *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (orig. 1892), trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano : Società Editrice Libreria.

- Jellinek, Georg. 2005. *Ausgewählte Schriften und Reden* (orig. 1911), trad.fr. *L'état moderne et son droit*, vol. I. *Théorie générale de l'état*. Paris : Panthéon Assas.
- Jestaedt, Matthias. 2009. *Die Verfassung hinter der Verfassung*. Paderborn : Verlag Schöningh.
- Jestaedt, Matthias. 2011. "La double constitution : une stratégie positiviste." *Jus Politicum* : *Revue de droit politique* 6. <<https://juspoliticum.com/article/La-double-constitution-Une-strategie-positiviste-404.html>>.
- Jouannet, Emmanuelle. 2011. *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*. Paris : Pedone.
- Kant, Immanuel. 1904. *Fondements de la Métaphysique des Mœurs*. Traduction par H. Lachelier. Paris : Librairie Hachette.
- Kant, Immanuel. 2005. *Zum ewigen Frieden* (orig. 1795), trad. it. *Per la pace perpetua*. Milano : Feltrinelli.
- Kaufmann, Matthias. 2009. *Diritti umani*. Napoli : Guida Editore.
- Kelsen, Hans. 1926. "Les rapports du système entre le droit interne et le droit international public." *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 13, 4 : 227-331.
- Kelsen, Hans. 1953. "Théorie du droit international public." *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 84, 3 : 1-204.
- Kelsen, Hans. 1989. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (orig. 1920), trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto*. Milano : Giuffrè.
- Kelsen, Hans. 1999. *Reine Rechtslehre* (orig. 1934), trad. port. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes.
- Keohane, Robert. 1998. "International Institutions : can interdependence work?" *Foreign Policy Special Edition* : 82-96.
- Keynes, John Maynard. 1964. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. New York : Harcourt.
- Killenbeck, Mark R. 1999. "Pushing Things up to Their First Principles : Reflections on the Values of Affirmative Action." *California Law Review* 87, 6: 1299-407.
- Kmieć, Keenan D. 2004. "The Origin and Current Meaning of 'Judicial Activism'." *California Law Review* 92, 5 : 1441-477.
- Kooiman, Jan. 2000. "Societal Governance : Levels, Models, and Orders of Social-Political Interaction." In *Debating Governance: Authority, steering and democracy*, edited by Jon Pierre, 138-63. Oxford : Oxford University Press.
- Kötz, Hein. 1997. "Konrad Zweigert (1911-1996)." *RIDC. Revue internationale de droit compare* 49, 1 : 199-201.
- Kuhn, Thomas. 1970. *The Structure of Scientific Revolutions* (orig. 1962) trad. fr. *La structure des révolutions scientifiques*. Paris : Flammarion.
- Kymlicka, Will. 2001. "Citizenship in an era of globalization." In *Democracy's Edges*, edited by Ian Shapiro, and Casiano Hacker-Cordón, 112-26. Cambridge : Cambridge University Press.
- Lambert, Édouard. 2005. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis* (orig. 1921). Paris : Dalloz.
- Lander, Edgardo. 2000. "Ciencias sociales : saberes coloniales y eurocéntrico." In *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales : perspectivas latinoamericanas*, cuidado de Edgardo Lander, 4-23. Buenos Aires : CLACSO.
- Las Casas, Bartolomé de. 1992. *A Short Account of the Destruction of the Indies*. Trad. Nigel Griffin. London : Penguin Books.
- Lassalle, Ferdinand. 1999. *Qu'est-ce qu'une Constitution ?* Paris : Sulliver.

- Latouche, Serge. 1989. *L'occidentalisation du monde*. Paris : La Découverte.
- Legrand, Pierre. 2022. *Negative comparative law : a strong programme for weak thought. Cambridge studies in international and comparative law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Lemaire, André. 1907. *Les Lois Fondamentales de la Monarchie française. D'après les théoriciens de l'ancien régime*. Paris : Fontemoing.
- Leszczynski, Agnieszka. 2015. "Spatial media/tion." *Progress in Human Geography* 39, 6 : 729-51. <https://doi.org/10.1177/0309132514558443>.
- Leveau, Philippe. 1993. "Territorium urbis. Le territoire de la cité romaine et ses divisions : du vocabulaire aux réalités administratives." *Revue des études Anciennes* 95, 3-4 : 459-71.
- Loewenstein, Karl. 1957. *Political Power and the Governmental Process* Chicago : University of Chicago Press.
- Lopez, Antonio Marín. 1962. "La doctrina del derecho natural en Hugo Grocio." *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 2, 2 : 203-34.
- Loreto, Luigi. 2001. *Il bellum justum e i suoi equivoci*. Napoli : Jovene Editore,
- Loyseau, Charles. 1609. *Traité des Seigneuries*. Paris.
- Loyseau, Charles. 1613<sup>2</sup>. *Traité des Ordres et Simples Dignit  s*. Paris.
- Luther, Jorg. 1993. "Ragionevolezza e Verh  ltnism  ssigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca." *Diritto e Societ  * 1-2 : 307-27.
- Lyra Filho, Roberto. 1983. *Karl, meu amigo : diálogo com Marx sobre o Direito*. Porto Alegre : Fabris.
- MacPherson, Crawford B. 1964. *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*. Oxford : Clarendon Press.
- Maduro, Miguel Poaires. 2006. *A constitui  o plural : constitucionalismo e União Europeia*. Cascais : Principia.
- Maine, Henry Sumner. 1861. *Ancient law : its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. London : Oxford University Press.
- Maldonado, Daniel Bonilla. 2020. *Los b  rbaros jurídicos : identidad, derecho comparado moderno y el Sur global*. Bogotá : Siglo del Hombre Editores.
- Malmström, Ake. 1969. "The System of Legal Systems: notes on a problem of classification in Comparative Law." *Scandinavian Studies in Law* 13 : 127-49.
- Martin-Chenut, Kathia. 2021. "Porosités entre soft et hard law : l'exemple de la Responsabilit   Sociétale des Entreprises (RSE)." In *Porosités du droit*, sous la dir. V. G. Curran, 43-61. Paris : Société de législation comparée.
- Marx, Karl. 1900. *Révolution et contre-révolution*. Trad. fr. Laura Lafargue. Paris : V. Giard et E. Brière   d.
- Marx, Karl. 1909. *Contribution à la critique de l'économie politique*. Trad. fr. Laura Lafargue. Paris : V. Giard et E. Brière   d.
- Mascaro, Alysson Leandro. 2013. *Estado e forma política*. S  o Paulo : Boitempo Editorial.
- Mathieu, Bertrand, et Philippe Ardant. 2017-2018<sup>29</sup>. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris : LGDJ.
- Mattei, Roberto de. 2001. *La sovranità necessaria. Riflessioni sulla crisi dello Stato moderno*. Roma : Il Minotauro.
- Mattei, Ugo, e Pier Giuseppe Monateri. 1987. *Introduzione breve al diritto comparato*. Padova : CEDAM.
- Matteucci, Nicola. 1997<sup>2</sup>. *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*. Bologna : il Mulino.
- Matteucci, Nicola. 1998. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid : Trotta.

- McGrew, Anthony. 2003<sup>2</sup>. "Models of Transnational Democracy." In Anthony McGrew, and David Held, *The Global Transformations Reader*. Cambridge : Polity Press.
- Mendenhall, Emily. 2020. "The COVID-19 syndemic is not global: context matters." *The Lancet* 396, 10264 : 1731. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32218-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32218-2)
- Ménessier, Thierry. 2001. "Principauté et souveraineté chez Machiavel." In *Penser la souveraineté*, édité par Gian Mario Cazzaniga, et Yves-Charles Zarka, 28-41. Paris : Vrin.
- Merry, Sally E. 1988. "Legal Pluralism." *Law & Society Review* 22, 4 : 869-901.
- Miaille, Michel. 1976. *Une introduction critique au droit*. Paris : Maspero.
- Miaille, Michel. 1980. *L'État du droit : une introduction à une critique du droit constitutionnel*. Paris : Maspero.
- Miaille, Michel. 2014. "Droit constitutionnel et marxisme." *Revista Culturas Jurídicas* 1, 2 : 1-34. <https://doi.org/10.22409/rcj.v1i2>
- Michaels, Ralf. 2010. "Explanation and Interpretation in Functionalist Comparative Law – a Response to Julie de Coninck." *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 74, 2 : 351-59.
- Michaels, Ralf. 2019<sup>2</sup>. "The functional method of comparative law." In Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative law*, 339-82. Oxford : Oxford University.
- Mignolo, Walter. 2007<sup>1</sup>. *La idea de América Latina : la herida colonial y la opción decolonial*. Trad. Silvia Jawerbaum e Julieta Barba. Barcelona : Gedisa.
- Mignolo, Walter. 2010. *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*. Buenos Aires : Ediciones del Signo.
- Miranda, Jorge. 1988. *Manual de Direito Constitucional*. 3<sup>a</sup> ed. Vol. IV. Coimbra : Almedina.
- Miranda, Jorge. 2011<sup>3</sup>. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense.
- Mirkine-Guetzévitch, Boris. 1949. "Les méthodes d'étude du droit constitutionnel compare." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 1, 4 : 397-417.
- Morabito, Marcel. 2016<sup>4</sup>. *Histoire constitutionnelle de la France : de 1789 à nos jours*. Paris : L.G.D.J.
- Mortati, Costantino. 1998. *La costituzione in senso materiale*. Milano : Giuffrè.
- Moses, Michele. 2001. "Affirmative Action and the Creation of More Favorable Contexts of Choice." *American Educational Research Journal* 38, 1 : 3-36.
- Moyssset, Henri. 1906. "Notes sur Lassalle et la Révolution de 1848 d'après des publications récentes." *Revue d'Histoire du XIXe siècle* 15 ("La Révolution de 1848") : 129-44.
- Nasser, Salem Hikmat. 2006. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo : Atlas.
- Neves, Marcelo. 2009. *Transconstitucionalismo*. São Paulo : WMF Martins Fontes.
- Neves, Marcelo. 2014. "(Não) Solucionando problemas constitucionais : transconstitucionalismo além de colisões." *Lua Nova* 93 : 201-32. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>
- Ost, François. 2004. *Raconter la loi : aux sources de l'imaginaire juridique*. Paris : Odile Jacob.
- Ost, François, et Michel van de Kerchove. 2002. *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- Pariotti, Elena. 2012. *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*. Torino : UTET.
- Pegoraro, Lucio, e Angelo Rinella. 2013. *Diritto Costituzionale Comparato : aspetti metodologici*, Padova : CEDAM.

- Pegoraro, Lucio, e Angelo Rinella. 2017. *Sistemi costituzionali comparati*. Torino : Giappichelli.
- Pernice, Ingolf. 2015. "Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe." *European Constitutional Law Review* 11, 3 : 541-62. <https://doi.org/10.1017/S1574019615000279>
- Pernice, Ingolf. 2017. "European Constitutionalism and the National Constitutions of the Member States, Implications for Brexit." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 93, 1 : 211-44.
- Perruso, Camila, Kathia Martin-Chenut, et Mireille Delmas-Marty, sous la dir.. 2021. *Sur les chemins d'un jus commune universalisable*. Paris : Mare & Martin.
- Peters, Anne. 2006. "Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structure." *Leiden Journal of International Law* 19, 3 : 579-610. <https://doi.org/10.1017/S0922156506003487>
- Pfander, James E. 2001. "'Marbury', Original Jurisdiction, and the Supreme Court's Supervisory Powers." *Columbia Law Review* 101, 7 : 1515-612.
- Philippe, Xavier. 2024. "Le droit de participer aux affaires publiques au niveau international : un tournant historique vers le global ?" In *Démocratiser l'espace monde*, édité par D. Rousseau, et O. de Frouville, 47-59. Paris : Mare & Martin.
- Picard, Etienne. 1999. "L'état du droit comparé en France." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 51, 4 : 885-915.
- Pinon, Stéphane. 2003. *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la Ve République*. Paris : LGDJ.
- Pizzorusso, Alessandro. 1998. *Sistemi giuridici comparati*. Milano : Giuffrè.
- Pizzorusso, Alessandro. 1999. *La Costituzione ferita*. Roma-Bari : Laterza.
- Pocock, J. G. A. 1960. "Burke and the Ancient Constitution." *The Historical Journal* 3, 2 : 125-43. <https://doi.org/10.17323/2587-8719-2018-ii-3-141-170>
- Pocock, J. G. A. 1967. *Ancient Constitutional and the Feudal Law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Poincaré, Henri. 1902. *La Science et l'hypothèse*. Paris : Flammarion.
- Poincaré, Henri. 1908. *Sciences et méthode*. Paris : Flammarion.
- Polanyi, Karl. 1944. *The Great Transformation : The Political and Economical Origins of Our Time*. New York : Rinehart & Co.
- Pollock, Frederick. 1903. "The History of Comparative Jurisprudence." *Journal of the Society of Comparative Legislation* 5, 1 : 74-89.
- Ponthoreau, Marie-Claire. 2005. "Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 57, 1 : 7-27.
- Ponthoreau, Marie-Claire. 2010. *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*. Paris : Economica.
- Popper, Karl. 1968. Popper. *The Logic of Scientific Discovery*. 4<sup>e</sup> ed. London : Hutchinson.
- Quijano, Aníbal. 1988. *Modernidad, identidad y utopía en América Latina*. Lima : Ediciones Sociedad y Política.
- Ramose, Mogobe B. 1999. *African philosophy through ubuntu*. Harare : Mond Books.
- Rangel, Paulo Castro. 2000. "Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires." *Revista Themis* 1, 2 : 127-51.
- Rawls, John. 1995. "Political Liberalism: Reply to Habermas." *The Journal of Philosophy* 92, 3 : 132-80.
- Rawls, John. 2003. *A Theory of Justice*. Cambridge : Harvard University Press.
- Rials, Stéphane. 1979. "Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle." *La Revue administrative* 189 : 265-73.
- Ricoeur, Paul. 2008. *Écrits et conférences 1 : autour de la psychanalyse*. Paris : Seuil.

- Rioux, Jean-Pierre. 1980. *Nouvelle histoire de la France contemporaine*. Tome 15 : *La France de la Quatrième République : 1. L'ardeur et la nécessité, 1944-1952*. Paris : Éditions du Seuil.
- Rivero, Jean. 1957. *Cours de droit administratif comparé*. Paris : Les Cours de Droit.
- Rocha, Leonel Severo. 2003<sup>2</sup>. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo : Editora Unisinos.
- Rodotà, Stefano. 1996. "Magistratura e política in Italia." In *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. B. Liberati, A. Ceretti, e A. Giasanti, 17-29. Milano : Feltrinelli.
- Romano, Santi. 1918. *L'Ordinamento giuridico*. Pisa : Mariotti.
- Rose, Winfield H. 2003. "Marbury v. Madison : How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution." *Political Science and Politics* 36, 2 : 209-14.
- Rösler, Hannes. 2008. "Ernst Rabel e a sua influência sobre um direito mundial dos contratos." *Meritum* 3, 1 : 5-29.
- Rossi, Pellegrino. 1866. *Cours de droit constitutionnel*. Paris : A. Porée.
- Rousseau, Dominique (org). 1996. *La démocratie continue*. Paris : LGDJ,
- Rousseau, Dominique. 2006. "L'état d'urgence, un état vide de droit(s)." *Revue Projet* 291, 2 : 19-26.
- Rousseau, Dominique. 2015. *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*. Paris : Seuil.
- Rousseau, Dominique. 2016. "Direito Constitucional contínuo: instituições, garantias de direitos e utopias." *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 8, 3 : 261-71. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2016.83.01>
- Rousseau, Dominique. 2018. "Constitucionalismo e democracia." *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 10, 3 : 228-37. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.103.01>
- Rousseau, Dominique. 2021. *Justiça constitucional francesa*. Belo Horizonte : Editora Fórum.
- Rousseau, Dominique. 2024. "De la constitution étatico-nationale à la constitution connectée, imaginaire del'espace démocratique mondial." In *Démocratiser l'espace monde*, édité par D. RousseauO. de Frouville, 61-72. Paris : Mare & Martin.
- Sabine, George H. 1962<sup>4</sup>. *Storia delle dottrine politiche*. Trad. it. Luisa de Col. Milano : Edizioni di Comunità.
- Sacco, Rodolfo. 1980. *Introduzione al diritto comparato*. Torino : UTET.
- Sacco, Rodolfo. 1991. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris : Economica.
- Saldanha, Jânia Maria Lopes. 2024. "Mireille Delmas-Marty : uma consciência atemporal para o Direito." In *Teorias do Direito e da Justiça: obras e autores*, org. André Gustavo Corrêa de Andrade, 367-96. Rio de Janeiro : Editora GZ.
- Santi Romano. 1969. *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Milano : Giuffrè.
- Santorio, Emilio. 2002. "Rule of law e 'libertà degli inglesi'. L'interpretazione di Albert Venn Dicey." In *Lo stato di diritto. Teoria, storia, critica*, a cura di Pietro Costa, e Danilo Zolo, 173-223. Milano : Feltrinelli.
- Sarlet, Ingo W. 2010<sup>10</sup>. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Scalone, Antonino. 1998. "'Katechon' e scienza del diritto in Carl Schmitt." *Filosofia politica* 12, 2 : 283-92.
- Schmitt, Carl. 1972. *Der Begriff des Politischen* (orig. 1963), trad. it. *Le categorie del politico*. Bologna: il Mulino.

- Schmitt, Carl. 1981. *Unità del mondo e altri saggi*. Introd. e nota bibliografica di Alessandro Campi. Roma : Pellicani.
- Schmitt, Carl. 1986. *Terra e mare*. Trad. it. Angelo Bolaffi. Milano : Giuffrè.
- Schmitt, Carl. 1988. *Théologie politique*. Trad. J.-L. Schlegel. Paris : Gallimard.
- Schmitt, Carl. 1993. *Verfassungslehre* (orig. 1928), trad. fr. *Théorie de la Constitution*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Schmitt, Carl. 2003. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (orig. 1974), trad. it. *Il nomos della terra nel diritto internazionale del Jus Publicum Europaeum*. Milano : Adelphi.
- Schmitt, Carl. 2012<sup>2</sup>. *Le nomos de la Terre*. Paris : PUF.
- Schulze-Fielitz, Helmuth. 2019. "L'arrêt Lüth : 50 ans après." *Trivium, Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales / Deutsch-französische Zeitschrift für Geistesund Sozialwissenschaften* 30 : 34-52.
- Sciulli, David. 1992. *Theory of Societal Constitutionalism*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Seaberg, R. B. 1981. "The Norman Conquest and the Common Law : the Levellers and the Argument from Continuity." *The Historical Journal* 24 (4) : 791-806. <https://doi.org/10.1017/S0018246X00008207>
- Seiler, Daniel-Louis. 2004. *La méthode comparative en science politique*. Paris : Armand Colin.
- Singer, Merrill, and Charlene Snipes. 1992. "Generations of Suffering : Experiences of a Treatment Program for Substance Abuse During Pregnancy." *Journal of health care for the poor and underserved* 3, 1 : 222-34.
- Singer, Merrill, Nicola Bulled, Bayla Ostrach, and Emily Mendenhall. 2017. "Syndemics and the biosocial conception of health." *The Lancet* 389, 10072 : 941-50. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(17\)30003-X](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(17)30003-X)
- Singer, Merrill. 2009. *Introduction to Syndemics: A Critical Systems Approach to Public and Community Health*. San Francisco : Jossey-Bass.
- Souza, Emerson Maione de. 2008. "Re-evaluating the Contribution and Legacy of Hedley Bull." *Brazilian Political Science Review* 2, 1 : 96-126.
- Stiglitz, Joseph. 2002. *Globalization and its Discontents*. New York : W.W. Norman & Company.
- Strauss, Leo. 1953. *Natural Right and History*. Chicago : Chicago University Press.
- Streck, Lenio L. 2011<sup>4</sup>. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo : Saraiva.
- Subrahmanyam, Sanjay. 2005. *Explorations in Connected History. From the Tagus to the Ganges*. Oxford : Oxford University Press.
- Subrahmanyam, Sanjay. 2007. "Par-delà l'incommensurabilité : pour une histoire connectée des empires aux temps modernes." *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 54-4bis, 5 : 34-53. <https://doi.org/10.3917/rhmc.545.0034>
- Subrahmanyam, Sanjay. 2013. *Is indian civilization a myth ?* New Delhi : Ranicket.
- Subrahmanyam, Sanjay. 2014. *Aux origines de l'histoire globale : leçon inaugurale au Collège de France*. Paris : Fayard.
- Sunstein, Cass R. 1987. "Lochner's Legacy." *Columbia Law Review* 87, 5 : 873-919.
- Sunstein, Cass. 1996. "Foreword: Leaving the Things Undecided." *Harvard Law Review* 110 : 4-101.
- Suzor, Nicolas P. 2018. "Digital Constitutionalism : Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms." *Social Media + Society* 4, 3 : 1-11. <https://doi.org/10.1177/2056305118787812>

- Suzor, Nicolas P. 2019. *Lawless : The Secret Rules That Govern our Digital Lives*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Tate, Neal, and Torbjörn Vallinder, edited by. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York : New York University Press.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2007. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no séc. XXI*. Porto Alegre : SAFE.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2008. "Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito." In *A Constitucionalização do Direito*, orgs. Anderson Vichinkeski Teixeira, e Luís Antônio Longo, 31-50. Porto Alegre : SAFE.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2011. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo : WMF Martins Fontes.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2013. "Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional?" In *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS*, org. Lenio Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson, Engelmann, vol. IX, 9-32. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2016. "Constitucionalismo transnacional : por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional." *Revista de Investigações Constitucionais* 3, 3 : 141-66. <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.48066>
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2019. "La méthode en droit constitutionnel comparé : propositions pour une méthodologie constitutionnelle comparative." *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* 1 : 217-34.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2024. "Le chaos en droit constitutionnel : au-delà des états d'exception." *Questions constitutionnelles : revue de droit constitutionnel* 11 mars : 1-18. <<https://questions-constitutionnelles.fr/le-concept-de-chaos-en-droit-constitutionnel-au-dela-des-etats-dexception/>>.
- Teubner, Günther, and Andreas Fischer-Lescano. 2004. "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law." *Michigan Law Journal of International Law* 25 : 999-1045.
- Teubner, Gunther. 1992. "The two faces of Janus : rethinking legal pluralism." *Cardozo Law Review* 13 : 1443-462.
- Teubner, Günther. 2004. "Societal constitutionalism: alternatives to State-centred Constitutional Theory." In *Constitutionalisation and Transnational Governance*, edited by Christian Joerges, Inge-Johanne Sand, Günther Teubner, 3-28. Oxford : Oxford University Press.
- Teubner, Günther. 2005. *Direito, Sociedade e Policontextualidade*. Trad. Bruna Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba : Unimep.
- Teubner, Günther. 2012. *Constitutional fragments : Societal constitutionalism and globalization*. Oxford : Oxford University Press.
- Thornhill, Christopher. 2013. "A Sociology of Constituent Power : The Political Code of Transnational Societal Constitutions." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20, 2 : 551-603.
- Thornhill, Christopher. 2016. *A Sociology of Transnational Constitutions : Social Foundations of the Post-National Legal Structure*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Tocqueville, Alexis de. 1837<sup>2</sup>. *De la démocratie en Amérique*. Tome I. Paris : Rosa.
- Tribe, Laurence H. 2008. *The Invisible Constitution*. Oxford : Oxford University Press.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado. 2003. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre : SAFE.

- Troper, Michel. 1980. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris : LGDJ.
- Troper, Michel. 2001. *La théorie de l'État, le droit, l'État*. Paris : PUF.
- Tsagourias, Nicholas. 2007. "The constitutional role of general principles of law in international and European jurisprudence." In *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, edited by Tsagourias, Nicholas, 71-106. Cambridge : Cambridge University Press.
- Tushnet, Mark. 2009. "The Inevitable Globalization of Constitutional Law." *Virginia Journal of International Law* 49, 4 : 985-1006. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317766>
- U.K. Parliament. 2003. *Joint Committee on Draft Civil Contingencies Bill*. First Report. London.
- Van Alstyne, William W., and John Marshall. 1969. "A Critical Guide to Marbury v. Madison." *Duke Law Journal* 1 : 1-47.
- Vasak, Karel, edited by. 1982. *The International Dimensions of Human Rights*, vol. I. Westport : Greenview Press.
- Vasak, Karel. 1974. "Le droit international des droits de l'Homme." *Recueil des cours de l'Académie de La Haye* 140, 4 : 333-415.
- Vedel, Georges. 1993. "Souveraineté et supraconstitutionnalité." *Revue Pouvoirs* 67 : 79-97.
- Verpeaux, Michel. 2013a. *Droit constitutionnel français*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Verpeaux, Michel. 2013b. *La question prioritaire de constitutionnalité*. Paris : Hachette.
- Vesting, Thomas. 2018. *Legal Theory and Media of Law*. Cheltenham : Elgar Publishing.
- Vianna, Luiz Werneck. 1999. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. 2010. "Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional." *IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 25 : 7-29.
- Villey, Michel. 1983. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris : P.U.F.
- Von Bogdandy, Armin, Matthias Goldmann, and Ingo Venzke. 2016. "From Public International to International Public Law : Translating World Public Opinion into International Public Authority." *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* 2 : 1-37.
- Walker, Neil, et al., edited by. 2013. *After Public Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Walker, Neil. 2012. "Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law : a tale of two neologisms." *University of Edinburgh School of Law Research Paper Series* 20 : 1-28.
- Walzer, Michael. 1977. *Just and Unjust Wars*. New York : Basic Books.
- Walzer, Michael. 2005. *Arguing about War*. New Haven : Yale University Press.
- Watson, Alan. 1993. *Legal transplants : an approach to comparative law*. Athens : The University of Georgia Press.
- Watson, Alan. 1995. "From Legal Transplants to Legal Formants." *The American Journal of Comparative Law* 43, 3 : 469-76.
- Watt, Horatia Muir. 2000. "La fonction subversive du droit comparé." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 52, 3 : 503-27.
- Weber, Max. 2015. *La domination*. Paris : La Découverte.
- Weiler, Joseph H. H. 1996. "European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order." *Political Studies* 44 : 517-33.

- Wight, Martin. 1991. *International Theory : Three Traditions*. London : Leicester University Press.
- Wolff, Christian. 1934. *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (orig. 1749). Oxford : Clarendon Press.
- Wolff, Christian. 1934. *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (orig. 1749). Oxford : Clarendon Press.
- Young, Ernst A. 2002. "Judicial activism and conservative politics." *University of Colorado Law Review* 73, 4 : 1140-216.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2011. "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización." In *El derecho en América Latina : un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, cuidado de César Rodríguez Garavito, 139-59. Buenos Aires : Siglo Veintiuno Editores.
- Zagrebelsky, Gustavo. 1970. *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*. Torino : UTET.
- Zarka, Yvez-Charles. 2001. *Figures du pouvoir*. Paris : PUF.
- Zavala, Silvio. 1964. *The defence of human rights in Latin America : sixteenth to eighteenth centuries*. Paris : UNESCO.
- Zolo, Danilo. 1998. *I signori della pace*. Roma : Carocci.
- Zolo, Danilo. 2001. *Cosmopolis*. Milano : Feltrinelli.
- Zolo, Danilo. 2004. *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*. Roma-Bari : Laterza.
- Zolo, Danilo. 2007. "Il multiculturalismo pacifista de Las Casas (Préface)." In Bartolomé de Las Casas, *De Regia Potestate*, a cura di G. Tosi. Roma-Bari : Laterza.
- Zolo, Danilo. 2010. "Por um direito supranacional mínimo." In *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*, orgs. Anderson Vichinkeski Teixeira, e Elton Somensi de Oliveira, 403-18. São Paulo : Manole.
- Zweigert, Konrad. 1949/50. "Rechtsvergleichung als universale interpretationsmethode." *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 15, 1 : 5-21.
- Zweigert, Konrad. 1972. "Methodological problems in comparative law." *Israel Law Review* 7, 4 : 465-74.
- Zweigert, Konrad, e Hein Kötz. 1998. *Introduzione al diritto comparato*. Trad. it. Barbara Pozzo. Vol. 1. Milano : Giuffrè.

## Index des noms

- Ackerman, B. 199  
Ago R. 161-162  
Alexy R. 67, 72  
Alfange Jr. D. 52  
Allen K. J. 166  
Ancel M. 181  
Antoine A. 34  
Ardant P. 91  
Arendt H. 65  
Aristote 92, 126, 149  
Aron R. 231  
Avril P. 44
- Ballestrin L. M. A 79  
Barretto V. P. 66  
Baudrillard J. 212  
Beaud O. 93  
Bedin G. 166  
Belaid S. 186  
Bello E. 80, 97  
Benhabib S. 248  
Berelson B. 145  
Bergougous G. 43  
Bettati M. 166  
Birkby R. H. 53  
Biscaretti di Ruffia P. 187, 189, 195-196
- Blick A. 34  
Bloch M. 26  
Blondel J. 185  
Bobbio N. 66, 234  
Bogdanor V. 34  
Boman D. K. 52  
Bonavides P. 77, 116  
Bourdieu P. 132-133  
Boutmy E. 34  
Bragato F. F. 80, 122-124  
Brunner O. 125  
Bull H. 159, 161-162, 164-169  
Burke E. 92, 94-96, 241  
Busaall J.-B 93  
Butterfield H. 95  
Buzan B. 168-169  
Bybee K. J. 59
- Canotilho J. J. G. 69, 237, 245  
Carbone S. 234  
Carbonnier J. 218  
Carozza P. 123  
Carré de Malberg R. 38, 207  
Carrino A. 151  
Cassese A. 118, 141, 151-152, 234  
Cassese S. 118, 141, 151-152, 234

- Castells M. 216, 220-221  
 Castro D. 124, 237  
 Chevallier J. 93  
 Clausewitz C. 165  
 Coke E. 31-32, 36, 95  
 Comparato F. K. 115  
 Constantinesco L. J. 43, 181-182, 190  
 Corwin E. S. 52  
 Costa P. 233  
 Cover R. M. 56, 186  
 Creighton L. 35  
 Cunha P. F. 128  
 Cury P. M. N. 198  
 Cuvelier C. 195  
  
 Dabin J. 236  
 Dahl R. 137-138, 146  
 Dal Ri Júnior A. 166  
 David R. 35, 75, 141, 144, 180-181, 190, 195, 197, 236, 244  
 Day J. C. 56  
 De Coninck J. 200  
 Delmas-Marty M. 177, 196, 222-223  
 De Merville D. 30  
 Dicey A. 33  
 Dippel H. 77  
 Douki C. 11, 250  
 Dryzek J. S. 145  
 Duguit L. 38, 42, 48  
 Dumont L. 119  
 Duncan G. 138  
 Dupic E. 46  
 Dupuy R.-J. 211-212  
 Dussel E. 80  
 Dutra D. C. 199  
  
 Ehrlich W. 52  
 Eisgruber C. L. 52  
 Escobar A. 79  
 Esmein A. 37-38, 48  
  
 Falk R. 119-120, 237  
 Faoro R. 81  
 Faria J. E. 73, 116  
 Ferrarese M. 141  
 Fioravanti M. 100, 125, 135, 182-183, 228, 231, 233, 235, 239  
 Fleury V. 96  
 Foucault M. 27, 133, 228  
  
 Foulquier N. 102  
 Frankenberg G. 110, 199  
 Frouville O. 248  
 Fukuyama F. 139  
  
 Gadamer H.-G. 192  
 Galli C. 211  
 Garciadiego J. 76  
 Gargarella R. 81  
 Gauchet M. 30  
 Gauthier D. 132  
 Gazzolo T. 100  
 Gerber D. 67, 197  
 Giddens A. 139, 220  
 Girard D. 40  
 Glenn H. P. 194  
 Goldmann M. 196  
 Gomes J. B. 56, 245  
 Görg C. 139, 145  
 Goyard-Fabre S. 127  
 Gozzi G. 229-230  
 Grandmaison O. L. C. 29  
 Groppi T. 229  
 Gross L. 160  
 Grotius L. 159-162, 164-166, 168  
  
 Häberle P. 72, 185, 199  
 Habermas J. 142, 228, 236, 248-249  
 Hadot P. 9-10  
 Hauriou M. 38, 48, 93, 99-102, 238  
 Heidegger M. 10, 127  
 Held D. 137-138, 141, 144, 236  
 Hell J. 150  
 Hennette-Vauchez S. 156  
 Hésiode 149  
 Hesse K. 67  
 Hill C. 30, 94  
 Hirsch J. 139, 145  
 Hirschl R. 199  
 Hirst P. 142, 152, 212, 236  
 Hobbes T. 109, 131-132, 155, 163-164, 183, 230  
 Höffe O. 64, 220  
 Holmes P. 126-127  
 Horton R. 153  
 Hotman F. 92, 94  
 Huet D. 195  
  
 Jakab A. 135

- Jaluzot B. 190  
 Jamin C. 180  
 Jellinek G. 63-64, 66-74, 76-77, 99, 208  
 Jestaedt M. 108  
 Jouannet E. 248  
  
 Kant I. 66, 118, 121, 163-164, 249  
 Kaufmann M. 232  
 Kelsen H. 93, 102-107, 215, 217, 219, 236  
 Keohane R. 143  
 Keynes J. M. 117  
 Killenbeck M. R. 56  
 Kmiec K. D. 55-56, 186  
 Kooiman J. 244  
 Kötz H. 181, 187, 189, 197-198  
 Kuhn T. 216  
 Kymlicka W. 145  
  
 Lambert E. 41, 55, 180, 186  
 Lander E. 79  
 Las Casas B. 122-124  
 Lassalle F. 92, 96-97, 241  
 Latouche S. 230  
 Legrand P. 188  
 Lemaire A. 92  
 Leszczynski A. 213  
 Leveau P. 208  
 Loewenstein K. 36, 232  
 Lopez A. M. 160  
 Loreto L. 165  
 Loyseau C. 93-94  
 Luther J. 192  
 Lyra Filho R. 97  
  
 Macpherson C. B. 132  
 Maduro M. P. 183, 235  
 Maine H. S. 180-181  
 Malmström A. 190  
 Marshall J. 52  
 Martin-Chenut K. 177, 218, 223  
 Martínez Dalmau R. 78, 81  
 Marx K. 93, 96-98, 116, 232  
 Mascaro A. 97  
 Mathieu B. 91  
 Mattei R. 151, 190  
 Matteucci N. 229, 231, 233  
 McGrew A. 143-144, 146  
 Mendenhall E. 153  
 Ménessier T. 208  
  
 Merry S. E. 216  
 Miaille M. 97  
 Michaels R. 197, 200  
 Mignolo W. 79  
 Minard P. 11, 250  
 Miranda J. 69, 72, 93  
 Mirkine-Guetzévitch B. 194  
 Morabito M. 116  
 Mortati C. 91, 101, 186, 238, 241  
 Moses M. 57  
 Moysset H. 96  
  
 Nasser S. H. 198, 218  
 Neves M. 217, 237, 247  
  
 Ost F. 214-216, 218-219, 222  
  
 Pariotti E. 64  
 Pegoraro L. 190, 196  
 Pernice I. 237, 246  
 Perruso C. 177, 223  
 Peters A. 243  
 Pfander J. E. 52  
 Philippe X. 11, 15, 17, 247, 250  
 Picard E. 188  
 Pinon S. 48  
 Pizzorusso A. 135, 186-187, 190  
 Pocock J. G. A. 31, 94-96  
 Poincaré H. 154  
 Polanyi K. 155, 205  
 Pollock F. 180  
 Ponthoreau M.-C. 17, 188, 198-199  
 Popper K. 179  
  
 Quijano A. 78  
  
 Ramose M. B. 78  
 Rangel P. C. 237  
 Rawls J. 136-138  
 Rials S. 186  
 Ricoeur P. 179  
 Rioux J.-P. 44  
 Rivero J. 180  
 Rocha L. S. 215  
 Rodotà S. 186  
 Romano S. 99, 151, 238  
 Rose W. H. 52  
 Rösler H. 197  
 Rossi P. 182

- Rousseau D. 12, 17, 40, 44, 47, 100, 124, 131, 138, 155-156, 178, 183, 242, 249-250
- Sabine G. H. 95, 132
- Sacco R. 182, 188, 195
- Saldanha J. M. L. 223
- Santoro E. 33
- Sarlet I. W. 67, 71-73, 77
- Scalone A. 150
- Schmitt C. 93, 107-111, 150-151, 155, 209-210, 219, 228, 241
- Schulze-Fielitz H. 192
- Sciulli D. 244
- Seaberg R. B. 31
- Seiler D.-L. 185
- Singer M. 151, 153
- Snipes C. 153
- Souza E. M. 167
- Stiglitz J. 143
- Strauss L. 65
- Streck L. L. 186, 215
- Subrahmanyam S. 11, 249-250
- Sunstein C. 55, 57, 186
- Suzor N. P. 213
- Tate N. 140-141
- Teixeira A. V. 9, 11, 13, 17, 29, 51, 63, 91, 102, 111, 115, 118, 131, 136, 140, 142, 148, 152, 164, 169, 179, 189, 196, 207, 227, 230-231, 237, 240, 242, 246
- Teubner G. 196, 213, 216, 221-222, 242-245
- Thornhill C. 245
- Tocqueville A. 41
- Tribe L. 191
- Trindade A. A. C. 116, 118, 235
- Troper M. 39
- Tsagourias N. 217
- Tushnet M. 199
- Van Alstyne W. W. 52
- Vasak K. 77, 120
- Vedel G. 45-46, 239
- Venzke I. 196
- Verpeaux M. 43, 91, 241-242
- Vesting T. 245
- Vianna L. W. 186
- Viciano Pastor R. 78, 81
- Vieira J. R. 199
- Villey M. 120, 122
- Von Bogdandy A. 196
- Walker N. 196
- Watson A. 188, 230
- Watt H. M. 195
- Weber M. 134
- Weiler J. H. H. 229
- Wight M. 158-159, 161, 163-164
- Wolff C. 104, 163-164
- Young E. A. 186
- Yrigoyen Fajardo R. 81
- Zagrebelsky G. 186
- Zarka Y.-C. 132
- Zavala S. 124
- Zolo D. 107, 122, 140, 160, 167, 169, 249
- Zweigert K. 181, 187, 189, 197-198, 200

## STUDI E SAGGI

### TITOLI PUBBLICATI

#### ARCHITETTURA, STORIA DELL'ARTE E ARCHEOLOGIA

- Acciai Serena, *Sedad Hakki Eldem. An aristocratic architect and more*
- Bartoli Maria Teresa, Lusoli Monica (a cura di), *Le teorie, le tecniche, i repertori figurativi nella prospettiva d'architettura tra il '400 e il '700. Dall'acquisizione alla lettura del dato*
- Bartoli Maria Teresa, Lusoli Monica (a cura di), *Diminuzioni e accrescimenti. Le misure dei maestri di prospettiva*
- Benelli Elisabetta, *Archetipi e citazioni nel fashion design*
- Benzi Sara, Bertuzzi Luca, *Il Palagio di Parte Guelfa a Firenze. Documenti, immagini e percorsi multimediali*
- Betti Marco, Brovadan Carlotta Paola (a cura di), *Donum. Studi di storia della pittura, della scultura e del collezionismo a Firenze dal Cinquecento al Settecento*
- Biagini Carlo (a cura di), *L'Ospedale degli Infermi di Faenza. Studi per una lettura tipo-morfologica dell'edilizia ospedaliera storica*
- Bologna Alberto, Pier Luigi Nervi negli Stati Uniti. 1952-1979. *Master Builder of the Modern Age*
- Eccheli Maria Grazia, Cavallo Claudia (a cura di), *Il progetto nei borghi abbandonati*
- Eccheli Maria Grazia, Pireddu Alberto (a cura di), *Oltre l'Apocalisse. Arte, Architettura, Abbandono*
- Fischer von Erlach Johann Bernhard, *Progetto di un'architettura storica. Entwurf einer Historischen Architectur*, a cura di Rakowitz Gundula
- Fratini Marco, *"De bonis lapidibus concis": la costruzione di Firenze ai tempi di Arnolfo di Cambio. Strumenti, tecniche e maestranze nei cantieri fra XIII e XIV secolo*
- Gregotti Vittorio, *Una lezione di architettura. Rappresentazione, globalizzazione, interdisciplinarietà*
- Gulli Riccardo, *Figure. Ars e ratio nel progetto di architettura*
- Gulli Riccardo, *Tempo e materia. Per un'etica del costruire*
- Lauria Antonio, Benesperi Beatrice, Costa Paolo, Valli Fabio, *Designing Autonomy at home. The ADA Project. An Interdisciplinary Strategy for Adaptation of the Homes of Disabled Persons*
- Lauria Antonio, Flora Valbona, Guza Kamela, *Five Albanian Villages. Guidelines for a Sustainable Tourism Development through the Enhancement of the Cultural Heritage*
- Lisini Caterina, *Lezione di sguardi. Edoardo Detti fotografo*
- Maggiora Giuliano, *Sulla retorica dell'architettura*
- Mantese Eleonora (a cura di), *House and Site. Rudofsky, Lewerentz, Zanuso, Sert, Rainer*
- Mazza Barbara, *Le Corbusier e la fotografia. La vérité blanche*
- Mazzoni Stefania (a cura di), *Studi di Archeologia del Vicino Oriente. Scritti degli allievi fiorentini per Paolo Emilio Pecorella*
- Méndez Baiges Maite, *Les Demoiselles d'Avignon and Modernism*
- Messina Maria Grazia, *Paul Gauguin. Un esotismo controverso*
- Paolucci Fabrizio (a cura di), *Epigrafia tra erudizione antiquaria e scienza storica. Ad honorem Detlef Heikamp*
- Pireddu Alberto, *In limine. Between Earth and Architecture*
- Pireddu Alberto, *In abstracto. Sull'architettura di Giuseppe Terragni*
- Pireddu Alberto, *The Solitude of Places. Journeys and Architecture on the Edges*
- Rakowitz Gundula, *Tradizione, traduzione, tradimento in Johann Bernhard Fischer von Erlach*
- Tonelli Maria Cristina, *Industrial design: latitudine e longitudine. Una prima lezione*
- Tonelli Maria Cristina (a cura di), *Giovanni Klaus Koenig. Un fiorentino nel dibattito nazionale su architettura e design (1924-1989)*

#### CULTURAL STUDIES

- Candotti Maria Piera, *Interprétations du discours métalinguistique. La fortune du sutra A 1 1 68 chez Patanjali et Bhartrhari*
- Castorina Miriam, *In the garden of the world. Italy to a young 19th century Chinese traveler*
- Castorina Miriam, Cucinelli Diego (edited by), *Food issues 雲路. Interdisciplinary Studies on Food in Modern and Contemporary East Asia*

Cucinelli Diego, Scibetta Andrea (edited by), *Tracing Pathways 雲路. Interdisciplinary Studies on Modern and Contemporary East Asia*

Graziani Michela, Casetti Lapo, Vuelta García Salomé (a cura di), *Nel segno di Magellano tra terra e cielo. Il viaggio nelle arti umanistiche e scientifiche di lingua portoghese e di altre culture europee in un'ottica interculturale*

Nesti Arnaldo, *Qual è la religione degli italiani?. Religioni civili, mondo cattolico, ateismo devoto, fede, laicità*

Nesti Arnaldo, *Per una mappa delle religioni mondiali*

Pedone Valentina, *A Journey to the West. Observations on the Chinese Migration to Italy*

Pedone Valentina, Sagiya Ikuko (edited by), *Transcending Borders. Selected papers in East Asian studies*

Pedone Valentina, Castorina Miriam (edited by), *Words and visions around/about Chinese transnational mobilities 流动*

Rigopoulos Antonio, *The Mahanubhavs*

Sagiya Ikuko, Castorina Miriam (edited by), *Trajectories. selected papers in East Asian studies 軌跡*

Sagiya Ikuko, Pedone Valentina (edited by), *Perspectives on East Asia*

Squarcini Federico (edited by), *Boundaries, Dynamics and Construction of Traditions in South Asia*

Vanoli Alessandro, *Il mondo musulmano e i volti della guerra. Conflitti, politica e comunicazione nella storia dell'islam*

Vinci Renata (edited by), *Navigating the Mediterranean Through the Chinese Lens. Transcultural Narratives of the Sea Among Lands*

#### DIRITTO

Allegretti Umberto (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*

Campus Mauro, Dorigo Stefano, Federico Veronica, Lazzerini Nicole (a cura di), *Pago, dunque sono (cittadino europeo). Il futuro dell'UE tra responsabilità fiscale, solidarietà e nuova cittadinanza europea*

Chiaromonte William, Vallauri Maria Luisa (a cura di), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, vol. III, 2024

Cingari Francesco (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto. (legge 190/2012)*

Curreri Salvatore, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*

Curreri Salvatore, *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*

Del Punta Riccardo, *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul Diritto del lavoro*, vol. 1, a cura di William Chiaromonte e Maria Luisa Vallauri

Del Punta Riccardo, *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti di diritto del lavoro*, vol. 2, a cura di William Chiaromonte e Maria Luisa Vallauri

Federico Veronica, Fusaro Carlo (edited by), *Constitutionalism and democratic transitions. Lessons from South Africa*

Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Cavallo Perin Roberto, Police Aristide, Saitta Fabio (a cura di), *A 150 anni dell'unificazione amministrativa italiana. Vol. I. L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*

Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, De Giorgi Cezzi Gabriella, Portaluri Pier Luigi (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. II. La coesione politico-territoriale*

Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Marchetti Barbara, Renna Mauro (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. III. La giuridificazione*

Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Civitarese Matteucci Stefano, Turchia Luisa (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. IV. La tecnificazione*

Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Cafagno Maurizio, Manganaro Francesco (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. V. L'intervento pubblico nell'economia*

Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Chiti Edoardo, Gardini Gianluca, Sandulli Aldo (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. VI. Unità e pluralismo culturale*

Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Comporti Gian Domenico (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. VII. La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*

Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Bartolini Antonio, Pioggia Alessandra (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. VIII. Cittadinanze amministrative*

Fiorita Nicola, *L'Islam spiegato ai miei studenti. Otto lezioni su Islam e diritto*

Fiorita Nicola, *L'Islam spiegato ai miei studenti. Undici lezioni sul diritto islamico. II edizione riveduta e ampliata*

Fossum John Erik, Menendez Agustin José, *La peculiare costituzione dell'Unione Europea*

Gregorio Massimiliano, *Le dottrine costituzionali del partito politico. L'Italia liberale*

Lucarelli Paola (a cura di), *Giustizia sostenibile. Sfide organizzative e tecnologiche per una nuova professionalità*

Palazzo Francesco, Bartoli Roberto (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*

Ragno Francesca, *Il rispetto del principio di pari opportunità. L'annullamento della composizione delle giunte regionali e degli enti locali*

Sorace Domenico (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*

Trocker Nicolò, De Luca Alessandra (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*

Urso Elena (a cura di), *Le ragioni degli altri. Mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo: una prospettiva comparatistica ed interdisciplinare*

Urso Elena, *La mediazione familiare. Modelli, principi, obiettivi*

## ECONOMIA

Ammannati Francesco, *Per filo e per segno. L'arte della lana a Firenze nel Cinquecento*

Bardazzi Rossella (edited by), *Economic multisectoral modelling between past and future. A tribute to Maurizio Grassini and a selection of his writings*

Bardazzi Rossella, Ghezzi Leonardo (edited by), *Macroeconomic modelling for policy analysis*

Barucci Piero, Bini Piero, Conigliello Lucilla (a cura di), *Economia e Diritto in Italia durante il Fascismo. Approfondimenti, biografie, nuovi percorsi di ricerca*

Barucci Piero, Bini Piero, Conigliello Lucilla (a cura di), *Il Corporativismo nell'Italia di Mussolini. Dal declino delle istituzioni liberali alla Costituzione repubblicana*

Barucci Piero, Bini Piero, Conigliello Lucilla (a cura di), *Intellettuali e uomini di regime nell'Italia fascista*

Barucci Piero, Bini Piero, Conigliello Lucilla (a cura di), *I mille volti del regime. Opposizione e consenso nella cultura giuridica, economica e politica italiana tra le due guerre*

Barucci Piero, Bini Piero, Conigliello Lucilla (a cura di), *Le sirene del corporativismo e l'isolamento dei dissidenti durante il fascismo*

Bellanca Nicolò, Pardi Luca, *O la capra o i cavoli. La biosfera, l'economia e il futuro da inventare*

Bellanca Nicolò, *La forza delle comunità locali. Giacomo Becattini e la teoria della cultura sociale*

Cecchi Amos, Paul M. Sweezy, *Monopolio e finanza nella crisi del capitalismo*

Ciampi Francesco, *Come la consulenza direzionale crea conoscenza. Prospettive di convergenza tra scienza e consulenza*

Ciampi Francesco, *Knowing Through Consulting in Action. Meta-consulting Knowledge Creation Pathways*

Ciappei Cristiano (a cura di), *La valorizzazione economica delle tipicità rurali tra localismo e globalizzazione*

Ciappei Cristiano, Sani Azzurra, *Strategie di internazionalizzazione e grande distribuzione nel settore dell'abbigliamento. Focus sulla realtà fiorentina*

Ciappei Cristiano, Citti Paolo, Bacci Niccolò, Campatelli Gianni, *La metodologia Sei Sigma nei servizi. Un'applicazione ai modelli di gestione finanziaria*

Ciappei Cristiano, Mininni Giacomo, *A Religious Foundation for Global Business Ethics. CSR and Religious Ethics in an Age of Globalization*

Garofalo Giuseppe (a cura di), *Capitalismo distrettuale, localismi d'impresa, globalizzazione*

Laureti Tiziana, *L'efficienza rispetto alla frontiera delle possibilità produttive. Modelli teorici ed analisi empiriche*

Lazzeretti Luciana, Cinti Tommaso, *La valorizzazione economica del patrimonio artistico delle città d'arte. Il restauro artistico a Firenze*

Lazzeretti Luciana, *Nascita ed evoluzione del distretto orafa di Arezzo, 1947-2001. Primo studio in una prospettiva ecology based*  
 Lazzeretti Luciana (edited by), *Art Cities, Cultural Districts and Museums. An economic and managerial study of the culture sector in Florence*  
 Lazzeretti Luciana (a cura di), *I sistemi museali in Toscana. Primi risultati di una ricerca sul campo*  
 Mastronardi Luigi, Romagnoli Luca (a cura di), *Metodologie, percorsi operativi e strumenti per lo sviluppo delle cooperative di comunità nelle aree interne italiane*  
 Meade Douglas S. (edited by), *In Quest of the Craft. Economic Modeling for the 21st Century*  
 Perrotta Cosimo, *Il capitalismo è ancora progressivo?*  
 Simoni Christian, *Approccio strategico alla produzione. Oltre la produzione snella*  
 Simoni Christian, *Mastering the dynamics of apparel innovation*  
 Stefani Gianluca, Cecchetti Maria Chiara, Bucelli Andrea, Martellozzo Federico, Paziienza Maria Grazia, Vecchio Bruno, *La proprietà fondiaria nelle aree interne. Un'indagine sulla Montagna Fiorentina e la Val Bisenzio*

#### FILOSOFIA

Baldi Massimo, Desideri Fabrizio (a cura di), *Paul Celan. La poesia come frontiera filosofica*  
 Barale Alice, *La malinconia dell'immagine. Rappresentazione e significato in Walter Benjamin e Aby Warburg*  
 Berni Stefano, Fadini Ubaldo, *Linee di fuga. Nietzsche, Foucault, Deleuze*  
 Borsari Andrea, *Schopenhauer educatore? Storia e crisi di un'idea tra filosofia morale, estetica e antropologia*  
 Brunkhorst Hauke, *Habermas*  
 Cambi Franco, Mari Giovanni (a cura di), *Giulio Preti. Intellettuale critico e filosofo attuale*  
 Cambi Franco, *Pensiero e tempo. Ricerche sullo storicismo critico: figure, modelli, attualità*  
 Casalini Brunella, Cini Lorenzo, *Giustizia, uguaglianza e differenza. Una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*  
 Desideri Fabrizio, Matteucci Giovanni (a cura di), *Dall'oggetto estetico all'oggetto artistico*  
 Desideri Fabrizio, Matteucci Giovanni (a cura di), *Estetiche della percezione*  
 Di Stasio Margherita, *Alvin Plantinga: conoscenza religiosa e naturalizzazione epistemologica*  
 Giovagnoli Raffaella, *Autonomy: a Matter of Content*  
 Honneth Axel, *Capitalismo e riconoscimento*, a cura di Solinas Marco  
 Michelini Luca, *Il nazional-fascismo economico del giovane Franco Modigliani*  
 Mindus Patricia, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*  
 Perni Romina, *Pubblicità, educazione e diritto in Kant*  
 Sandrini Maria Grazia, *La filosofia di R. Carnap tra empirismo e trascendentalismo. In appendice: R. Carnap Sugli enunciati protocollari* Traduzione e commento di E. Palombi  
 Solinas Marco, *Psiche: Platone e Freud. Desiderio, sogno, mania, eros*  
 Trentin Bruno, *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, a cura di Ariemma Iginio  
 Valle Gianluca, *La vita individuale. L'estetica sociologica di Georg Simmel*

#### FISICA

Arecchi Fortunato Tito, *Cognizione e realtà*  
 Pelosi Giuseppe, Selleri Stefano, *The Roots of Maxwell's A Dynamical Theory of the Electromagnetic Field. Scotland and Tuscany, 'twinning by science'*

#### LETTERATURA, FILOLOGIA E LINGUISTICA

Antonucci Fausta, Vuelta García Salomé (a cura di), *Ricerche sul teatro classico spagnolo in Italia e oltralpe (secoli XVI-XVIII)*  
 Bastianini Guido, Lapini Walter, Tulli Mauro (a cura di), *Harmonia. Scritti di filologia classica in onore di Angelo Casanova*  
 Battistin Sebastiani Breno, Ferreira Leão Delfim (edited by), *Crises (Staseis) and Changes (Metabolai). Athenian Democracy in the Making*  
 Berté Monica (a cura di), *Intorno a Boccaccio/Boccaccio e dintorni 2021. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 9-10 settembre 2021)*

- Bilenchi Romano, *The Conservatory of Santa Teresa*, edited by Klopp Charles, Nelson Melinda  
 Bresciani Califano Mimma (Vincenza), *Piccole zone di simmetria. Scrittori del Novecento*  
 Caracchini Cristina, Minardi Enrico (a cura di), *Il pensiero della poesia. Da Leopardi ai contemporanei. Letture dal mondo di poeti italiani*  
 Cauchi Santoro Roberta, *Beyond the Suffering of Being: Desire in Giacomo Leopardi and Samuel Beckett*  
 Colucci Dalila, *L'Eleganza è frigida e L'Empire des signes. Un sogno fatto in Giappone*  
 Dei Luigi (a cura di), *Voci dal mondo per Primo Levi. In memoria, per la memoria*  
 Fanucchi Sonia, Virga Anita (edited by), *A South African Convivio with Dante. Born Frees' Interpretations of the Commedia*  
 Ferrara Enrica Maria, *Il realismo teatrale nella narrativa del Novecento: Vittorini, Pasolini, Calvino*  
 Ferrone Siro, *Visioni critiche. Recensioni teatrali da «l'Unità-Toscana» (1975-1983)*, a cura di Megale Teresa, Simoncini Francesca  
 Francese Joseph, Vincenzo Consolo: *gli anni de «l'Unità» (1992-2012)*, ovvero la poetica della colpa-espiazione  
 Francese Joseph, *Leonardo Sciascia e la funzione sociale degli intellettuali*  
 Franchini Silvia, *Diventare grandi con il «Pioniere» (1950-1962). Politica, progetti di vita e identità di genere nella piccola posta di un giornalino di sinistra*  
 Francovich Onesti Nicoletta, *I nomi degli Ostrogoti*  
 Frau Ombretta, Gragani Cristina, *Sottoboschi letterari. Sei "case studies" fra Otto e Novecento. Mara Antelling, Emma Boghen Conigliani, Evelyn, Anna Franchi, Jolanda, Flavia Steno*  
 Frosini Giovanna, Zamponi Stefano (a cura di), *Intorno a Boccaccio/Boccaccio e dintorni. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 25 giugno 2014)*  
 Frosini Giovanna (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2020. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 10-11 settembre 2020)*  
 Frosini Giovanna (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2019. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 12-13 settembre 2019)*  
 Galigani Giuseppe, *Salomè, mostruosa fanciulla*  
 Gigli Daria, Magnelli Enrico (a cura di), *Studi di poesia greca tardoantica. Atti della Giornata di Studi Università degli Studi di Firenze, 4 ottobre 2012*  
 Giuliani Luigi, Pineda Victoria (edited by), *La edición del diálogo teatral (siglos XVI-XVII)*  
 Giuliani Luigi, Pineda Victoria (edited by), *Estemática: el Siglo de Oro por las ramas. Actas del XVII Taller Internacional de Estudios Textuales*  
 Gori Barbara, *La grammatica dei cliticci portoghesi. Aspetti sincronici e diacronici*  
 Gorman Michael, *I nostri valori, rivisti. La biblioteconomia in un mondo in trasformazione*, a cura di Guerrini Mauro  
 Graziani Michela (a cura di), *Un incontro lusofono plurale di lingue, letterature, storie, culture*  
 Graziani Michela, *Il Settecento portoghese e lusofono*  
 Graziani Michela, Abbati Orietta, Gori Barbara (a cura di), *La spugna è la mia anima. Omaggio a Piero Ceccucci*  
 Guerrini Mauro, Mari Giovanni (a cura di), *Via verde e via d'oro. Le politiche open access dell'Università di Firenze*  
 Guerrini Mauro, *De bibliothecariis. Persone, idee, linguaggi*, a cura di Stagi Tiziana  
 Keidan Artemij, Alfieri Luca (a cura di), *Deissi, riferimento, metafora. Questioni classiche di linguistica e filosofia del linguaggio*  
 López Castro Cruz Hilda, *America Latina aportes lexicos al italiano contemporaneo*  
 Mario Anna, *Italo Calvino. Quale autore laggiù attende la fine?*  
 Masciandaro Franco, *The Stranger as Friend: The Poetics of Friendship in Homer, Dante, and Boccaccio*  
 Nosilia Viviana, Prandoni Marco (a cura di), *Trame controluce. Il patriarca 'protestante' Cirillo Loukaris / Backlighting Plots. The 'Protestant' Patriarch Cyril Loukaris*  
 Pagliaro Annamaria, Zuccala Brian (edited by), *Luigi Capuana: Experimental Fiction and Cultural Mediation in Post-Risorgimento Italy*  
 Pestelli Corrado, *Carlo Antici e l'ideologia della Restaurazione in Italia*  
 Rosengarten Frank, *Through Partisan Eyes. My Friendships, Literary Education, and Political Encounters in Italy (1956-2013). With Sidlights on My Experiences in the United States, France, and the Soviet Union*

Ross Silvia, Honess Claire (edited by), *Identity and Conflict in Tuscany*  
 Totaro Luigi, *Ragioni d'amore. Le donne nel Decameron*  
 Turbanti Simona, *Bibliometria e scienze del libro: internazionalizzazione e vitalità degli studi italiani*  
 Vicente Filipa Lowndes, *Altri orientamenti. L'India a Firenze 1860-1900*  
 Virga Anita, *Subalternità siciliana nella scrittura di Luigi Capuana e Giovanni Verga*  
 Zamponi Stefano (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2015. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 9 settembre 2015)*  
 Zamponi Stefano (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2018. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 6-7 settembre 2018)*  
 Zamponi Stefano (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2016. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 9 settembre 2016)*  
 Zamponi Stefano (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2017. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 16 settembre 2017)*

#### MATEMATICA

De Bartolomeis Paolo, *Matematica. Passione e conoscenza. Scritti (1975-2016)*, a cura di Battaglia Fiammetta, Nannicini Antonella, Tomassini Adriano

#### MEDICINA

Mannaioni Pierfrancesco, Mannaioni Guido, Masini Emanuela, *Club drugs. Cosa sono e cosa fanno*  
 Saint Sanjay, Krein Sarah, Stock Robert W., *La prevenzione delle infezioni correlate all'assistenza. Problemi reali, soluzioni pratiche*, a cura di Bartoloni Alessandro, Gensini Gian Franco, Moro Maria Luisa, Rossolini Gian Maria  
 Saint Sanjay, Chopra Vineet, *Le 30 regole per la leadership in sanità*, a cura di Bartoloni Alessandro, Boddi Maria, Damone Rocco Donato, Giusti Betti, Mechi Maria Teresa, Rossolini Gian Maria

#### PEDAGOGIA

Bandini Gianfranco, Oliviero Stefano (a cura di), *Public History of Education: riflessioni, testimonianze, esperienze*  
 Mariani Alessandro (a cura di), *L'orientamento e la formazione degli insegnanti del futuro*  
 Nardi Andrea, *Il lettore 'distratto'. Leggere e comprendere nell'epoca degli schermi digitali*  
 Ranieri Maria, Luzzi Damiana, Cuomo Stefano (a cura di), *Il video a 360° nella didattica universitaria. Modelli ed esperienze*

#### POLITICA

Attinà Fulvio, Bozzo Luciano, Cesa Marco, Lucarelli Sonia (a cura di), *Eirene e Atena. Studi di politica internazionale in onore di Umberto Gori*  
 Bulli Giorgia, Tonini Alberto (a cura di), *Migrazioni in Italia: oltre la sfida. Per un approccio interdisciplinare allo studio delle migrazioni*  
 Caruso Sergio, *"Homo oeconomicus". Paradigma, critiche, revisioni*  
 Cipriani Alberto, Gramolati Alessio, Mari Giovanni (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*  
 Cipriani Alberto (a cura di), *Partecipazione creativa dei lavoratori nella 'fabbrica intelligente'. Atti del Seminario di Roma, 13 ottobre 2017*  
 Cipriani Alberto, Ponzellini Anna Maria (a cura di), *Colletti bianchi. Una ricerca nell'industria e la discussione dei suoi risultati*  
 Corsi Cecilia (a cura di), *Felicità e benessere. Una ricognizione critica*  
 Corsi Cecilia, Magnier Annick (a cura di), *L'Università allo specchio. Questioni e prospettive*  
 Cruciani Sante, Del Rossi Maria Paola (a cura di), *Diritti, Europa, Federalismo. Bruno Trentin in prospettiva transnazionale (1988-2007)*  
 De Boni Claudio, *Descrivere il futuro. Scienza e utopia in Francia nell'età del positivismo*  
 De Boni Claudio (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. I. L'Ottocento*  
 De Boni Claudio, *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte prima: Da inizio secolo alla seconda guerra mondiale*  
 De Boni Claudio (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte*

*seconda: dal dopoguerra a oggi*

Del Punta Riccardo (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*

Gramolati Alessio, Mari Giovanni (a cura di), Bruno Trentin. *Lavoro, libertà, conoscenza*

Gramolati Alessio, Mari Giovanni (a cura di), *Il lavoro dopo il Novecento: da produttori ad attori sociali. La città del lavoro di Bruno Trentin per un'«altra sinistra»*

Grassi Stefano, Morisi Massimo (a cura di), *La cittadinanza tra giustizia e democrazia. Atti della giornata di Studi in memoria di Sergio Caruso*

Lombardi Mauro, *Transizione ecologica e universo fisico-cibernetico. Soggetti, strategie, lavoro*

Lombardi Mauro, *Fabbrica 4.0: I processi innovativi nel Multiverso fisico-digitale*

Marasco Vincenzo, *Coworking. Senso ed esperienze di una forma di lavoro*

Mari Giovanni, Ammannati Francesco, Brogi Stefano, Faitini Tiziana, Fermani Arianna, Seghezzi Francesco, Tonarelli Annalisa (a cura di), *Idee di lavoro e di ozio per la nostra civiltà*

Molteni Tagliabue Giovanni, *Rationalized and Extended Democracy. Inserting Public Scientists into the Legislative/Executive Framework, Reinforcing Citizens' Participation*

Nacci Michela (a cura di), *Nazioni come individui. Il carattere nazionale fra passato e presente*

Renda Francesco, Ricciuti Roberto, *Tra economia e politica: l'internazionalizzazione di Finmeccanica, Eni ed Enel*

Spini Debora, Fontanella Margherita (a cura di), *Il sogno e la politica da Roosevelt a Obama. Il futuro dell'America nella comunicazione politica dei democrats*

Spinoso Giovanni, Turrini Claudio, Giorgio La Pira: i capitoli di una vita

Tonini Alberto, Simoni Marcella (a cura di), *Realtà e memoria di una disfatta. Il Medio Oriente dopo la guerra dei Sei Giorni*

Trentin Bruno, *La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale. Nuova edizione con pagine inedite dei Diari e altri scritti*, a cura di Cruciani Sante

Zolo Danilo, *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*

## PSICOLOGIA

Aprile Luigi (a cura di), *Psicologia dello sviluppo cognitivo-linguistico: tra teoria e intervento*

Luccio Riccardo, Salvadori Emilia, Bachmann Christina, *La verifica della significatività dell'ipotesi nulla in psicologia*

## SCIENZE E TECNOLOGIE AGRARIE

Surico Giuseppe, *Lampedusa: dall'agricoltura, alla pesca, al turismo*

## SCIENZE NATURALI

Bessi Franca Vittoria, Clauser Marina, *Le rose in fila. Rose selvatiche e coltivate: una storia che parte da lontano*

Friis Ib, Demissew Sebsebe, Weber Odile, van Breugel Paulo, *Plants and vegetation of NW Ethiopia.*

*A new look at Rodolfo E.G. Pichi Sermolli's results from the 'Missione di Studio al Lago Tana', 1937*

Sánchez Marcelo, *Embrioni nel tempo profondo. Il registro paleontologico dell'evoluzione biologica*

## SOCIOLOGIA

Alacevich Franca, *Promuovere il dialogo sociale. Le conseguenze dell'Europa sulla regolazione del lavoro*  
Alacevich Franca, Bellini Andrea, Tonarelli Annalisa, *Una professione plurale. Il caso dell'avvocatura fiorentina*

Battiston Simone, Mascitelli Bruno, *Il voto italiano all'estero. Riflessioni, esperienze e risultati di un'indagine in Australia*

Becucci Stefano (a cura di), *Oltre gli stereotipi. La ricerca-azione di Renzo Rastrelli sull'immigrazione cinese in Italia*

Becucci Stefano, Desideri Agnese, Landucci Sandro, Pezzoli Silvia, *L'università su misura. Governance, valutazione e ranking in quattro paesi europei*

Becucci Stefano, Garosi Eleonora, *Corpi globali. La prostituzione in Italia*

Bettin Lattes Gianfranco (a cura di), *Giovani Jeunes Jovenes. Rapporto di ricerca sulle nuove generazioni e la politica nell'Europa del sud*

Bettin Lattes Gianfranco (a cura di), *Per leggere la società*  
 Bettin Lattes Gianfranco, Turi Paolo (a cura di), *La sociologia di Luciano Cavalli*  
 Burroni Luigi, Piselli Fortunata, Ramella Francesco, Trigilia Carlo (a cura di), *Città metropolitane e politiche urbane*  
 Catarsi Enzo (a cura di), *Autobiografie scolastiche e scelta universitaria*  
 Leonardi Laura (edited by), *Opening the european box. Towards a new Sociology of Europe*  
 Virginia Miller, *Child Sexual Abuse Inquiries and the Catholic Church: Reassessing the Evidence*  
 Virginia Miller, *Child Sexual Abuse Inquiries and the Catholic Church: Reassessing the Evidence. Second Edition, Revised and Expanded*  
 Nuvolati Giampaolo (a cura di), *Sviluppo urbano e politiche per la qualità della vita*  
 Nuvolati Giampaolo, *L'interpretazione dei luoghi. Flânerie come esperienza di vita*  
 Nuvolati Giampaolo, *Mobilità quotidiana e complessità urbana*  
 Ramella Francesco, Trigilia Carlo (a cura di), *Reti sociali e innovazione. I sistemi locali dell'informatica*  
 Rondinone Antonella, *Donne mancanti. Un'analisi geografica del disequilibrio di genere in India*

#### STATISTICA E DEMOGRAFIA

Salvini Maria Silvana, *Globalizzazione: e la popolazione?. Le relazioni fra demografia e mondo globalizzato*

#### STORIA E SOCIOLOGIA DELLA SCIENZA

Angotti Franco, Pelosi Giuseppe, Soldani Simonetta (a cura di), *Alle radici della moderna ingegneria. Competenze e opportunità nella Firenze dell'Ottocento*  
 Cabras Pier Luigi, Chiti Silvia, Lippi Donatella (a cura di), *Joseph Guillaume Desmayses Dupallans. La Francia alla ricerca del modello e l'Italia dei manicomi nel 1840*  
 Califano Salvatore, Schettino Vincenzo, *La nascita della meccanica quantistica*  
 Cartocci Alice, *La matematica degli Egizi. I papiri matematici del Medio Regno*  
 Fontani Marco, Orna Mary Virginia, Costa Mariagrazia, *Chimica e chimici a Firenze. Dall'ultimo de' Medici al padre del Centro Europeo di Risonanze Magnetiche*  
 Guatelli Fulvio (a cura di), *Scienza e opinione pubblica. Una relazione da ridefinire*  
 Massai Veronica, *Angelo Gatti (1724-1798). Un medico toscano in terra di Francia*  
 Meurig Thomas John, *Michael Faraday. La storia romantica di un genio*  
 Schettino Vincenzo, *Scienza e arte. chimica, arti figurative e letteratura*  
 Teixeira Anderson Vichinkeski, *Constitutionnalisme transnational. Histoire, ontologie et épistémologie*

#### STUDI DI BIOETICA

Baldini Gianni, Soldano Monica (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*  
 Baldini Gianni, Soldano Monica (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*  
 Baldini Gianni (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*  
 Bucelli Andrea (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*  
 Costa Giovanni, *Scelte procreative e responsabilità. Genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*  
 Galletti Matteo, Zullo Silvia (a cura di), *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*  
 Galletti Matteo, *Decidere per chi non può. Approcci filosofici all'eutanasia non volontaria*

#### STUDI EUROPEI

Bosco Andrea, Guderzo Massimiliano (edited by), *A Monetary Hope for Europe. The Euro and the Struggle for the Creation of a New Global Currency*  
 Scalise Gemma, *Il mercato non basta. Attori, istituzioni e identità dell'Europa in tempo di crisi*

**Constitutionnalisme transnational. Histoire, ontologie et épistémologie.** Est-il possible de parler de constitutionnalisme et de constitution au-delà de l'État ? Si les processus de mondialisation de la seconde moitié du XXe siècle semblaient déjà souligner l'émergence d'un phénomène constitutionnel mondial, les récentes crises sanitaires et environnementales confirment qu'il s'agit de l'un des principaux objets d'étude du droit au XXIe siècle. Déjà débattu sous les "étiquettes" de constitutionnalisme global, post-national, international et transconstitutionnel, entre autres, l'ouvrage *Constitutionnalisme transnational* met en lumière les convergences possibles entre les principales propositions théoriques existantes, autour de trois questions élémentaires qui peuvent être résumées ainsi : 1) historique : comment s'est-il formé ? 2) ontologique : qu'est-ce que c'est ? 3) épistémologique : comment est-il construit ?

**Anderson Vichinkeski Teixeira** est professeur de droit constitutionnel et Directeur de l'École doctorale de droit de l'Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, Brésil). HDR en droit public à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne. Editor-in-chief de la revue RECHTD. Professeur, membre externe, du Collegio Docenti du Doctorat en droit de l'Università di Firenze (Italie).

**Table de matières:** Prologue. Un livre qui ouvre un débat intellectuel sur le constitutionnalisme (Dominique Rousseau) – Préface (Xavier Philippe) – Remerciements – Introduction – Partie I. Histoire : Trois présupposés historiques du constitutionnalisme transnational – 1. La constitution comme limitation au pouvoir politique – 2. La constitution comme document politique et juridique : la généalogie du constitutionnalisme libéral américain – 3. La constitution et l'ère des droits fondamentaux – Partie II. Ontologie : Nature et contenu du constitutionnalisme transnational – 4. Qu'est-ce qu'une constitution ? Théories de la constitution – 5. L'internationalisation du droit et le début du constitutionnalisme transnational – 6. La dimension ontologique du phénomène constitutionnel transnational – Partie III. Épistémologie : La construction critique d'une nouvelle théorie – 7. La dimension épistémologique : les apports du droit constitutionnel comparé – 8. La dimension objective du phénomène constitutionnel transnational – 9. Vers un constitutionnalisme transnational pluriversaliste ? – Bibliographie – Index des noms.

ISSN 2704-6478 (print)  
ISSN 2704-5919 (online)  
ISBN 979-12-215-0810-9 (Print)  
ISBN 979-12-215-0811-6 (PDF)  
ISBN 979-12-215-0812-3 (ePUB)  
ISBN 979-12-215-0813-0 (XML)  
DOI 10.36253/979-12-215-0811-6

[www.fupress.com](http://www.fupress.com)