

## 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 XVIIIe 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 XVIIIe 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 XIXe 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 » :

(Il) 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 XXe 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 XIXe 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'Agneszka 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 XXI<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 émergent 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 XXe 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 modern 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.