



HAL
open science

Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux – et la compétence dans tout cela ?

Evelyne Lagrange

► To cite this version:

Evelyne Lagrange. Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux – et la compétence dans tout cela ?. *Jus Politicum : Revue de droit politique*, 2018, La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et les différentes branches du droit, 20. hal-01872608

HAL Id: hal-01872608

<https://hal.science/hal-01872608v1>

Submitted on 12 Sep 2018

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

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

Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux – et la compétence dans tout cela* ?

Si le droit constitutionnel se définit comme « le droit qui constitue les institutions », pour reprendre en la détournant un peu, une formule de Jean-Marie Denquin¹, peut-il demeurer enfermé dans les frontières de l'État ou ne les franchir que pour les besoins de la comparaison ? Tant qu'étaient réputés ne coexister dans la société internationale que des États, la question pouvait encore être esquivée. Le moment de la constitution de l'État étant tenu pour anté-juridique, une fois l'État constitué, le droit constitutionnel s'intéressait à son organisation interne, à la loi qu'il se donnait à lui-même, y compris pour en changer, tandis que le droit international fixait les modalités de coexistence de cet État avec ses pairs, leur naissance respective étant pour lui un pur fait. Si l'existence de l'un était indispensable à l'autre et réciproquement, leurs logiques et développements propres devaient demeurer indépendants². Justifiée par des objets distincts, cette césure disciplinaire sinuant aux frontières des États et des ordres juridiques ne préjudiciait qu'à la marge à la compréhension du pouvoir³ par les juristes ou les sujets de l'État qui auraient sollicité leurs lumières.

* La présente contribution est une version remaniée, grâce notamment aux apports du colloque de l'Institut Villey sur le constitutionnalisme global publié dans *Jus Politicum* (*Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018 [<http://juspoliticum.com/numero/Constitutionnalisme-global-72.html>]), d'une conférence donnée à l'Université de Speyer en 2015 à l'invitation de K.-P. Sommermann sur le même thème, à partir d'une série de travaux personnels alors en cours. De là les nombreuses autoréférences dans la seconde partie.

¹ J.-M. DENQUIN, « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, t. 1, 2012, p. 60.

² Voir D. GRIMM, « The Achievement of Constitutionalism and its Prospect in a Changed World », in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 12-13 ; J. COMBACAU, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 405-439.

³ Dans cette contribution, le pouvoir au singulier s'entend au sens très large et neutre de faculté légalement établie de contraindre unilatéralement le comportement d'un autre sujet ou d'un ensemble de sujets et pouvoir public, au sens de pouvoir réputé s'exercer dans l'intérêt général au nom du peuple (ou de toute communauté tenue pour équivalente). Cette faculté se répartit entre différentes institutions. Sont des pouvoirs publics, aux côtés des États, les institutions internationales dont la création procède *in fine* de la volonté des premiers qui acceptent de partager leur propre pouvoir avec elles et les autres membres en leur sein.

L'État ouvert partage dorénavant le pouvoir avec des institutions publiques, privées, hybrides situées au-delà de son *imperium*⁴. Internationalistes et constitutionnalistes doivent en convenir et réviser leurs habitudes de pensée : du pouvoir, l'État n'a plus le monopole, ni dans l'ordre international (où il appartenait en réalité indivis *aux États*), ni dans son propre ordre pour peu qu'il soit ouvert sur la vie institutionnelle internationale. Sans doute chaque discipline conserve-t-elle sa pertinence à l'égard de ses objets traditionnels, aussi disputés soient-ils. Cependant, l'agrégation de ces approches raffinées en deux siècles et demi ne suffit plus à expliquer comment ces institutions s'ordonnent, ni où passe le pouvoir.

La « gouvernance mondiale » ou « mondialisée » ou « globale⁵ » lance son premier défi aux disciplines juridiques dont la puissance explicative dépend pour partie de leur délimitation et de la construction de leur objet. Au-delà, le défi est hautement politique. En dépit de sa trivialité, l'expression « où passe le pouvoir » a été choisie à dessein en écho à deux questions récurrentes : à qui profite la déperdition de pouvoir qui affecterait l'État ? Quels sont ces canaux que le pouvoir emprunterait aujourd'hui, ici plus spécifiquement lorsqu'il se matérialise dans des actes normatifs *lato sensu* ou des actes d'exécution-sanction non juridictionnelle⁶ ? Ces

⁴ Quelques éléments de définition : (1) Personnifiée ou non, une institution internationale peut être définie comme « un agencement, permanent, récurrent ou durable, des rapports entre des acteurs privés évoluant dans une pluralité d'ordres juridiques nationaux et/ou des autorités publiques (nationales et internationales) dont l'objet est d'appréhender des "questions d'intérêt international" aux fins de concertation, coordination ou intégration de leurs actions ou de règlement de différends internationaux ou transnationaux » (E. LAGRANGE, « La catégorie "organisations internationales" », in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, Lextenso, 2013, p. 41). (2) Les questions d'intérêt international ne le sont pas par essence ; ce sont toutes celles censées se prêter à un traitement qui associe plusieurs États et/ou institutions internationales. Une question d'apparence interne ou appréhendée traditionnellement sous le seul aspect du droit interne ou d'accords bilatéraux (par ex. la lutte contre l'érosion de la base fiscale) peut devenir une question d'intérêt international appelant un traitement multilatéral si les autorités publiques compétentes en la matière la perçoivent ainsi ou pas, dans le cas contraire (et ce, bien que l'érosion résulte manifestement de l'optimisation fiscale transfrontières dans un contexte de libéralisation économique et de concurrence fiscale entre États). (3) Les organisations intergouvernementales ne sont qu'une espèce dans le vaste genre des institutions internationales. De telles institutions peuvent être des sujets de droit dans l'ordre juridique d'un ou plusieurs États, mais sans que ceux-ci aient, en cette qualité, un pouvoir de contrôle sur leur existence et leur fonctionnement – du moins en droit.

⁵ Entendue comme une « approche pluraliste et interactive de l'action collective », ce qui donne, une fois ajouté le qualificatif « global », un concept « forgé pour rendre compte de l'émergence dans la vie internationale de nouvelles catégories d'acteurs, venant briser le monopole que les États détenaient sur les relations internationales [...] ». « [De] nouveaux acteurs (Organisations non gouvernementales, firmes multinationales, communautés d'experts...) sont désormais présents dans les arbitrages internationaux, non seulement indirectement, par l'intermédiaire des États avec lesquels ils entretiennent des rapports permanents, mais encore directement » (J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », in *Mélanges P. Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 191-192). Comme les fonctions et modes d'action de l'État, les fonctions et modes d'(inter)action des acteurs internationaux se réorganisent dans des processus multipartites qui mettent en avant la coopération davantage que la coercition, l'efficacité plutôt que le formalisme juridique (sans exclure complètement ni l'une ni l'autre cependant).

⁶ Les rapports de dialogue ou de confrontation entre les juridictions nationales, régionales et internationales ont inspiré une littérature prolixe. Ils ne seront envisagés qu'à la marge dans cette contribution.

questionnements intéressent finalement la théorie du pouvoir. Autant l'État pouvait être envisagé comme un ensemble de fonctions et d'organes intégré grâce à des règles assurant la liaison des fonctions et des organes, autant la « gouvernance multi-acteurs » qui se joue, au moins pour partie, des frontières, s'apparente *prima facie* à un enchevêtrement d'institutions étatiques et non étatiques dans lequel fonctions et organes se différencient suivant des lois disparates (par exemple la fonction de sanctionner les manquements au droit se distribue de manière différente dans les systèmes internes et internationaux), sont morcelés (le pouvoir de prendre des actes de même nature revient par exemple à des institutions nationales ou internationales qui s'excluent ou œuvrent en commun) et parfois démembrés (les organes parlementaires paraissent, par exemple, sans prise réelle sur l'institution qui tient le rôle clé dans la chaîne décisionnelle⁷). Les observateurs, qui ne sont pas tous constitutionnalistes au sens classique du terme, en tirent des conclusions contrastées. Aux uns, il semble que fasse défaut

ce point d'imputation unique vers lequel convergent les voies de formation de l'intérêt commun, mais au niveau intersubjectif, les participants n'auront pas non plus la perspective commune du « nous », ni le lieu de l'engagement à partir duquel il est possible de répondre à toutes les questions de l'intérêt commun⁸.

Aux autres, il paraîtra qu'une « gouvernance multi-niveaux » adaptée à l'interdépendance ressentie et recherchée, incorporant la garantie des droits fondamentaux, s'est déjà installée en place de l'ordonnement ancien du pouvoir ou doit et peut être instaurée. Mais d'autres encore nieront que la puissance de l'État se dilue – ou doive se laisser diluer – dans un chaos institutionnel que nulle constitution, internationale, supranationale ou transnationale ne peut ordonner ni remembrer.

⁷ S. Cassese relève que le constitutionnalisme national « s'est développé comme un instrument de contrôle des pouvoirs exécutifs, tandis que dans l'espace global, l'exécutif est encore au stade d'embryon. La nécessité d'une autorité de contrôle n'est pas nécessaire [*sic*] en présence d'institutions dépourvues du pouvoir d'exécuter » (S. CASSESE, « Existe-t-il une constitution globale ? », *Jus Politicum*, n° 19, *constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 23 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t02_cassese.pdf]). L'argument est alors développé pour briser le parallèle entre constitutionnalisme global et national, mais ce n'est pas à dire que la réflexion sur l'existence et la localisation des pouvoirs de contrôle (parlementaire et autres) soit futile : à supposer que le « pouvoir d'exécuter » (sur le sens duquel il faut s'entendre) soit demeuré national, il convient de s'interroger sur ce qu'il « exécute », au débouché d'un travail normatif qui se comprend souvent mieux en termes de processus normateur que de production d'actes à énoncés normatifs (voir H. ASCENSIO, « Le pouvoir normatif de l'OCDE », in *SFDI, Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité*, Paris, Pedone, 2013, p. 7-23) et prend souvent sa source au-delà du système constitutionnel de l'État. En d'autres termes, quelles que soient les faiblesses persistantes du pouvoir exécutif dans l'ordre international en dépit du regain d'activité du Conseil de sécurité des Nations Unies, l'internationalisation des processus d'élaboration des normes modifie les rôles respectifs des organes exécutifs et parlementaires dans les ordres internes. La question du contrôle de l'exécutif demeure, tout en se renouvelant.

⁸ De cette observation, N. Walker tire une interrogation sur la pertinence ou non d'emprunter le « langage du constitutionnalisme dans le contexte transnational post-holistique » (N. WALKER, « Le constitutionnalisme multi-niveaux », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 461). Il y répond par la positive : « le langage constitutionnel conserve la fonction cruciale de marquer la limite de nos valeurs fondamentales. Si en effet nous ne parvenons pas à donner à la politique un cadre correspondant à l'intérêt commun, quelle que puisse être la difficulté de le concevoir et si éloignés que nous soyons de nos repères familiers, quelque chose de grand et d'irremplaçable manquera à nos ressources pour organiser la vie commune ».

Si la discipline « droit constitutionnel » a « des objets historiques plutôt qu'un objet transhistorique » (J.-M. Denquin), rien ne s'oppose *a priori* à ce qu'il appréhende ce *conundrum* des lieux de pouvoir caractéristique de l'ère post-moderne, quel que soit le constat final d'ailleurs : perte de cohérence du pouvoir ou cohérence restaurée grâce à la diffusion dans/entre les lieux de pouvoir d'une rationalité, d'un modèle communs, ou possible restauration du pouvoir de l'État dans sa plénitude. Quoique les temporalités varient d'un point à l'autre de la planète, la discipline du droit constitutionnel pourrait s'élargir à ce que les constitutionnalistes classiques ignorent souvent dans leurs études – et les internationalistes parfois aussi sous prétexte qu'une institution n'est ni un État, ni une organisation intergouvernementale⁹. La littérature qui fleurit se choisit d'autres titres et préfère souvent un autre concept : le « constitutionnalisme global ».

Une lecture trop rapide sans doute et assurément non exhaustive d'écrits déclinant les concepts de constitution/constitutionnalisation/constitutionnalisme¹⁰ à l'échelle globale révèle que les discours, descriptifs, prescriptifs, ou déceptifs sur ces objets font souvent – mais pas toujours – l'économie d'une réflexion sur la compétence, celle de l'État ou des États pris deux à deux, celle des institutions internationales, celle que revendiquent certains acteurs privés. C'est un peu la part, ou une part, du droit international, à savoir les règles relatives à la compétence des titulaires ou délégués d'une fonction d'intérêt public, qui se trouve ainsi sacrifiée. La suite de cette contribution « hors colloque » vise à suggérer, depuis le droit international et sur le fondement de travaux personnels qui se situaient en dehors du paradigme constitutionnaliste, qu'envisager les règles relatives à la compétence comme des règles constitutionnelles a une valeur heuristique¹¹.

I. VARIATIONS CONCEPTUELLES

Le concept de « constitutionnalisation du système international » peut évoquer, en première approche, un mouvement ou processus qui transformerait, graduellement, un système international anarchique cependant doté d'une norme fondamentale, *pacta sunt servanda*, en un ensemble coordonné et hiérarchisé d'institutions et de normes d'origine internationale, c'est-à-dire plus ou moins lointainement rattachables à un accord entre sujets du droit international et entées, toujours, sur cette même norme fondamentale. D'aucuns pourraient alors penser que l'idée de « constitutionnalisation » gît déjà sous la notion de « système international¹² ».

⁹ Et sur quoi l'école du droit administratif global (*Global Administrative Law*) a le mérite d'attirer leur attention.

¹⁰ Sur ces notions et leur évolution, voyez la contribution précitée de D. Grimm et celle de M. Loughlin : M. LOUGHLIN, « What is Constitutionalisation? », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, op. cit., p. 47-71.

¹¹ Selon l'une des voies balisées par M. Altwegg-Boussac : M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ? », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 15 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t01_altwegg.pdf]

¹² J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986 : « le système juridique, dans une perspective positiviste, est le mode d'organisation des objets juridiques suivant une logique voulue par les autorités créatrices des principes qui animent le système tout entier : l'ordre n'est pas intrinsèque aux objets juridiques ou à leur regroupement en ensemble, il est dans la volonté qui anime leur production individuelle et leur

Ce serait, par souci exclusif des formes juridiques ou des structures logiques, perdre de vue que la « constitutionnalisation du système international » est aussi, en deuxième approche, un concept porteur d'une révolution des valeurs censées informer déjà, transformer si nécessaire, les institutions et les normes internationales. Le concept de « constitutionnalisation du système international » prétend en effet décrire ou prescrire la réorganisation structurelle du milieu international en fonction de valeurs traduites en principes juridiques. L'ambition est en réalité souvent de décrire et non pas seulement de prescrire, parce que ces valeurs ne seraient plus le propre de la société des États, réputée par la doctrine dominante s'être constituée à partir des Traités de Westphalie sur le fondement du principe de l'égalité souveraine des États qui se consolida et s'universalisa lentement dans le droit positif à partir de 1648.

Cette révolution paradigmatique n'est pas d'hier puisque des auteurs majeurs avaient tôt exprimé leur dissidence par rapport au positivisme volontariste et dualiste qui remporta la bataille serrée des idées et des pratiques entre la toute fin du XIX^e siècle et les années 1930. À communauté internationale, constitution internationale, car la conscience, fût-elle primitive, d'un bien commun va de pair avec le dépassement du solipsisme étatique puis du bilatéralisme dans des rapports internationaux traditionnellement enserrés dans des rapports conventionnels – étant rappelé que la coutume elle-même n'a pas toujours échappé à une lecture contractualiste. Ainsi Verdross développa-t-il dès 1926 dans *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* l'idée que l'État se forme dans la matrice d'une communauté internationale, d'abord conçue comme une communauté de droit, interétatique, scellée par une norme fondamentale (*pacta sunt servanda*), au-delà de laquelle il aperçut un ensemble de valeurs, de principes de justice, accordés à la nature de la communauté internationale, qui se réaliseraient par le moyen de l'accord des États. Dans cette variante, la constitution internationale se passait fort bien d'institutionnalisation et ne se confondait certainement pas avec le Pacte de la Société des Nations¹³. Plus tard, dans un article de 1937 à l'*American Journal of International Law*, il exposa que sont nuls les traités *contra bonos mores*, ceux qui contredisent des normes impératives alors notamment conçues, de manière symptomatique, comme celles qui préservent la capacité de l'État à remplir sa fonction de protection de la population.

Sans sombrer totalement dans l'oubli pendant les années qui suivirent la Seconde Guerre mondiale, l'idée de *constitution internationale* rejaillit avec une force nouvelle à partir des années 1990 pour connaître une grande fortune. On en doit la mémoire puis le renouveau, pour l'essentiel, à une doctrine allemande (H. Mosler, A. Verdross, B. Simma) qui continue de puiser aux sources de la philosophie kantienne. En sus des travaux de C. Tomuschat, qui évoquent un « constitutionnalisme diffus », les premières tentatives de reconceptualisation trahissent une véritable fascination pour la Charte des Nations Unies dont on s'est doctement demandé si elle ne donnait pas à la communauté internationale une *constitution mondiale*¹⁴.

organisation globale par un principe extrinsèque, celui-là même qui permet la production de droit » (p. 87).

¹³ E. LAGRANGE, « Retour sur un classique : A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926 », *RGDIP*, vol. 112, n° 4, 2008, p. 973-984.

¹⁴ Voir les travaux de B. Fassbender : B. FASSBENDER, « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n° 3,

Elles se sont d'abord un peu enlisées dans des discussions sur la possibilité de comparer la Charte des Nations Unies à l'idéal-type de la « constitution de l'État » ou à l'idéal-type de la « constitution », laissant dans l'ombre, au moins dans un premier temps, quelques autres questions essentielles comme l'observation par l'ONU elle-même du droit international des droits de l'homme qu'elle promeut. Cet épisode, aujourd'hui clos, met en lumière une hésitation face à deux conceptions du constitutionnalisme, l'une inclinant au renforcement de l'autorité propre et indépendante des institutions internationales (en particulier le Conseil de sécurité des Nations Unies), manifestation d'une centralisation tardive du système international ; l'autre tirant vers un modèle libéral qui subordonne l'autorité des institutions internationales au respect des droits de l'homme¹⁵. La discussion autour de la Charte des Nations Unies connut un rebond philosophique déclenché par le texte de J. Habermas, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?* (2004)¹⁶, dans lequel le philosophe envisage une réorganisation institutionnelle de la communauté internationale pour donner corps et force aux valeurs communes de l'humanité, et esquisse une combinaison des deux modèles constitutionnalistes en concentrant entre les mains des Nations Unies – dont il reconnaît toutefois qu'elles ne sont pas en situation de monopole – le pouvoir de faire vivre la paix et de faire respecter les droits de l'homme¹⁷.

1998, p. 529-619 ; B. FASSENDER, *The United Nations Charter as the Charter of the International Community*, Leyde, Nijhoff, 2009 ; mais aussi, parmi d'autres (sceptiques ou apologetiques) : T.M. FRANCK, « Is the U.N. Charter a Constitution? », in *Verhandeln für den Frieden. Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin, Springer, 2003, p. 95-106 ; P.-M. DUPUY, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », in J.A. FROWEIN, R. WOLFRUM et Ch.E. PHILIPP (dir.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, Leyde, Nijhoff, 1997, p. 2-33 ; P.-F. LAVAL et R. PROUVÈZE, *L'ONU entre internationalization et constitutionnalisation*, Paris, Pedone, 2015.

¹⁵ En ce sens, avec d'autres mots : I. LEY, « Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich », *ZaöR*, n° 69, 2009, p. 330-331 [http://www.zaoerv.de/69_2009/69_2009_2_a_317_346.pdf].

¹⁶ Sur la contribution majeure de J. Habermas aux débats sur le constitutionnalisme européen et international, sa démonstration de la nécessité de constitutionnaliser le droit de l'Union et le droit international, et les conditions d'existence d'une constitution à ces deux niveaux – autant de projections *vers* ce qui doit être et non *sur* ce qui est déjà –, voir P. AURIEL, « La démocratie au-delà de l'État. La nécessité d'une constitution internationale et européenne dans l'œuvre de Jürgen Habermas », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 41-58 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t04_auriel.pdf].

¹⁷ En insistant sur l'irréductible différence entre les processus de constitutionnalisation interne et internationale, l'auteur, dans « Does the Constitutionalization of International Law still have a Chance? » (in J. HABERMAS, *The Divided West*, trad. C. Cronin, Cambridge, Polity, 2006), donne une coloration autoritaire à son modèle : « *With such an empowerment of the loose international system of sovereign states, executive powers above the level of nation-states would complement the fragmentary proto-constitution of classical international law. The fact that this process runs counter to the foregoing process of taming state power by law can safeguard us from construing the constitutionalization of international law as simply a continuation of the development of the constitutional state at the global level* ». Cette coloration est tempérée par la conjonction des objectifs de maintien de la paix et de préservation des droits de l'homme : « *a suitably reformed world organization could perform the vital but clearly circumscribed functions of securing peace and promoting human rights at the supranational level in an effective and non-selective fashion without having to assume the state-like character of a world republic* ».

Essaimant loin de cette tradition germanique, l'idée de « *constitutionnalisation* du système international » s'est *banalisée*, jusqu'à être galvaudée parfois. Certains auteurs se sont appliqués à traquer les preuves ou exalter les vertus d'une constitutionnalisation *des* institutions internationales ou *par* les institutions internationales les plus variées : l'ONU toujours, l'Union européenne bien sûr, mais aussi, de manière plus surprenante, l'OMC¹⁸ et finalement les organisations internationales en général sans que soient toujours bien distingués les deux sens possibles de « constitutionnalisation » en tant que procédure ou processus : la constitutionnalisation du fonctionnement de l'organisation, soumise aux réquisits du constitutionnalisme (respect de l'autorité de la loi, respect des droits fondamentaux, séparation des pouvoirs et respect de l'indépendance de la justice, etc.) ; la constitutionnalisation, à travers l'institution et le fonctionnement de l'organisation, de certains domaines de politiques publiques (économiques notamment) qui prive les États de leur liberté de modifier des choix politiques, seuls, mais aussi, le cas échéant, ensemble, en raison de la rigidité des instruments de base de ces régimes¹⁹.

De manière plus synthétique, voire syncrétique²⁰, des auteurs ont cherché à penser et encourager le mouvement qu'ils croyaient observer en contemplant l'ordre juridique international ou les ordres juridiques (international et internes) dans leur ensemble, sans spéculer sur une constitution internationale formelle. Se retrouvent parmi eux des auteurs pour qui constitution(nalisation) du système in-

¹⁸ Voir les travaux de E.-U. Petersmann qui insiste sur les normes internationales de protection des droits de l'homme comme facteur de constitutionnalisation du système international tout en plaçant sa foi dans des juridictions internationales introduisant, comme les juridictions suprêmes nationales avec lesquelles elles se répartissent la compétence (par ex. le jeu de la protection équivalente), de la rationalité objective pour faire reculer « *The Westphalian conception of "international law among states" as an instrument for advancing national interests in an anarchic world* » (E.-U. PETERSMANN, « Human Rights, International Economic Law and "Constitutional Justice" », *EJIL*, vol. 19, n° 4, 2008, p. 798). On peut toutefois ne pas partager ses prémisses : « *This mutually beneficial character of trade liberalization in terms of global and national welfare and poverty reduction (e.g., as a result of trade liberalization in India and China since the 1990s) offers important utilitarian justifications of IEL and of its potential, "constitutional functions" for limiting protectionist "governance failures" and "constitutional failures" inside states* » (p. 796).

¹⁹ La vogue des concepts de constitution et constitutionnalisation n'a cependant pas tout emporté sur son passage. Certains auteurs, se détournant des institutions et de leurs actes constitutifs ou ne marquant pas de préoccupation particulière à l'égard du cadrage international des politiques publiques, ont recherché les principes qui gouvernent en général les pratiques, en se gardant (parfois) de les qualifier de « constitutionnels ». Leur préférence va alors au global, au droit administratif global ou au droit de la gouvernance globale, en partie afin de pouvoir penser la « bonne gouvernance » sans référence à la constitution par trop évocatrice de l'État au sein duquel elle n'est pas garantie du seul fait que les principes fondamentaux du constitutionnalisme le sont. Pour certains, ces discours font l'apologie de la désagrégation de l'État/de la souveraineté (A.-M. Slaughter), du crépuscule du formalisme juridique, de la gouvernance en réseau, de l'ubiquité des managers préoccupés de concevoir et exploiter des régimes dans une logique qui obéisse d'abord à la recherche d'une solution à un problème. Cette école dite du « pluralisme managérial » est finement disséquée par A.-C. Martineau : A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Paris, LGDJ, 2016, p. 229 sqq.

²⁰ Voir à cet égard la critique sévère de Th. Hochmann : Th. HOCHMANN, « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : théorie pure du droit et projet politique », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 25-39 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t03_hochmann.pdf].

ternational et constitutionnalisme, étatique à l'origine, se rejoindraient par asymptote dans le *constitutionnalisme global*²¹. Selon l'inclination des auteurs au réformisme *ou* à la révolution, se seraient ajoutés *ou* substitués aux valeurs westphaliennes et à celles qui s'accordent à la nature de la communauté internationale (du caractère non appropriable des espaces internationaux jusqu'à la prohibition de l'agression) les valeurs et principes de toute société politique qui n'institue le pouvoir que pour garantir la vie et les droits des personnes privées et le limite, dans le temps, dans l'espace, dans ses prérogatives, par le droit²².

Les manifestations dans le système international d'une révolution des valeurs et de l'adaptation corrélative des principes juridiques sont pour certaines spectaculaires et bien connues : consolidation d'un noyau dur de droits de l'homme protégés par la coutume internationale en toutes circonstances, définition et répression de crimes internationaux confiée à la justice pénale internationale et nationale, enrichissement progressif du corpus des normes *erga omnes* et, parmi elles, des normes de *jus cogens* qui ne sont pas toutes étrangères aux principes les plus élevés dans la hiérarchie des normes internes, responsabilité de protéger les populations civiles contre certains crimes internationaux qui exhume la fonction première de l'État – protéger les populations civiles contre la violence –, sauf à ce qu'il soit subrogé par la communauté internationale en cas de défaillance, juridictionnalisation du règlement des différends, mécanismes non juridictionnels de suivi, de contrôle, de sanction des manquements à des normes de comportement qui comprimeaient tendanciellement la marge d'appréciation des États, incorporation jusque dans les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies de références, inégalement précises, aux normes protectrices des droits des personnes privées à respecter...

À prendre ces phénomènes au sérieux, à considérer le maillage serré de conventions internationales qui ont pour objet les relations entre l'État et les personnes privées, le temps semble lointain où la seule limitation structurelle imposée par le droit international au pouvoir de l'État découlait de la souveraineté des autres États : le droit international partage avec le droit constitutionnel la double fonction de consacrer et limiter le pouvoir de l'État. Est-ce à dire pour autant qu'il le « constitutionnalise » ? À la question de savoir si le principe de la *rule of law* s'est substitué à la souveraineté de l'État comme principe cardinal de l'ordre international, quatre grands types de réponses sont envisagés :

²¹ Ainsi défini par A. Peters : « un courant de pensée et un agenda politique qui prônent l'application de principes constitutionnels, telles [sic] que la règle de droit, la balance des pouvoirs, la protection des droits de l'homme, et éventuellement aussi la démocratie, dans la sphère juridique internationale, avec pour but d'améliorer l'effectivité et l'équité de l'ordre légal international » (A. PETERS, « Reconstruction constitutionnaliste du droit international : arguments pour et contre », *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 1, 2006, p. 363).

²² Voir C. TOMUSCHAT, « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century... », *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 9-438. Anne Peters le dit avec d'autres mots : « the constitutionalization of the international legal system (is) a process which notably implies that human rights protection (not state sovereignty) should function as the Letztbegründung of the international order » (« Introduction », in A. PETERS e. a. (dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 2).

(1) il existe une constitution mondiale (non écrite) qui scelle l'unité entre les hommes et repose sur le postulat, moniste, de l'unicité de la norme fondamentale et corrélativement de la primauté de la norme internationale ;

(2) des rapports de nature constitutionnelle s'établissent entre ordre juridique international et ordres juridiques internes sur un mode qui n'est pas celui du monisme : le pluralisme des ordres juridiques est tempéré par des principes constitutionnels qui lui sont propres (principes de cohérence, *best fit*, subsidiarité, équivalence des protections, etc.) et des valeurs constitutionnelles protectrices des droits de l'homme²³ ;

(3) une constitution cosmopolitique qui dépasse l'exigence de la *rule of law* est envisageable, voire déjà en germe dans le droit positif²⁴ ;

(4) le constitutionnalisme imprègne le système international, au sens où celui-ci s'articule autour de droits fondamentaux des États et des individus, hiérarchisés grâce, notamment, à la distinction entre les normes dispositives et les normes impératives, et plus généralement grâce à des normes constitutionnelles dispersées dans le système. Selon la manière dont il est conçu et l'extension qui lui est prêtée, le droit international nouveau est traversé par les mêmes tensions que le droit constitutionnel entre protection des prérogatives de l'État et protection des droits de l'homme²⁵. Leur résolution est susceptible aussi bien de redoubler le constitutionnalisme national que de le fragiliser ou de trahir ses limites à son contact²⁶. Le principe classique dit de l'autonomie constitutionnelle de l'État ou dit autrement de

²³ F.-X. MILLET, « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », in A. HAMANN, E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Si proche, si loin. La pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, notamment p. 43 *sqq.*

²⁴ Voir O. DE FROUVILLE, « On the Theory of International Constitution », in D. ALLAND *e. a.* (dir.), *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur du professeur Pierre-Mary Dupuy*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, p. 77-103 et les réflexions réunies dans O. DE FROUVILLE (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015.

²⁵ Les arrêts rendus par la CIJ dans les affaires du *Mandat d'arrêt* (République démocratique du Congo c. Belgique) (14 février 2002, § 47-61) et des *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie) (3 février 2012, § 92-97) en sont une illustration, eux qui accordent *in fine* à l'immunité des représentants de l'État et de l'État lui-même préséance *de fait* sur des normes protectrices des droits de la personne humaine, pouvant avoir valeur de *jus cogens* et pourtant méconnues par des agents de l'État agissant au mépris des fonctions de l'État (que ce soit comme souverain sur son territoire ou comme occupant), sans égard pour l'existence d'un droit de recours effectif dans le chef des victimes. Si la Cour appelle de ses vœux l'indemnisation des victimes, elle les renvoie à un règlement négocié (*Immunités juridictionnelles*, § 99 et 104). Cette jurisprudence est appréciée, en Allemagne même, de manière très variable, certains l'approuvant parce qu'elle est porteuse de stabilisation des relations interétatiques (même s'ils se réclament du constitutionnalisme par ailleurs – C. Tomuschat), d'autres la déplorant parce qu'elle freinerait les progrès du constitutionnalisme dans le système international (M. Bothe) (voir A. PETERS *e. a.* (dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015). Au fond, la querelle porte soit sur la juste conciliation de principes constitutionnels d'égale valeur, soit sur l'identification du principe qui devrait être hiérarchiquement supérieur.

²⁶ Reconsidérée par des juridictions nationales, la portée constitutionnelle du principe auquel valeur prépondérante est reconnue dans le système international – dans la dernière affaire, l'immunité de l'État – s'effiloche. Pour la Cour constitutionnelle italienne (arrêt du 22 octobre 2014),

l'indifférence du droit international à l'organisation constitutionnelle de l'État²⁷ ne peut qu'en être ébranlé. L'issue se trouve dans une approche globale ou l'avènement d'un droit global, en ce sens aussi²⁸ qu'il doit exister une correspondance dynamique entre les principes qui gouvernent les différentes sphères et les différents niveaux de pouvoir.

II. FONCTIONS DES DISCOURS : DESCRIPTION, PRESCRIPTION, OCCULTATION

L'effervescence doctrinale des deux dernières décennies autour des concepts de « constitutionnalisation »/« constitutionnalisme global » s'explique assez aisément par un mélange d'enthousiasme, à l'idée que le nouvel ordre promis en 1945 puisse enfin se réaliser à partir du tournant des années 1990 en dépassant allègrement ces obstacles que constituent le réalisme et le dualisme, voire le volontarisme, et de préoccupation croissante devant les processus de déformalisation du droit international, de fragmentation de ce droit, devant le recours récurrent à des arguments de légitimité plutôt que de légalité de l'action extérieure des États, devant l'unilatéralisme persistant des États ou l'extension sans garde-fous des compétences des organisations internationales²⁹. En d'autres termes, démontrer ou exalter la constitutionnalisation du système international ou le constitutionnalisme global reviendrait à arracher enfin le droit international au paradigme de l'accord général ou ponctuel susceptible de tous les arrangements, de toutes les réserves, de toutes les exceptions, de toutes les exonérations, de toutes les dérogations, sous réserve d'un ordre public international étique, pour l'ancrer dans un *paradigme publiciste*. Public par son objet, qui serait d'orienter et de domestiquer le pouvoir de l'État, le droit international devrait l'être aussi dans ses structures³⁰. Devrait...

les principes constitutionnels nationaux tiennent en échec la solution retenue par la Cour internationale qui faisait prévaloir l'immunité de l'État, au moyen d'une distinction discutable entre catégories de normes (procédure/fond) évinçant l'hypothèse du conflit.

²⁷ On relèvera que, dans *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée aux souverains*, en 1758, le maître du droit international classique, Vattel, arrivait à la « constitution » à la nation, seule détentrice du pouvoir constituant. Il a pu en être déduit que les constitutions ne pouvaient être que nationales et particulières (H. MOHNHAUPT, « Verfassung », in E.W. BÖCKENFÖRDE (dir.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialer Sprache in Deutschland*, tome 6, Stuttgart, Klett-Cotta Verlag, 1990, p. 859). Cependant, il en traitait dans un ouvrage relatif au droit des gens préoccupé de discipliner les souverains et de façonner l'État (voir en ce sens : T. FLEURY, *Manuel de droit international public*, t. 2, Paris, PUF, 2016, p. 19-20).

²⁸ Voir, sur le droit global, M. XIFARAS, « Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, *La théorie de l'État entre passé et avenir*, septembre 2012 [<http://jus-politicum.com/uploads/pdf/JP8-Xifaras.pdf>].

²⁹ A. PETERS, « The Constitutionalization of International Organizations », in N. WALKER (dir.), *Europe's Constitutional Mosaic within a Global Constitutional Order*, Oxford, Hart, 2011, p. 253 *sqq.*

³⁰ M. Forteau relève qu'en réalité la tendance publiciste et la tendance privatiste ont toujours existé en droit international, du fait de sa nature même : « En tant que droit de pouvoirs au pluriel il ressortit nécessairement à une logique de sujétion, par l'aspect "pouvoir", et à une logique de rapports d'égalité, du fait de la dissémination de ce même pouvoir » (M. FORTEAU, « Le droit administratif global, signe d'une évolution des techniques du droit international ? », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? A Global Administrative Law?*, Paris, Pedone, 2012, p. 173).

Toute l’ambiguïté du constitutionnalisme global, déjà relevée dans les actes du colloque de l’Institut Villey, est dans ce verbe « devoir » au conditionnel.

Le discours sur le constitutionnalisme global prétend en première part avoir *une valeur descriptive* de l’évolution historique des règles d’organisation d’une société ou d’une communauté internationale qui accueille en son sein dorénavant États, organisations internationales diverses, personnes privées. Malgré les vicissitudes de l’histoire des idées et des institutions, la fonction du droit international se réaliserait inéluctablement parce qu’elle correspondrait à la plus puissante des logiques sociales, celle qui rapproche les groupes humains et les relie dans des rapports d’interdépendance concurrentielle, conflictuelle ou coopératifs. Les institutions juridiques porteraient déjà l’empreinte de cette nécessité sociale. En creux, la résistance de la doctrine positiviste volontariste aux changements avérés et en cours est dénoncée.

D’autre part, il s’avoue comme *un discours prescriptif*. Pour une part, ce discours entretient une tradition idéaliste qui investit les règles internationales d’une valeur positive *a priori* et veut voir dans leur progrès, jusqu’au cœur des rapports entre l’État et la personne privée, un signe de progrès de la *rule of law*, un signe du triomphe ultime du droit sur la puissance de l’État et des individus ordinaires, envisagés comme sujets de droit et comme citoyens, sur les puissants dans l’État. En somme, l’idéal du constitutionnalisme aurait vocation à se parachever au plan universel. Ce discours revêt une double fonction dans ce cadre : celle d’idéal politique vers lequel le système international doit se diriger et qui motive la résistance aux régressions nationalistes, populistes, unilatéralistes ; celle d’idéal-type grâce auquel mesurer l’écart entre ce qui est et devrait être. Pour une part, ce discours se détourne de la réalisation d’idéaux cosmopolitiques au bénéfice de l’adaptation du constitutionnalisme. A. Peters défend ainsi finalement un « constitutionnalisme compensateur » plus modeste³¹. À en juger par les évolutions récentes du droit des organisations internationales, la fonction prescriptive du discours constitutionnaliste n’est pas sans effets d’entraînement sur le réel, quoiqu’ils soient circonscrits et... sélectifs. Les effets de la « compensation », ponctuelle, se font sentir dans le domaine des droits fondamentaux davantage que dans les processus de légitimation démocratique du pouvoir redistribué à travers les frontières³².

Or, ce type de discours produit des effets bien au-delà de ces adaptations. Dans sa version la plus lénifiante, le discours constitutionnaliste entretient, en s’en nourrissant, une illusion. Quel que soit le domaine considéré, fût-ce le droit de l’Organisation mondiale du commerce ou celui des investissements, le perfectionnement

³¹ A. PETERS, « Le constitutionnalisme global : crise ou consolidation », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 59-70 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t05_peters.pdf].

³² Il faut noter, déjà, un effet retour : les petits progrès du constitutionnalisme dans les organisations internationales les exposeraient à un risque de dérive loin des solutions raisonnables et praticables pour elles. Ainsi, J. Klabbers, qui attribue une plus grande valeur explicative au fonctionnalisme et une valeur normative plus élevée au constitutionnalisme, souligne : « *For one of the problems with constitutionalism is that, if taken seriously, it tends to absolutize things: the aura of constitutional norms is such that they demand precedence over anything else, and if that is so, then sensible political solutions to issues be out of reach* » (J. KLABBERS « Contending Approaches to International Organizations: Between Functionalism and Constitutionalism », in J. KLABBERS et A. WALLEND AHL (dir.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Elgar, 2011, p. 17).

des mécanismes de mise en œuvre de la règle de droit international serait un progrès du droit et de l'humanité, et ce pour deux raisons : la conduite conforme à la règle internationale négociée est présumée voire postulée meilleure que la règle de conduite qu'un État se donne à lui-même ; les procédures de règlement des différends internationaux ou transnationaux, *a fortiori* si elles sont juridictionnelles, sont vantées comme un progrès par rapport au règlement anarchique des différends par recours croisé à des actions unilatérales, fussent-elles pacifiques. L'ininvocabilité du droit (constitutionnel) interne pour justifier un comportement de l'État contraire à l'une de ses obligations internationales acquerrait une fonction supérieure : de condition *sine qua non* d'existence de la norme internationale comme norme juridique, elle deviendrait la condition de réalisation des effets de la norme bonne en soi ou du moins meilleure par nature, parce qu'internationale. Échappent ainsi largement à la discussion les conditions d'élaboration des normes internationales tout comme les biais des mécanismes qui les garantissent, indépendamment de leurs qualités intrinsèques.

Il n'y a pas loin de là à un discours qui occulte, à dessein ou non, des pans entiers de la réalité du pouvoir, voire mystifie le droit international et la réorganisation en cours du pouvoir. Inutile d'y insister longuement : en l'état des processus d'élaboration des normes internationales (profondément inégalitaires depuis toujours et de plus en plus poreux aux intérêts privés) et des notions fondamentales du droit international (la protection des intérêts essentiels des États l'emportant encore largement sur la logique des biens communs), toute norme internationale n'est pas parée des vertus du cosmopolitisme. Des normes internationales servent des intérêts très particuliers dont l'équilibre est discutable. En outre, les mécanismes de mise en œuvre ou de surveillance les plus efficaces prospèrent aux marges des systèmes constitutionnels nationaux et « disciplinent » implacablement les États dans des domaines que le droit international a tardivement investis (domaines privilégiés de l'action de l'État providence, de l'État régulateur, de l'État garant des intérêts des générations futures). Ces mécanismes concurrencent certains organes de l'État : que l'on songe au choix offert aux investisseurs étrangers entre solliciter les tribunaux internes et solliciter le recours à l'arbitrage d'un différend les opposant à l'État hôte. Ils les contraignent : que l'on songe aux discussions en droit international économique en général sur le droit de réglementer de l'État, en son principe et selon sa portée alors qu'il participe de l'essence de l'État, ou aussi bien, à la vogue de la convergence normative et réglementaire, recherchée notamment dans les accords commerciaux de nouvelle génération, à travers l'action de comités peu contraignants, formellement, et peu transparents, dont les préconisations viendraient devant les parlements nationaux.

Finalement, la puissante pression que ces mécanismes exercent de l'extérieur sur les systèmes constitutionnels nationaux est escamotée dans l'apologie de la constitutionnalisation de régimes internationaux, dont on dit qu'elle serait parfois plus aboutie que celle de régimes nationaux demeurée par trop rudimentaire. Pis, certaines formes usuellement enserrées dans l'État constitutionnel sont transplantées dans le système international, y conservent leur aura constitutionnelle ou la confèrent aux régimes internationaux dans lesquels elles se greffent, « constitutionnalisant » au passage des normes, économiques notamment, dorénavant soustraites aux fluctuations majoritaires qui s'expriment à l'intérieur d'un seul État. Cette transmutation se produit sans que soient toujours clairement questionnés le rattachement de ces mécanismes à et leur impact sur les « systèmes constitutionnels complets » des États, non plus que l'équilibre des pouvoirs au sein des régimes internationaux « constitutionnalisés » et « constitutionnalisants ». Le discours

constitutionnaliste se banalise et se globalise paradoxalement au fur et à mesure que le pouvoir, se dispersant, sort du champ de vision des citoyens et de leurs représentants élus et s'entoure de garanties pas toujours accordées à sa légitimité.

Un *contre-discours* s'efforce de ressaisir le pouvoir, justement à partir du concept de légitimité. Une critique radicale de l'idée de constitutionnalisation du système international consiste à faire la somme des propriétés du constitutionnalisme qui ne se retrouvent pas dans le système international puis, au vu notamment de l'absence de « pouvoir constituant » entre les mains des peuples³³, des lacunes du système représentatif ou des incertitudes nimbant la consistance et la nature des règles de compétence, à la rejeter au rayon des utopies, voire des discours qui font fallacieusement passer ce qui est pour ce qui doit être. Dressant le constat que le périmètre des pouvoirs publics soumis à l'autorité de la constitution et celui des normes sur lesquelles elle prime effectivement se réduit, au détriment de la légitimation démocratique du pouvoir, D. Grimm rejette le discours et le projet de constitutionnalisation du système international. Les institutions internationales se prêteraient à un processus de légalisation, non de constitutionnalisation. Elles sont en tout état de cause trop éloignées des citoyens pour devenir des instances de pouvoir démocratique autonome. L'État, dont le monopole du pouvoir de contrainte ne s'est pas érodé, devrait demeurer la source de légitimation démocratique du pouvoir des institutions internationales (à travers le consentement initial, mais aussi un contrôle effectif sur leurs activités)³⁴. Reste à savoir si et comment un contrôle qui ne soit pas purement formel est possible sur les activités dispersées et les actions parfois contradictoires des institutions internationales. Le contrôle par défaut sur les actes de l'État qui met en œuvre les actions prescrites par les institutions internationales produit certains résultats en matière de protection des droits fondamentaux. Quant à la cohérence et la lisibilité des choix politiques, cela reste à explorer. Une critique plus modérée inclinera à des infléchissements du constitutionnalisme, en un sens cosmopolitique par exemple, comme suggéré par M. Kumm. Il ne s'agit alors pas plus de « globaliser » les formes historiques du constitutionnalisme ou de les sauver là où elles sont nées, mais de retravailler en profondeur les conditions d'exercice légitime du pouvoir de l'État³⁵.

Des concepts, des théories qui se raffinent en se différenciant, des noms d'auteurs qui reviennent et circulent d'une discipline juridique à l'autre... toutes les

³³ S'il est un élément du constitutionnalisme global comme du constitutionnalisme restreint aux institutions internationales qui demeure embryonnaire, c'est la participation médiate ou immédiate, mais démocratique (*i. e.* ne se mesurant pas à leur poids économique ou pouvoir d'influence médiatique), des personnes privées au pouvoir et à son institution. Le principe international de légitimité démocratique demeure *in statu nascendi* ; les organisations internationales, fors les organisations supranationales ou d'intégration, sont encore régies par des principes représentatifs qui éloignent les peuples de leurs enceintes et des processus normatifs. Ce constat banal peut être reformulé en termes de droits individuels : le droit de la communauté internationale ou le droit constitutionnel mondial, s'il existe, n'assure pas à l'individu le droit de participer à la fondation et l'exercice de tout pouvoir, ni médiatement, ni immédiatement, ni dans les parties, ni dans le tout. En ce sens, et en ce sens seulement, l'individu est un sujet partiel du droit international.

³⁴ D. GRIMM, « The Achievement of Constitutionalism and its Prospect in a Changed World », in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, *op. cit.*, p. 16 *sqq.*

³⁵ M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, n° 2, 2013, p. 605-628. Voir *infra*.

conditions sont bien réunies d'une « conversation³⁶ » polyglotte sur les transformations du pouvoir à l'ère de la globalisation et, corrélativement, des concepts (ou notions) de constitution, constitutionnalisme, constitutionnalisation. Mais il s'agit de bien plus que de l'une de ces conversations ondulantes que les cercles académiques affectionnent. Dans un même moment se condensent en effet une interrogation sur la valeur heuristique des concepts essentiels du droit constitutionnel et du droit international – que l'on hésite à dire encore « respectifs » car certains leur sont sans doute devenus communs – et une interrogation sur la refondation-redistribution des pouvoirs devenue politiquement nécessaire.

Cette nécessité découle, selon les points de vue, de l'obsolescence du paradigme westphalien qui, faisant coïncider l'origine du pouvoir exclusif de l'État et son extension, offrit un cadre stable à la construction du constitutionnalisme national, *ou*, tout à l'opposé, de la dispersion du pouvoir, voire de son démembrement, suivant un constat qui procède en deux temps : l'internationalisation des politiques publiques, dictée par les interdépendances de fait ou des choix politiques plus ou moins articulés s'opère entre différents lieux dans l'État et au-delà ; les mieux identifiés et reliés à une vie politique publique ne sont pas nécessairement les lieux du pouvoir réel, les plus rayonnants ne sont pas toujours les mieux contrôlés³⁷. Le désaccord sur le diagnostic, et donc les remèdes, est d'autant plus vif que le contexte international est tendu comme il ne l'était pas à l'ouverture de la décennie heureuse du droit international : une partie du monde réclame officiellement le retour aux fondamentaux de l'ordre westphalien (avec quelques adaptations) et de l'État-nation, pas toujours constitutionnel³⁸.

Il serait bien présomptueux de prédire que le moment d'une révolution conjointe des esprits, des concepts, des méthodes et des pouvoirs approche – qu'elle ait une traduction radicale ou tempérée selon la force contraire qui l'emportera. Non sans une once de mélancolie, V. Champeil-Desplats s'aventurait pourtant dans cette direction en 2016 :

The inventiveness that is at work in establishing new forms of power is a challenge not only for the old power, but also for those who undertake to grasp and understand it. It should be noted that nearly two centuries have passed between the emergence of the « modern State » and the thoughts on its limitation by contemporary constitutionalists. Therefore let us show enthusiasm for the work ahead awaiting legal

³⁶ M. XIFARAS, « Conclusions », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 140 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t09_xifaras.pdf].

³⁷ Avant de plaider pour un tournant cosmopolitique du constitutionnalisme, M. Kumm stylise ainsi deux approches constitutionnalistes qui s'affrontent : d'une part, le constitutionnalisme avec « un grand C » visant la restauration et le resserrement du lien entre les institutions internationales et la volonté de l'État au nom du principe inaliénable d'auto-gouvernement et, d'autre part, le constitutionnalisme avec « un petit c » insistant sur la légitimité autonome des institutions internationales (M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », art. cité).

³⁸ The Declaration of the Russian Federation and the People's Republic of China on the Promotion of International Law, 25 juin 2016 [http://www.mid.ru/en/foreign_policy/position_word_order/-/asset_publisher/6S4RuXfeYlKr/content/id/2331698].

*thought, although one may not share the same enthusiasm for the phenomena that defy it*³⁹.

L'une des limites du constitutionnalisme global réside probablement en ceci qu'il se préoccupe fort de la limitation du pouvoir imposée par le respect des droits fondamentaux et éventuellement des conditions de légitimation (lorsque celle-ci est distinguée de celle-là) qui doivent entourer les déplacements du pouvoir (décliné en pouvoirs de définir des normes, de les appliquer, de les faire observer) de la sphère nationale vers la sphère internationale ou au sein de la sphère internationale seulement, mais pas assez de suivre ces déplacements eux-mêmes. Sans ce travail préalable, le diagnostic risque d'être faussé par la confusion entre un phénomène global et des épiphénomènes semblables mais localisés⁴⁰, aussi bien que par la sous-estimation soit de la résistance de l'infrastructure westphalienne, soit de la migration du pouvoir originellement ancré dans l'État vers des lieux qui lui sont structurellement étrangers et parfois idéologiquement hostiles.

III. UNE NOTION DISCRÈTE : LA COMPÉTENCE

La relative discrétion de la notion juridique de compétence dans la littérature contemporaine sur le constitutionnalisme global⁴¹, O. de Frouville faisant notablement exception dans le colloque organisé par l'Institut Villey⁴², ne laisse pas de surprendre. Elle étonne d'abord au regard de la présentation usuelle de l'État comme sujet souverain de droit international doté d'une compétence exclusive, plénière et protégée en tant que telle sur son propre territoire. Comment ne pas s'interroger sur son actualité, soit que des segments de cette compétence lui échappent au profit d'autres autorités publiques ou d'entités privées, soit que la compétence d'exécution ne soit plus pratiquement, dans les États les plus ouverts, que le reliquat de la quasi omni-compétence de l'État qui fut ?

³⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2016, p. 169.

⁴⁰ Au cours des débats qui ponctuèrent le colloque de l'Institut Villey, D. Baranger évoquait justement l'existence de « constitutions sectorielles » que rien ou si peu ne reliait ou surplombait.

⁴¹ Sur le chatolement de la notion, voir G. CAHIN, « Rapport », in *SFDI, Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2006, p. 9-52. Une définition extensive peut en être retenue, inspirée de la thèse de G. Tusseau (G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006) : est compétente une personne ou une institution désignée par une norme d'habilitation comme pouvant mobiliser certaines prérogatives (ou pouvoirs en un sens plus étroit que celui donné en préambule qui renvoie au phénomène du pouvoir), en vue d'adopter certains actes suivant une certaine procédure, dans un champ délimité (personnes, temps, lieux, activités). Par la suite, on ne s'interdira pas de dénouer cette définition synthétique pour insister plus particulièrement sur l'établissement d'une entité comme pouvoir et sur le domaine dans lequel ce pouvoir peut se déployer valablement.

⁴² O. DE FROUVILLE, « Une théorie non constitutionnaliste de la Constitution internationale », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 95-103 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t07_frouville.pdf]. J. Habermas s'est efforcé pour sa part de ventiler ce qui devrait – *de lege ferenda* donc – relever de la compétences d'autorités supranationales, de régimes régionaux, de réseaux transnationaux, en imaginant concomitamment des « chaînes de légitimité ».

Elle surprend ensuite au regard de l'histoire des idées « constitutionnalistes ». Dès 1926, Verdross comptait ainsi au nombre des règles de la communauté internationale celles qui délèguent ou répartissent des compétences entre les États – ce sont des règles structurelles en effet qui organisent les rapports entre les parties d'un tout. En résumant grossièrement, sans nier le principe de l'autonomie constitutionnelle des États, Verdross pensa la communauté internationale d'une manière telle qu'elle pourrait accueillir les individus et opérer la conciliation entre compétences et prérogatives respectives des États et droits des populations et individus, les premières n'existant qu'en vue des seconds. Dans son *Précis de droit des gens*, dont le tome II s'intitule « Droit constitutionnel international », G. Scelle corrélait en 1934 l'existence d'une constitution d'un milieu intersocial – société universelle d'individus « appartenant en même temps à d'autres et innombrables sociétés politiques » – à celle de règles de répartition et de délimitation des compétences, fonction essentielle du droit selon lui⁴³, sans s'effrayer de l'hétérogénéité de ce milieu⁴⁴.

L'intérêt pour les règles de compétence et leur valorisation comme règles constitutionnelles du système international devait refluer par la suite sous la puissance des formules concises de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du *Lotus* (1927) :

Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large *liberté* qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives [...]⁴⁵.

La première de ces règles prohibitives protège l'exclusivité de la compétence d'exécution de l'État sur son territoire. Le *Lotus* a marqué la victoire du principe de souveraineté-liberté sur le principe de l'attribution des compétences par le droit international – même si des auteurs francophones ont continué de défendre cette représentation du droit international et de l'État. Or, le principe de liberté découlant de la souveraineté de l'État est antinomique aussi bien de l'existence d'une communauté interétatique régie par des règles structurelles, et non pas toutes particulières, que d'une communauté internationale élargie aux individus, ici tenus pour étrangers aux considérations qui règlent le flux et le reflux de la compétence des États. Avec lui, une certaine tradition constitutionnaliste se trouve contredite : il est bien difficile d'envisager qu'une constitution internationale puisse organiser les relations interinstitutionnelles (interétatiques à l'origine) autour du seul principe de liberté et, *a fortiori*, que la notion de compétence de l'État, à laquelle on ne connaîtrait pas de limite *a priori*, y occupe une place centrale. En parallèle du *Lotus*,

⁴³ « La réglementation de ces compétences assure l'ordre social, car toute imprécision en ce domaine engendre des conflits, des dépassements ou des abus de compétence qui troublent les relations sociales. Chacun dans la société doit connaître exactement sa place, son rôle, ce qu'il peut ou doit faire, ce dont il lui faut s'abstenir » (G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, t. 1, Paris. Dalloz, 2008 [1932], p. 8). Cela le conduisait à récuser la souveraineté dont le titulaire, dans un mouvement d'insurrection contre le droit, revendiquerait la compétence de la compétence.

⁴⁴ Au contraire, Scelle insiste sur la nécessité de restituer à l'État sa juste place de phénomène le mieux organisé et le mieux intégré qui n'est cependant qu'une espèce dans la pluralité des milieux intersociaux (G. SCELLE, « Le Droit constitutionnel international », in *Mélanges Carré de Malberg*, Vadus/Paris, Topos Verlag/Duchemin, 1977 [1933], p. 501-515).

⁴⁵ CPJI, *Affaire du Lotus (France/Turquie)*, 7 septembre 1927, *CPJI Rec. Série A n° 10*, p 19 (nous soulignons).

les réminiscences de controverses relevant de la théorie du droit autour de l'importance respective des notions d'obligation et de compétence, ont pu contribuer à détourner les esprits de cette notion. L'opposition de vues entre Kelsen et Scelle, révélée tardivement, est exemplaire à cet égard⁴⁶. Scelle a pu entraîner dans sa disgrâce la compétence comme notion centrale, constitutive du droit international. L'hypothèse peut en tout cas être avancée d'un paradigme constitutionnaliste reposant sur le postulat que, dans une perspective prédominante de garantie des droits individuels, la compétence perd son caractère primordial au bénéfice de l'obligation qui encadre ou oriente son exercice.

IV. LE PRISME UTILE DE LA COMPÉTENCE

Sans chercher à vider la querelle de l'antécédence ou de la prééminence de l'obligation sur la compétence, il peut être avancé que la notion et les règles de compétence sont constitutionnelles par nature et que les usages faits de leurs compétences par les États et autres institutions informent sur la (re)distribution du pouvoir peut-être en cours.

Pour ce, il convient de se déprendre temporairement du sens que la notion de constitution revêt dans le droit dit constitutionnel – ou mieux dit droit constitutionnel de l'État –, tout en laissant aux constitutionnalistes le soin de préciser le rôle qu'ils assignent à la compétence dans leur champ. À se reporter au *Trésor informatisé de la langue française*, le verbe « constituer » renvoie à une série d'opérations juridiques fondamentales pour l'organisation d'une société (ou communauté) : établir un pouvoir, conférer une responsabilité, créer conformément à la loi, « former un tout (concret ou abstrait) en rassemblant des éléments suivant une loi d'organisation », donner son fondement (à un ordre juridique, à un pouvoir)... L'attention s'est concentrée sur les éléments *constitutifs* de l'État, les caractères distinctifs de la *constitution* de l'État, le ou les détenteurs du pouvoir *constituant*, les qualités *constitutionnelles* du bon gouvernement et leur transposabilité à l'échelle internationale ou globale.

Or, un sens neutre, premier, de la notion de constitution se laisse dégager. « *An initial way of thinking about the constitutional idea outside of the State is to conceive it as a way of power structuring, irrespective of its form* », écrit V. Champeil-Desplats empruntant à O. Beaud qui, lui-même, remonte à l'ouvrage d'E.W. Böckenförde⁴⁷.

⁴⁶ Voir H. Kelsen, *Controverses sur la théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, avant-propos de Ch. Leben, préf. de R. Kolb, Éd. Panthéon-Assas, 2005 (publication originale en allemand dans la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1987).

⁴⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, op. cit., p. 162. Le tournant du XVIII^e siècle qui donne à la constitution sa connotation étroitement juridique, « normative » et « idéologique » est décrit par D. Grimm : D. GRIMM, « Verfassung », in E.W. BÖCKENFÖRDE (dir.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialer Sprache in Deutschland*, op. cit., p. 863. Dans la contribution précitée (O. DE FROUVILLE, « Une théorie non constitutionnaliste de la Constitution internationale », art. cité), O. de Frouville reprend chez G. Scelle une conception de la constitution qui est proche de l'acception première : « [...] la Constitution, c'est l'instrument juridique par excellence de la structuration du pouvoir dans une société » (p. 97).

Le terme souffre alors parfaitement le passage au pluriel : là où il y a du pouvoir, là est une constitution, que ce pouvoir soit public ou privé ; là où deux pouvoirs ou plus prétendent s'exercer, là aussi se fait ressentir le besoin de normes constitutionnelles pour les articuler ou les départager. Au sens primaire et le plus neutre du terme, sont dites constitutionnelles les normes relatives à l'institution, la délimitation, la coordination ou la hiérarchisation du « pouvoir d'établir des situations juridiques⁴⁸ » – mais aussi à la mutation de ces pouvoirs.

Un tempérament doit être apporté à l'acception *largo sensu* de la constitution par E.W. Böckenförde : la distinction est difficile, mais indispensable, entre les pouvoirs de fait, qui n'ont point de constitution parce qu'ils ne s'établissent que sur la base d'un différentiel de puissance, et les pouvoirs légaux, qui en ont nécessairement une, écrite ou non, par laquelle est scellée juridiquement leur opposabilité aux assujettis. La dichotomie entre pouvoirs constitués et pouvoirs de fait ne recoupe pas exactement la dichotomie entre pouvoirs publics et pouvoirs privés, les seconds pouvant être autorisés ou habilités par les premiers à fonctionner comme des pouvoirs constitués dans une sphère d'activité⁴⁹, voire s'auto-constitutionnaliser sans aucune forme d'habilitation émanant d'une autorité publique⁵⁰, ou devant être compris comme des éléments de la structure du pouvoir⁵¹. Cette opération de discrimination entre pouvoirs constitués et pouvoirs de fait est d'autant plus délicate à mener que les normes constitutionnelles en un second sens – celles qui assurent la garantie des droits contre le pouvoir légalement constitué – sont parfois trop vite réintroduites dans les discours constitutionnalistes globaux, si bien qu'un pouvoir de fait qui s'incorporerait certaines exigences fondamentales du constitutionnalisme étatique passerait pour (bien) constitué. Pourtant, les normes qui conditionnent l'exercice d'un pouvoir et celles qui l'établissent sont à distinguer⁵².

⁴⁸ Formule empruntée à G. Scelle, mais entendue ici en un sens strictement compatible avec la définition du pouvoir donnée ci-dessus.

⁴⁹ Pour prendre une illustration répandue : les GAFAM sont légalement constitués en pouvoirs s'exerçant sur leurs employés, ils le sont aussi, dans une mesure sujette à contestation, sur leurs clients et au-delà de ces cercles, ils s'affirment comme pouvoirs *de facto* exposés à une contestation croissante.

⁵⁰ Voir G. TEUBNER, « Constitutionnalisme sociétal : neuf variations sur un thème de D. Sciulli », *Jus Politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018, p. 71-94 [http://juspoliticum.com/uploads/jp19-t06_teubner.pdf].

⁵¹ En raison de l'autonomie et de la puissance acquise (dans l'État constitutionnel), mais aussi de la compétition que les États se livrent pour les attirer ou les retenir qui détermine largement l'exercice ou le non-exercice de leurs compétences. Voir J.-P. ROBÉ, « Globalization and Constitutionalization of the World Power System », in J.-P. ROBÉ *e. a.* (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2016, p. 11-52 : « *The notion of constitution is traditionally attached to the State. But it can be thought about in a pluralistic manner, both in a territorial sense (which is now a classical way of thinking about the European Union, for example) and in a de-territorialized sense. Enterprises, in particular, can be thought about at the same time as political orders (it is within them that partially common and partially conflicting interests are being conciliated as a matter of principle) and as legal orders* ». (p. 11). L'auteur pousse le raisonnement jusqu'à s'interroger sur les conditions de la constitutionnalisation du pouvoir des multinationales.

⁵² Il ne suffit pas, par exemple, que le mouvement sportif s'approprie des normes internationales de protection des droits de l'homme pour intégrer la catégorie des pouvoirs « constitués ». Encore faut-il qu'il ait préalablement été légalement établi en cette qualité.

Parmi celles-ci, il conviendrait d'envisager, d'une part, les normes relatives à l'apparition de l'État et des autres sujets de droit international dotés de prérogatives à l'égard de tiers sujets (à commencer par les organisations internationales de toutes natures), d'autre part, celles qui délimitent le domaine de validité des actes pris par ces pouvoirs constitués et arbitrent, ou laissent subsister, les conflits, positifs ou négatifs, de compétences. Les premières, désignées comme règles relatives à l'établissement d'un pouvoir, peuvent demeurer étrangères à toute préoccupation de garantie des droits⁵³ ou l'incorporer⁵⁴. Les règles qui délimitent la sphère de validité des actes des pouvoirs légalement constitués regroupent, elles, toutes les règles relatives à la compétence de prendre certains types d'actes (couramment envisagés comme la manifestation de pouvoirs normatif, exécutif, juridictionnel, etc.) : identification/sélection des titres à agir, règles de résolution des conflits de compétences, domaine de validité des actes, etc.

Extérieure à ce corps de règles, la garantie des droits doit nécessairement, dans une perspective constitutionnaliste, être réintroduite dans un second temps. Dans la pratique de certains États et organisations internationales, elle l'est incontestablement. Si son effet le plus voyant est d'encadrer l'exercice du pouvoir, il est vrai qu'elle peut aussi influencer sur le déplacement du pouvoir : le transfert horizontal de compétences entre États ou l'institution de nouveaux pouvoirs privés ou publics peuvent être subordonnés à l'équivalence des protections offertes aux personnes privées. Il importe toutefois, dans un premier temps, d'isoler conceptuellement deux corps de normes structurelles, de ces normes qui donnent au système international son armature⁵⁵.

Pour la suite, on considérera surtout la catégorie des normes relatives à la compétence, sans préjudice de la pertinence et de l'urgence d'un questionnement sur les processus, les procédures ou les simples procédés qui président à l'établissement de nouveaux pouvoirs par des voies que les constitutions nationales ignorent parfois, questionnement essentiel à la discrimination entre les pouvoirs légaux et légitimes, et les autres.

La proposition formulée ici consisterait à se donner une définition aussi neutre que possible des règles constitutionnelles – neutre, parce que large, libérée de toutes les surdéterminations liées à la constitution de l'État. Seraient ainsi mises de côté, *du moins pour un temps*, les disputes autour de la souveraineté de l'État opposée au caractère dérivé des autres sujets de droit international, de l'existence d'un

⁵³ C'est l'option envisagée par les défenseurs de la fonction purement déclarative de la reconnaissance d'État exclusivement conditionnée à la vérification de la condition d'effectivité d'un pouvoir exclusif et indépendant sur un territoire.

⁵⁴ Ainsi, il ne suffit plus en droit international contemporain qu'une autorité s'arroge un pouvoir exclusif et indépendant sur la population habitant un territoire pour être réputée former le gouvernement d'un État au sens du droit international. Encore faut-il, pour qu'il y ait État (et gouvernement), qu'il se soit établi sans méconnaître certaines des normes les plus fondamentales de la société internationale. Il est vrai cependant que ces exigences demeurent minimalistes en comparaison des acquis du constitutionnalisme dans les ordres juridiques internes. Elles visent essentiellement à ce que l'ordre public international ne soit pas troublé par l'apparition d'un nouveau sujet qui le foulerait aux pieds. La vision classique d'un État apparaissant sans rien devoir au droit (international) continue cependant d'être défendue (voir par ex. J. COMBACAU, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, op. cit., p. 418 sqq.).

⁵⁵ Ces propositions sont sans préjudice de l'existence d'autres normes constitutionnelles qui appelleraient d'autres développements.

pouvoir constituant national qui opposerait une résistance inexpugnable à l'apparition d'un pouvoir constituant international, de la constitution (de l'État) distinguée de l'acte constitutif (de l'organisation internationale), de la garantie des droits dans l'État contrastant avec leur ineffectivité au-delà, de la séparation des pouvoirs dans l'État tranchant avec la confusion des fonctions dans le chef des mêmes sujets de l'ordre international, de l'existence d'une norme fondamentale unique ou de normes fondamentales distinctes des ordres juridiques internes et internationaux.

L'hypothèse est que ce qui se donnerait alors à voir, ce ne serait pas une communauté internationale surplombante distribuant (rationnellement) le pouvoir entre ses composantes, sûrement pas *une* constitution internationale, moins encore une réplique dans le système international de la trinité fonctionnelle (pouvoirs/fonctions législatifs, exécutifs, judiciaires savamment balancés), mais l'esquisse d'une cartographie des lieux de pouvoirs, certes hétérogènes, et de leurs interrelations à l'ère de la globalisation, avec certes des blancs, des vides, des insuffisances. À l'inverse, en faisant l'impasse sur la compétence, le constitutionnalisme global renoncerait à révéler dans quels cercles se loge la réalité du pouvoir et, ce faisant, à donner à voir ce qu'inclut encore le périmètre de la démocratie représentative ou participative dans le cadre étatique (ou de l'Union européenne), mais aussi pourquoi il peut se déplacer (ce qui a à voir avec la défense, ou non, par les pouvoirs constitués de leur compétence).

Une fois combinée au questionnement suspendu sur les processus d'établissement de ces pouvoirs, leur légalité et leur légitimité, cette analyse de la « gouvernance mondialisée » en termes de compétences servirait ce qui est peut-être la fonction première du « constitutionnalisme global » comme discipline : connaître et dépeindre de manière intelligible la localisation-délocalisation-relocalisation des lieux depuis lesquels sont arbitrés ou arbitrables les grandes questions de justice socio-politique (O. Höffe), aux fins, éventuellement, de reconstruire l'ordre des institutions.

V. ÉCHAPPÉES SUR LA STRUCTURATION DU POUVOIR À LA LUMIÈRE DE LA COMPÉTENCE

Le ralliement général au *dictum* du *Lotus* – malgré ses hypocrisies révélées par les vicissitudes de la compétence universelle en matière pénale qui en inquiéta tant les défenseurs ou les protestations véhémentes contre les étirements de la compétence extraterritoriale des États-Unis d'Amérique en matière normative – a pu oblitérer l'importance de la notion et des règles de compétence, comme de leur manie- ment dans un système international ordonné autour du principe de coexistence pacifiée entre les États.

Avant de constater ou proclamer la constitutionnalisation du système international, il conviendrait de déconstruire le *Lotus* – ou plus exactement le paradigme du *Lotus*.

Or, la pertinence du *Lotus* en droit international contemporain peut être relativisée pour deux raisons au moins. La première est que les États ne sont plus les seuls sujets du système international, la Cour internationale de Justice l'admet sans ambages depuis 1949. Il est d'usage, parmi les sujets de droit international, d'opposer aux États doués d'une compétence originaire et illimitée des organisations internationales dotées de compétences d'attribution. Le fait que les actes des unes et des autres n'aient souvent pas les mêmes destinataires peut inciter à considérer que

leurs compétences n'entrent pas en concurrence, pour se concentrer sur la contrainte que l'appartenance à l'organisation exerce sur l'État dans l'exercice de ses compétences. Mais si les destinataires des actes sont les mêmes, sans règle de préemption ou d'exclusivité profitant à l'organisation, est-il certain que doit nécessairement jouer la présomption de liberté de l'État ? À peu de temps de l'adoption de l'arrêt du *Lotus*, la Cour permanente de justice internationale a rendu un avis relatif à la Commission européenne du Danube⁵⁶. Un paragraphe de cet avis concentre sur lui toute la lumière : « Comme la Commission européenne n'est pas un État, mais une institution internationale pourvue d'un objet spécial, elle n'a que les attributions que lui confère le Statut définitif, pour lui permettre de remplir cet objet [...] » (p. 64). *Prima facie*, le *Lotus* et le *Danube* concordent parfaitement. Il a toutefois été moins relevé qu'aux fins de démarquer les compétences respectivement de la Roumanie et de la Commission, la Cour, tout en opposant nettement les fonctions de l'organisation internationale à la souveraineté du détenteur du titre sur le territoire, avait semblé tenir les deux prétentions pour équivalentes en principe : la répartition devait s'opérer en considération des fonctions ; or, les fonctions de l'État et celles de la Commission étaient parfaitement commensurables : « La Roumanie, en tant que souverain territorial, exerce des pouvoirs sur le Danube maritime chaque fois que ce n'est pas incompatible avec les compétences que détient la Commission [...] en vertu de son statut définitif » (p. 63). « Lorsque, dans un seul et même espace, il y a deux autorités indépendantes, la seule méthode qui permette d'établir une démarcation entre leurs compétences respectives consiste à définir les fonctions qui leur sont dévolues » ; la Commission n'est pas un État, mais a « compétence pour exercer ces fonctions dans leur plénitude, pour autant que le Statut ne lui impose pas de restrictions » (p. 64). Si l'on en a extrait la formule selon laquelle la Commission n'est pas un État, on aurait aussi bien pu retenir qu'un État ne détient plus que les fonctions et compétences qui n'ont pas été attribuées à une organisation internationale, fût-ce sur son propre territoire, et sans perdre pour cela sa souveraineté, voire que les limitations de souveraineté des États membres d'une organisation internationale procèdent de l'attribution à cette organisation de fonctions ; et même que, puisqu'elles sont présumées pouvoir s'appliquer dans leur plénitude, certaines limitations de compétences des États pourraient se présumer dans l'intérêt de l'organisation... La Cour n'est certes pas allée jusque-là, mais dès 1927, elle s'est bien mise en quête du « critère, de nature non territoriale, à appliquer en vue d'établir le départ entre les compétences respectives » d'autorités de nature différentes.

La seconde raison de relativiser le *Lotus* découle de ce que les États ne sont pas à eux-mêmes leur propre fin, mais existent d'abord en vue de la protection des droits et intérêts des personnes privées, considérées seules et ensemble, qui relèvent de leur juridiction. En consacrant la « responsabilité de protéger » lors du Sommet mondial de 2005 dans un instrument qui interprète la Charte des Nations Unies, les États eux-mêmes en sont convenus à défaut d'en tirer toutes les conséquences. Si tel est aujourd'hui le paradigme de la souveraineté, alors même dans les circonstances ordinaires, les règles internationales de compétence doivent être pensées et définies (aussi) en fonction des personnes privées à qui s'applique *in fine* le pouvoir, et non plus comme tout entières contenues dans le principe de souve-

⁵⁶ CPJI, *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braila*, avis consultatif n° 14, 8 décembre 1927, CPJI Rec. Série B, p. 5 sqq.

raineté. L'idée en a été développée par F.-A. Mann dès les années 1960. En conséquence, il convient, sinon de se focaliser sur la personne privée et le besoin de sécurité et prévisibilité juridiques des situations dans lesquelles elle s'engage sur le territoire d'un ou plusieurs États, du moins de la prendre en considération *ab initio*. Si le regard se détache de l'État pour déterminer précisément « à quel titre » celui-ci plutôt que celui-là peut établir une situation juridique, alors il devient possible d'identifier la nature du rapport entre une situation de vie et l'ordre juridique de l'État qui sera propre à désigner celui-ci pour exercer un certain type de pouvoir (normatif, juridictionnel, exécutif...) à l'égard de certaines personnes.

La fonction du droit international en matière de compétences étatiques peut alors être reformulée : garantir que toute situation, où qu'elle surgisse, pourra être légalement rattachée à un État au moins ; définir les facteurs de rattachement légal d'une situation à un ou plusieurs États et les conditions dans lesquelles le ou les rattachement(s) ont pour effet de désigner un État donné comme titulaire de tous pouvoirs ou de certains pouvoirs sur certains sujets, à titre exclusif ou en concurrence avec d'autres États ; définir ensuite quels sont les facteurs de rattachement efficaces et quelles sont les règles de départage de la compétence ou de régulation de l'exercice des compétences cumulées des États⁵⁷.

Ces règles combinent la protection des intérêts étatiques, des intérêts individuels, de ceux de la communauté internationale enfin. Leur effet organisateur est indéniable. *A contrario*, il suffit pour s'en convaincre de considérer l'effet déstabilisateur de la pratique de certains États qui, tels les États-Unis d'Amérique, se prévalent de titres de rattachement tenus ou artificieux pour attirer dans l'orbite de leurs pouvoirs des situations de vie et des sujets qui leurs sont parfaitement étrangers. En l'absence de réaction résolue à ces prétentions exorbitantes, les personnes privées sont exposées à des risques considérables tandis que les autres États eux-mêmes se voient privés de l'autonomie que le droit international consacre, y compris dans la conduite des relations extérieures. La méconnaissance de ces règles se résout, dans la pratique, en abus de pouvoir et, lorsqu'aucune sanction ni protection ne joue, en soumission des personnes privées à un pouvoir non constitué ou constitué mais agissant *ultra vires*. L'indifférence de l'académie pour ces règles, les comportements déviants et les réactions qu'ils suscitent serait susceptible de perturber l'intelligence du système de pouvoirs à l'ère de la transnationalisation des situations de vie et des activités⁵⁸. Dans une perspective cosmopolitique, si l'on suivait M. Kumm, l'enjeu irait au-delà de la juste perception des pouvoirs tels qu'ils sont aujourd'hui : dans sa sphère de compétence, l'État devrait considérer les externalités négatives de ses politiques lorsqu'elles sont « *justice-relevant* » ou « *justice-sensitive* » – ce qui a trait au conditionnement de l'exercice de la compétence

⁵⁷ E. LAGRANGE, « Les titres de compétence », in *SFDI, Les compétences de l'État en droit international*, *op. cit.*, p. 97-132.

⁵⁸ La prise en considération de ces normes et de leurs violations ne préjuge cependant pas de la conclusion à en tirer qui peut être, aussi bien, que l'absence de stabilité ou d'effectivité des règles de compétence anéantit l'idée même de constitution internationale ou qu'il convient d'inciter les États à prendre ces règles au sérieux, à les considérer pour ce qu'elles sont : de véritables règles constitutionnelles dont la défense les protégerait mieux, eux aussi, que la référence incantatoire à la souveraineté.

et dépend étroitement de la possibilité d'identifier objectivement ces « questions de justice » qui débordent les frontières⁵⁹.

La doctrine d'obédience constitutionnaliste demeure discrète à l'égard du principe dit de la compétence plénière de l'État. Ce principe peut être défini très simplement : le droit international sert les besoins des États (mais peut-être pas d'eux seulement) ; sa fonction n'étant pas de définir le besoin d'État, il ne fixe pas de limite *a priori* aux interventions de l'État dans le champ social. Pour essentiel qu'il soit aux internationalistes qui aiment à l'opposer au principe de spécialité qui régit les organisations internationales (*supra*), pour vital qu'il soit aux régimes démocratiques, il est réduit à la portion congrue dans la plupart des manuels français contemporains de droit international⁶⁰. M. Virally avait judicieusement mis en relief une implication du principe de plénitude des compétences qui distingue structurellement l'État et l'organisation internationale : l'État a une « finalité intégrée⁶¹ », tandis que les organisations internationales n'ont – à l'exception des organisations d'intégration – que des finalités sérieuses.

Est-ce toujours ainsi que les États eux-mêmes se conçoivent ? La question mérite d'être posée au vu de plusieurs phénomènes : l'ampleur des compétences attribuées à des institutions internationales de toutes natures, dotées de compétences sectorielles, pour être exercées en commun ou avec une marge de liberté réduite qui ébranle la fonction intégrative de l'État sans lui substituer une autre instance à cet effet ; la tendance à mettre en partage certains segments de la fonction législative et réglementaire avec d'autres États ou d'autres instances dans une logique de convergence normative qui préserve formellement – formellement seulement ? – la fonction intégrative de l'État⁶² ; la revendication subreptice puis ouverte par certaines puissances privées d'un pouvoir d'autorégulation dont elles réclament protection contre les ingérences étatiques⁶³. Le fait extraordinaire ne réside pas dans

⁵⁹ M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », art. cité, p. 617 *sqq.*

⁶⁰ Voir cependant Th. FLEURY GRAFF, *Manuel de droit international public*, *op. cit.*

⁶¹ M. VIRALLY, « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in M. VIRALLY, *Le droit international en devenir. Essais au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, p. 271-290.

⁶² Les accords commerciaux globaux, dits de nouvelle génération, devraient susciter des interrogations renouvelées : sans toujours créer de nouvelles institutions internationales vers lesquelles des compétences seraient transférées (selon un schéma auquel les juges constitutionnels et spécialistes de droit constitutionnel se sont accoutumés), ils créent des enceintes, parfois simplement bilatérales, souvent spécialisées, au sein desquelles seront configurées ou préfigurées des normes qui seront proposées à l'approbation des instances nationales compétentes, notamment parlementaires (voir à cet égard certaines des dispositions de l'Accord économique et commercial global, dit CETA, entre l'Union européenne et ses membres d'une part, le Canada d'autre part, partiellement mis en application provisoire en septembre 2017). Ces dispositifs sont définis dans des instruments conventionnels illisibles ou trop vite lus qui les feraient passer pour anodins. C'est donc à l'usage qu'il faudra juger de leurs effets sur la fonction intégrative de l'État : nuls si les parlements sont capables de remembrer ces propositions émanant de comités spécialisés pour rendre les arbitrages ultimes ; destructeurs s'ils sont réduits ou se réduisent à entériner les uns après les autres des choix d'apparence technique sans interroger les arbitrages sous-jacents.

⁶³ E. LAGRANGE, « L'État et les puissances privées. Digressions sur la compétence plénière de l'État et "l'autonomie du mouvement sportif" », in *Les limites du droit international. Mélanges en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 183-204.

cette dernière prétention mais dans son audience ou, pour le dire autrement, dans le long silence des États face à une revendication exorbitante⁶⁴ qui, pour reprendre les termes d'un observateur plutôt approbateur, F. Latty, spécialiste de droit international du sport, « [bat] en brèche le principe de plénitude et d'exclusivité des compétences étatiques ». Il est vrai que certaines difficultés soulevées par l'autonomie du mouvement sportif, avant même qu'il ne lui soit spectaculairement rappelé dans certaines affaires pénales que sa « gouvernance » n'échappe pas au droit commun, ont été aperçues. Ce qui a été vu en premier ressortit une fois de plus à la protection des droits des personnes assujetties à un système de justice privée couronné par le Tribunal arbitral du sport (TAS) qu'elles n'ont guère la liberté de récuser. En d'autres termes, le prisme contemporain du constitutionnalisme permet assez bien d'identifier le risque d'une déperdition de garanties pour les personnes privées, voire d'y remédier, mais laisse dans l'ombre la constitution d'un pouvoir privé qui exclut la puissance publique ou l'hésitation de la puissance publique ne serait-ce qu'à *revendiquer* une compétence plénière. Or, si l'État a bien toujours une fonction intégrative, c'est à lui de définir l'étendue ou la portée de son intervention et d'arbitrer entre les différents intérêts en jeu – l'intérêt sportif, l'intérêt national, les autres intérêts privés qui peuvent être affectés. S'il l'a perdue ou y renonce, d'une part, il livre des personnes privées à d'autres pouvoirs (éventuellement privés aussi), d'autre part, sa définition et sa propre place sur la carte du pouvoir doivent être réévaluées.

Il est non moins remarquable que certains discours sur le constitutionnalisme global/la constitutionnalisation du système international aient pu prospérer sans réflexion critique sérieuse sur ce que la renonciation à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes et le consentement à l'arbitrage pour le règlement des différends entre État et investisseur étranger – notamment sur le fondement de traités relatifs aux investissements (souvent dits TBI) dont les premiers spécimens modernes remontent à la fin des années 1950 – signifient en termes d'économie du pouvoir dans l'ordre juridique interne et dans l'ordre juridique international. Autant le transfert de compétences de l'État à l'organisation internationale a été disséqué dans une perspective technique, critique ou apologétique, autant la translation du pouvoir des juridictions nationales de droit commun – elles-mêmes sous le contrôle de juridictions suprêmes et, parfois, de juridictions internationales – vers des tribunaux extérieurs à tout système constitutionnel national et compétents à l'égard des différends opposant les seuls investisseurs étrangers à l'État est passée presque inaperçue jusque récemment, en Europe du moins. Pourtant, ce mécanisme soustrait potentiellement au système constitutionnel de l'État hôte de l'investissement des pans entiers d'activités susceptibles d'avoir de lourdes incidences sur les intérêts de l'État lui-même et de tiers, et si le pouvoir des tribunaux arbitraux repose bien sur une délégation formelle, celle-ci est longtemps demeurée non contrôlée. Le silence face à ce transfert est d'autant plus étonnant que, à la nette différence de l'exemple envisagé précédemment du mouvement sportif, ici, la compétence d'organes constitués dans l'État est directement et manifestement affectée par les accords relatifs aux investissements au lieu que là, les atteintes à la compétence des organes sont diffuses et masquées par le fait que les litiges sportifs opposent formellement deux parties privées ; que le système popularisé ou diabolisé

⁶⁴ Qui résulte pour partie des caractères propres d'une activité transnationale à laquelle le pouvoir disciplinaire est inhérent et de l'autolimitation des États.

sous l'acronyme « ISDS » pour « *Investor-State Disputes Settlement* » est soutenu par un puissant discours de légitimation, doctrinal et même idéologique, qui l'érige pratiquement en modèle de constitutionnalisme abouti sans l'État – voire contre l'État et ses incurables défaillances –, alors qu'il repose sur une « philosophie de l'arbitrage » d'inspiration privatiste, à l'origine du moins⁶⁵. La riposte est assez récente, en doctrine, et dans la pratique des États et de l'Union européenne. Il n'en demeure pas moins loisible de se demander, dans la veine des hypothèses formulées par J.-P. Robé, si les traités d'investissement prévoyant le recours à l'arbitrage sans épuisement préalable des voies de recours internes aux fins de trancher les litiges relatifs au traitement réservé à l'investisseur étranger n'esquissent pas une constitutionnalisation en dehors de l'État des rapports entre la puissance publique et la classe des investisseurs étrangers⁶⁶.

Les enjeux politiques et idéologiques sous-jacents aux deux derniers exemples sont évidents : la plénitude de compétences de l'État est-elle l'un de ses attributs actuels ou un attribut potentiel que l'État ne pourrait actualiser qu'en démontrant la nécessité de son intervention dans telle ou telle sphère d'activité (ou de celle de ses organes, y compris juridictionnels) au détriment de certaines puissances privées ?

À ces quelques interrogations pourraient être ajoutées celles, neuves ou anciennes, qui ont trait à la disponibilité des compétences de l'État, au rappel par l'État de ses compétences abandonnées ou conférées à d'autres institutions (à l'exemple du Brexit), aux implications de l'exercice de compétences de l'État au moyen d'organes dits « communs », à l'obligation pour l'État d'établir sa compétence et celle de ses organes mais aussi – la liste n'étant pas exhaustive – ou encore à l'articulation des compétences des organisations internationales.

Leur création et la distribution entre elles de fonctions et compétences n'obéissent à aucun plan d'ensemble. Ce n'est pas nécessairement une raison pour confiner l'approche constitutionnaliste aux rapports intra-institutionnels ou entre une organisation internationale et ses propres membres. Ces problématiques conservent toute leur pertinence. Peut-être mériteraient-elles d'être revisitées cependant. Dans une formule lumineuse, J. Combacau écrivait en 1993 que, sans perdre sa qualité, l'État pouvait « se laisser dépouiller de ses feuilles une à une », mais que si ses feuilles (ou prérogatives) venaient à appartenir à un autre sujet, alors il pourrait être « rabais[s] d'un degré dans l'échelle des sujets⁶⁷ ». La distinction entre puissance et liberté était proposée pour appréhender la position de la France au sein de l'ensemble fédéral européen en formation. Sans abaissement apparent, sans aliénation formelle de leur liberté, en dehors de toute logique fédérative, il n'est plus à exclure, vingt-cinq ans plus tard, que des États se dépouillent de leurs pouvoirs d'exercice propre, récupérés par un éventail d'institutions internationales ou plus

⁶⁵ E. LAGRANGE, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », in S. CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 485-573.

⁶⁶ De manière très singulière, certains de ces accords de promotion et protection des investissements stipulent leur non-invocabilité devant les juridictions internes ou prévoient ne pas créer de droits dans le chef des investisseurs qui soient invocables dans les ordres juridiques internes. Mais ces droits le sont ailleurs, par les dits investisseurs, comme si deux régimes constitutionnels parallèles (interne, transnational) pouvaient s'envisager.

⁶⁷ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, novembre 1993, p. 57-58.

simplement partagés avec elles (et leurs membres), dans des proportions telles que le pouvoir d'arbitrage en dernier ressort de l'intérêt général finisse par leur échapper. Or, ce processus d'érosion lente du pouvoir de l'État est de ceux qu'un juge constitutionnel peut difficilement saisir, à supposer qu'il soit sollicité, parce que chaque nouveau transfert ou partage de compétences semble à lui seul insignifiant, et même d'autant plus insignifiant que la réalité des pouvoirs confiés à des institutions internationales et leur fonctionnement interne sont dépeints en termes vagues et lénifiants. La relative « déformalisation » des institutions internationales y concourt. À cela s'ajoutent les glissements d'un lieu de pouvoir à l'autre, au gré des intérêts et des possibilités diplomatiques du moment. En bref, il existe probablement un effet d'accumulation (à considérer l'ensemble des translations de pouvoir acceptées par un État) et un effet de système (lorsque dans un ensemble institutionnel donné, un organe s'impose sans contrepoids) que le juge constitutionnel peine à voir – en dehors des processus d'intégration. La myopie des juges constitutionnels à l'égard de ces phénomènes laisse le champ libre aux calculs d'intérêt pour déterminer quelle enceinte est la plus adéquate, quel « régime » sera le plus efficace, dans l'État ou en dehors. La question du contrôle ultime sur le choix du régime opéré par les exécutifs nationaux puis sur son fonctionnement demeure ouverte⁶⁸.

L'examen des relations des institutions internationales, et parmi elles des organisations intergouvernementales, n'est pas moins crucial pour situer le pouvoir. Bien que les institutions internationales n'existent qu'en vue de fonctions particulières et ne disposent que de compétences amputées, elles ont tout d'abord tendance, chacune pour elle-même, à revendiquer un large pouvoir d'évocation de tout sujet ayant un lien avec leurs attributions, à la logique desquelles elles le plient. Qu'un conflit d'objectifs, de compétences ou d'obligations paraisse survenir, elles privilégient une interprétation, parfois dite harmonieuse, qui sert au mieux leur propre perspective sur les politiques publiques internationales à conduire. Lorsqu'elles sont dotées d'instruments propres à « discipliner » les États, à l'instar de l'OMC, elles peuvent apparaître comme des lieux, concurrençant les États, d'arbitrage (parfois dissimulé) des conflits (parfois noyés dans la rhétorique du « soutien réciproque ») qui peuvent surgir entre différents intérêts (publics ou privés) – à l'instar du commerce et de l'environnement. Ensuite, les rapports de compétences entre institutions internationales sont peu régulés par des règles de droit, ce qui n'exclut pas l'existence de modes de régulation informels. Il en résulte que certaines questions qui pourraient entrer dans les compétences d'une organisation internationale ne relèvent en fait d'aucune institution internationale, tandis que d'autres entrent dans les champs de compétence d'une pluralité d'organisations inégalement dotées en prérogatives ou habiles à imposer leurs vues⁶⁹. Même si aucune loi générale ne devait se dégager quant à l'intérêt ou la nécessité de remédier à ce désordre en formalisant des principes régulateurs de l'exercice des compétences des organisations internationales, l'observation attentive de ce phénomène serait indiquée, car elle renseigne sur les zones respectivement de concentration et de vacance du pouvoir institutionnel international – et donc, en négatif, sur les

⁶⁸ Voir A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation internationale*, op. cit., p. 229 sqq.

⁶⁹ E. LAGRANGE, « Les relations entre les organisations internationales », in *Il Futuro delle Organizzazioni Internazionali. Prospettive Giuridiche. L'avenir des organisations internationales, perspectives juridiques*, Colloque de la Société italienne de droit international, Courmayeur, Editore Scientifica, 2014, p. 130-166.

zones où s'amenuise et les zones où se conserve la liberté d'allure des États les mieux insérés dans ce jeu institutionnel.

Prima facie, la notion de compétence enchâssée dans une conception très large des règles constitutionnelles peut servir d'instrument d'identification d'objets juridiques déroutants si l'on s'astreint à les rapporter à ce que l'on croit savoir d'objets juridiques bien identifiés comme l'État ou l'organisation internationale (sans faire l'économie pour autant d'un effort de réflexion sur ce « savoir »)⁷⁰, et de questionnement des pratiques des pouvoirs publics entre eux comme à l'égard de ces nouveaux objets. Il existe bel et bien des règles internationales relatives à la compétence des institutions impliquées dans la « gouvernance mondialisée ». Les cataloguer, interpréter, actualiser a toute son importance dans une perspective constitutionnaliste. On ne saurait pourtant dissimuler qu'elles sont parfois fuyantes, non écrites ou alors détaillées dans des instruments de différentes natures, très générales ou très techniques, sujettes à dérogation – bref, d'une cohérence relative, de surcroît bousculée sans réaction résolue. Dans une perspective académique, ces difficultés d'identification et de maniement ne sont pas en soi une raison de s'en détourner. Au contraire : tenter de déterminer qui peut quoi à l'égard de qui (puis comment), révéler les lieux de pouvoir, de conflits de pouvoirs ou de vacance du pouvoir, et mettre au jour les stratégies d'investissement de ces enceintes et des vides interstitiels, c'est tout un. En revanche, on peut douter que les règles relatives à la compétence en vigueur présentent les qualités requises pour stabiliser la « gouvernance mondialisée » et la rendre connaissable aux profanes – c'est-à-dire, ultimement, aux citoyens. Mais rien qu'en mettant en évidence ce jeu dans et avec les règles de compétence, l'apport du constitutionnalisme global serait déjà appréciable.

Évelyne Lagrange

Professeure de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (École de droit de la Sorbonne, IREDIES).

⁷⁰ Il pourra s'avérer que certains de ces objets sont identifiables et sont des pouvoirs parfaitement... « inconstitutionnels », au sens où ils ne seraient légalement établis ni à l'égard de leurs assujettis, ni à l'égard des pouvoirs bien établis. Peut-être même certains se seraient-ils constitués en pouvoirs de fait grâce à l'exploitation de toutes les potentialités de la garantie constitutionnelle des droits (ainsi des agences de notation habiles à s'abriter derrière la liberté d'expression pour se maintenir face aux pouvoirs démocratiquement établis dans un cadre national). Le constitutionnalisme peut avoir des effets paradoxaux...