

# LES FONCTIONS DE LA CONSTITUTION ÉCRITE DANS LE CONTEXTE DE LA MONDIALISATION

*Krzysztof WOJTYCZEK*

## I. Le droit constitutionnel «classique»

L'histoire du constitutionnalisme est bien connue, néanmoins un point important échappe souvent aux constitutionnalistes contemporains. Il s'agit du contexte international dans lequel l'État constitutionnel a émergé au 18<sup>e</sup> siècle. Les principales puissances européennes signent en 1648 les traités de Westphalie qui créent le système dit «westphalien», fondé sur le principe de territorialité.<sup>1</sup> Un territoire correspond à un seul pouvoir souverain, celui de l'État territorial, le pouvoir de l'État s'exerce sur un territoire. On peut résumer la logique de ce système dans la formule: un territoire, un État, un pouvoir souverain. Le titulaire du pouvoir souverain étant le plus souvent un monarque absolu, la souveraineté de l'État se confond avec la souveraineté du monarque. Aux origines du constitutionnalisme moderne, l'État détient le monopole du pouvoir sur le territoire national, hérité du temps de la monarchie absolue. L'origine de l'«État», écrit en langue française avec une majuscule, se trouve ici.

Le principe de territorialité est un critère adéquat de délimitation des juridictions des États dans le contexte de l'époque, correspondant parfaitement au niveau de développement technique et économique. Tout phénomène social a lieu dans un territoire donné. Les économies nationales sont largement autarciques, les échanges commerciaux internationaux, bien qu'en développement constant et de plus en plus rapide, restent encore limités, la part du commerce extérieur dans le PIB est minime, le coût du transport est important, sa vitesse très faible, une grande partie de la production est vendue sur place. Les populations vivent encore attachées à leur territoire d'origine, les flux migratoires restent faibles. L'État-nation semble être, de par sa taille, le cadre approprié pour la mutation économique résultant de la révolution industrielle. La souveraineté de l'État n'est pas menacée, le poids des autres acteurs ne leur permettant pas de s'opposer à l'État.

Le constitutionnalisme moderne commence avec la révolution américaine et française. On peut l'interpréter comme une réaction à l'absolutisme. La Constitution au siècle des lumières apparaît comme un instrument de limitation du pouvoir, permettant de surmonter la monarchie absolue. Dans la plupart des pays, la Constitution doit circonscrire le rôle du monarque, en assurant le partage du pouvoir entre celui-ci et le parlement, censé représenter la Nation. Le droit constitutionnel classique repose sur l'idée que les organes constitutionnels ont le monopole du pouvoir dans le pays. La Constitution doit donc organiser l'exercice du pouvoir par le nouveau souverain et introduire des mécanismes de freins et de balances pour limiter les gouvernants. La Constitution est toutefois plus qu'une technique de protection contre l'abus du pouvoir. L'État constitutionnel oppose une nouvelle forme de légitimité à la légitimité traditionnelle des monarchies de droit divin, régies par des principes non-écrits. La loi fondamentale peut devenir un instrument qui permet de transformer la société de l'ancien régime et d'édifier un ordre politique social et nouveau selon un projet rationnel. Elle est considérée comme une forme de renouvellement du contrat social<sup>2</sup> et le renouvellement de la fondation de l'État.<sup>3</sup> En même temps, elle est censée jouer un rôle éducatif. Elle doit enseigner aux citoyens les fondements de l'organisation de leur État et leur statut au sein de cet État.

---

<sup>1</sup> Voir par exemple: N. Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Paris 1999, pp. 51-52.

<sup>2</sup> A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris 1921, p. 565.

<sup>3</sup> J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1987, p. 192.

Traditionnellement, la doctrine entend par constitution un acte juridique qui se distingue par trois traits caractéristiques: son contenu, sa forme et sa force.<sup>4</sup> La spécificité du contenu d'une constitution consiste en ce qu'elle régit les principes de l'exercice du pouvoir sur un territoire donné. La forme spécifique se traduit par une procédure particulière d'élaboration et de révision de la constitution. Cette procédure est plus complexe et plus lourde que la procédure législative ordinaire. La spécificité de la force juridique signifie que la Constitution est la norme suprême de l'ordre juridique. Toute norme en vigueur sur le territoire de l'État doit être conforme à la constitution. À ces trois traits constitutifs on peut ajouter un quatrième. La loi fondamentale est l'oeuvre d'un organe de l'État doté du pouvoir constituant, originaire ou dérivé et organise elle-même le pouvoir constituant dérivé.

Dans le constitutionnalisme du XX<sup>e</sup> siècle, la constitution remplit plusieurs fonctions. Premièrement, elle joue un rôle international en constituant l'un des moyens permettant au peuple d'exercer son droit d'autodétermination. L'adoption d'une constitution par un État nouvellement accédé à l'indépendance constitue une sorte de renouvellement symbolique de la déclaration d'indépendance, la notion de constitution étant associée à celle de l'État souverain. Elle permet d'affirmer l'indépendance nationale aussi bien dans l'ordre interne que face aux autres États. En même temps, la constitution est un instrument qui doit assurer le maintien du statut étatique. Elle **constitue** l'État, en fondant et organisant le pouvoir souverain exercé sur la population habitant un territoire donné. Elle n'est pas une condition *sine qua non* du statut étatique mais elle peut faciliter considérablement le maintien d'un tel statut, en permettant à une entité territoriale de remplir les critères de l'État posés par le droit international. Par ailleurs, elle dote les institutions politiques des moyens d'action dans les relations internationales, en répartissant les compétences dans ce domaine, et parfois en établissant des principes matériels à respecter pour les pouvoirs qui conduisent la politique extérieure (souveraineté nationale, intégrité territoriale, paix et coopération internationale).

Deuxièmement, comme le souligne la doctrine française, la Constitution est «la norme suprême qui régit l'exercice du pouvoir politique de l'État».<sup>5</sup> La Constitution a pour but de régir d'une façon **complète** le régime politique de l'État, en particulier les institutions politiques les plus importantes et les relations entre elles.<sup>6</sup> Elle organise le pouvoir de l'État comme pouvoir exclusif, détenant le monopole des moyens de contrainte. La constitution est l'expression de l'exercice d'un pouvoir constituant unique et exclusif, elle est le fondement de tout pouvoir constitué. Toute la puissance publique trouve son fondement dans la constitution. Les institutions les plus importantes sont régies directement par la constitution qui fixe leur composition, le mode de leur élection et leur compétences. En même temps, la constitution fixe les règles pour créer d'autres institutions dotées de la puissance publique. Le champ d'application d'une constitution couvre donc tout l'exercice de la puissance publique, celle-ci ne pouvant être exercée en marge de la Constitution. La complétude de la Constitution prend toutefois un caractère spécifique dans le cadre d'un État fédéral. Dans ce cas, la constitution centrale constitue un cadre très large pour l'exercice autonome du pouvoir par les unités fédérées. Celle-ci jouissent d'un pouvoir constituant propre, fondé sur la souveraineté du peuple habitant cette unité, mais en même temps prévu et habilité par la Constitution fédérale. Cette constitution englobe les unités fédérées et détermine leur statut et leurs compétences et fixe les relations entre elles et la fédération.

Troisièmement, la Constitution indique explicitement ou implicitement le titulaire du pouvoir souverain. Dans une démocratie, la constitution régit l'exercice du pouvoir par le peuple. Le constitutionnalisme, libéral à l'origine, devient démocratique au cours du 19<sup>e</sup> siècle et organise la démocratie. La loi fondamentale met en place un cadre pour organiser une concurrence

---

<sup>4</sup> L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2000, pp. 34-41.

<sup>5</sup> L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Paris 2002, p. 4.

<sup>6</sup> P. Tuleja: *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, p. 15.

pacifique pour le pouvoir<sup>7</sup>, détermine les principales formes de la participation de tous les citoyens à l'exercice du pouvoir et fixe les conditions pour jouir des droits politiques. Il faut souligner ici que dans le modèle «westphalien», la politique peut être réduite à la vie politique nationale, encadrée par la constitution nationale, et la politique internationale des relations interétatiques développées dans le cadre du droit international public. En principe, dans une démocratie constitutionnelle qui fonctionne correctement, il n'y a pas de vie politique en dehors du cadre constitutionnel. L'État est devenu l'unique forme de pouvoir politique et l'unique cadre de toute la vie politique.

Quatrièmement, la Constitution assure l'unité du système juridique, en établissant les principales règles de la création du droit. Elle assure aussi bien son unité formelle que son unité matérielle. D'une part, sur le plan formel, elle est le fondement direct ou indirect de toute activité normative. Toute institution dotée d'un pouvoir normatif détient celui-ci en vertu d'une délégation de la Constitution ou d'une délégation permise par la constitution et fondée sur celle-ci. Dans le modèle kelsenien de la «pyramide» des normes la Constitution est la seule norme fondée directement sur la norme fondamentale.<sup>8</sup> D'autre part, sur le plan matériel, la Constitution est la norme suprême du système juridique. Toutes les normes juridiques doivent être conformes à la Constitution. Les autorités normatives sont tenues de respecter les normes matérielles contenues dans la Constitution. La Constitution établit ainsi des normes qui doivent être respectées et mises en oeuvre par les pouvoirs publics. Les valeurs constitutionnelles guident la création du droit et assurent la cohérence axiologique du droit national. L'État constitutionnel possède donc un système juridique ordonné. Même dans un État fédéral, les systèmes juridiques des unités fédérées constituent des sous-systèmes d'un système juridique unique. Ces sous-systèmes doivent respecter l'ordre des valeurs fixé par la Constitution fédérale.

Cinquièmement, la Constitution énonce les droits fondamentaux et parfois les devoirs fondamentaux. Les droits fondamentaux opposables à l'État protègent l'individu contre le pouvoir. Ils établissent une sphère de l'activité individuelle libre de l'ingérence de l'État, permettent au citoyen de participer à l'exercice du pouvoir public et assurent des prestations dans les cas de besoin et de nécessité prévus dans son texte. Tous les organes de l'État sont tenus de respecter ces droits. La constitution fixe ainsi des limites infranchissables au pouvoir de l'État. Elle devient l'outil de protection de l'individu face à l'arbitraire du pouvoir. Elle dote ainsi l'individu d'un statut fondamental unique, face à l'État et l'ensemble de ses organes. L'État constitutionnel, même à l'époque démocratique, est avant tout un instrument au service des droits fondamentaux, plus qu'un instrument de réalisation des projets et des rêves collectifs d'un peuple.<sup>9</sup>

## **II. La mondialisation, facteur de bouleversement du constitutionnalisme classique**

Le progrès technique, la libéralisation du commerce international et le flux international croissant des capitaux ont conduit à des bouleversements particulièrement profonds à partir des années quatre-vingt dix du 20<sup>e</sup> siècle. Les différentes économies nationales se fondent en un seul organisme économique, l'échelle de l'État n'étant plus appropriée pour les acteurs économiques.

Le phénomène de la mondialisation a remis en cause le droit constitutionnel classique.<sup>10</sup> Il faut ici attirer l'attention sur un certain nombre de phénomènes. Tout d'abord il faut noter la

---

<sup>7</sup> R. Aron, *Démocratie et totalitarisme*, Paris 1965, p. 76.

<sup>8</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel 1988, p. 124, pp. 132-133.

<sup>9</sup> Cf. P. Raynaud, «Constitutionnalisme» in: *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland, S. Rials, Paris 2003, p. 269.

<sup>10</sup> Pour une analyse plus large de l'influence de la mondialisation sur le droit public voir notamment: *La mondialisation du droit*, dir. W. Loquin, C. Kessedjian, Paris 2000; *Le droit saisi par la mondialisation*,

déterritorialisation des phénomènes sociaux.<sup>11</sup> Les différents phénomènes sociaux sont de moins en moins liés à un territoire donné. Les transports et la communication sont de moins en moins chers, les personnes, les idées, les produits et les capitaux circulent de plus en plus facilement et rapidement. Dans ce contexte, les grandes entreprises peuvent déplacer assez facilement la production d'un pays à l'autre. De plus en plus de services peuvent être effectués à distance grâce aux moyens de communication modernes. Une action d'un acteur produit des effets de plus en plus importants dans d'autres pays. L'installation d'une usine dans un pays peut conduire à polluer le pays voisin, le contenu controversé d'un journal peut déclencher des émeutes dans des pays très distants, une décision de la direction d'une entreprise multinationale peut déplacer des milliers d'emplois d'un pays à l'autre. Les relations juridiques transfrontalières se multiplient et les problèmes sociaux acquièrent une dimension transfrontalière: les menaces pour l'environnement, le chômage provoqué par les délocalisations des entreprises, le terrorisme international...

La déterritorialisation des phénomènes sociaux conduit à une déterritorialisation du droit. Le territoire devient un critère de délimitation des juridictions étatiques de moins en moins approprié. De plus en plus de phénomènes qui se déroulent en dehors des frontières étatiques ont un impact croissant sur ce qui se passe sur le territoire national. Du coup, même sans étendre leur juridiction, les États ont affaire à un nombre croissant de phénomènes qui entrent dans leur champ de compétence territoriale. De plus, les États réagissent en étendant leur compétence extraterritoriale existante. On peut citer ici l'exemple bien connu des lois américaines Helms-Burton.<sup>12</sup> L'État compense ainsi la perte de l'exclusivité du pouvoir sur son territoire par des prétentions extraterritoriales de plus en plus poussées. Les compétences des États deviennent de plus en plus enchevêtrées.

La mondialisation transforme le rôle et les missions publiques de l'État.<sup>13</sup> L'ampleur de ce phénomène varie d'un État à l'autre en fonction de sa puissance politique dans le système politique global. Le rôle de la structure étatique d'une grande puissance, comme les États-Unis et la Chine, n'est pas le même que celui d'un État d'importance moyenne comme la Pologne ou la Roumanie. Toutefois, quel que soit le poids international de l'État, face à des problèmes nouveaux soulevés par la mondialisation le cadre étatique est de moins en moins adapté à l'exercice efficace du pouvoir public et à la réalisation des missions publiques.<sup>14</sup> Les études récentes mettent l'accent sur le déclin de l'État national comme instrument de réalisation efficace des missions publiques. D'aucuns posent la question à quoi servent encore les États?<sup>15</sup> On peut s'interroger, en tout cas, si l'État moderne n'était pas une forme d'organisation de la société dans la période qui s'étend du 17<sup>e</sup> au 20<sup>e</sup> siècle et qui est en train d'être remplacée par de formes nouvelles. Le rôle de l'État semble de plus en plus se rétrécir à celui d'un «pare-choc», il doit avant tout essayer de corriger et d'amoindrir les effets négatifs de la mondialisation. En même temps, il doit chercher à amplifier les effets positifs de la mondialisation et aider ces citoyens à en tirer le plus de profit.

Le développement des problèmes transfrontaliers qui dépassent les capacités d'un État obligent les États à développer des structures de coopération régionale ou mondiale et à doter ces

---

dir. Ch.-A. Morand, Bruxelles 2001; ainsi que l'excellent ouvrage de J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris 2003.

<sup>11</sup> J.-B. Auby, *op. cit.*, p. 17.

<sup>12</sup> B. Stern: *Vers la mondialisation juridique? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, *Revue générale de droit international public*, 1996, n° 4.

<sup>13</sup> Cf. S. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz. Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext internationaler institutionalisierter Kooperation*, Berlin 1998, p. 390 et suiv.; J.-A. Auby, *op. cit.*, p. 95 et suiv.

<sup>14</sup> S. Hobe, *op. cit.*, pp. 391-392.

<sup>15</sup> P. Saladin, *Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmenden überstaatlichen Welt*, Bern 1995.

structures de pouvoirs des plus en plus étendus. Les missions publiques sont réalisées de plus en plus souvent par des organisations internationales intergouvernementales ou des entités privées de dimension internationale qui détiennent souvent un pouvoir économique important. La mondialisation accélère le processus de régionalisation, c'est-à-dire la création d'organisations internationales régionales. Incapables de résoudre leurs problèmes unilatéralement, les États d'une même région se regroupent pour créer des structures plus larges. Dotées parfois du pouvoir public, elles deviennent un cadre plus performant pour résoudre les problèmes sociaux actuels.

La mondialisation conduit à une multiplication d'acteurs globaux dotés d'un pouvoir économique ou même politique puissant et prenant des décisions relatives à la distribution des biens.<sup>16</sup> Les transformations récentes de l'ordre international conduisent à un renforcement des organisations internationales, aussi bien universelles que régionales, et de leur autonomie. Les organisations reçoivent des pouvoirs de plus en plus étendus et deviennent de plus en plus autonomes par rapport aux États. Conçues comme une forme de coopération interétatique avec comme centre de décision un organe intergouvernemental, elles deviennent des acteurs politiques indépendants et de plus en plus puissants.

Les grandes entreprises multinationales prennent parfois des décisions qui ont un impact comparable aux décisions politiques prises par l'État, en affectant la vie de populations importantes. Des organismes non-gouvernementaux, comme par exemple les instances sportives internationales, prennent des décisions importantes relatives à l'industrie sportive et ce sont des organismes privés qui gèrent l'Internet.<sup>17</sup>

Nous assistons au développement d'un système politique global, composé de plusieurs types d'acteurs énumérés ci-dessus: États, organisations internationales et autres acteurs politiques globaux. Neil Walker parle dans ces conditions d'un espace constitutionnel de plus en plus encombré.<sup>18</sup> Cet espace est occupé par différents types de structures dotées d'un pouvoir politique ou économique. Ces différents types de structure coopèrent entre eux tout en restant en très forte concurrence dans le but de prendre une place prépondérante. Le nouveau système semble avoir une structure très complexe, en réseau, sans centre de décision privilégié. L'État n'est qu'une espèce de maillon dans le réseau global des structures des pouvoirs, sa place restant toutefois privilégiée, vu un certain nombre des compétences dont il a le monopole formel.

Le monde, confronté à des problèmes globaux, ne s'est pas doté d'une structure politique globale efficace, capable de résoudre ces problèmes. La formule, utilisée parfois, de la «gouvernance» globale sans gouvernement mondial rend bien compte de la situation. La politique, en tout cas, n'est plus réductible à la politique nationale dans l'État-nation et aux relations interétatiques.

Dans ces conditions, un État n'a plus le monopole du pouvoir sur son territoire et n'est plus l'unique forme de pouvoir politique. Il a beau affirmer son monopole sur les moyens de contrainte physique, il existe d'autres moyens efficaces de contrainte comme les moyens de contrainte économique. L'État n'est pas en mesure d'imposer unilatéralement sa volonté aux acteurs qui ont acquis un poids démesuré et qui profitent de l'inexistence d'un pouvoir global pour mettre les États, qui essaient d'obtenir leurs faveurs, en concurrence entre eux. Le pouvoir des acteurs globaux peut équilibrer celui des États. Le fondement factuel de la souveraineté étatique n'est plus aussi solide qu'autrefois.

La mondialisation accélère les bouleversements des systèmes juridiques. Le phénomène du développement d'un droit international qui régit non seulement les relations entre les États mais

---

<sup>16</sup> Cf. à ce sujet: N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *The Modern Law Review*, vol. 65, 2002, n° 3; voir aussi S. Hobe, *op. cit.*, p. 309 et suiv.

<sup>17</sup> Voir à ce sujet: E. Clerc: *La gestion semi-privée de l'Internet* in: *Le droit saisi par la mondialisation*, *op. cit.*

<sup>18</sup> N. Walker, *op. cit.*, p. 356.

aussi les relations dans les États est maintenant bien connu.<sup>19</sup> Le droit international régit notamment le statut de l'individu et ses relations avec l'État. Avec le développement des organisations internationales, au droit international s'ajoute le droit dérivé des organisations internationales. Dans certains cas, comme celui de l'Union européenne ce droit est directement applicable dans les pays membres. De plus, un phénomène plus récent et pour l'instant moins visible apparaît. L'interprétation et l'application du droit des organisations internationales obéit à des règles spécifiques, qui se différencient de plus en plus fortement des règles relatives au droit international interétatique. Dans ce contexte, on assiste à une constitutionnalisation progressive du droit de certaines organisations internationales. Les organisations internationales fonctionnent de plus en plus selon le modèle d'une structure politique constitutionnelle avec un acte fondateur régissant l'exercice du pouvoir politique. Les chercheurs s'intéressent notamment à la constitutionnalisation de la Charte des Nations-Unies ou de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).<sup>20</sup>

La mondialisation amplifie le développement des nouvelles formes du droit transnational comme la *lex mercatoria*, la *lex informatica*, la *lex sportiva* ou le droit administratif transnational<sup>21</sup>. Ces formes du droit n'émanent pas d'un État. Les juridictions arbitrales internationales qui rendent des arrêts sous un contrôle très restreint des juridictions nationales contribuent au développement de la *lex mercatoria*. Les accords internationaux bilatéraux sur la protection des investissements renforcent le rôle de ces juridictions en soumettant les différends relatifs aux investissements à leur compétence.

Le droit de l'Internet est édicté par des organismes privés qui gèrent ce réseau.

Les instances sportives internationales arrêtent des règles relatives aux compétitions sportives applicables non seulement aux différentes formes de compétitions internationales mais aussi au sport national. Formellement ces règles ne peuvent s'imposer aux États, pourtant les instances sportives disposent d'une sanction très efficace pour faire respecter ces règles par les États: l'exclusion des acteurs sportifs nationaux. Un État européen peut en théorie adopter librement des règles régissant la tutelle sur l'association nationale de football, mais s'il enfreint les principes de l'UEFA en accordant, des compétences «trop» larges à l'administration, son équipe nationale et ses clubs seront exclus des compétitions internationales. Les instances sportives se retrouvent en position de force par rapport aux États demandeurs pour organiser des compétitions sportives internationales, comme les championnats du Monde de football.

L'État perd son monopole de la «production» normative.<sup>22</sup> Théoriquement, il peut modifier l'ensemble du droit positif, mais il n'est pas en mesure d'user de ce droit. Les normes juridiques produites en dehors du cadre étatique manquent de légitimité démocratique. Elles pénètrent pourtant avec de plus en plus de force dans les systèmes juridiques nationaux. On peut observer des interactions de plus en plus fortes entre le droit transnational et les droits nationaux.

Un territoire ne correspond plus à un système juridique unique; au contraire, sur le territoire étatique plusieurs systèmes juridiques coexistent. On peut observer des interactions et des enchevêtrements complexes entre les différents systèmes juridiques. Un ordonnancement linéaire et hiérarchique de l'espace juridique ne semble pas possible.<sup>23</sup> L'ordonnancement du droit selon l'idée d'un seul système juridique complet, non-contradictoire et structuré de façon hiérarchique ne semble possible que dans le cadre d'un seul système juridique. Les différents

---

<sup>19</sup> Voir par exemple: D. Alland, *Droit international public*, Paris 2000, pp. 27-28.

<sup>20</sup> Voir par exemple B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998.

<sup>21</sup> Cf. *Le droit saisi par la mondialisation*, op. cit.; J.-B. Auby, op. cit., p. 31 et suiv.;

<sup>22</sup> Cf. J.-B. Auby, op. cit., p. 67 et suiv.

<sup>23</sup> Cf. l'analyse de F. Ost, M. Van der Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002.

systèmes juridiques forment une structure en réseau. En analysant les relations entre les différents systèmes sur le territoire national, il faut donc admettre l'idée de pluralisme juridique.<sup>24</sup>

Il faut noter aussi que la mondialisation met en concurrence les systèmes juridiques.<sup>25</sup> La qualité du système juridique est un facteur important pour les acteurs économiques qui choisissent des pays pour investir et développer la production ou les services. Les États sont donc obligés d'adapter leur système juridique pour attirer les investisseurs internationaux.

### III. Les mutations de l'ordre constitutionnel

La mondialisation bouleverse l'ordre constitutionnel, sans que les changements soient clairement identifiés pas les constitutionnalistes. Dans la plupart des pays occidentaux le droit constitutionnel est toujours enseigné comme si l'État se trouvait encore dans la même situation que dans les années soixante et soixante-dix du 20<sup>e</sup> siècle. Le gouvernement dirigerait et conduirait la politique nationale comme auparavant, le parlement exercerait un pouvoir législatif intact, enfin les juridictions nationales trancheraient les disputes concernant l'application des règles de droit. Or, dans le contexte d'une mutation rapide de l'économie mondiale, le droit constitutionnel n'a pas du tout le même sens que qu'il y a trente ou quarante ans.

La mondialisation accélère la remise en cause du concept classique de souveraineté étatique.<sup>26</sup> Le pouvoir de l'État n'est plus le pouvoir exclusif sur un territoire.<sup>27</sup> Il ouvre sa sphère de compétence à des actes émanant de structures de pouvoir soustraites à son contrôle. La pénétration d'un ordre juridique extraétatique dans l'ordre interne exige une décision de l'État d'ouvrir cet ordre interne. La souveraineté de l'État signifie dans ce contexte non plus la compétence exclusive de l'État mais plutôt la compétence pour limiter l'exclusivité de la compétence de l'État en faveur d'autres structures de pouvoir. Dans la pratique, la marge de manoeuvre de l'État peut être très réduite. À quand le moment où la souveraineté au sens traditionnel sera frappée de désuétude?

On peut donner ici un exemple du déclin de la souveraineté de l'État. Comme cela a été dit ci-dessus, les accords sur la protection des investissements confient le règlement des différends entre l'État et l'investisseur étranger à un tribunal d'arbitrage international.<sup>28</sup> La compétence du pouvoir judiciaire de l'État s'en trouve amputée, elle est transférée à des organismes privés. L'investisseur étranger n'est plus complètement soumis au pouvoir souverain de l'État. L'État et l'acteur économique traitent sur un pied d'égalité devant un juge arbitral.

Dans le contexte du renforcement du rôle des organisations internationales, c'est une autre dimension de la souveraineté de l'État qui acquiert toute son importance. En effet, la protection de la souveraineté étatique dépend du respect du principe de l'égalité des États. Les garanties constitutionnelles de la souveraineté de l'État peuvent être interprétées comme l'exigence d'une action en faveur de l'égalité de l'État avec les autres États et comme l'interdiction de prendre des engagements qui enfreindraient cette égalité.

---

<sup>24</sup> Cf. F. Ost, M. Van der Kerchove, *op. cit.*; N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999, p. 97 et suiv.

<sup>25</sup> J.-B. Auby, *op. cit.*, pp. 86-89; M. Salah, *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation*, *Revue internationale de droit économique* 2001, n° 3

<sup>26</sup> J.-B. Auby, *op. cit.*, p. 101-103.

<sup>27</sup> Cf. S. Hobe, *op. cit.*, p. 381-382.

<sup>28</sup> Les effets de l'arbitrage international pour la souveraineté de l'État ont été étudiés depuis des années. Voir par exemple: A. Mezgani, *Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage*, *Revue de l'arbitrage* 1985, p. 543 et suiv.; P. Kahn: *Souveraineté de L'État et règlement du litige. Régime juridique du contrat d'État*, *Revue de l'arbitrage*, 1985, p. 641 et suiv.

Dans le constitutionnalisme classique les pouvoirs publics ont pour mission d'assurer une exécution efficace des missions de l'État. À l'heure actuelle le rôle des pouvoirs publics nationaux a changé: d'une part, ils essaient d'influencer les acteurs globaux dans un sens favorable aux intérêts nationaux et d'autre part, ils mettent en œuvre, en les adaptant parfois, des politiques décidées à un niveau supraétatique (ONU, OMC, FMI, Banque mondiale, Union européenne, Mercosur, OTAN...). Ce contexte renforce l'exécutif, chargé de conduire les relations internationales, face à un parlement dont le pouvoir législatif est de plus encadré par le droit international, le droit des organisations internationales et les contraintes de l'économie mondiale. La concurrence des systèmes juridiques constitue une contrainte extrêmement importante notamment pour le parlement, car elle limite considérablement son pouvoir législatif effectif.

Le droit constitutionnel doit de plus en plus organiser la collaboration des pouvoirs publics pour définir, articuler et défendre les intérêts nationaux face aux centres de pouvoir non-étatiques. Il peut en résulter une tension entre la nécessité de collaboration des pouvoirs publics au sein de l'État et le cadre institutionnel fondé sur l'idée traditionnelle de séparation et d'équilibre des pouvoirs.

Si la possibilité de résoudre un problème social dépasse le cadre d'un État, sa résolution ne peut faire l'objet de décision politique au niveau étatique et ainsi ce problème échappe au jeu de la démocratie.<sup>29</sup> Le nombre de décisions politiques prises au niveau national diminue. De plus les contraintes économiques internationales sont de plus fortes et influent sur les questions qui peuvent encore être décidées au niveau national. Avec la mondialisation la portée de la souveraineté populaire est de plus en plus réduite. Le pouvoir de décision des citoyens est remis en question, la participation politique a pour objet un champ décisionnel de plus en plus étroit. Dans ce contexte, le rôle des élections nationales change. Leur but est moins de désigner une équipe pour résoudre des problèmes au niveau national qu'une équipe capable d'avancer et défendre des solutions au niveau supraétatique. Il en résulte un déficit démocratique au niveau national: les institutions démocratiques existent mais leurs possibilités de décision effective se rétrécissent. Ce phénomène n'affecte pas les différents États de la même façon. La signification des droits politiques d'un citoyen américain n'est pas la même que la signification des droits politiques d'un Polonais ou un Roumain, les choix politiques américains ayant des répercussions globales. La voix d'un électeur américain pèse beaucoup plus que la voix de tout autre électeur.

Le déficit démocratique au niveau national n'est pas compensé au niveau supra-étatique. Au contraire, il n'existe pratiquement pas d'institutions démocratiques à ce niveau et, dans les rares cas où elles existent, elles sont embryonnaires, comme le Parlement européen dont les compétences sont limitées et ne peuvent pas être comparées avec les compétences d'un parlement national. Les citoyens ne participent pas à la prise de décision au niveau supraétatique. Pourtant la démocratie au niveau supraétatique semble parfaitement possible.<sup>30</sup>

Le développement des relations transfrontalières conduit à un développement des liens directs entre les organes des différents États. Les relations avec les institutions d'un autre État cessent d'être le monopole du gouvernement, et relèvent d'un nombre croissant de pouvoirs publics. On peut citer ici les organisations non gouvernementales fondées par les pouvoirs publics regroupant les pouvoirs publics homologues des différents États. Les accords conclus entre les collectivités territoriales des différents États en constituent un autre exemple.

Avec l'apparition de nouvelles structures du pouvoir, la portée des garanties constitutionnelles diminue considérablement. Les structures de pouvoirs transnationales ne sont pas liées par les constitutions nationales. Par exemple, un État membre ne peut exiger le respect de sa constitution pas les institutions de l'Union européenne. On ne peut pas demander

---

<sup>29</sup> Sur le déficit démocratique dans le contexte de la démocratie cf. A Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001, p. 743 et suiv.

<sup>30</sup> Cf. les analyses intéressantes d'A. Peters, *ibidem*.

raisonnablement à l'Union européenne d'agir en conformité avec les constitutions de tous les 27 États membres.<sup>31</sup> Les pouvoirs publics nationaux ont de plus en plus de mal à invoquer les dispositions d'une constitution nationale pour refuser de mettre en oeuvre une décision contraire au droit constitutionnel national prise au niveau supraétatique. Au niveau de l'Union Européenne, il existe des garanties spécifiques des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux garantis à l'individu dans ses relations avec les différentes structures étatiques ne peuvent pas être identiques. Le statut de l'individu se «fissure» et est régi par plusieurs ensembles de normes, indépendants entre eux, mais qui se recoupent, se complètent et parfois se contredisent.

Les droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales deviennent des directives de l'action de l'État au niveau international pour promouvoir les systèmes de protection face aux nouveaux détenteurs du pouvoir. Ils peuvent constituer aussi un frein à la mise en oeuvre par les pouvoirs publics nationaux de politiques élaborées au niveau supraétatique et une invitation à un dialogue des juges nationaux avec les juges internationaux et transnationaux. La répartition du pouvoir entre l'État national et les structures transnationales de pouvoir se substitue de plus en plus à la séparation des pouvoirs au sein de l'État comme garantie des droits fondamentaux. La pluralité des structures de pouvoir et le pluralisme juridique peuvent être perçus comme une garantie de la liberté.

On peut se poser la question si l'unité du statut juridique n'est pas assurée par les instruments internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme, comme les Pactes des droits de l'homme l'ONU ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme. La réponse semble négative. Même les instruments onusiens à portée plus large, les Pactes des droits de l'homme, n'ont pas une application universelle. Il faut ici signaler le déficit de protection juridique, offerte par ces instruments qui s'imposent uniquement aux États-parties, les traités ne liant pas les autres acteurs globaux, comme les organisations internationales ou les instances sportives internationales. Il devient donc urgent de mettre en place des garanties efficaces qui assureront la protection de l'individu face au pouvoir politique non-étatique.

Le pluralisme juridique aboutit au pluralisme constitutionnel<sup>32</sup>, avec plusieurs lois fondamentales en concurrence. Ces lois fondamentales sont souvent sanctionnées par un juge, ce qui correspond à une multiplication des cours constitutionnelles concurrentes: le juge constitutionnel national, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et, dans une certaine mesure, la Cour internationale de justice, la Cour pénale internationale, le Comité des droits de l'homme de l'ONU...

Le juge constitutionnel national, gardien de la Constitution, est obligé de rendre ses arrêts dans le contexte des contraintes extérieures de plus en plus poussées. Il doit tenir compte entre autres des engagements internationaux de l'État et ne peut les remettre en cause sans provoquer une crise internationale. Il doit aussi tenir compte des contraintes extrajuridiques, comme les contraintes économiques. De ce fait, il peut être tenté non pas de jouer le rôle du gardien de la Constitution, mais plutôt d'un correcteur de la Constitution, en essayant de l'adapter au contexte de la mondialisation. La censure d'une disposition contrôlée est possible là où la procédure de révision constitutionnelle, prise dans le contexte du système des partis, permet une adaptation à temps de la constitution nationale. Si cette adaptation rapide n'est pas possible, il ne lui reste plus qu'à déclarer la constitutionnalité d'une disposition douteuse. Il peut essayer de résister à la réduction de sa marge de manoeuvre en brandissant la menace d'une censure à l'avenir pour faire pression sur les organisations internationales et les autres acteurs globaux. Sa stratégie consiste, d'une part, à affirmer la suprématie de la Constitution comme norme fondamentale pour réclamer ainsi sa prise en compte par les autres structures de pouvoir et, d'autre part, à interpréter son contenu de manière à l'accommoder aux contraintes existantes et à éviter des conflits ouverts avec d'autres systèmes juridiques.

---

<sup>31</sup> Cf. T. Schmitz, *Integration in der Supranationalen Union*, Baden-Baden, p. 292.

<sup>32</sup> Cf. N. Walker, *op. cit.*

#### IV. Le rôle de la Constitution

Une place plus modeste de l'État entraîne aussi une place plus réduite pour la Constitution et le droit constitutionnel. L'importance politique des décisions prises dans le cadre de la Constitution nationale diminue. L'idée d'une constitution qui régit d'une façon complète l'exercice du pouvoir semble aujourd'hui farfelue. Actuellement, une constitution ne peut régir que partiellement l'exercice du pouvoir politique sur le territoire national.<sup>33</sup> Elle régit l'exercice du pouvoir dans l'État, d'autres structures politiques exerçant un pouvoir en dehors du cadre constitutionnel national. L'érosion de l'État conduit à une limitation de fait, en dehors de toutes les procédures de révision, du champ d'application des constitutions nationales, les constitutions nationales ne s'imposant pas aux structures de pouvoir supraétatiques. La suprématie de la constitution est remise en cause par la validité d'autres systèmes juridiques indépendants qui affirment leur suprématie et qui, pour différentes raisons échappent à un contrôle effectif du juge constitutionnel. La constitution de l'État cesse d'être la loi fondamentale d'un territoire et devient la loi fondamentale d'un ordre juridique qui, tout en gardant une assise territoriale certaine, entre en concurrence avec d'autres ordres juridiques sur le territoire national, tout en essayant d'étendre son champ d'application extra-territoriale. Elle n'est que l'une des lois fondamentales en concurrence avec d'autres. Le concept de «constitutionnalisme multiniveau» («multilevel constitutionalism»)<sup>34</sup> qui suppose une structuration hiérarchique et linéaire des différents niveaux constitutionnels semble donc un concept persuasif, avancé par les spécialistes en droit européen, pour justifier et renforcer la primauté du droit de l'Union européenne. Il vaudrait mieux parler dans le contexte actuel du pluralisme constitutionnel<sup>35</sup> ou d'un constitutionnalisme polycentrique.<sup>36</sup>

La mondialisation met en valeur la fonction internationale des constitutions. Face au déclin des États-nations, la Constitution permet d'affirmer et d'affermir le statut étatique et d'exprimer la prétention à exercer la souveraineté dans toute sa plénitude face aux autres acteurs globaux. Elle devient donc un instrument assurant la place de l'État non seulement dans la communauté internationale, composée d'États, mais aussi dans le système politique global.

Dans le contexte de la mondialisation, la Constitution remplit des fonctions nouvelles. Tout d'abord, la constitution devient un instrument de l'adaptation de l'État à la mondialisation. Elle joue ce rôle, même, si en règle générale, elle ne contient pas de dispositions spécifiques dans ce domaine. Parfois ce sont les omissions de la Constitution qui permettent une telle adaptation. Ainsi, par exemple, les constitutions en règle générale ne définissent pas leur champ d'application: le champ territorial et le champ personnel. On peut en déduire que la Constitution s'applique dans toute la sphère de la compétence de l'État définie par le droit international. Même l'exercice de la compétence extraterritoriale reste en principe soumis à la Constitution nationale. Dans le silence des textes, il appartient à la pratique et parfois à la jurisprudence constitutionnelle, d'entériner les limitations du champ d'application de la Constitution imposé par les autres structures politiques.

Dans le contexte de la concurrence des systèmes juridiques, la Constitution devient l'un des instruments qui permettent d'assurer la qualité nécessaire de l'ensemble du système juridique

---

<sup>33</sup> Cf. A. Peters, *op. cit.*, pp. 215-219.

<sup>34</sup> I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, *Common Market Law Review*, vol. 36, 1999, n° 4; I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, *European Law Review*, vol. 27, 2002, n° 4.

<sup>35</sup> Cf. N. Walker, *op. cit.*

<sup>36</sup> A. Peters, *op. cit.*, notamment pp. 215-219.

de l'État. Un bon cadre constitutionnel n'assure pas automatiquement la qualité du droit et sa compétitivité internationale, mais constitue sa condition *sine qua non*.

Parfois, l'adaptation de l'État aux contraintes découlant de la mondialisation nécessite une révision de la Constitution. On peut donner ici l'exemple de la révision de la Constitution suisse pour permettre l'adhésion à l'ONU. D'une façon générale, les contraintes politiques et économiques internationales limitent l'autonomie constitutionnelle réelle des États.

La Constitution détermine les modalités du dialogue entre l'État et le droit national d'une part et les autres structures de pouvoir et les autres systèmes juridiques d'autre part. Il faut souligner que les constitutions modernes ne contiennent pas (encore?) de clauses spécifiques relatives aux différents problèmes constitutionnels soulevés par la mondialisation. Il faut donc se référer aux dispositions constitutionnelles («générales») en vigueur pour trouver des réponses aux questions qui se posent. Parfois, ces dispositions acquièrent un sens nouveau dans le contexte actuel. Ce silence constitutionnel traduit tantôt l'inertie constitutionnelle, tantôt la volonté de résistance des États, en permettant de maintenir la fiction d'un pouvoir souverain intact.

La Constitution définit les valeurs constitutionnelles nationales que les pouvoirs publics doivent défendre face aux autres structures de pouvoirs. Elle sert à exprimer les attentes et les prétentions nationales face à d'autres acteurs globaux, notamment en réclamant la protection de valeurs qui sont chères aux citoyens de l'État en question. Elle exprime aussi l'apport de l'État au patrimoine constitutionnel régional ou universel et donc une invitation pour les juridictions internationales et transnationales à puiser dans ces valeurs lors de la recherche par ces juridictions des principes à prétention universelle.

La Constitution doit situer les intérêts de l'État national et le bien commun national face au bien commun des communautés politiques plus universelles. Dans ce cas elle peut soit habiliter les pouvoirs publics à concilier les intérêts nationaux avec les intérêts plus universels soit au contraire inviter ces pouvoirs à défendre les intérêts nationaux dans la mesure du possible. Les dispositions qui fixent les objectifs de l'État guident l'action des pouvoirs publics dans les relations internationales.

La Constitution habilite l'ouverture de l'ordre interne de l'État aux actes émanant des structures de pouvoir soustraites à son contrôle, et, en même temps, détermine les modalités de cette ouverture et ses limites. Le plus souvent les constitutions ne contiennent pas encore de disposition spécifique à cet égard, la seule exception pouvant être une clause qui habilite à transférer des compétences à des organisations ou à des institutions internationales. Pour les autres formes de cette ouverture l'habilitation est tacite, et une loi ordinaire peut suffire pour ouvrir l'ordre juridique interne. Même en absence des limitations expresses, la cour constitutionnelle nationale peut établir des limitations jurisprudentielles qui définissent un noyau intangible de la souveraineté nationale. Une ouverture qui va au-delà des limites constitutionnelles exige une révision de la Constitution.

La Constitution doit définir les modalités selon lesquelles les pouvoirs publics définissent la position de l'État par rapport aux autres structures de pouvoir. Dans la plupart des cas, les constitutions ne contiennent pas de clauses spécifiques dans ce domaine, l'exception notable étant l'existence des clauses Europe dans certains États de l'Union européenne. En l'absence d'une telle clause, il faut appliquer les dispositions constitutionnelles générales, notamment celles relatives aux relations internationales. Il appartient en général au gouvernement de conduire la politique étrangère, le parlement exerçant un pouvoir de contrôle dans ce domaine.

Comme cela a été dit ci-dessus, le contexte de la mondialisation transforme la signification des droits fondamentaux constitutionnels. Ils assurent une protection efficace face à l'État, l'efficacité de protection contre les autres structures de pouvoirs étant réduite surtout si ces structures édictent des actes applicables directement aux particuliers. Les droits fondamentaux constitutionnels deviennent des objectifs de l'action internationale de l'État. Les pouvoirs publics doivent entreprendre des actions internationales en vue d'assurer une protection de ces droits dans

les autres ordres juridiques, aussi bien pour leurs propres citoyens que pour les nationaux des autres pays.

## **V. Conclusion**

Dans ces conditions on peut se demander si le droit constitutionnel a encore un sens. Les constitutionnalistes devront-ils choisir entre le chômage et la reconversion? L'impact de la mondialisation sur le droit et la mondialisation du droit sont l'objet de recherche en théorie et en sociologie du droit, les chartes en voie de constitutionnalisation des organisations internationales intéressent les chercheurs en droit international et en théorie des organisations internationales, la constitution européenne est étudiée par les spécialistes du droit européen, les régimes politiques des États-nations (des structures post-étatiques?) pourront peut-être bientôt faire l'objet de recherche des départements spécialisés en pouvoir local. Ce qui peut rester encore (mais pour combien de temps?) aux constitutionnalistes ce sont, mise à part l'histoire du droit constitutionnel des origines jusqu'à l'âge d'or, les mutations (le déclin pour les pessimistes) des constitutions nationales.

### ***Rezumat***

*Fenomenul mondializării bulversează dreptul constituțional clasic și transformă funcțiile unei constituții naționale. Aceasta nu mai poate determina decât parțial exercitarea puterii politice pe teritoriul național. Ea determină, în schimb, modalitățile dialogului între stat și celelalte structuri care exercită puterea politică. Ea abilitează deschiderea ordinii interne a statului pentru actele ce emană de la structurile de putere care sunt sustrate de la controlul său și, în același timp, determină modalitățile acestei deschideri și limitele sale. În contextul concurenței sistemelor juridice, Constituția națională constituie, de altfel, unul din instrumentele care permit asigurarea calității sistemului juridic național. Constituantul național definește, de asemenea, în legea fundamentală, valorile pe care statul trebuie să le apere în relațiile cu alte structuri de putere. Drepturile fundamentale constituționale devin, într-o măsură din ce în ce mai largă, obiective ale acțiunii internaționale a statului.*