





BIBLIOTHÈQUE DE LA PENSÉE JURIDIQUE  
sous la direction d'Olivier Beaud et Jean-François Kervégan

6

---

## Fragments constitutionnels



Gunther Teubner

---

# Fragments constitutionnels

Le constitutionnalisme sociétal  
à l'ère de la globalisation

Traduction d'Isabelle Aubert

PARIS  
CLASSIQUES GARNIER  
2016

Gunther Teubner est professeur émérite en droit privé et en sociologie du droit à l'université Goethe de Francfort-sur-le-Main. Il a enseigné à l'*European University Institute* de Florence et à la *London School of Economics*. Certains de ses ouvrages ont été publiés en français : *Le Droit, un système autopoïétique* (Paris, 1993), *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation* (Paris, 1994).

© 2016. Classiques Garnier, Paris.  
Reproduction et traduction, même partielles, interdites.  
Tous droits réservés pour tous les pays.

ISBN 978-2-406-05806-9 (livre broché)  
ISBN 978-2-406-05807-6 (livre relié)  
ISSN 2115-2942

*À Enrica.*



## ABRÉVIATIONS UTILISÉES

APEC	Coopération économique Asie-Pacifique
CBD	Convention sur la diversité biologique
CRT	<i>Caux Round Table</i>
FAO	Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture
ICANN	Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet
ICC	Chambre de commerce internationale
ICSID	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
ISO	Organisation internationale de normalisation
MERCOSUR	Marché commun du Cône sud
OIT	Organisation Internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations unies
NAFTA	Accord de libre-échange nord-américain
TIDM	Tribunal International du Droit de la Mer
UDRP	Principes directeurs pour un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine
UNEP	Programme des Nations unies pour l'environnement
UNICEF	Fonds des Nations unies pour l'enfance
WGPI	Groupe de travail des Nations unies sur les populations indigènes



## PRÉFACE DE LA TRADUCTRICE<sup>1</sup>

Après *Le droit, un système autopoïétique* (PUF, 1993) et *Droit et réflexivité* (LGDJ, 1994), la traduction de *Verfassungsfragmente* (Suhrkamp, 2012) va permettre au lecteur français de découvrir la pensée constitutionnelle de Gunther Teubner. La pensée constitutionnelle française nous a rendu familiers de propositions prenant l'État et/ou l'Union européenne pour cadres de réflexion. Tête de file d'une tradition germanophone s'enquérant des possibilités élargies des constitutions en dehors du cadre national, Gunther Teubner déploie, dans cet ouvrage traduit déjà en anglais et en italien, une théorie riche, précise et innovante sur les atouts du constitutionnalisme à l'échelle mondiale. Si ce livre surprend par le détail et la profondeur de ses analyses très variées (des banques commerciales aux cultures indigènes, en passant par la *soft law* et les théories de Jacques Derrida et Michel Foucault), l'envergure de sa réflexion fait qu'il devrait toucher des spécialistes de droit constitutionnel, de sociologie du droit, de philosophie, d'économie aussi bien que tout lecteur attentif aux changements du monde contemporain à l'époque du transnational.

*Fragments constitutionnels* prend la mesure des effets de la globalisation sur les sociétés contemporaines et conçoit les moyens et les conditions d'une gouvernance globale bien pensée. Loin d'accuser de tous les maux la globalisation, Gunther Teubner souligne que celle-ci a accru les tensions entre les ordres juridiques étatiques et les secteurs sociaux privés sans pourtant les avoir fait naître. Le stade de la globalisation révèle simplement des menaces qui existaient déjà depuis les débuts de l'époque moderne où s'est propagé un processus de rationalisation qui se manifeste par la *différenciation fonctionnelle* des sphères d'activité sociales spécialisées (notée de diverses manières par Émile Durkheim, Max Weber et Niklas Luhmann). Il est certain qu'il y a des raisons de

---

1 Nous remercions Jean-François Kervégan de son aide lors de la mise au point définitive de la traduction.

plus en plus grandes de s'inquiéter aujourd'hui, à l'heure d'une modernité transnationale, du développement autonome et toujours croissant de l'économie, des médias de communication, de la santé, de la science, du sport, etc. : en s'étendant au-delà des frontières nationales, ces secteurs sociaux échappent dorénavant à toute réglementation étatique. L'asymétrie entre la portée des législations et des constitutions nationales et l'extension des secteurs sociaux privés est frappante. En adaptant la théorie des systèmes sociaux<sup>1</sup>, dans la version de Niklas Luhmann, aux nouvelles données du contexte global, G. Teubner montre comment ces secteurs sociaux autonomes qui s'étendent au-delà des frontières nationales se constituent progressivement en véritables *pouvoirs privés* et imposent à leur environnement leurs standards normatifs. La violation du droit du travail par les délocalisations d'entreprises multinationales, l'exploitation par des tiers de données personnelles et confidentielles sur Internet sans aucun respect de la vie privée, l'utilisation abusive des ressources naturelles par des grands groupes économiques, ou encore les mouvements massifs de capitaux qu'effectuent dans une totale impunité les marchés financiers mondiaux ; tous ces phénomènes sont la pointe émergente d'un iceberg : ce sont, ponctuellement, les effets causés par le développement continu de logiques rationnelles propres (finance, économie, science, santé...), qui sont mues par un principe d'expansion et qui, sans intention aucune mais de façon inexorable, portent gravement atteinte aux droits des individus et à leur environnement naturel et social. Le besoin urgent d'une régulation se fait sentir très vivement lorsqu'on songe à la tournure monstrueuse qu'a pu prendre ainsi une recherche scientifique non limitée, lors de la période nazie, avec le docteur Mengele (voir chapitre 5 de l'ouvrage). Ce cas n'est ni isolé ni anodin, avertit G. Teubner, mais tout simplement logique dès lors qu'un système social a le loisir de se développer de façon fonctionnelle, sans aucune limitation normative.

L'importance d'une réflexion en théorie et en sociologie du droit paraît s'imposer si l'on souhaite préserver les libertés individuelles, l'environnement naturel et un projet politique de société qui ne soit

1 De façon stricte, l'expression « système social » désigne chez Luhmann la société en tant qu'elle réunit l'ensemble de tous les « sous-systèmes sociaux » (économique, science, politique...). Mais, comme il le montre lui-même, dans *Systèmes sociaux* (trad. L. Sosoe, Paris, PUL, [1984] 2012), l'expression « systèmes sociaux » peut désigner ces mêmes sphères sociales lorsqu'aucune confusion n'est possible.

pas définitivement soumis aux « impératifs de croissance » des systèmes. Gunther Teubner partage, pour une bonne part, le diagnostic de Niklas Luhmann sur les sociétés modernes complexes qui, à l'heure de la globalisation, connaissent des formes d'interdépendance plus grandes du fait de connexions, de réseaux qui les relie en permanence à tous les points de l'échelle planétaire (communication par Internet, mouvements boursiers, migrations d'êtres humains du Sud vers le Nord, directives européennes s'imposant au niveau national, etc.). Le mot de *Système sociaux* selon lequel, dans les sociétés actuelles, les phénomènes sociaux qui affectent en profondeur une société donnée, tels ceux mentionnés plus haut, ont la particularité de se faire « par-dessus la tête des individus », au sens où les membres d'une société ne sauraient les comprendre ni agir sur eux, semble le point de départ de l'analyse de *Fragments constitutionnels*. Néanmoins, Gunther Teubner ne s'en tient pas là. Son livre peut être lu, en partie, comme une réponse à ce qui, pour Luhmann, – le « monde administré » dans un lexique de Théorie critique – reste un état de fait ou un « présupposé trivial<sup>1</sup> ». Il faut s'entendre, bien entendu, sur le type de réponse qui est apporté par l'auteur.

Il ne s'agit, en aucun cas, pour le théoricien et sociologue du droit de revenir à des vues passéistes : l'évolution des systèmes fonctionnels est un processus que l'on ne saurait empêcher et qui reste profitable dans une certaine mesure, tant qu'il ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux. Néanmoins, la solution traditionnelle à ce type de problèmes s'avère dépassée. Les systèmes fonctionnels se développant par-delà les frontières nationales à l'échelle mondiale, leur croissance remet en cause la portée de la constitution politique et met en crise le pouvoir de l'État-nation en le neutralisant sur son propre territoire – ce que Dieter Grimm note et déplore<sup>2</sup>. Le pouvoir politique de l'État-nation se trouve amoindri à mesure que des pouvoirs sociaux se développent. Impuissant face à certains changements, la politique institutionnalisée est atteinte dans sa légitimité et ses promesses démocratiques. Si la question de la crise de la démocratie est bien présente à travers l'étude de la « colère

1 Jürgen Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Tome 2 : *Critique de la raison fonctionnaliste*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Fayard, [1981] 1987, p. 344.

2 Dieter Grimm, « The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World », in Petra Dobner, Martin Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 3-22.

publique globale », *Fragments constitutionnels* s'attache surtout, à propos du politique, à montrer comment il est amené à se redéfinir – on distinguera la politique institutionnalisée du politique présent dans la société en général et, de diverses manières, dans les différents secteurs sociaux.

Heurtée par des processus transnationaux (gestion des multinationales, circulation d'informations sur le web, etc.), la « souveraineté » de l'État-nation désigne aujourd'hui une autre réalité qu'à l'époque où les frontières territoriales traçaient les contours d'un État-Léviathan. Mais alors si le concept westphalien d'un État-nation fort correspond à une époque révolue, si le transnational est un « fait irrésistible<sup>1</sup> » comparable à celui que signalait Tocqueville en observant le passage certain de l'Ancien régime à la révolution démocratique, alors on ne peut qu'approuver G. Teubner. Il paraît vain d'essayer de renforcer le constitutionnalisme étatique dans un mouvement de réaction défensive et, en même temps, il est sans doute exagéré de le penser impuissant sur tous les plans. La démarche réaliste, que suit G. Teubner, consiste à voir comment le pouvoir de l'État doit composer avec d'autres sources de pouvoirs de type privé dont la portée est, à la fois, locale et globale – globale. À l'intérieur des frontières territoriales, les sociétés ne sont plus simplement organisées ni régulées par des règles de droit qui dépendent, en dernier ressort, de la constitution de l'État en tant que norme suprême. Les systèmes fonctionnels produisent eux aussi des normes. On pense ainsi à la régulation d'Internet entreprise par la gouvernance ICANN ou aux normes de protection de l'environnement mises en place par des associations d'ingénieurs (la Charte des Ingénieurs sans frontières, par exemple). Si elles ne prétendent valoir que pour la sphère d'application d'un secteur précis, ces normes ont un impact sur l'ensemble de la société en diffusant certains standards de conduite qui contreviennent, de façons répétées, aux normes du droit public.

Comment limiter, réglementer, réguler les secteurs sociaux spécialisés de façon à ce que leur croissance reste productive et en même temps n'ait pas d'effets dévastateurs sur l'environnement social et naturel et les êtres humains ? Comment accompagner le développement de secteurs sociaux dont les sociétés modernes tirent avantage sans que celui-ci devienne pernicieux ?

1 Alexandre de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 2<sup>e</sup> vol., Paris, GF, « Avertissement », [1845] 1993, p. 3.

C'est à cette question massive que s'attache à répondre *Fragments constitutionnels* en notant qu'une réflexion constitutionnelle est bien requise, mais d'un *nouveau* type. Pour répondre au problème soulevé par la dynamique des systèmes fonctionnels, on se tourne, à juste titre, vers la « constitution » : ses fonctions de régulation et de limitation des pouvoirs publics et privés et sa fonction de protection et de promotion des libertés et droits fondamentaux paraissent indispensables. Toutefois, de quelle constitution s'agit-il ? La politique institutionnalisée, on l'a dit, n'est plus aux commandes d'une évolution multilatérale de la société, pas plus qu'elle n'entretient aujourd'hui un rapport privilégié avec le droit. L'économie ou le secteur des sciences et de la technique, par exemple, sollicitent, pour leur développement, une production de normes juridiques qui se passe de l'alliance entre la politique et un droit étatique. Aussi les théories défendant un renforcement du constitutionnalisme du monde des États où la constitution politique joue le rôle de protection des sphères de l'autonomie paraissent pour l'auteur – insistons – inadaptées. Un « nouveau constitutionnalisme » s'impose qui explore l'idée d'une dissociation entre la constitution et la sphère juridico-politique. Ce constitutionnalisme cherchera à conserver les fonctions classiques de la constitution sans penser qu'une constitution est, par définition, celle d'un État politique.

Le nouveau constitutionnalisme n'est plus politique mais *sociétal*. Dans les analyses de la sociologie des constitutions (développée en particulier par Chris Thornhill<sup>1</sup>), Gunther Teubner trouve un autre appui pour étayer cette thèse. La sociologie constitutionnelle montre quel a été le rôle social de la constitution, à travers ses diverses évolutions historiques, depuis le moment constituant des Révolutions américaine et française jusqu'à nos jours. La dimension sociale des constitutions politiques, comme de toute constitution en général, apparaît : les normes constitutionnelles n'organisent pas seulement la sphère étatique et indirectement des sociétés politiques conformément à un modèle politique (totalitaire, libéral), elles rendent possible une évolution sociale selon certaines directions.

L'idée d'un « constitutionnalisme sociétal » (expression bâtie par David Sciulli<sup>2</sup>) n'est pas venue simplement d'une étude des changements que

1 Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions : Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

2 David Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism : Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

connaissent les constitutions de l'État-nation dans le contexte global ni de recherches sociologiques sur leur impact sociétal. Gunther Teubner analyse *de l'intérieur* l'évolution des secteurs sociaux spécialisés dans leur rapport au droit. Il est habituel de noter que le monde de la finance, les grands groupes économiques, la recherche scientifique, les médias de communication ou le secteur de la santé proposent des activités spécifiques qui appellent, chaque fois, des règles de droit et des codes déontologiques spécifiques. Ce phénomène de « juridicisation » ne rend compte pourtant que d'un aspect de la production normative inhérente aux sphères sociales spécialisées. L'approche systémique, largement enrichie par rapport à la version qu'en présentait Luhmann, permet de jeter un autre éclairage sur ces processus de normation.

Dans la mesure où les secteurs sociaux se constituent en systèmes fonctionnels autonomes au moyen d'une normativité et d'une rationalité spécifiques, dans la mesure aussi où ils se développent dans une certaine direction, en traitant les données de leur environnement selon la distinction sélective qu'opère leur « médium de communication symboliquement généralisé » (l'argent pour l'économie, la vérité pour la science, l'information pour les médias de masse), leur autoproduction ou « autopoïesis » paraît appeler leur *auto-constitutionnalisation*. On peut envisager un processus de constitutionnalisation des systèmes sociaux, qui sans être spontané, devienne nécessaire à leur production autant qu'à leur régulation à mesure qu'ils acquièrent leur autonomie normative. Le terme « constitution » est, à notre avis, employé en deux sens. G. Teubner observe la formation d'ordres constitutionnels dans la manière dont les secteurs sociaux s'organisent et s'autorégulent. On retrouve le sens *ancien* de constitution, défini par Aristote dans *Les politiques*, comme principe d'organisation des magistratures de la cité en vue du bien commun<sup>1</sup> où la cité devient la sphère d'application de tel ou tel secteur et le bien commun, l'orientation vers laquelle sont tendus le fonctionnement et la croissance de celui-là. Dans le même temps, la constitution de l'économie ou la constitution d'Internet, qui prennent aujourd'hui une forme de plus en plus précise, ou celles plus embryonnaires d'autres secteurs sociaux, sont des constitutions *modernes* au sens où, de façon réflexive, des règles secondaires s'appliquent à

1 Aristote, *Les politiques*, trad. P. Pellegrin, Paris, GF, 1999, l. IV, 3, 1290 a 8-9 et III, 6, 1278 b 17-24.

des règles primaires (au sens de Herbert Hart<sup>1</sup>) et où un ensemble de normes supérieures consolident et définissent la forme que prend l'ordre constitué. Enfin, ces deux sens de constitution convergent dans une évolution nouvelle de la réalité constitutionnelle moderne puisque le centre de référence des constitutions sociétales n'est plus le cadre national. Le constitutionnalisme sociétal est un constitutionnalisme *transnational*.

La réflexion constitutionnelle est sollicitée, par conséquent, à partir de deux points de vue dans l'ouvrage : dans l'étude des processus immanents aux domaines spécifiques de la société qui se constitutionnalisent progressivement, en réponse aux pressions de leur environnement afin d'acquérir une plus grande autonomie ; et à partir de la perspective d'un observateur qui repart des fonctions initiales de la « constitution » moderne définies au XVIII<sup>e</sup> siècle, à savoir organiser et limiter les pouvoirs (publics et privés) et protéger les libertés individuelles. Même si le processus de constitutionnalisation est « intériorisé » par les secteurs sociaux, celui-ci n'a rien de naturel. De la même manière que les premières constitutions politiques modernes ont été gagnées après de longues luttes et des révolutions, les pouvoirs privés résistent tout naturellement à se limiter. Tout comme dans le cas de la constitutionnalisation du pouvoir politique, les changements trouvent leur impulsion dans la base de la société civile. Il faut que des mouvements sociaux et des luttes répétées pour la protection des ressources naturelles, pour une égalité de salaires entre hommes et femmes, par exemple, se manifestent pour que, sous leur pression, les secteurs privés commencent par établir des normes limitant leurs activités. L'idée de limiter un pouvoir de l'intérieur, de parvenir à son autolimitation, est évidemment l'immense paradoxe qu'introduit une constitution. Et l'auteur de *Fragments constitutionnels* souligne le hiatus qui existe entre les *motivations* à la constitutionnalisation et les *compétences* requises pour cela : les motivations sont extérieures au système fonctionnel, mais il est le seul à disposer des compétences nécessaires pour se doter de normes limitatives et régulatrices adaptées. « Les constitutions internes des organisations formelles doivent se réaliser de telle sorte qu'elles répondent au dilemme de la motivation et de la compétence. » (Ch. 4 p. xx.)

---

1 Herbert L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, [1961] 2006 (éd. augmentée).

De nombreuses questions sont posées par la situation observée et la direction souhaitée en conséquence par le sociologue du droit. En rompant avec le schéma unitaire d'une constitution étatique, la nouvelle théorie constitutionnelle est amenée à répondre des rapports qui peuvent exister *entre le politique et les constitutions sociétales* (embryonnaires ou en cours d'élaboration dans certains cas, souhaitables en tous les cas). Plusieurs évolutions qu'aurait connues la sphère politique sont pointées dans l'ouvrage que l'on peut reconstruire.

À l'arrière-plan, bien entendu, ce qui frappe est l'absence de lucidité dont a fait preuve la sphère politique par rapport à un processus d'évolution sociétale de grande ampleur – issu de la différenciation fonctionnelle, que, paradoxalement, elle a favorisé ou accompagné, en étant, dans le contexte westphalien, la sphère de régulation privilégiée. On songe ainsi à la connivence entre les sphères politiques et économiques lorsque le capitalisme était organisé par l'État.

Mouvement irrépressible, la différenciation fonctionnelle provoque une reformulation du politique. La sphère politique devient un secteur de la société parmi d'autres qui propose des projets politiques ; dans le même temps, une politisation se diffuse dans toute la société du fait que le système politique offre la possibilité de traduire tous les événements dans son langage. Cette politisation s'observe de deux manières. D'un côté, les autres systèmes sociaux choisissent des orientations qui ont un caractère politique pour leur propre organisation et, dans un second temps, pour leur environnement. D'un autre côté, comme en témoigne l'appel qu'adressent les mouvements de protestation au politique, les membres de la société semblent conserver la représentation (illusoire) d'une société homogène où l'administration politique garde un pouvoir de décision prépondérant sur l'économie et la finance globalisées, les secteurs de la technique et de la santé. Si ces deux formes de politisation sont bien réelles et très différentes, la seconde, celle des individus socialisés, semble, en partie, s'appuyer sur une compréhension décalée des processus sociaux, dans un effort de représentation d'ensemble, mais surtout exprimer, à nos yeux, une résistance envers la perte de puissance de la politique en général sous l'effet des mouvements transnationaux.

Avec la globalisation, les sociétés contemporaines sont devenues des sociétés sans centre où la politique institutionnalisée (aidée du droit étatique) n'a plus la fonction de normer les constitutions particulières

des secteurs sociaux. La politique peut toujours donner des impulsions normatives de l'extérieur, qui sont ressenties comme des « irritations » (Luhmann) par les systèmes concernés et que ceux-ci traduisent dans leur code spécifique, mais elle ne saurait leur imposer des normes toutes faites, inadaptées à leur mode d'être spécifique. C'est ainsi que Gunther Teubner soutient à propos de la constitution de la finance :

L'autonomie constitutionnelle des banques centrales par rapport à la politique est indispensable. Une intervention discrétionnaire de la politique dans des décisions concrètes sur la création monétaire demeure exclue. (Ch. 4, p. xx)

Située dans l'environnement des autres systèmes sociaux, la politique n'a plus les moyens ni les compétences requis pour les diriger. Il s'agit donc de penser que certains organes pourront jouer, à l'intérieur de chaque système, un rôle équivalent à celui d'une cour constitutionnelle. Telle est la fonction que préconise l'auteur, par exemple, pour les banques centrales par rapport à la constitution de la finance.

Les bénéfices d'une telle théorie constitutionnelle ne résident pas seulement dans le fait qu'elle soit adaptée aux processus de changement en cours qui accompagnent la globalisation mais surtout dans sa manière de concevoir une régulation qui préserve efficacement les *droits des individus sur le plan transnational*. La protection des droits fondamentaux trouverait, en effet, un appui dans cette autolimitation des secteurs sociaux qu'induit leur auto-constitutionnalisation. G. Teubner rappelle les difficultés auxquelles s'exposent les instances juridiques pour faire respecter les droits fondamentaux à des acteurs privés, telles les multinationales, à l'échelle transnationale. Il critique, à cet égard, les limites conceptuelles de la *State action doctrine* qui ne peut garantir l'obligation des secteurs sociaux autonomes envers ces droits que dans certaines situations : c'est seulement lorsqu'une activité privée implique certaines fonctions relevant des personnes publiques que les obligations pesant sur celles-ci sont étendues aux personnes privées. Une nouvelle approche des droits fondamentaux est alors exposée par G. Teubner. Son caractère novateur vient de ce qu'elle reformule de façon originale l'effet horizontal ou effet à l'égard des tiers des droits fondamentaux – lequel concerne l'obligation des personnes privées à l'égard des droits fondamentaux<sup>1</sup>. Comment garantir la protection

1 Sur le fait que la réflexion sur la *Drittwirkung* ou sur l'effet horizontal des droits fondamentaux ou sur les « droits horizontaux » est très développée en Allemagne et quasi absente en

des libertés et droits fondamentaux dans toutes les situations mettant en relation les secteurs privés et des individus? Loin d'avoir une fonction simplement défensive, les droits fondamentaux ont vocation à délimiter le champ politique en indiquant ce qui est dedans et ce qui est en dehors : ils font de l'ensemble des membres d'une société des citoyens politiques (« fonction d'inclusion ») et ils séparent la sphère politique des autres domaines de la société (« fonction d'exclusion »). Usant d'une « méthode de généralisation et de respécification », G. Teubner propose de définir de la même manière les fonctions d'inclusion et d'exclusion des droits fondamentaux pour chaque domaine social : au sein de la constitution de l'économie, par exemple, les droits fondamentaux permettraient de délimiter la sphère de l'économie et, en même temps, de limiter son pouvoir sur les individus, qui en font dorénavant partie.

Le constitutionnalisme sociétal défend un « *pluralisme constitutionnel* », au niveau transnational. Cette idée est directement confirmée par la dynamique de production normative – multidirectionnelle – due à la globalisation. La société mondiale ne présente « ni centre ni sommet », note G. Teubner, c'est pourquoi des conflits de plus en plus fréquents opèrent, à tous les niveaux, entre les constitutions ou régimes juridiques transnationaux issus des systèmes fonctionnels, mais aussi entre eux et les normes des constitutions nationales, etc. Les conflits ayant lieu entre des régimes juridiques globaux, leur résolution ne peut plus faire appel au droit de conflits de lois traditionnel, qui règle les collisions entre les normes issues des ordres juridiques des États-nations. De la même manière, l'idée d'une instance tierce surplombante qui prendrait la forme d'une constitution mondiale non étatique (constitution cosmopolitique) paraît inappropriée, car elle introduit un ordre hiérarchique unique qui a disparu pour céder la place à une société hétérarchique. Proche sur ce point de François Ost et Michel van de Kerchove, pour qui l'évolution du droit dans le contexte de la globalisation enjoint de passer de la métaphore verticale de la « pyramide des normes » (Hans Kelsen<sup>1</sup>) à l'image horizontale des réseaux<sup>2</sup>, Gunther

---

France, voir Olivier Beaud, « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande » in *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n° 10, juillet 2013, <<http://juspoliticum.com/Les-obligations-imposees-aux.html>>.

- 1 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. 2<sup>e</sup> éd. Ch. Eisenmann, Paris, LGDJ, [1960] 1999, ch. 34.
- 2 François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

Teubner montre comment les régimes juridiques transnationaux et les constitutions nationales gagnent à être mis en réseaux pour la résolution des conflits qui les opposent. Un réseau avec des centres ou « nœuds » multiples décrit par exemple la situation des États européens par rapport à l'Union européenne. Et la solution sur le plan juridique pour penser un arbitrage des conflits de régimes ou de constitutions pourrait venir du projet, présenté par Rudolf Wiethölter, d'un « droit constitutionnel conflictuel ». Selon ce dernier :

Un 'droit', à plus fortes raisons, un 'droit constitutionnel' ou selon une formule ramassée un 'droit constitutionnel conflictuel [*Rechtsverfassungsrecht*] qui pourvoit, de façon précise et générale, des niveaux-principes de collision entre le droit et la morale, le droit et la politique, le droit et l'économie, etc. pourrait ainsi devenir l'espoir d'attentes des plus fascinantes : le droit en tant que 'couplage structurel' entre le 'monde vécu et les systèmes'. La protection des droits et des institutions, dans des traductions adéquates, deviendrait donc une protection de *jus*-tification pour les fonctions-liberté<sup>1</sup>.

Le « *Rechtsverfassungsrecht* » décrit un droit qui s'autoconstitutionnalise et est socialement constitutif; il a la fonction de régler des conflits entre des constitutions sectorielles : il forme un « droit constitutionnel conflictuel » – traduction que nous avons retenue.

Une des qualités de la théorie de G. Teubner est de percevoir les limites de chaque perspective se présentant comme totalisante. Chaque régime fonctionnel souhaite imposer sans limites ses normes, chaque système fonctionnel tend à imposer sa visée étroite et à la substituer au bien commun, mais aussi, ne l'oublions pas, la modernité occidentale se considère comme un mouvement homogène sur toute la planète. Comme le montre l'auteur, en parallèle à ce mouvement d'extension, on assiste à deux types de fragmentation. La différenciation fonctionnelle a provoqué une fragmentation de la société en secteurs spécialisés qui s'exprime, dans une seconde phase, dans leur constitutionnalisation – fragments constitutionnels. En même temps, ce processus de modernisation global se heurte aussi à des cultures traditionnelles qui restent en dehors – fracture ou « deuxième fragmentation » que connaît la société mondiale.

---

1 Rudolf Wiethölter, « Zur Argumentation im Recht », in Gunther Teubner (dir.) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe : Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden, Nomos 1994, p. 89-122, ici : p. 89.

En dressant un diagnostic d'époque, en croisant diverses analyses de sciences sociales et en élaborant à partir d'une démarche immanente – « méthode de généralisation et de respécification » – des propositions de théorie normative, *Fragments constitutionnels* expose peut-être, de façon inintentionnelle et non-marxiste, une théorie constitutionnelle critique de la société (nationale et mondiale), qui s'appuie, paradoxalement, sur une perspective systémique<sup>1</sup>. Le constitutionnalisme sociétal révèle l'actualité de la théorie constitutionnelle et ses potentialités novatrices pour introduire une régulation durable de processus qui, par bien des aspects, paraissent en l'état actuel incontrôlables.

Les thèses de l'ouvrage bousculent certaines positions classiques de philosophie du droit et de philosophie politique. On peut s'arrêter, à titre illustratif, sur la notion de « souveraineté ». Depuis l'époque des révolutions américaine et française, son extension est définie par la constitution étatique. Il y a donc lieu de se demander ce que devient la notion de souveraineté, sous ses deux aspects en démocratie de « souveraineté nationale » (Sieyès) et de « souveraineté populaire » (Rousseau), dans un nouveau cadre constitutionnel, qui attribue des correspondants empiriques au « pouvoir constituant » et au « pouvoir constitué » au sein des constitutions sociétales. Nombreux sont les travaux, comme ceux de Saskia Sassen, qui soulignent la réalité évanescence d'une « souveraineté nationale » contestée par les mouvements transnationaux, ou ceux qui considèrent que la notion de « souveraineté populaire » est minée par la disparition progressive d'un « peuple » unitaire (Catherine Colliot-Thélène)<sup>2</sup>. En réponse à cela, certains auteurs font preuve d'inventivité pour ressaisir ce qui peut être conservé de la notion de souveraineté. Ainsi, Jürgen Habermas préconise dans le cas de l'Europe « une souveraineté partagée » combinant l'expression des

- 
- 1 Sur les vues divergentes de Marx et Luhmann, voir Chris Thornhill, « Luhmann and Marx : Social Theory and Social Freedom », in Anders La Cour, Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos (dir.), *Luhmann Observed : Radical Theoretical Encounters*, Basingstoke, Palgrave, p. 263-283. Mentionnons des théoriciens du droit qui conçoivent une « auopoïésis critique » ou une « théorie critique des systèmes » : Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, « The Autopoietic Fold : Critical Autopoietic Between Luhmann and Deleuze » in Anders La Cour, Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos (dir.), *Luhmann Observed, op. cit.*, p. 60-81 ; Marc Amstutz, Andreas Fischer-Lescano, *Kritische Systemtheorie : Zur Evolution einer normativen Theorien*, Bielefeld, Transcript, 2013.
  - 2 Saskia Sassen, *Critique de l'État : Territoire, Autorité et Droits, de l'époque médiévale à nos jours*, trad. F. Israël, Paris, Demopolis, 2009 ; Catherine Colliot-Thélène, *Une démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, 2011.

deux niveaux du national et de l'Union européenne<sup>1</sup>. L'idée est de repenser une souveraineté populaire en la déconnectant du centre exclusif que serait l'État-nation. En partant du diagnostic plus complexe d'une globalisation menée par des pouvoirs sociaux privés, *Fragments constitutionnels* se démarque nécessairement de ces tendances qui ont les yeux rivés sur l'État ou un ensemble d'États. Même si la question de la souveraineté n'est plus aussi centrale dans la perspective non étatique de *Verfassungsfragmente*, l'ouvrage pourrait ouvrir la voie à deux destins possibles pour cette notion. Soit la souveraineté populaire devient un concept vide qui perd progressivement toute réalité à cause de la fragmentation sociale, soit cette souveraineté populaire vient désigner un pouvoir complexe et englobant qui intègre une représentation des différentes perspectives issues des pouvoirs sociaux. Il semblerait que la deuxième hypothèse, rappelant une fonction intégrative de la constitution, soit celle qui se dessine à la lecture de l'ouvrage : il est, en effet, suggéré que le politique est amené à se redéfinir de concert avec les autres secteurs sociaux.

Terminons par expliquer quelques choix de traduction. Nous avons mentionné ci-dessus la traduction de *Rechtsverfassungsrecht*. Afin de distinguer la constitution (*Verfassung*) en tant qu'ensemble de normes du processus de constitution d'un système fonctionnel, nous avons traduit *Konstituierung* par « fondation ». Ce léger écart a l'avantage de rappeler l'idée que la constitution est également un processus de « fondation », comme Hannah Arendt le note dans *De la révolution* en identifiant les premières constitutions modernes à une « fondation de la liberté » (« *constitutio libertatis*<sup>2</sup> »).

En dépit de certaines traductions en droit de *Normierung* par « normalisation », la distinction établie par Michel Foucault dans *Sécurité, territoire, population* entre des processus établissant des normes (normation) et d'autres dictant ce qui est normal et anormal (normalisation) nous a amené, de concert avec l'auteur, à écarter ce terme<sup>3</sup>. Les occurrences de *Normierung* sont donc traduites à certains endroits seulement par « normation », car l'usage en français reste rare, ou par « production normative ».

- 
- 1 Jürgen Habermas, *La Constitution de l'Europe*, trad. Ch. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 2012.
  - 2 Hannah Arendt, *De la révolution*, trad. M. Berrane, Paris, Folio-essais, [1963] 2012, ch. iv.
  - 3 Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard, 2004, p. 56 sqq.



## AVANT-PROPOS

L'idée de ce livre est née il y a trois ans à l'occasion des vifs débats que menaient les « constitutionnalistes », un groupe de discussion du *Wissenschaftskolleg* de Berlin. Opposés à l'éventualité d'un constitutionnalisme au-delà de l'État-nation, Petra Dobner, Dieter Grimm, Martin Loughlin, Fritz Scharpf et Alexander Somek ont élevé tellement d'objections et avancé des arguments si puissants qu'il devint évident pour moi que l'on avait besoin d'une monographie pour soumettre à un examen précis les constitutions non étatiques des espaces transnationaux en suivant une perspective sociologique et juridique. Ce livre cherche à relier le débat juridique sur les constitutions sectorielles transnationales avec les théories de sciences sociales sur la globalisation et le constitutionnalisme sociétal. Mais aussi interdisciplinaire soit-il, ce livre est écrit en priorité à partir du point de vue d'un juriste. Quel concept de constitution est approprié à la nouvelle situation transnationale ? Comment doit-on généraliser et respecifier certains éléments de droit constitutionnel si l'on veut les « transférer » de la politique nationale aux secteurs globaux de la société ? Faut-il venir à bout du problème de coordination qui met en place un pluralisme constitutionnel ?

Pour répondre à ces questions, des analyses complémentaires étaient nécessaires à partir de la perspective des sous-systèmes sociaux correspondants, puisque c'est de leur constitution dont il s'agit. Ici les travaux de Poul F. Kjaer font référence : à l'aide de cas de figures choisis, ils examinent les conditions sociales et institutionnelles des constitutions sociales sectorielles dans les contextes transnationaux. Sa monographie, *Constitutionalism in the Global Realm : A Sociological Approach* (Londres, Routledge, 2014), et mon livre ont été conçus en étroite collaboration et ils ont été élaborés dans le cadre d'un projet de recherches du pôle d'excellence de Francfort « Die Herausbildung normativer Ordnungen ». Les deux monographies renvoient l'une à l'autre et se comprennent comme une tentative commune pour contribuer, à

partir de perspectives différentes mais complémentaires, à éclaircir les relations d'interdépendance qui existent entre le droit et les sous-systèmes sociaux dans la société mondiale.

*J'ai reçu un soutien institutionnel du Wissenschaftskolleg de Berlin, du pôle d'excellence Normative Ordnungen de l'Université de Francfort-sur-le-Main, du Hague Institute for the Internationalisation of Law et de l'International University College de Turin.*



*Anna Beckers et Soo-Hyun Oh ont accompagné le projet du livre depuis le début, je les remercie pour leurs indications précieuses. Je remercie Philipp Hölzing pour sa relecture minutieuse. J'ai reçu de nombreux encouragements lors des discussions du séminaire de théorie de droit privé de Francfort que j'ai organisé pendant de nombreuses années avec Rudolf Wietbölder. À l'idée de ce dernier d'un « droit constitutionnel conflictuel » [Rechtsverfassungsrecht], cet ouvrage doit bien plus que le texte ne saurait l'exprimer.*

# LA NOUVELLE QUESTION CONSTITUTIONNELLE

## LE CONSTITUTIONNALISME MODERNE EST-IL EN CRISE ?

Une série de scandales publics, ces dernières années, ont fait émerger la « nouvelle question constitutionnelle<sup>1</sup> ». Les droits de l'homme ont été violés par des entreprises multinationales ; l'Organisation mondiale du commerce a pris des décisions controversées qui menaçaient la protection de l'environnement ou de la santé au nom de la liberté mondiale du commerce ; il y a eu du dopage dans le milieu sportif, de la corruption en science et en médecine ; des intermédiaires privés ont menacé la liberté d'expression sur Internet ; des organisations privées ont réuni des informations qui portent massivement atteinte à la sphère privée et, depuis peu, des risques catastrophiques se sont déchaînés avec une violence particulière sur les marchés financiers mondiaux. Tous ces scandales ne posent pas seulement des problèmes de réglementation mais aussi des problèmes constitutionnels au sens étroit. Au fond, c'est la constitution de dynamiques sociales qui est en jeu et pas simplement l'adoption de *policies* [politiques] de réglementation étatique. Par comparaison avec la question constitutionnelle des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, des problèmes d'une autre sorte mais pas moins préoccupants se posent aujourd'hui. S'il s'agissait autrefois de libérer les énergies du pouvoir politique de l'*État*-nation et, en même temps, de les limiter efficacement

---

1 Dans quelle mesure et avec quelle force les « effets de manifestation » de ces scandales déclenchent un débat public global d'abord et des réactions politiques ensuite est ce qu'analysent Walter Mattli et Ngaire Woods dans « In Whose Benefit? Explaining Regulatory Change in Global Politics », in Walter Mattli, Ngaire Woods (dir.), *The Politics of Global Regulation*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 1-43.

par l'État de droit, il s'agit dans la nouvelle question constitutionnelle de libérer des énergies sociales totalement différentes, particulièrement sensibles dans l'économie, mais aussi dans les domaines scientifiques et technologiques, la médecine et les nouveaux médias, et de limiter efficacement leurs effets destructifs<sup>1</sup>. De nos jours, ces énergies – de manière productive et destructive – se déchargent dans des espaces sociaux au-delà de l'État-nation. Les scandales mentionnés ci-dessus franchissent les frontières de l'État-nation d'une double manière. Un constitutionnalisme au-delà de l'État-nation, cela veut dire deux choses : les problèmes constitutionnels se présentent en dehors des frontières de l'État-nation dans des processus politiques transnationaux et, en même temps, en dehors des secteurs politiques institutionnalisés dans les secteurs « privés » de la société mondiale.

LA CONSTITUTION DE L'ÉTAT-NATION *VERSUS*  
LA CONSTITUTION MONDIALE

Ces scandales attisent aujourd'hui un débat qui diagnostique une crise du constitutionnalisme moderne et qui en rend responsables la transnationalisation et la privatisation du politique. On se dispute sur le pour et le contre d'un constitutionnalisme transnational, dont le statut – s'agit-il d'une théorie de droit constitutionnel, d'une théorie de sciences sociales, d'un programme politique ou d'une utopie sociale ? – demeure non élucidé. De façon schématique, les lignes de partage du débat sont les suivantes. L'une des parties constate le déclin du constitutionnalisme moderne<sup>2</sup>. Sa forme historique pleinement développée aurait résidé dans les constitutions politiques de l'État-nation. Mais à l'époque actuelle, ses fondements seraient érodés, d'une part, à cause de l'unification européenne et de l'émergence de régimes transnationaux, et, de l'autre, à cause du transfert de processus de pouvoir politique à des acteurs collectifs privés.

- 
- 1 Philip Allott va jusqu'à décrire la nouvelle question constitutionnelle comme le « défi central des philosophes internationaux du XXI<sup>e</sup> siècle » dans « The Emerging Universal Legal System », *International Law Forum du droit international*, n°3, 2001, p. 12-17, ici : p. 16.
  - 2 Dieter Grimm, « The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World », in Petra Dobner, Martin Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 3-22 ; Martin Loughlin, « What is Constitutionalisation ? », in *ibid.*, p. 47-72, ici : p. 63 *sqq.* ; Charles Fried, « Constitutionalism, Privatization, and Globalization », *Cardozo Law Review*, n° 21, 2000, p. 1091-1094.

On n'apercevrait pas, dans les espaces transnationaux, de formes de remplacement pour les constitutions nationales. Étant donné les déficits chroniques de la politique transnationale – étant donné l'inexistence d'un *demos*, d'une homogénéité culturelle, de mythes politiques fondateurs, d'un espace public, de partis politiques –, elles seraient même structurellement exclues. On ne pourrait donc remédier à cette double crise du constitutionnalisme, si tant est que ce soit possible, qu'en le renationalisant et en le repolitisant, c'est-à-dire en rétablissant complètement dans leurs droits les institutions constitutionnelles de l'État-nation (les tribunaux constitutionnels, les parlements, l'espace public).

À une telle histoire du déclin du constitutionnalisme, la partie contraire oppose l'exigence de concevoir, à titre de compensation, une constitution pour la société mondiale dans son ensemble<sup>1</sup>. Elle rend également responsables de la crise de l'État-nation la globalisation et la privatisation, et elle constate également un affaiblissement des institutions constitutionnelles nationales. Mais un nouveau constitutionnalisme démocratique pourrait donc avoir des effets de compensation, s'il domestiquait les dynamiques effrénées du capitalisme global en les plaçant sous la tutelle des processus politiques constitutionnalisés au niveau mondial. Un droit international constitutionnalisé de façon exigeante, un espace public mondial de délibération, une politique intérieure mondiale institutionnalisée, un système de négociations transnational entre les acteurs collectifs globaux, une restriction constitutionnelle du pouvoir social qui s'exerce dans les processus politiques globaux, telles sont les perspectives prometteuses qui s'ouvriraient pour mettre en place dans la société mondiale et sous une forme nouvelle, des institutions conçues de manière démocratique et conformes à l'État de droit.

---

1 Voir Jürgen Habermas, « Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance ? », in J. Habermas, *Der gesplittene Westen*, Francfort, Suhrkamp, 2004, p. 113-193 ; Otfried Höffe, « Königliche Völker » : Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie, Francfort, Suhrkamp, 2001, p. 237. En droit international, Jochen A. Frowein, « Konstitutionalisierung des Völkerrechts », in Klaus Dicke *et al.* (dir.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System : Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Heidelberg, Müller, 2000, p. 427-447 ; Erika de Wet, « The International Constitutional Order », *The International and Comparative Law Quarterly*, n° 55, 2006, p. 51-76 ; Anne Peters, « Compensatory Constitutionalism : The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law*, n° 19, 2006, p. 579-610.

## LES IMPULSIONS DE LA SOCIOLOGIE DES CONSTITUTIONS

Toutefois, la constitution est un sujet trop important pour laisser en décider seulement les constitutionnalistes et les philosophes politiques. Par rapport à ces deux camps-là, on doit signaler une troisième voie – qui n'est en aucun cas une position de médiation. Cette voie met en question leurs prémisses communes, et elle formule par conséquent différemment la nouvelle question constitutionnelle. Il est urgent, en effet, d'en finir avec ces deux positions obstinément centrées sur l'État et la politique. Une théorie sociologique du constitutionnalisme sociétal, restée jusqu'à présent inaudible dans le débat sur la constitution, peut y contribuer. Elle s'appuie sur quatre variantes distinctes de la théorie sociologique. Elle fait essentiellement appel aux théories générales de la différenciation sociale selon lesquelles la constitution interne des sous-systèmes sociaux est un problème central<sup>1</sup>. Elle s'appuie de plus sur une sociologie spéciale – la sociologie des constitutions qui s'est récemment développée<sup>2</sup> –, sur la théorie du *private government*<sup>3</sup> et sur le concept de constitutionnalisme sociétal<sup>4</sup>. Une théorie sociologique de la constitution promet, en outre, de relier les analyses historico-empiriques menées sur les phénomènes constitutionnels à des perspectives normatives<sup>5</sup>. « Grâce à elles, le droit devient sensible à l'articulation polyphonique de l'autonomie sociale, qu'il ne s'agit bien entendu pas seulement de libérer mais aussi de constitutionaliser, en fondant

1 Les théories sociologiques générales de la différenciation sociale dans la tradition d'Émile Durkheim, de Georg Simmel, de Max Weber, de Talcott Parsons, de Pierre Bourdieu, et de Niklas Luhmann donnent une autre orientation à la question de savoir si la constitution étatique peut servir comme constitution collective ou si les secteurs sociaux disposent de constitutions autonomes.

2 De façon programmatique, Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions : Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 ; voir aussi Gert Verschraegen, « Differentiation and Inclusion : A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights », in Mikael Rask Madsen, Gert Verschraegen (dir.), *Making Human Rights Intelligible : New Theoretical and Empirical Contributions*, Oxford, Hart, 2013, p. 61-80.

3 La théorie du *private government* a été surtout développée par Philip Selznick dans *Law, Society and Industrial Justice*, New York, Russell Sage, 1969.

4 Le concept d'un *societal constitutionalism* (par opposition avec un *political constitutionalism* au sens étroit) a été thématiqué par David Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism : Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

5 Chris Thornhill, « Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy », *Theory and Society*, n° 37, 2008, p. 161-197, p. 163 *sqq.*

les responsabilités de l'environnement sur l'autonomie même (des systèmes)<sup>1</sup>. »

Qu'est-ce qui rend différente la sociologie des constitutions ? Elle ne soulève pas seulement la question constitutionnelle dans les rapports entre la politique et le droit, mais elle la pose pour tous les domaines de la société :

La thèse selon laquelle les sociétés d'aujourd'hui ont une constitution informelle qui n'est centrée ni normativement ni directement sur l'État et qui comporte des structures juridiques plurivalentes à plusieurs niveaux semble [...] représenter une position clé dans l'héritage du projet sociologique originnaire qui consiste à établir une conception complexe, non naturaliste et post-ontologique, de la société et de ses normes<sup>2</sup>.

La problématique change ainsi du tout au tout. Ce n'est pas seulement pour le monde étatique de la politique internationale ni pour le droit international que la question de la constitutionnalisation se pose mais aussi déjà pour d'autres sous-systèmes autonomes de la société mondiale, pour l'économie globale d'abord mais aussi pour la science et la technologie, pour le système éducatif, les nouveaux médias et la santé publique. Un constitutionnalisme sociétal possède-t-il le potentiel nécessaire pour endiguer, en plus des tendances à l'expansion du système politique, les tendances à l'expansion non moins problématiques qui se font jour aujourd'hui dans de nombreux autres sous-systèmes sociaux, et qui menacent l'intégrité des individus et des institutions ? Des constitutions peuvent-elles combattre efficacement des dynamiques centrifuges dans les sous-systèmes de la société mondiale et par là contribuer à l'intégration sociale – d'une manière totalement différente de la compréhension classique de l'intégration par la constitution ? À ces questions qui se posent avec une urgence nouvelle face aux tendances à la globalisation et à la privatisation, les théories dites sociologiques peuvent donner une impulsion<sup>3</sup>. Elles remettent en question les hypo-

1 Dan Wielsch, « Iustitia Mediatrix : Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz », in Graf-Peter Callies *et al.* (dir.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, 2009, p. 395-414, ici : p. 397.

2 Chris Thornhill, « Constitutional Law from the Perspective of Power : A Response to Gunther Teubner », *Social and Legal Studies*, n° 19, 2011, p. 244-247, ici : p. 244.

3 Les premiers pas vers un constitutionalisme sociétal global, qui affirme que, dans l'espace transnational, une quantité de sous-systèmes sociaux développent des constitutions

thèses fondamentales du débat actuel sur les constitutions transnationales, elles les remplacent par d'autres hypothèses, identifient ainsi des problématiques d'un genre nouveau, et suggèrent des conséquences pratiques différentes<sup>1</sup>. Quelles sont les prémisses problématiques qui

---

particulières au-delà de l'État, sont présentés par : Gunther Teubner, « Globale Privatregimes : Neo-spontanes Recht und duale Sozialverfassungen der Weltgesellschaft », in Dieter Simon, Manfred Weiss (dir.), *Zur Autonomie des Individuums : Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 437-453 ; Gunther Teubner, « Globale Zivilverfassungen : Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 63, 2003, p. 1-28, ici : p. 5 *sqq.* ; Andreas Fischer-Lescano et Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen : Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Francfort, Suhrkamp, 2006, p. 53 *sqq.*

- 1 Entre-temps, les recherches (sensiblement différentes dans le détail) qui constatent les phénomènes du constitutionalisme sociétal transnational ont proliféré : Gert Verschraegen, « Differentiation and Inclusion : A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights » ; Gavin W. Anderson, « Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 881-906 ; Gavin W. Anderson, « Corporate Constitutionalism : From Above and Below (but mostly below) », in *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere ? Paper presented at Copenhagen Business School, Copenhagen*, septembre 17-18, 2009, p. 1-14 ; Hugh Collins, « The Constitutionalisation of Private Law as a Path to Social Justice » in Hans Micklitz (dir.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham, Elgar, 2011, p. 133-166 ; Hugh Collins, « Flipping Wreck : Lex Mercatoria on the Shoals of Jus Cogens », in Stefan Grundmann *et al.* (dir.), *Contract Governance*, Amsterdam, Kluwer, 2012 ; Pablo Holmes, « The Rhetoric of Legal Fragmentation and its Discontents : Evolutionary Dilemmas in the Constitutional Semantics of Global Law », *Utrecht Law Review*, n° 7, 2011, p. 113-140, ici : p. 121 *sqq.* ; Lars Viellechner, « The Constitution of Transnational Governance Arrangements : Karl Polanyi's Double Movement in the Transformation of Law », in Christian Joerges, Josef Falke (dir.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, Hart, 2011, p. 436-464, ici : p. 449 *sqq.* ; Fabian Steinhauer, « Medienverfassung », *Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung*, n° 2, 2011, p. 157-171 ; Graf-Peter Callies et Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code : A Theory of Transnational Private Law*, Oxford, 2010, *passim* ; Chris Thornhill, « Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution », *Journal of Classical Sociology*, n° 10, 2010, p. 1-23 ; Poul F. Kjaer, « The Metamorphosis of the Functional Synthesis : A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space », *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 489-534, ici : p. 532 *sq.* ; Hans Lindahl, « A-Legality : Postnationalism and the Question of Legal Boundaries », *Modern Law Review*, n° 73, 2010, p. 30-56, ici : p. 33 *sqq.* ; Riccardo Prandini, « The Morphogenesis of Constitutionalism », in P. Dobner, M. Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, *op. cit.*, p. 23-46, ici : p. 40 *sqq.* ; Moritz Renner, *Zwingendes transnationales Recht : Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 229 *sqq.* ; Kaarlo Tuori, « The Many Constitutions of Europe », in Kaarlo Tuori, Sankari Suavi (dir.), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham, Ashgate, 2010, p. 3-30 ; Larry Catá Backer, 2009, *Transnational Corporate Constitutionalism ?* <<http://lbackerblog.blogspot.com/2009/06/gunther-teubner-on-complications-of.html>> ; Christian Joerges et Florian Rödl, « Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II : Die kollisionsrechtliche

poussent la querelle sur le constitutionnalisme transnational dans une mauvaise direction ? Par quelles hypothèses doit-on les remplacer ?

---

Form einer legitimen Verfassung der postnationalen Konstellation », in Graf-Peter Calliess *et al.* (dir.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunther Tenbner zum 65. Geburtstag*, Berlin, 2009, p. 765-778, ici : p. 775 *sqq.* ; Ming-Sung Kuo, « Between Fragmentation and Unity : The Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism », *San Diego International Law Journal*, n° 10, 2009, p. 439-467, ici : p. 456 *sqq.* ; Dan Wielsch, « Die epistemische Analyse des Rechts : Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft », *Juristenzeitung*, n° 64, 2009, p. 67-76, ici : p. 69 *sqq.* ; Ruth Buchanan, « Reconceptualizing Law and Politics in the Transnational Constitutional and Legal Pluralist Approaches », *Socio-Legal Review*, n° 5, 2008, p. 21-39 ; David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization : Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 ; Marc Amstutz *et al.*, « Civil Society Constitutionalism : The Power of Contract Law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 14, 2007, p. 235-258 ; Hans-Jürgen Bieling, « Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung », in Andreas Fischer-Lescano, Sonja Buckel (dir.), *Hegemonie gepanzert mit Zwang : Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis von Antonio Gramsci*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 143-160 ; Hauke Brunkhorst, « Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft : Global Rule of Law, Global Constitutionalism und Weltstaatlichkeit », in Mathias Albert, Rudolf Stichweh (dir.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, Wiesbaden, VS, 2007, p. 63-108, ici : p. 68 *sqq.* ; Achilles Skordas, « Self-Determination of Peoples and Transnational Regimes : A Foundational Principle of Global Governance », in Nicholas Tsagourias (dir.), *Transnational Constitutionalism : International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 207-268 ; James Tully, « The Imperialism of Modern Constitutional Democracy », in Neil Walker, Martin Loughlin (dir.), *The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 315-338, ici : p. 328 *sqq.* ; Vagios Karavas, *Digitale Grundrechte : Zur Drittwirkung der Grundrechte im Internet*, Baden-Baden, Nomos, 2006, *passim* ; Graf-Peter Calliess, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge : Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 226 *sqq.*, p. 335 *sqq.* ; Reinhart Koselleck, « Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung » in Reinhart Koselleck, *Begriffsgeschichten : Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Francfort, Suhrkamp, 2006, p. 365-401, ici : p. 369 *sqq.* ; Harm Schepel, *The Constitution of Private Governance : Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, Hart, 2005, p. 412 *sqq.* ; Christian Walter, « Constitutionalizing (Inter)national Governance : Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law », *German Yearbook of International Law*, n° 44, 2001, p. 170-201.

## DES PRÉMISSES DISCUTABLES

LE CONSTITUTIONNALISME SOCIÉTAL,  
UN VÉRITABLE PROBLÈME DE LA GLOBALISATION ?

La dynamique incontrôlable des marchés financiers mondiaux, le pouvoir manifeste des entreprises transnationales et l'autorité d'« experts » non habilités dans des *epistemic communities* [communautés épistémiques] qui ne sont pas soumises à un contrôle juridique incitent les partisans aussi bien que les opposants d'un constitutionnalisme transnational à admettre l'hypothèse erronée selon laquelle le déficit constitutionnel des institutions transnationales est, pour l'essentiel, dû à la globalisation<sup>1</sup>. La faiblesse caractéristique de la politique internationale est rendue responsable du chaos effréné qui règne dans les espaces sociaux globaux. Trois phénomènes se trouvent ici au premier plan. 1) La déconstitutionnalisation de l'État-nation est provoquée par le fait que des fonctions de gouvernement sont transférées au niveau transnational et que, en même temps, des acteurs non-étatiques assument en partie ces fonctions. 2) Des effets extraterritoriaux de l'action étatique nationale font apparaître un droit sans légitimation démocratique. 3) Il n'y a pas de mandat démocratique pour la gouvernance transnationale<sup>2</sup>. Pour compenser ce déficit, des stratégies de constitutionnalisation de la politique transnationale font l'objet de discussions, dont les chances sont appréciées ensuite de façon diamétralement opposée.

En réalité, nous n'avons pas affaire à un problème nouveau de compensation mais au déficit fondamental du constitutionnalisme moderne. Dès ses débuts au sein de l'État-nation, le constitutionnalisme a été confronté à une question non éclaircie, celle de savoir si, et le cas échéant comment, la constitution doit également avoir des effets sur les domaines non-étatiques de la société. Les activités économiques, scientifiques, pédagogiques, médicales et autres activités sociales doivent-elles être soumises aux directives normatives de la constitution étatique ? Ou

1 Voir en particulier l'ouvrage collectif de Jeffrey L. Dunoff, Joel Trachtman (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

2 A. Peters, « Compensatory Constitutionalism », art. cité, p. 591.

bien les institutions sociales doivent-elles développer des constitutions sectorielles de façon autonome ? Depuis leur commencement, les pratiques constitutionnelles modernes oscillent entre ces deux pôles. Dans les analyses empiriques et les programmes normatifs, la question s'est posée, en même temps, de savoir quel est le but des constitutions sectorielles : est-ce la réglementation étatique des secteurs sociaux, la protection de leur autonomie, l'harmonisation des processus sociaux de décision à ceux de la politique, ou bien encore une politisation autonome des institutions sociales ?

Les théories sociologiques mentionnées ci-dessus, qui situent l'origine de la question constitutionnelle dans des processus de différenciation sociale, entrent en jeu ici. Ce n'est pas la globalisation qui a déclenché la problématique du constitutionnalisme sociétal ; la fragmentation de la totalité sociale et l'autonomisation des fragments au moment de l'apogée de l'État-nation l'avaient fait auparavant, mais cette même problématique s'est radicalement aggravée encore sous l'effet de la globalisation actuelle. La raison pour laquelle, dans le cadre de l'État-nation, les réponses institutionnelles restaient cependant dans un curieux état de latence devient évidente dès lors que l'on se penche précisément sur différents concepts du constitutionnalisme sociétal<sup>1</sup>. Face au fort rayonnement de l'État et de sa constitution politique, les constitutions sociétales sectorielles apparaissaient toujours dans une pénombre remarquable, bien que ce soit à chaque fois pour des raisons différentes. Les constitutions du libéralisme pouvaient encore occulter la question sous couvert de la protection des libertés individuelles par les droits fondamentaux. Fortement opposés à cela, les systèmes politiques totalitaires du xx<sup>e</sup> siècle ont cherché à supprimer entièrement l'autonomie des secteurs sociaux, et ils ont fait disparaître la question de constitutions sociétales autonomes, en soumettant l'ensemble des secteurs sociaux à la prétention de l'État à les dominer. Pour leur part, en raison de leurs prétentions régulatrices, les États sociaux de la fin du xx<sup>e</sup> siècle n'ont jamais reconnu officiellement l'autonomie de constitutions sociétales sectorielles. Dans le même temps, ils ont cependant établi un équilibre particulier entre un constitutionnalisme étatique, qui étend sans cesse les directives de la constitution politique aux secteurs sociaux, et un

---

1 C'est le thème du chapitre 2.

pluralisme constitutionnel, où l'État respecte de fait les constitutions sociétales particulières.

Le problème que représente le constitutionnalisme sociétal n'a donc pas été créé par la globalisation. Mais celle-ci le modifie de façon décisive. Elle le fait sortir de sa latence. Au vu du rayonnement beaucoup moins fort qu'à la politique transnationale en comparaison avec celui de l'État-nation, les problèmes constitutionnels aigus des autres secteurs de la société mondiale apparaissent maintenant sous une lumière crue. La fragmentation de la société mondiale, la dé-formalisation de ses structures juridiques ainsi que les nouvelles formes de régulation globale et la légitimité discutable de la nouvelle *global governance* sont responsables de la nouvelle problématique constitutionnelle<sup>1</sup>. Sur quelles bases de légitimation les régimes transnationaux régulent-ils l'ensemble des domaines de la vie sociale jusque dans les moindres détails de la vie quotidienne ? Où se situent les frontières de l'expansion des marchés financiers mondiaux dans l'économie réelle et dans d'autres secteurs de la société ? Les droits fondamentaux peuvent-ils prétendre à une validité dans les espaces de la société mondiale non régulés par l'État et plus particulièrement face aux organisations transnationales ? Contrairement à ce que présuppose le débat actuel, il n'est pas vrai qu'avec la constitution de la société mondiale émerge une problématique constitutionnelle d'un type totalement nouveau. Au contraire, le constitutionalisme sociétal qui existe en réalité depuis longtemps dans les États-nations est confronté aujourd'hui à la question de savoir si, et le cas échéant comment, il doit se transformer dans les conditions de la globalité. La continuité de cette problématique est liée à la différenciation fonctionnelle de la société, qui, avec la transnationalisation, s'est étendue au monde entier. Sa discontinuité, en revanche, est due au fait que la société mondiale a mis en place des structures propres et a accéléré des tendances de croissance que l'État-nation ne connaissait pas encore.

La question normative n'est donc plus, comme cela semble être le cas pour une politique juridique cherchant à compenser les déficiences des constitutions nationales : les secteurs sociaux de la société mondiale qui sont dépourvus de constitution doivent-ils être constitutionnalisés ?

---

1 Ignacio de la Rasilla del Moral, « At King Agramant's Camp : Old Debates, New Constitutional Times », *International Journal of Constitutional Law*, n° 8, 2011, p. 580-610, ici : p. 601 *sqq.*

Mais : comment les expériences qu'a faites l'État-nation avec les institutions du constitutionalisme sociétal doivent-elles être transformées dans les conditions différentes de la globalité ? Et en particulier : comment doit-on alors définir le rôle de la politique pour les constitutions transnationales sectorielles dans le triangle magique de la politique, du droit et du secteur social autonome ? S'agit-il d'une démission, d'une régulation, d'une supervision, d'une complémentarité, ou bien encore d'une relève de *la politique par le politique*\*<sup>1</sup> ?

#### LE VIDE CONSTITUTIONNEL DU TRANSNATIONAL ?

D'un autre point de vue aussi, le débat actuel est caractérisé par des idées fausses sur la table rase. Il n'y aurait vraiment aucune norme de constitution dans les secteurs sociaux, pas plus dans l'État-nation que dans l'espace transnational. Tandis que le constitutionalisme moderne pouvait s'établir entre-temps dans presque tous les États-nations, il aurait été, dit-on, affaibli par le transfert croissant des tâches publiques de l'État-nation aux organisations, régimes et réseaux transnationaux nouveaux. Là règnerait donc un vide constitutionnel. Et c'est seulement au vu d'un espace global soi-disant dépourvu de constitution qu'une querelle s'amorce pour savoir si le constitutionnalisme en est à sa fin ou est en train de vivre une renaissance.

Que le vide constitutionnel du transnational soit une idée fausse peut être corroboré empiriquement. Les analyses sociologiques d'un « nouveau constitutionalisme », tout comme les recherches que des économistes et des théoriciens du droit économique ont entreprises depuis longtemps sur la constitution d'une économie mondiale, mais aussi les études de droit international sur la signification croissante des normes du droit constitutionnel dans l'espace transnational prouvent précisément le contraire. Aujourd'hui déjà, des institutions constitutionnelles d'une épaisseur étonnante se sont établies dans l'espace transnational<sup>2</sup>. Rares

1 [N. d. T. : l'astérisque indique les expressions qui sont en français dans le texte original]. Ceci est discuté en particulier au chapitre 4 sous l'intitulé « politique des constitutions particulières ».

2 Sur un constitutionalisme global réellement existant du point de vue du droit international, voir notamment Jan Klabbers, « Setting the Scene », in Jan Klabbers *et al.* (dir.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 1-44, ici : p. 3 ; sur un 'nouveau constitutionalisme', voir Schneiderman, *Constitutionalizing*

sont ceux qui persistent à nier aujourd'hui le fait que l'Union européenne dispose – en dépit de l'échec du référendum sur la constitution – de structures constitutionnelles autonomes<sup>1</sup>. Mais il en va de même des organisations internationales, des régimes transnationaux et de leurs réseaux qui n'ont pas seulement été entre-temps fortement juridicisés mais qui se trouvent aussi pris dans un processus de constitutionnalisation. Ils sont devenus les éléments d'un ordre constitutionnel mondial – bien que complètement fragmenté aussi –, lequel, il faut d'emblée l'admettre, n'atteint pas l'épaisseur des constitutions nationales. Les institutions globales, qui sont issues des traités des années Quarante – la Charte de la Havane, l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, les accords de Bretton Woods –, les nouveaux aménagements du consensus de Washington – le Fonds Monétaire International (FMI), la Banque Mondiale, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) – et le débat public nouvellement éclos sur une « constitution globale du marché financier » parlent la langue d'une constitution sociétale mondiale réellement existante et en mutation.

Ainsi, la nouvelle question constitutionnelle doit être reformulée une deuxième fois. Les secteurs sociaux n'ont pas seulement déjà formé des constitutions particulières au sein de l'État-nation – ce que détaillera le prochain chapitre – mais il existe aussi depuis longtemps dans le domaine transnational des ordres constitutionnels authentiques – ce dont traitera le troisième chapitre. Ainsi, de ce point de vue également, ce qui est en jeu n'est pas l'instauration *ab ovo* d'une nouvelle constitution dans une globalité sans constitution, mais la transformation fondamentale d'un ordre constitutionnel transnational déjà existant. La nouvelle réalité constitutionnelle est seulement masquée par le fait qu'un équivalent du

---

*Economic Globalization*, p. 328 sqq. Sur la constitution d'une économie mondiale d'un point de vue ordolibéral, voir Peter Behrens, « Weltwirtschaftsverfassung », *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, n° 19, 2000, p. 5-27.

1 Sur ce débat difficile à apprécier encore, voir Neil Walker, « Post-Constituent Constitutionalism : The Case of the European Union », in M. Loughlin, N. Walker (dir.), *The Paradox of Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 247-268 ; Joseph H. Weiler, Marlene Wind (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Nous n'avons pas à entrer dans ce débat puisque, à certains égards, la constitution de l'Europe prolonge la constitution des États-nations. Ce qui est véritablement nouveau se passe au niveau global ; là n'apparaissent plus des unités territoriales au titre de sujets constitutionnels mais des formations proprement fonctionnelles. Plus de précisions là-dessus au chapitre 3.

sujet constitutionnel État-nation n'est pas d'emblée reconnaissable au niveau transnational. Un État-monde entendu comme un nouveau sujet constitutionnel est une utopie – et une mauvaise, en plus. Emmanuel Kant le savait déjà. Quels sont donc les nouveaux sujets constitutionnels dans les conditions de la globalité<sup>1</sup> ? Est-ce le système de la politique internationale ? Le droit international ? Les organisations internationales ? Les régimes transnationaux ? Les réseaux globaux ? Les assemblages, configurations ou ensembles nouveaux ? La question constitutionnelle pertinente est celle de savoir si de telles configurations peuvent être d'une quelconque manière constitutionnalisées. La réponse dépend du fait de savoir si de telles institutions non étatiques présentent des analogies viables avec le pouvoir constituant de l'État-nation, avec l'autofondation d'un collectif, avec la formation démocratique de la décision et avec la part d'organisation d'une constitution politique au sens étroit.

#### LIMITER LA GOUVERNANCE TRANSNATIONALE AUX PROCESSUS POLITIQUES ?

En plus de ces deux erreurs répandues – celle suivant laquelle les États-nations n'ont pas connu de constitutions sectorielles de la société civile et celle suivant laquelle un vide constitutionnel règne dans les espaces transnationaux –, il y a une autre idée fautive qui explique que le débat actuel sous-estime la radicalité d'une constitutionnalisation sociétale. On attribue, selon cette vue, le besoin d'une constitution en principe au fait que des formes particulières de « gouvernance » politique se sont formées dans la société mondiale et qu'elles se distinguent du « gouvernement », c'est-à-dire des pratiques de gouvernement traditionnelles de l'État-nation. La « gouvernance » est considérée comme le résultat d'interventions administratives socio-politiques, par lesquelles des acteurs publics et privés résolvent des problèmes sociaux<sup>2</sup>. La connexion entre différentes bureaucraties spécialisées des États-nations, d'une part, et des acteurs du monde entier, entreprises transnationales, groupements économiques, organisations non gouvernementales et régimes hybrides, de l'autre, est perçue alors comme la nouvelle problématique

1 C'est la question du chapitre 3.

2 Jan Kooiman, « Societal Governance : Levels, Modes, and Orders of Social-Political Interaction », in Jon Pierre (dir.), *Debating Governance*, Oxford, 2000, p. 138-163, ici : p. 139 *sq.*

de la gouvernance globale qui devrait être maîtrisée désormais par des institutions constitutionnelles<sup>1</sup>. Cette perspective met ainsi au premier plan la limitation constitutionnelle du pouvoir politique qui a pour particularité d'être partiellement privatisé.

Sans aucun doute la socialisation de la domination politique est l'un des éléments centraux de la gouvernance globale ; néanmoins, cette analyse est de courte vue. On minimise le problème lorsque l'on pense seulement limiter par des normes constitutionnelles les constellations de pouvoir qui incluent les nouveaux acteurs privés de la gouvernance globale. On note ici à nouveau la vue étroite des théories politico-juridiques de la constitution, qui se focalisent seulement, et cela également en ce qui concerne les rapports transnationaux, sur des phénomènes politiques (au sens étroit de la politique institutionnalisée). D'un point de vue sociologique, il devient clair, en revanche, que le problème véritable est la formation de sphères d'action autonomes dans la société mondiale – précisément en dehors de la politique internationale – et que le rôle du droit constitutionnel dans ce processus doit être thématiqué<sup>2</sup>. C'est seulement lorsque l'on va au-delà des processus politiques au sens étroit et que l'on a compris que les acteurs sociaux ne participent pas seulement aux processus de pouvoir de la gouvernance globale mais qu'ils établissent eux-mêmes des régimes globaux autonomes en dehors de la politique institutionnalisée (régimes qui peuvent ensuite devenir de leur côté des acteurs politiques et réagir sur la politique), que les

1 On trouve un concept bien pensé de gouvernance dans Edgar Grande *et al.*, « Politische Transnationalisierung : Die Zukunft des Nationalstaats – Transnationale Politikregime im Vergleich », in Stefan Schirm (dir.), *Globalisierung : Forschungsstand und Perspektiven*, Baden-Baden, 2006, p. 119-145 ; Jürgen Neyer, *Postnationale politische Herrschaft : Vergesellschaftung und Verrechtlichung jenseits des Staates*, Baden-Baden, 2004.

2 Voir Gunther Teubner, « Reflexions sur la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir », trad. I. Aubert, in Antoine Lyon-Caen, Jean-Philippe Robé (dir.) *L'entreprise et sur la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir*, Paris, 2015, à paraître. La typologie de la gouvernance globale qui est intelligemment conçue par Rosenau montre clairement comment une perspective se rapportant simplement au système politique s'adapte aux régimes sociaux autonomes. Dans sa première typologie, les acteurs sociaux – entreprises multinationales, ONG, marchés, groupes d'élite informels, publics partiels – sont encore réduits à leur participation à la domination politique ; voir James Rosenau, « Change, Complexity, and Governance in Globalizing Space », in Jon Pierre (dir.), *Debating Governance*, Oxford, 2000, p. 167-200. Dans sa deuxième typologie, des ordres sociaux autonomes paraissent là à la première place ; voir James Rosenau, « Strong Demand, Huge Supply : Governance in an Emerging Epoch », in Ian Bache, Matthew Flinders (dir.), *Multilevel Governance*, Oxford, 2004, p. 31-48, ici : p. 41.

problèmes d'un constitutionnalisme sociétal au sens fort deviennent visibles dans la société mondiale.

De cette manière, les différences entre les constitutions sociétales sectorielles et la constitution politique viennent sur le devant de la scène. D'un côté, la constitutionnalisation de la *global governance* est encore comprise à tort comme la constitution de processus transnationaux relevant de la politique au sens étroit. De l'autre, l'analyse sociologique des sous-systèmes globaux – l'économie, la science, la culture et les médias de masse – se trouve face à des questions bien plus difficiles : les sous-systèmes globaux déploient-ils aujourd'hui une dynamique de croissance incontrôlée qui soit comparable à celle de la politique et qui doive être soumise à des restrictions constitutionnelles ? Y a-t-il, dans ces secteurs, des choses analogues à l'autolimitation des dynamiques d'expansion, en particulier à la séparation politique des pouvoirs ? De façon plus fondamentale, la question est encore celle-ci : jusqu'à quel point faut-il généraliser les principes des constitutions politiques pour échapper aux pièges du nationalisme méthodologique ? Et comment faut-il les respecifier pour prendre en compte les particularités d'une institution sociale dans la globalisation<sup>1</sup> ?

Cette méthode sociologique de généralisation et de respecification, que nous défendons, devra traiter cette question : peut-on identifier, dans les secteurs transnationaux, un équivalent aux constitutions nationales en ce qui concerne les fonctions, les arènes, les processus et les structures<sup>2</sup> ?

Les constitutions transnationales n'aspirent pas à un équilibre stable mais suivent plutôt le modèle chaotique d'un « déséquilibre dynamique » issu de développements contraires – entre autonomisation et limitation de la logique fonctionnelle des sous-systèmes<sup>3</sup>. Les nouveaux ordres

---

1 Sur le contexte de généralisation et de respecification (par contraste avec l'analogie qui soit travaille avec des relations vagues de ressemblance soit généralise à partir d'une base analogique, et donc ne respécifie plus suffisamment), voir Talcott Parsons et Charles Ackerman, « The Concept of 'Social System' as a Theoretical Device » in Gordon J. DiRenzo (dir.), *Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences*, New York, 1966, p. 19-40. Sur la respecification des droits politiques fondamentaux dans les organisations de l'économie : Jens Schierbeck, « Operational Measures for Identifying and Implementing Human Rights Issues in Corporate Operations », in Asbjørn Eide *et al.* (dir.), *Human Rights and the Oil Industry*, Antwerpen, 2000, p. 161-177, ici : p. 168.

2 Le chapitre 4 traite cette question.

3 Karl Polanyi analyse le « double mouvement » historique de l'expansion des marchés et de leur limitation dans *La Grande Transformation : Aux origines politiques et économiques de notre*

constitutionnels globaux n'ont jusqu'ici établi en Occident que les *règles constitutives* qui soutiennent normativement la libération de rationalités systémiques différentes au niveau global. Aujourd'hui il est clair qu'une réorientation est nécessaire. Après les expériences historiques, faites sur le temps long, des fortes tendances à l'expansion des sous-systèmes fonctionnels globalisés et après les chocs des crises endogènes, des contre-mouvements se mettent en œuvre qui formulent – après de violents conflits sociaux – des *règles limitatives* pour contrecarrer les tendances autodestructives et pour limiter les dommages de leurs environnements social, humain et naturel. En effet, de même que des frontières doivent être imposées aux nouveaux régimes globaux par rapport aux États-nations, de même, dès le début de la globalisation, le problème « vertical » de la constitution a fait l'objet de combats politiques. Mais le problème constitutionnel le plus grave, le problème « horizontal », n'est absolument pas pris ainsi en considération « si l'autonomie des systèmes fonctionnels ne peut pas conduire à des charges réciproques que limite l'adaptabilité structurelle des systèmes fonctionnels à leur différenciation même<sup>1</sup>. »

Cette cécité à l'égard des externalités négatives de systèmes en pleine expansion aussi bien qu'à l'égard de leurs potentiels autodestructifs a été dévoilée par la crise des marchés financiers. La constitution globale des marchés financiers qui était auparavant en vigueur n'était pas simplement le résultat d'un processus évolutif aveugle où les marchés se globalisaient automatiquement. Au contraire, cela s'est produit grâce à la participation active de la politique et du droit. À travers le démantèlement des barrières nationales et à travers une politique explicite de déréglementation fut établie une constitution globale des marchés financiers, politiquement voulue et juridiquement stabilisée, qui libérait des dynamiques incontrôlées. Mais établir, en même temps, des règles

---

*temps*, trad. M. Angeno et C. Malamoud, Paris, Gallimard, 1983. De façon générale – pas seulement pour l'économie, mais aussi pour les différents secteurs sociaux –, l'argument se présente comme rapport entre la libération de l'autonomie et les interdictions du droit d'après des expériences négatives chez Rudolf Wiethölter, dans « Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts » (in Christian Joerges, Gunther Teubner (dir.), *Rechtsverfassungsrecht : Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, 2003, p. 1-21, ici : p. 20).

1 Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1997, p. 1087. Plus de détails sur les charges réciproques des régimes transnationaux et sur les réactions politico-juridiques dans Fischer-Lescano et Teubner, *Regime-Kollisionen*, p. 25 *sqq.*, p. 57 *sqq.*

limitatives en lieu et place des réglementations nationales n'était pas prévu sur l'agenda politique et fut même combattu pendant des années comme contre-productif. C'est seulement aujourd'hui, suite à l'expérience de la quasi-catastrophe, que débutent des processus d'apprentissage collectifs qui cherchent pour l'avenir à introduire des limitations dans la constitution financière au niveau global.

Sans aucune chance de succès, soutient Wolfgang Streeck, parce que les règles étatiques ou internationales peuvent toujours être contournées et que face aux énergies de contournement aucune réglementation *ex-ante* n'est possible<sup>1</sup>. Mais un tel pessimisme maniaque ne vaut pas mieux que son opposé, l'optimisme maniaque. On devrait plutôt essayer de dépister ici la dynamique évolutive qui cause des quasi-catastrophes. La réglementation politico-juridique évolue, en effet, selon le proverbe : « *fatta la legge, trovato l'inganno* » [sitôt la loi faite, sitôt la voici contournée], mais son contraire est tout aussi valable : « *fatto l'inganno, trovata la legge* ». La loi produit son contournement, de même que le contournement de la loi produit de nouvelles lois. Un processus d'apprentissage évolutif agit ici qui opère dans les deux sens mais qui n'a toujours d'effet que *post factum*. En outre, les adaptations mutuelles paraissent moins satisfaire le modèle d'un processus d'apprentissage mené rationnellement que le modèle du « *hitting the bottom*<sup>2</sup> » [on touche le fond] bien connu des toxicomanes.

Dans ce contexte, l'agenda d'un constitutionalisme transnational change aussi : il ne s'agit pas de construire un ordre constitutionnel *ab ovo* mais de transformer fondamentalement celui qui existe déjà. Il est particulièrement urgent de limiter, dans leurs externalités négatives, les dynamiques sociales déclenchées (aussi) par des règles constitutionnelles politico-juridiques. Et c'est à ce sujet tout particulièrement que la constitution de la finance et les constitutions d'entreprises transnationales se retrouvent au centre de l'attention de la problématique constitutionnelle.

1 Wolfgang Streeck, *Re-Forming Capitalism : Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford, 2009, p. 236 *sqq.*

2 Ceci est détaillé dans le chapitre 4 (section I. 3).

UNE RÉDUCTION DE L'EFFET HORIZONTAL  
DES DROITS FONDAMENTAUX  
AUX DEVOIRS ÉTATIQUES DE PROTECTION ?

En plus du débat sur la *global governance*, le débat sur l'effet des droits fondamentaux au sein des espaces sociaux de la globalité souffre aussi de ce que, tout en prenant pour thème déjà des tendances à la socialisation, il reste focalisé sur l'État. Les scandales tenant aux violations des droits de l'homme par des entreprises transnationales, évoqués au début de ce livre, sont habituellement traités comme un problème dû à l'« effet horizontal » des droits fondamentaux étatiques. Dirigés à l'origine contre l'État, les droits fondamentaux garantis deviennent également efficaces lors de violations des droits fondamentaux par des « tiers » – par des acteurs privés transnationaux – dans la mesure où, selon la théorie actuellement dominante, des devoirs de protection sont imposés à la communauté internationale des États<sup>1</sup>.

Cette manière de penser rate de plusieurs façons la problématique des droits fondamentaux dans les contextes sociaux. En restant focalisée sur l'État, elle met pour ainsi dire la charrue avant les bœufs. Elle n'impose pas de devoirs aux acteurs privés transnationaux qui violent les droits fondamentaux, mais elle contraint seulement la communauté des États à protéger les droits fondamentaux contre les violations commises par ces acteurs. Ainsi la question délicate de savoir si les acteurs privés eux-mêmes sont liés par les droits fondamentaux est délibérément occultée. Et l'on fait comme si c'était une question relevant de la compétence définitionnelle du pouvoir politique de l'État que de dire si les droits fondamentaux valent dans les sphères sociales et comment ils doivent être protégés. Toutefois, la méprise la plus lourde de conséquences que commet une conception centrée sur l'État consiste à regarder l'effet horizontal des droits fondamentaux exclusivement comme un problème concernant le pouvoir social et à manquer ainsi leur tâche véritable : celle de limiter, par les moyens du droit, les tendances à l'expansion

1 Par exemple, *UN Human Rights Committee, General Comment n° 31 Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 26 mai 2004, Un Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/ Add. 12, 6-8 ; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006, p. 241 *sqq.* ; Robert McCorquodale et Penelope C. Simons, « State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law », *Modern Law Review*, n° 70, 2006, p. 598-625 ; Gavin W. Anderson, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, 2005, p. 126 *sqq.*

des sous-systèmes sociaux, qui ne passent pas seulement par le médium du pouvoir.

Dès lors que l'on ne se focalise plus sur l'État, on voit quelle est la véritable difficulté qui concerne les droits fondamentaux dans l'espace social. Si la tâche consiste à limiter par des moyens constitutionnels les fortes tendances à l'expansion qui sont issues de la logique propre aux sous-systèmes sociaux, alors on ne peut plus maintenir une conception étatique des droits fondamentaux, ni les attribuer uniquement aux acteurs individuels ni les focaliser exclusivement sur les phénomènes sociaux de pouvoir, ni leur donner la forme de sphères d'autonomie protégées par les droits subjectifs. Peut-on développer ici une perspective selon laquelle les droits fondamentaux peuvent agir contre les médias de communication sociaux eux-mêmes au lieu de le faire contre les acteurs sociaux ? S'agit-il alors de protéger non pas seulement les droits fondamentaux des individus mais aussi ceux des institutions sociales face aux médias sociaux en expansion ? L'effet social des droits fondamentaux doit-il être mis en œuvre par des normes organisationnelles et procédurales au lieu de l'être par les droits subjectifs ?

Mais, dans les espaces transnationaux, le débat sur l'effet à l'égard des tiers ne doit pas non plus se restreindre à la fonction défensive des droits fondamentaux – par rapport aux contraintes sociales cette fois. Le débat doit aussi réfléchir au rôle des droits fondamentaux pour le citoyen actif, rôle dont la formation s'est inscrite dans les constitutions étatiques à travers les droits de participation individuels aux processus de formation du pouvoir, et qui est plus ou moins inconnu dans les secteurs sociaux. Une théorie socio-juridique de l'effet à l'égard des tiers ne peut pas éviter ces questions et elle doit considérer les droits fondamentaux comme des composantes structurelles de sous-systèmes sociaux totalement différents. Elle est ainsi confrontée au défi de tracer le contour des droits civiques actifs, non seulement dans le médium politique du pouvoir mais aussi dans les médias communicationnels d'autres systèmes sociaux<sup>1</sup>.

---

1 C'est discuté dans la III<sup>e</sup> section du chapitre 5.

## L'UNITÉ D'UNE CONSTITUTION COSMOPOLITIQUE DU MONDE ?

Le dernier problème de la querelle constitutionnelle tient au biais unitariste du concept de constitution, qui, à travers sa reformulation, a aussi des effets sur la société mondiale. En droit international comme en philosophie politique, on cultive l'idée discutable que la constitutionnalisation du droit international est capable d'établir un ordre constitutionnel cosmopolitique, une constitution unique pour toute la société mondiale<sup>1</sup>. Il est vrai que l'on refuse un État-monde comme substrat d'une constitution unique au nom de son irréalisme ; mais au lieu de cela la « communauté internationale » est érigée en point de référence d'un droit constitutionnel mondial émergent, qui n'est plus compris seulement comme dans le droit international traditionnel, comme une communauté d'États souverains mais comme l'ensemble des acteurs politiques et sociaux et comme la communauté juridique des individus<sup>2</sup>. La constitutionnalisation du droit international est pensée, dans la mesure du possible, par analogie avec le droit constitutionnel des États-nations : on envisage une hiérarchie de normes constitutionnelles face aux normes juridiques ordinaires, l'ensemble de la planète comme un domaine de validité unique s'étendant à tous les secteurs nationaux, culturels et sociaux<sup>3</sup>.

À l'inverse, les analyses sociologiques insistent là aussi à nouveau sur la fragmentation profonde de la société mondiale qui met un tel constitutionnalisme unitaire en sérieuse difficulté. La fragmentation, si tant est qu'elle soit prise en considération, est vue en tous les cas dans le débat actuel comme un déficit à écarter, et non pas comme un enjeu qui permette de définir différemment les problèmes constitutionnels de la société mondiale et d'ouvrir de nouvelles voies de solution. L'alternative est la suivante. Si la fragmentation de la société mondiale n'est pas à

- 
- 1 Bardo Fassbender, « 'We the Peoples of the United Nations' : Constituent Power and Constitutional Form in International Law », in N. Walker, M. Loughlin (dir.), *The Paradox of Constitutionalism*, op. cit., p. 269-290, ici : p. 281 sq. ; Otfried Höffe, « Vision Weltrepublik : Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung », in Dieter Ruloff et al. (dir.), *Welche Weltordnung ?*, Zürich, Rüegger, 2005, p. 33-53.
  - 2 Une analyse rigoureuse des différentes variantes d'une constitution mondiale cosmopolitique est offerte par Rasilla del Moral dans « At King Agramant's Camp », art. cité.
  - 3 Une bonne critique de ces « illusions constitutionnelles » qui sont issues d'une constitution étatique mondiale est faite par Andreas Fischer-Lescano dans *Globalverfassung : Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist, Velbrück, 2005, p. 247 sq.

éliminer par principe, alors l'idée d'une constitution globale unique ne tient plus. À sa place, l'attention se concentrera sur des conflits fondamentaux entre les fragments constitutionnels. En ce cas, un droit constitutionnel englobant si tant est qu'il soit possible, ne peut pas fonctionner comme un droit uniforme mais comme un droit constitutionnel global et conflictuel<sup>1</sup>. Les présuppositions sociales qui avaient permis à l'État-nation d'établir l'unité de sa constitution ne subsistent plus en principe dans l'espace transnational.

De plus, un constitutionnalisme transnational devra s'adapter aux conditions d'une société mondiale *doublément fragmentée*<sup>2</sup>. En cela, il n'est pas seulement décisif que, dans la première fragmentation du monde, les secteurs de la modernité agissant de façon autonome à l'échelle de la société mondiale insistent obstinément sur leurs constitutions particulières qui entrent en concurrence avec les constitutions des États-nations. Mais, plus encore, la deuxième fragmentation du monde en différentes cultures régionales, qui reposent en principe sur différents principes d'organisation sociaux, rend complètement illusoire les standards uniformes d'une constitution mondiale. Si l'on tient absolument à l'idée d'une « constitution mondiale », cette expression peut seulement vouloir dire : relier les unes avec les autres les constitutions particulières des fragments globaux – des nations, des régimes transnationaux, des cultures régionales – dans un droit constitutionnel conflictuel<sup>3</sup>.

---

1 Pour les premiers pas faits dans cette direction, voir A. Fischer-Lescano et G. Teubner, *Regime-Kollisionen*, *op. cit.*, p. 57 *sqq.*

2 Sur la réaction du droit transnational à la double fragmentation de la société mondiale, voir Gunther Teubner et Peter Korth, « Zwei Arten des Rechtspluralismus : Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft », in Matthias Kötter, Gunnar Folke Schuppert (dir.), *Normative Pluralität ordnen : Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 137-168.

3 C'est la thématique du chapitre 6.



## DES CONSTITUTIONS SOCIÉTALES SECTORIELLES DANS L'ÉTAT-NATION

La constitution de secteurs sociaux n'est pas, comme l'a montré le chapitre précédent, une problématique qui se pose seulement à partir de l'extension de la différenciation fonctionnelle à l'ensemble de la planète ; au contraire, cette question a déjà été soulevée avec virulence à l'époque de l'État-nation. Elle gagne cependant aujourd'hui une nouvelle actualité dramatique dans les conditions transnationales. La constitutionnalisation pourra-t-elle limiter de façon efficace les tendances à l'expansion des sous-systèmes globaux devenus autonomes qui nuisent à la société et à l'environnement ? Ainsi, la question se pose en même temps de savoir quel rôle la politique internationale doit jouer dans la constitutionnalisation des institutions de la société mondiale : doit-elle être le constituant des autres secteurs de la société mondiale ou seulement pratiquer une observation participante à l'égard des processus de constitutionnalisation sociétaux et autonomes ? Doit-elle coordonner les logiques systémiques divergentes ou se mettre à réparer les dommages causés par la différenciation fonctionnelle ?

Pour clarifier ce point, nous devons examiner, dans ce qui suit, les conceptions des constitutions sociétales sectorielles qui sont devenues influentes à l'époque de l'État-nation. C'est seulement sur fond d'options historiques que l'on peut déterminer avec précision comment la globalisation a changé la situation du problème et quel est le type de rôle nouveau que les constitutions sociétales sectorielles jouent dans la constellation transnationale de la politique, du droit et du sous-système social. De cet examen, nous espérons dégager des éléments pour comprendre comment le constitutionnalisme national peut se transformer en un constitutionnalisme sociétal global.

LES INSTITUTIONS SOCIALES  
DANS LE CONSTITUTIONNALISME LIBÉRAL

LES SPHÈRES, SANS CONSTITUTION,  
DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

La « constitution » de la société civile repose sur sa non constitution par l'État – ce paradoxe caractérise le constitutionnalisme libéral<sup>1</sup>. Ce dernier réserve la constitution à l'État et ne l'étend pas, sciemment, aux ordres partiels de la société civile. Les constitutions libérales sont expressément limitées aux institutions politiques en un sens étroit. Les activités sociales doivent rester en dehors de l'intervention étatique et ne doivent pas être soumises aux normes de la constitution étatique. Grâce à cette abstention se réalise la dimension constitutionnelle de la séparation entre l'État et la société. C'est à cela que servent en même temps les droits fondamentaux que l'on comprend comme des sphères de liberté des individus : ceux-ci sont protégés par des droits défensifs contre les interventions étatiques, y compris de type constitutionnel. Les activités sociales ne sont pas attribuées aux institutions sociales mais aux individus agissants eux-mêmes qui aménagent leurs domaines de liberté sans constitution étatique.

Dans un article influent, l'historien Reinhart Koselleck a adressé une critique véhémement à la théorie constitutionnelle et au droit constitutionnel parce qu'ils s'en tiennent aujourd'hui encore à ce programme et consacrent leur attention exclusivement à la constitution étatique<sup>2</sup>. À l'époque de l'État-nation déjà, il aurait fallu reconnaître la réalité historique : en plus de la constitution de l'État il existait aussi une constitution de la société qui ne soumettait pas seulement les activités politico-étatiques

- 
- 1 Sur la question de la non constitution des secteurs sociaux dans le constitutionnalisme libéral, voir Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1987, p. 11 *sqq.*, p. 192 *sqq.* ; Dieter Grimm, « Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus », in D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Francfort, Suhrkamp, 1991, p. 31-66, ici : p. 45 *sqq.* Sur la limitation de la constitution (institutions de base de la société) par des processus politiques au sens étroit, voir surtout John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Points Essais, [1971] 1997.
  - 2 Reinhardt Koselleck, « Begriffsgeschichtliche Probleme », *Begriffsgeschichten : Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Francfort, Suhrkamp, 2006, p. 365-401. Les citations suivantes se trouvent p. 369 *sqq.*

mais aussi les institutions économiques, sociales et culturelles à des exigences constitutionnelles. Les questions d'ordre social, religieux, économique ou financier ne devraient plus être traitées seulement comme des problèmes de simple législation, mais comme des problèmes relevant d'une véritable « constitution sociétale ». Koselleck demande que l'on débarrasse le concept de constitution d'une réduction en des termes étatiques et qu'on l'étende à toutes les institutions de la société. Une compréhension réaliste du concept de constitution doit nécessairement inclure, considère-t-il, « toutes les institutions réglementées par le droit et leurs modes d'organisation sans lesquels une communauté d'action politique n'est pas politiquement capable d'action ». Les problèmes réels d'un constitutionnalisme sociétal devraient donc être traités, du point de vue de la politique constitutionnelle, au même niveau que les questions relatives à la constitution de l'État au sens étroit.

Koselleck souligne en même temps avec insistance quelle est la nouvelle problématique du constitutionnalisme transnational. Centré sur l'État, le concept traditionnel de constitution ne permettrait pas « de thématiser conjointement les phénomènes post-étatiques et, d'une certaine manière, supra-étatiques de notre présent ». La question du rôle de l'entreprise économique transnationale serait particulièrement intéressante dans le cadre de la constitution globale.

Koselleck ouvre ainsi de vastes perspectives. Il pose explicitement la question constitutionnelle à propos des institutions non étatiques de la société. Il est vrai qu'il soulève ainsi en même temps de nouvelles questions auxquelles il ne répond pas lui-même : qu'est-ce qui distingue donc la question d'une « constitution sociale » de celle de la « législation » ? Ou bien, dit autrement : qu'est-ce qui distingue une véritable constitutionnalisation des institutions sociales de leur simple juridicisation ? Autre question : existe-t-il une « constitution sociale » unitaire qui inclue l'ensemble de la société dans toutes ses prétentions, ou bien y a-t-il seulement différentes constitutions sectorielles ? Enfin : les institutions sociales se donnent-elles des constitutions de façon autonome, comme le prévoit par exemple le droit associatif, en restreignant à un minimum les prescriptions du législateur politique, ou bien est-ce la politique qui est le constituant légitime ? Ces questions peuvent seulement être clarifiées par une théorie sociologique plus vaste, que les chapitres suivants développeront pour chaque contexte problématique. Dans le

contexte actuel, il suffit de présenter une esquisse des traits généraux, afin que l'aveuglement singulier du constitutionnalisme libéral devant les constitutions sociétales sectorielles devienne évident.

Les constitutions étatiques du libéralisme prétendent, comme chacun sait, à une double fonction : la fondation [*Konstituierung*] d'un pouvoir politique et sa limitation selon les principes de l'État de droit. Une « fondation » ne veut pas seulement dire que les règles d'organisation sont normées en vue de l'activité politique mais que le pouvoir politique se rend indépendant des sources sociales du pouvoir. Il ne repose plus immédiatement sur la force militaire, ni sur la richesse économique et l'autorité religieuse, au contraire il se procure lui-même des sources de pouvoir autonomes. Édifier le pouvoir et le consensus en vue de la production de décisions collectives – c'est ce qui caractérise l'autonomie de la politique de la modernité<sup>1</sup>. La réflexivité des processus de pouvoir, où, dans le rapport du *pouvoir constituant* et du *pouvoir constitué*, le pouvoir s'applique à lui-même et où, par ce processus, un collectif politique autonome prend forme, produit l'autonomie du processus politique de formation du pouvoir et sa dépendance seulement indirecte envers les sources non politiques de pouvoir. C'est là l'« autofondation » du pouvoir politique au sens étroit. Mais elle a ensuite besoin, pour sa stabilisation, du médium du droit qui la rend relativement indépendante des fluctuations du pouvoir et établit durablement la réflexivité du pouvoir. Cette combinaison nécessaire est ce qui définit la « constitutionnalisation » de la politique au sens étroit – par différence avec son autofondation. Limiter le pouvoir politique signifie ainsi que l'on instaure des frontières entre la politique et ses environnements sociétaux. Pour l'essentiel, ce processus de délimitation passe par la garantie de droits politiques fondamentaux, grâce auxquels la politique s'impose des restrictions à elle-même par rapport aux individus<sup>2</sup>.

1 Max Weber, « Politik als Beruf » [1919], in Max Weber, *Gesammelte politische Schriften*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1958, p. 505-560 ; trad. fr. « La profession et la vocation de politique », in M. Weber, *Le savant et le politique*, trad. C. Colliot-Thélène, Paris, La Découverte, 2003, p. 113-206.

2 Chris Thornhill propose une excellente interprétation, inspirée de la théorie des systèmes, des processus constitutionnels étatiques à travers l'histoire de l'Angleterre et celle de la France, « Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy », *Theory and Society*, n° 37, 2008, p. 161-197.

## LES ORDRES SOCIAUX AUTONOMES

D'un point de vue sociologique, il est clair que ces fonctions constitutionnelles ne peuvent être limitées à la politique<sup>1</sup>. En parallèle à la politique se constituent d'autres ordres sociaux autonomes dont la stabilisation dépend du droit constitutionnel. À leur égard, il n'y a plus non plus, dans le cadre de la différenciation fonctionnelle, de prescriptions immédiatement efficaces qui soient issues de la société entière. Leur constitutionnalisation apparaît donc ici aussi comme une exigence<sup>2</sup>. Que celle-ci inclue la nécessité de constitutions rigides et écrites est une autre question.

L'économie devient autonome à travers le médium de l'argent, elle devient indépendante d'autres ordres sociaux et se procure des institutions économiques autonomes à travers des processus réflexifs<sup>3</sup>. Cette autofondation est appuyée par des institutions fondamentales du droit – la propriété, le contrat, le système monétaire. Et le problème des limites se pose : quelles sont les institutions, équivalentes aux droits fondamentaux, qui peuvent garantir que le médium de l'argent ne dominera pas la société dans son ensemble ? La même chose vaut pour la science et l'autonomisation du médium de la vérité, à travers la formation d'épistémologies qui sont comme des mécanismes réflexifs de la science. Des questions constitutionnelles correspondantes se posent pour la religion. Permettre la fondation d'ordres autonomes et leur autolimitation : telle est la double fonction que les constitutions doivent remplir dans le

- 
- 1 Ainsi en renvoyant aux classiques de la théorie sociale, R. Prandini, « Morphogenesis of Constitutionalism », in P. Dobner M. Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, op. cit., p. 309-326 ; de même, Poul F. Kjaer, *The Structural Transformation of Democracy : Elements of a Theory of Transnational Constitutionalism*, Londres, Ashgate, 2011, ch. 2 « Metamorphosis of the Functional Synthesis », p. 532 sqq., qui observe une coévolution historique des structures sociales et des structures constitutionnelles et critique, par conséquent, la réduction de la constitution à la constitution étatique. De même, en renvoyant à la séparation institutionnalisée entre la politique et l'économie et au besoin en conséquence d'une constitution économique, voir Gavin W. Anderson, « Corporate Constitutionalism : From Above and Below (but mostly below) », *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere ? Paper presented at Copenhagen Business School*, Copenhague, sept. 2009.
  - 2 La justification que donne Luhmann au besoin de constitutions politiques à l'époque de la modernité doit, par conséquent, être généralisée à tous les sous-systèmes. Voir Niklas Luhmann, « Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems », *Der Staat*, n° 12, 1973, p. 1-22, p. 165-182, ici : p. 171.
  - 3 Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1988, p. 302 sqq.

processus de modernisation pour une multiplicité d'institutions<sup>1</sup>. C'est ici que l'on doit chercher la réponse à la question laissée en suspens par Koselleck. Par différence avec leur simple juridicisation, on ne peut parler de constitutionnalisation des secteurs sociaux que lorsque des normes juridiques assument cette double fonction<sup>2</sup>.

Mais pourquoi le constitutionnalisme libéral reste-t-il aveugle à cette problématique constitutionnelle qui concerne non seulement la politique mais plus encore toutes les institutions sociales ? La réponse tient à l'autodescription de la nouvelle société civile.

La révolution française a balayé [...] la compréhension de soi d'un ordre social hiérarchique qui était fragile depuis longtemps. Mais elle n'avait pas de concept alternatif de société moderne à proposer. Ses idées de constitution se restreignaient au système politique et, au demeurant, il s'agissait seulement de libérer les individus afin qu'ils déterminent eux-mêmes leurs modes de vie – une idée qui a vite été comprise dans le sens du « enrichissez-vous<sup>3</sup> ».

Selon l'image qu'elle a de soi, la révolution bourgeoise a renversé avec succès les ordres féodaux, elle a détruit définitivement les ordres intermédiaires et elle a créé un rapport immédiat entre l'État et les citoyens. Son autodescription ne laisse pas de place pour des ordres sociaux autonomes à côté de la société politique<sup>4</sup>. Rousseau a vu clairement cela : « Il importe donc pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il

1 Là-dessus en détail, voir le chapitre 4, 1<sup>ère</sup> section. Luhmann ne pose pas du tout seulement ces deux questions – autofondation et autolimitation – pour la politique mais pour tous les systèmes fonctionnels de la modernité, sans employer cependant explicitement la terminologie du constitutionnalisme. Il discute de ces questions à différents endroits, en particulier dans sa réflexion sur les sous-systèmes et l'intégration de la société. voir N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 601 sqq.

2 Sur ce rapport entre la fondation, la juridicisation et la constitutionnalisation des secteurs sociaux dans le cas d'Internet, voir le chapitre 4, et Gunther Teubner, « Globale Zivilverfassungen ? Alternativen zum staatszentrierten Konstitutionalismus », *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 63, 2003, p. 1-28.

3 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 1083.

4 Cette manière de voir fait toujours effet aujourd'hui, comme le montre le cas de J. Habermas lui-même : tandis que son œuvre de jeunesse (Jürgen Habermas, *L'espace public*, trad. M. B. de Launay, Paris, Payot, [1962] 1988 ; J. Habermas, *Protestbewegung und Hochschulreform*, Francfort, Suhrkamp, 1969) soutient avec force une constitutionnalisation démocratique des espaces sociaux, il revient, dans ses écrits plus tardifs, à une constitution de la société mondiale en se centrant exclusivement sur le politique (J. Habermas, « Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance ? », in J. Habermas, *Der gespaltene Westen*, Francfort, Suhrkamp, 2004, p. 113-193.)

n'y ait pas de société partielle dans l'État<sup>1</sup>. » Des institutions sociales autonomes ne feraient que perturber cette image de soi. Elles soulèveraient la question de la légitimité et des limites du pouvoir social et poseraient ainsi, à leur propos, la question constitutionnelle. Mais, elles n'ont pas besoin de faire l'objet de discussions car, après la révolution bourgeoise, tous les corps intermédiaires – états, églises, corporations – ont été soit ignorés, soit relégués dans la sphère privée, soit réprimés politiquement. Le rapport immédiat entre le citoyen et l'État remplace – ou mieux : empêche de voir – la multiplicité de nouvelles institutions sociales émergentes, dont la propre problématique constitutionnelle est ainsi tue et est condamnée à demeurer à l'état latent.

La liberté sociale est certes explicitement garantie, mais elle est comprise exclusivement comme l'épanouissement personnel des individus et elle n'est pas rapportée aux processus et structures supra-individuels, collectifs et institutionnels situés en dehors de la politique. Certes, il est impossible de ne pas apercevoir la formation, mais le problème est qu'elle ait été vue seulement comme le résultat de l'exercice individuel de la liberté<sup>2</sup>. Le droit subjectif n'est pas compris à cette époque comme un pouvoir juridique au service de l'intérêt privé ni comme une simple obtention du droit d'agir en justice. Il s'agit bien plus fondamentalement de la prétention de l'individu à être la source juridique de son propre droit. Le droit subjectif se transforme lui-même en source de droit autonome, d'abord en une *facultas*, ensuite en une liberté, qui autorise les sujets de droit – mais toujours seulement les individus et pas, par exemple, les institutions sociales – à établir des droits et à bâtir des ordres intersubjectifs<sup>3</sup>. Le droit privé soutient cette fondation individuelle et autonome d'ordres sociaux grâce au contrat et à la responsabilité civile. Ici aussi, bien entendu, tout est orienté en direction de l'individu : « Tout droit est la sanction de la liberté morale, inhérente à chaque homme<sup>4</sup>. »

1 Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, présentation B. Bernardi, Paris, GF, [1762] 2001, p. 69.

2 Là-dessus, voir évidemment D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, *op. cit.*

3 Pour une référence des droits subjectifs aux seuls êtres humains, Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, « Introduction à la doctrine du droit », trad. A. Renaut, AK 237, p. 26 : « la liberté [...] est cet unique droit originaire qui appartient à tout homme en vertu de son humanité ».

4 Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. 2, Berlin, Veit und Comp., 1840, p. 2 ; trad. fr. *Traité de droit romain*, t. 2, trad. M. Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot,

Même les normes du droit des sociétés, qui, dans les faits, établissent des institutions collectives privées, sont comprises à l'époque comme le résultat d'activités contractuelles des individus<sup>1</sup>. Comme le montre la fameuse querelle sur la nature de la personne juridique, les collectifs sociaux sont soit dégradés au rang de fictions de l'État, soit dissouts dans des relations contractuelles individuelles. Une « constitution d'entreprise » ou, plus généralement, une « constitution organisationnelle » entendue comme fondation et limitation de l'autonomie collective est impensable dans ce schéma.

En complément à cela, le droit constitutionnel étatique institue des droits fondamentaux qui garantissent les sphères de liberté des individus et non pas, par exemple, celles des institutions sociales. Le statut constitutionnel des secteurs sociaux est bien d'une certaine manière un thème de discussion, mais on le définit uniquement comme étant le produit de la liberté individuelle que garantit le droit privé et on l'écarte ainsi en le maintenant à un état latent. Dans les faits, c'est une simple « sémantique de transition » de l'autodescription de la société. Cette sémantique voit bien que les vieilles structures corporatives sont détruites mais elle ne reconnaît pas encore les nouveaux systèmes fonctionnels, les organisations formelles et les réseaux dans leur autonomie, c'est pourquoi elle attribue uniquement aux individus l'établissement des ordres sociaux<sup>2</sup>. Elle ignore ainsi bien sûr le problème persistant que posent les institutions sociales autonomes et leurs constitutions : comment leur autonomie doit-elle être garantie, comment leurs tendances à l'expansion doivent-elles être restreintes et comment une intégration sociale est-elle encore possible en dépit de leurs tendances centrifuges ?

Le fait que le nouvel ordre social soit plus complexe que le simple rapport immédiat d'une communauté à ses citoyens ayant des droits

---

1841, p. 2. Voir les personnes juridiques comme des fictions de l'État montre clairement que l'ordre social n'est pas pensé à partir des institutions, mais à l'opposé à partir des commandements normatifs de l'État et du pouvoir de volonté des individus ; voir Franz Wieacker, « Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts », in Ernst Forsthoff (dir.), *Festschrift für Ernst Rudolf Hubner zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Schwartz, 1973, p. 339-383, p. 361 *sqq.*

- 1 Contre cela, la polémique bien connue de Otto von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1863, p. 141 *sqq.*
- 2 Niklas Luhmann, « Subjektive Rechte : Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft », in Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, t. 2, Francfort, Suhrkamp, 1981, p. 45-104, ici : p. 80.

subjectifs a été explicitement constaté depuis Hegel. Celui-ci perçoit une pluralité d'ordres sociaux – famille, société civile, État – et il les introduit également dans sa théorie de la constitution<sup>1</sup>. Hegel est favorable à un système bicaméral, où la deuxième chambre est composée du « côté mobile de la société civile » dont les membres sont les représentants des « sphères » déterminées de la société civile et sont désignés par leurs corporations. Cette constitution politique corporatiste reflète en son principe la différenciation fonctionnelle de la société<sup>2</sup>. Tandis que les Lumières ne concevaient la société que dans les termes d'une opposition entre citoyen et communauté et défendaient, par conséquent, la démocratie et le suffrage universel, Hegel reconnaît la société civile comme une sphère intermédiaire entre la famille et l'État et il élabore un concept de société que l'on peut caractériser par une différenciation fonctionnelle associée à une structure hiérarchique. Le résultat n'est pas une constitution « corporative », et c'est à tort qu'elle est décrite comme un retour à l'ancienne société, mais une représentation de la société différenciée dans la politique. L'intégration de tendances centrifuges dans le système des besoins est cependant assignée exclusivement à l'État.

Plus tard, des théories institutionnelles et, en particulier, la nouvelle discipline qu'est la sociologie fournissent ensuite des bases plus complexes à l'autodescription de la société ; elles reconnaissent également la multiplicité des ordres sociaux non étatiques et cela précisément dans le cadre de la modernité et elles soulèvent ainsi au moins implicitement, à leur sujet, la question constitutionnelle<sup>3</sup>. En droit privé et en droit constitutionnel, ce n'est que beaucoup plus tard qu'ont commencé à avoir de l'influence

- 
- 1 Georg W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. J.-F. Kervégan, Paris, PUF, [1821] 1998.
  - 2 [N. d. T.] L'auteur distingue les ordres « corporatifs » des états féodaux et les ordres « corporatistes » du XX<sup>e</sup> siècle qui sont issus d'une représentation professionnelle et fonctionnelle, et il accorde un rôle central à la différence entre corporatisme « autoritaire » et corporatisme « sociétal ».
  - 3 Voir en particulier Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, [1883] 2004, p. 35 *sqq.*, p. 177 *sqq.* ; Santi Romano, *L'ordre juridique*, trad. P. Gothot et L. François, Paris, Dalloz, [1918] 1975 ; Maurice Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in M. Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la Nouvelle Journée* 23, Caen, Bloud & Gay, [1933] 1986, p. 89-128. Une vue d'ensemble sur les théories sociologiques des constitutions est présentée par Chris Thornhill, « Niklas Luhmann and the Sociology of Constitution », *Journal of Classical Sociology*, n° 10, 2010, p. 1-23 ; sur les constitutions des secteurs sociaux en particulier, voir Gert Verschraegen, « Differentiation and Inclusion : A Neglected Sociological Approach

certaines autodescriptions qui ne voient plus les ordres sociaux comme les simples produits d'individus agissant de façon autonome et privée mais comme des institutions ayant des logiques propres et différentes et à propos desquelles on prend conscience que l'autofondation collective, l'autolimitation et l'intégration dans la société sont aussi des problèmes constitutionnels<sup>1</sup>. La thématique du constitutionnalisme sociétal, au sens propre du terme, est ainsi soulevée. La question de savoir si le système politique joue un rôle décisif dans la constitutionnalisation des secteurs sociaux ou si ceux-ci se constitutionnalisent de façon autonome devait se développer et devenir l'une des questions cruciales du vingtième siècle.

#### LES CONSTITUTIONS TOTALITAIRES DE LA SOCIÉTÉ

Les totalitarismes politiques du vingtième siècle ont donné la réponse la plus radicale qui soit aux tendances centrifuges des sociétés modernes. Si le libéralisme constitutionnel a écarté les différents ordres sociaux en les maintenant dans un état de latence constitutionnelle, les conceptions totalitaires les mettent elles au centre de l'exigence étatique de contrôle. L'État totalitaire se caractérise, c'est bien connu, par le fait qu'il cherche à soumettre toutes les institutions sociales à sa constitution politique. Et cela a lieu sous la forme d'une réglementation constante de tous les domaines de la société. L'État totalitaire ne formule pas seulement, par exemple, des instructions pour les domaines de la société sous la forme d'une constitution sectorielle générale ni non plus seulement sous la forme de lois générales, c'est la mainmise politique immédiate qui règne. Ici aussi la question d'un constitutionnalisme sociétal demeure

---

to Fundamental Rights », in M. R. Madsen, G. Verschraegen (dir.), *Making Human Rights Intelligible*, *op. cit.*, p. 61-80.

1 Sur le droit privé, voir en particulier Ludwig Raiser, « Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht », in Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschafts-Wissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen (dir.), *Summum ius summa iniuria*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1963, p. 145-167. Sur le droit constitutionnel, voir Peter Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz : Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Heidelberg, C. F. Müller, 1983.

à l'état latent, non pas parce que l'on ignore les secteurs sociaux mais parce qu'ils sont soumis à l'exigence de totalité de l'État politique. Le parti politique unique qui, en tant que bureaucratie parallèle, couvre toutes les activités sociales et contrôle celles-ci politiquement, sert avant tout à ça<sup>1</sup>.

Un aspect remarquable, et cependant souvent ignoré, des régimes socialistes et fascistes est que, malgré leur exigence politique de totalité, ils n'accomplissent pas une différenciation complète de toute la vie sociale. Leur programme est au contraire : maintenir l'autonomie des secteurs sociaux, s'assurer le soutien de leurs élites en incluant des institutions « privées » dans la politique, instrumentaliser celles-ci politiquement. Les régimes totalitaires concentrent directement leur attention sur les sphères sociales d'autonomie issues de la différenciation fonctionnelle afin de pouvoir requérir d'elles un soutien et un rendement maximal à des fins politiques. Ils cherchent à réussir la « mise au pas », nécessaire à cette fin, des différents secteurs à l'aide d'une double stratégie raffinée. Les constitutions totalitaires de la société sont donc mal comprises lorsqu'on pense qu'elles suppriment de façon régressive la différenciation fonctionnelle au profit de la logique du politique<sup>2</sup>. L'État total tient compte, au contraire, de la différenciation fonctionnelle de la société moderne dans la mesure où il ne renonce pas à la pluralité des ordres sociaux mais les maintient, se fait soutenir par leurs institutions et les établit comme des organisations formelles et hiérarchiques en cherchant ainsi à les soumettre à son contrôle.

- 1 Sur les constitutions du fascisme, voir Ernst Nolte, *Le fascisme dans son époque*, 3 tomes : t. 1 *L'Action française*, t. 2 *Le fascisme italien*, t. 3 *Le national-socialisme*, trad. P. Stéphano, Paris, Julliard, 1963 ; Stanley Payne, *Geschichte des Faschismus : Aufstieg und Fall einer europäischen Bewegung*, Berlin, Propyläen, 2001. Sur la constitution de la démocratie des Conseils dans le socialisme, Ralf Burnicki, *Anarchismus und Konsens : Gegen Repräsentation und Mehrheitsprinzip : Strukturen einer nichthierarchischen Demokratie*, Francfort, Verlag Edition AV, 2002.
- 2 Nicolas Hayoz présente une analyse systémiste de la société soviétique et de ses rapports ambivalents à la différenciation fonctionnelle dans *L'étreinte soviétique : aspects sociologiques de l'effondrement programmé de l'URSS*, Genève, Droz, 1997. Pour la constitution sociale de la RDA, cette ambivalence – encouragement de la différenciation et de l'essai simultané d'une « homogénéisation » des sous-systèmes différenciés – est confirmée par Detlef Pollack, dans « Das Ende einer Organisationsgesellschaft – Systemtheoretische Überlegungen zum gesellschaftlichen Umbruch in der DDR », *Zeitschrift für Soziologie*, n° 19, 1991, p. 292-307, ici : p. 293 *sq.* Pour des analyses suivant la théorie des systèmes des régimes fascistes et national-socialistes, voir Ch. Thornhill, « Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy », art. cité.

Tandis que la première stratégie aboutit à une totalisation de l'organisation formelle, cette deuxième stratégie vise une totalisation de la politique. Elle cherche à contraindre la pluralité persistante des secteurs sociaux formellement organisés à une intégration politique en établissant grâce au parti unique un couplage strict entre ces secteurs et le système politique (elle ne les politise pas directement : la différence est décisive). Le système conseilliste des Soviets supprime le parlementarisme bourgeois et cherche à organiser politiquement toute la société de telle manière que les différents domaines de production soient (hiérarchiquement) constitués, et que le parti unique assume le contrôle politique des différents domaines de la société. La « nouvelle constitution économique et sociale » des États fascistes a pour caractéristique, en revanche, de substituer continuellement la rationalité planificatrice à la rationalité du marché tout en conservant également les institutions de base de l'économie de marché<sup>1</sup>. Sous le titre, trompeur en réalité, d'une restauration de l'État corporatif, les différents secteurs de la société sont conservés avec leur logique propre, mais ils sont organisés hiérarchiquement et contrôlés politiquement par l'organisation parallèle du parti fasciste. Le « corporatisme d'État » ou le corporatisme autoritaire désigne la forme de constitution étatique des organisations sociales, dans lesquelles la limitation du nombre que le monopole de la représentation ainsi que le caractère obligatoire des collectifs sociaux sont dus à des restrictions étatiques ciblées, à la suppression du pluralisme et à la réglementation usant de moyens juridiques coercitifs<sup>2</sup>. Les « sociétés organisées » de type autoritaire essaient aussi de parvenir à l'intégration des sphères sociales autonomes et centrifuges en les établissant de force comme des organisations formelles, en s'assurant de leur soutien par une intégration formelle dans la politique et en les disciplinant à l'aide d'un contrôle politique étroit<sup>3</sup>.

- 
- 1 Gert Brüggemeier fait ressortir le lien qui existe entre les constitutions sectorielles établies étatiquement et les structures sociales qui les sous-tendent dans le national-socialisme, dans *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus. Band 2 : Vom Faschismus bis zur Gegenwart*, Francfort, Syndikat, 1979, p. 25 *sqq.*, p. 35 *sqq.*
  - 2 Sur les caractéristiques du corporatisme d'État, voir Philippe C. Schmitter, « Still the Century of Corporatism? », in Fredrick B. Pike, Thomas Stritch (dir.), *The New Corporatism : Social-Political Structures in the Iberian World*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1974, p. 85-131.
  - 3 Une analyse détaillée comparant les constitutions d'un corporatisme autoritaire en Italie, en Espagne, au Portugal et en Allemagne se trouve dans Chris Thornhill, *A Sociology of*

Le caractère répressif des constitutions totalitaires de la société les a définitivement discréditées aujourd'hui. Leur échec historique est dû à deux graves erreurs qui concernent les structures de la société moderne. La double stratégie de ces constitutions qui consistait à maintenir l'autonomie des secteurs sociaux grâce au système des conseils ou à l'organisation de la société par catégorie professionnelle, et, en même temps, à utiliser cette autonomie à des fins politiques a, plus particulièrement, étouffé en définitive la dynamique de la différenciation fonctionnelle<sup>1</sup>.

La première erreur se trouve dans la stratégie organisationnelle. Elle ne peut que manquer son but parce qu'elle est aveuglée par l'efficacité de l'organisation formelle générale dans laquelle les énergies des professions et de leurs *constituencies* [bénéficiaires] sont concentrées. Dans la mesure où elle établit chaque grand système fonctionnel de la société comme une organisation hiérarchique formelle, l'interaction entre le noyau professionnellement organisé d'un système fonctionnel et la sphère spontanée qui lui correspond est suspendue – c'est-à-dire l'interaction entre les organisations gouvernementales et l'espace public, entre les entreprises et le marché, entre les tribunaux et les sujets de droit, entre les médias et le public. La stratégie organisationnelle méconnaît les arcanes de la différenciation fonctionnelle qui précisément tire parti de la sphère spontanée dans ses forces créatives<sup>2</sup>. Le potentiel de réflexion social n'est en aucun cas concentré dans les organisations formelles, les organisations scientifiques, les tribunaux, les entreprises médiatiques mais est simultanément actif dans les sphères spontanées de la société. La stratégie qui consiste à transformer entièrement les domaines fonctionnels

---

*Constitutions : Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge, 2011. La grande différence entre la constitution sociale du socialisme réel et celle du fascisme consiste en ce que la constitution socialiste évite strictement l'inclusion de groupes sociaux à travers un corporatisme autoritaire, et intensifie, à sa place, le contrôle de la société par le parti politique, voir *ibid.*, p. 327 *sqq.*

- 1 Nicolas Hayoz décrit l'effet des deux stratégies comme « l'empêchement ou le blocage de la différenciation fonctionnelle à un niveau régional » dans « Regionale 'organisierte Gesellschaften' und ihre Schwierigkeiten mit der Realität funktionaler Differenzierung », *Soziale Systeme*, n° 13, 2007, p. 160-172. Sur le blocage parallèle dans le fascisme, voir Ch. Thornhill, « Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy », art. cité.
- 2 Sur l'action conjuguée de la sphère d'organisation et de la sphère spontanée au sein des sous-systèmes sociaux, voir Gunther Teubner, « Globale Privatregimes : Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen der Weltgesellschaft », in Dieter Simon, Manfred Weiss (dir.), *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 437-453.

en organisations hiérarchiques néglige l'« idée selon laquelle aucun système fonctionnel ne peut gagner tout seul son unité propre en tant qu'organisation<sup>1</sup> ».

La seconde erreur réside dans la stratégie d'intégration typique que les constitutions totalitaires pratiquent à l'aide du parti politique unique. Cette stratégie manque son but parce qu'elle couple les secteurs sociaux et la politique d'une façon tellement stricte que les directives et les contrôles ultérieurs qu'exerce celle-ci, s'ils ne suppriment pas la dynamique propre aux autres systèmes fonctionnels, la paralysent d'une manière insupportable<sup>2</sup>. L'organisation formelle qu'ambitionnent les systèmes fonctionnels et leur politisation constante par le parti unique parviennent bien, à court terme, à une mobilisation imprévue des forces sociales. Mais, à long terme, cette concentration des énergies sociales est payée par une rigidité croissante, un manque d'adaptabilité et une créativité sociale moindre<sup>3</sup>.

## LES CONSTITUTIONS SECTORIELLES DANS L'ÉTAT SOCIAL

### LES LEÇONS DE L'HISTOIRE

Les conceptions de l'État social de la fin du xx<sup>e</sup> siècle ont soigneusement exploité ces expériences historiques : l'expérience de ce que le constitutionnalisme libéral a ignoré les ordres sociaux, tout comme l'expérience de ce que les régimes totalitaires les ont complètement accaparés. Les conceptions de l'État social ont, en conséquence, développé une position vraiment ambivalente quant à savoir si et comment les secteurs sociaux doivent être constitutionnalisés. Les totalitarismes

- 
- 1 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 841 *sqq.*, p. 1084 *sqq.* et Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2000, p. 384 *sq.*
  - 2 N. Hayoz, « Regionale, organisierte Gesellschaften und ihre Schwierigkeiten mit der Realität funktionaler Differenzierung », art. cité, p. 165 *sq.* ; D. Pollack, « Das Ende einer Organisationsgesellschaft », art. cité, p. 297 *sqq.* ; Ch. Thornhill, « Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy », art. cité.
  - 3 Sur l'échec étatique des régimes fascistes, voir Tim W. Mason, *Social Policy in the Third Reich : The Working Class and the « National Community »*, Oxford, Berg, 1993.

leur ont servi de leçon. Les constitutions de l'État social d'après 1945 peuvent être lues comme des réactions aux « programmes constitutionnels très interpénétrants et quasi-corporatistes des années vingt et aux processus de colonisation sociale menés par les régimes autoritaires des années trente<sup>1</sup> ». Elles respectent l'autonomie et l'efficacité des sous-systèmes sociaux et se gardent bien de soumettre leurs structures de base à une mainmise politique directe. C'est pourquoi les États sociaux se contentent seulement de leur donner un nombre modéré de directives-cadres constitutionnelles. Ils ont ainsi également tiré la leçon de l'abstinence constitutionnelle libérale. La dynamique collective propre aux sous-systèmes sociaux, dans ses externalités négatives comme dans ses tendances centrifuges, a pénétré si fortement la conscience publique, que la repousser vers l'état d'organisation latent de l'autonomie privée et individuelle n'est plus plausible.

La réaction est double. D'une part, l'État-providence organise beaucoup de régimes sociaux fonctionnels de façon autonome : l'éducation, la science, la santé, la radio et la télévision sont constituées comme des institutions semi-étatiques à qui l'État attribue une autonomie limitée. D'autre part, l'État-providence laisse à d'autres sous-systèmes, l'économie en particulier, une autonomie sociale mais assume lui-même la tâche de coordonner l'ensemble de la société<sup>2</sup>. Avec cette orientation, la politique de l'État-providence a la prétention, au delà de la simple réglementation de la société, de normer aussi la constitution interne des secteurs sociaux autonomes. Le prototype en est la constitution de l'entreprise qui a conféré un droit de cogestion aux groupes sociaux au moyen d'une législation étatique mais qui concède aux acteurs sociaux les résultats de l'autonomie.

Le problème que représente l'organisation de la société par l'État social est le suivant : comment peut-on encourager l'autonomie des sous-systèmes et, en même temps, éviter que les tendances centrifuges

- 
- 1 Chris Thornhill, « State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms : Outline for a Sociology of Constitutions », in M. R. Madsen, G. Verschraegen (dir.), *Making Human Rights Intelligible*, *op. cit.*, p. 25-60, ici : p. 45.
  - 2 Sur les deux formes du phénomène, voir Thomas Vesting, « Ende der Verfassung ? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne », in Stefan Koriath, Thomas Vesting (dir.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts : Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung ?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 71-93, ici : p. 75 *sqq.*

et expansionnistes de ceux-ci causent des dommages sociaux ? L'un des problèmes les plus aigus de différenciation fonctionnelle se traduit ainsi en une question de politique étatique de constitutionnalisation : quelle est l'ampleur de l'« expansion interne » que produit la société et dans quelles proportions cette dernière peut-elle endurer la monétarisation, la scientification, la médicalisation et l'expansion des médias de masse<sup>1</sup> ? Les différentes conceptions de la constitution sociétale de l'État social cherchent, par conséquent, à créer un équilibre précaire entre, d'un côté, les interventions constitutionnelles de l'État dans les ordres sociaux sectoriels et, de l'autre, le respect par le constituant étatique des constitutions particulières<sup>2</sup>. Mais comment cet équilibre peut-il être atteint ?

#### UN CONSTITUTIONNALISME SOCIÉTAL ÉTATISTE

Un constitutionnalisme sociétal institué de façon étatiste, tel qu'il est représenté dans le droit constitutionnel, fonctionne de façon déficiente face à cette situation problématique<sup>3</sup>. La constitution d'État ne prévoirait pas seulement des normes organisationnelles pour les trois pouvoirs de l'État mais aussi, en même temps, des normes « constitutionnelles sociales » ; elle élaborerait donc des normes constitutionnelles pour les institutions sociales non-étatiques. Dans la Loi fondamentale – en particulier dans la partie sur les droits fondamentaux et dans la délimitation des compétences législatives –, on trouverait au moins les éléments pour une constitution économique, une constitution culturelle, une constitution des médias, une constitution de l'armée et une constitution environnementale ; l'État normerait grâce à cela les structures de base prédonnées de ces secteurs sociaux. En tant que principes objectifs du droit, les droits fondamentaux « organiseraient » les sous-systèmes fonctionnels. Ce serait la tâche de la théorie du droit constitutionnel et de la juridiction constitutionnelle d'élaborer à partir de ces éléments un système cohérent de constitutions sociétales sectorielles étatiquement organisées.

1 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 757.

2 La précarité de cet équilibre est révélée par l'attitude ambivalente que la doctrine constitutionnelle maintient lorsqu'il s'agit de dire dans quelle mesure la Loi fondamentale n'est pas seulement une « constitution étatique » mais aussi une « constitution sociétale » ; voir Herzog / Grzeszick, in Maunz / Dürig, *Grundgesetz*, 58<sup>e</sup> complément, 2010, n° 50 sqq.

3 Le principal représentant est Rupert Scholz. De lui, voir *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, Munich, C. H. Beck, 1971, p. 154 sqq., p. 158 sqq. et *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978.

On doit certes mettre au crédit de cette conception le fait qu'elle pose explicitement la question de savoir si les institutions sociales peuvent être constitutionnalisées et, si oui, comment. Mais le problème est que sa réponse demeure étatiste. La critique qui lui est adressée s'avère insuffisante : elle ne voit ici qu'une hypostase inadmissible des seules normes de la Constitution allemande. Même l'argument selon lequel la constitution économique et les autres secteurs sociaux ne sont pas réglés par la Loi fondamentale mais sont laissés, conformément au « principe de neutralité » en matière économique, à la liberté organisationnelle du législateur doté d'une légitimité démocratique n'atteint pas le fond du problème, puisque cet argument voit ici seulement un problème de séparation des pouvoirs entre le législatif et le judiciaire<sup>1</sup>. La véritable problématique consiste à savoir jusqu'où la prétention constitutionnelle de l'État, qui ne se limite plus aux processus politiques au sens étroit, doit s'étendre, si elle doit réglementer dans tous ses détails l'ordre social et économique. La formulation révélatrice selon laquelle les normes constitutionnelles étatiques « organisent » elles-mêmes « les systèmes fonctionnels et les systèmes d'action de la société, libres et autonomes<sup>2</sup> », surestime typiquement le pouvoir de réglementation étatique face à l'obstination évolutive de la différenciation sociale. Il est clair qu'avec un tel habillage juridico-dogmatique le constitutionnalisme sociétal étatiste tend de façon inquiétante à se bloquer lui-même. Les sociétés organisées par l'État-providence connaissent aussi ces « effets pervers » lorsqu'elles comprennent la société comme une organisation quasi-étatique, lorsqu'« un corporatisme spécifique aux catégories professionnelles et un dirigisme d'État ont créé une société d'organisation assez rigide et très stratifiée<sup>3</sup> ». Tendanciellement, cela mène l'État à présumer de ses forces, cela conduit à une fausse étatisation de la société et à donner

1 Pour la critique, voir Bodo Pieroth et Bernhard Schlink, *Grundrechte : Staatsrecht II*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1998 ; Rainer Wahl, « Der Vorrang der Verfassung », *Der Staat*, n° 20, 1982, p. 485-516, ici : p. 508 *sqq.* ; Herbert Krüger, « Subkonstitutionelle Verfassungen », in *Die Öffentliche Verwaltung*, n° 29, 1976, p. 613-624.

2 R. Scholz, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, *op. cit.*, p. 131. La tentative pour relativiser l'étatisme établi par le concept d'une constitution sociétale « distancée » ne mène pas très loin : « Contrairement au mandat d'ordre omniprésent de la constitution interventionniste, la constitution distancée limite sa tâche disciplinante au processus social concret de comportement » (p. 157).

3 N. Hayoz, « Regionale, organisierte Gesellschaften und ihre Schwierigkeiten mit der Realität funktionaler Differenzierung », art. cité, p. 163 ; cette tendance est très critiquée

une écriture constitutionnelle aux positions de pouvoir établies au sein des secteurs sociaux<sup>1</sup>.

#### LA POLITISATION DES SECTEURS SOCIAUX

Les variantes du constitutionnalisme sociétal s'inscrivant dans la perspective de l'État social (au sens étroit du terme) cherchent à éviter les erreurs fondamentales des solutions étatistes. Elles voient clairement les dangers totalitaires qui apparaissent lorsque les constitutions sectorielles sont mises sous la curatelle de l'État, et c'est pourquoi, en dépit de la tendance à confier à l'État la constitutionnalisation de la société, elles exigent que les interventions relevant de la politique constitutionnelle prennent toujours en compte les particularités des relations sociales<sup>2</sup>. Dans cette optique, la constitution politique n'est pas un simple instrument de l'État mais une « directive normative » qui exige la participation démocratique et la protection des droits fondamentaux de toute la société. Les principes de la constitution politique, en particulier les droits fondamentaux, ne sont pas formulés seulement pour la constitution du processus politique de formation de la volonté : « ils incarnent des principes normatifs par lesquels la société s'oblige elle-même et qui doivent pénétrer toutes les relations sociales<sup>3</sup> ». Contrairement à un contrôle étatique direct des processus sociaux, ils prescrivent donc que l'État se borne à imposer aux institutions sociales de configurer leurs processus internes de décision selon le modèle des processus politiques étatiques. La constitutionnalisation de la société

---

en France par Yann Algan et Pierre Cahuc, *La société de défiance : Comment le modèle social français s'autodétruit*, Paris, éd. rue d'Ulm, 2007.

- 1 R. Scholz montre cela très clairement dans *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, *op. cit.*, p. 188 *sqq.* en tenant pour anticonstitutionnelle la « liberté interne de la presse » au sens d'une participation quasi-paritaire des rédacteurs sur la base d'un « droit constitutionnel de communication ».
- 2 « En définitive, seul les États constitutionnels tracent une distinction claire et établissent une séparation institutionnelle entre les sphères de l'autorité publique et de la société civile, lesquelles opèrent toutes deux selon des logiques sociétales différentes et par conséquent aussi selon des logiques juridiques différentes. » Ulrich K. Preuss, « The Guarantee of Rights : Horizontal Rights », in Michel Troper, Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité International de Droit Constitutionnel*, tome 3, Paris, Dalloz, 2012, II<sup>e</sup> section ; Ulrich K. Preuss, « The German *Drittwirkung* Doctrine and Its Socio-Political Background », in Andrés Sajó, Renáta Uitz (dir.), *The Constitution in Private Relations : Expanding Constitutionalism*, Utrecht, Eleven International, 2005, p. 23-32.
- 3 U. K. Preuss, « The Guarantee of Rights : Horizontal Rights », art. cité.

est, par conséquent, la tâche politique du législateur parlementaire, qui transpose les directives normatives de la constitution politique à chacun des domaines sociaux. De telles interventions constitutionnelles de l'État dans la société doivent cependant respecter les particularités du social qui résident pour l'essentiel, par contraste avec les relations verticales de la sphère publique, dans les relations horizontales de la sphère privée<sup>1</sup>.

À cet égard, la théorie sociologique du *private government* a effectué un travail pionnier dans la mesure où elle a analysé les entreprises et d'autres organisations privées comme des groupements politiques de domination et a encouragé, par conséquent, un transfert des principes politiques vers les organisations privées. Son mérite consiste à avoir reconnu les entreprises de l'économie privée comme étant en même temps des entreprises parapolitiques, comme des systèmes ayant pour fonction d'instaurer un pouvoir organisationnel en vue de prendre des décisions qui engagent collectivement tout le niveau de l'organisation<sup>2</sup>. Au sein des organisations économiques, orientées soi-disant exclusivement vers l'efficience du marché, cette théorie a pu identifier des processus authentiques de pouvoir, et tracer ainsi des analogies avec les grands systèmes politiques. En matière de politique juridique, il s'agit ici, de manière similaire, de critiquer et de démanteler le pouvoir et, en tous les cas, de légitimer le pouvoir économique en le limitant – et même en le constitutionnalisant. De manière analogue à la constitution du pouvoir politico-étatique, les *private governments* devraient asseoir leur légitimité en agençant de façon explicitement politique leurs règles organisationnelles et en protégeant les sphères de liberté de leurs membres à l'aide d'éléments équivalents aux droits fondamentaux. Les rapports de pouvoir

- 
- 1 La conception de la « constitution totale » présente une variante, qui ne concerne pas tant le rôle de la politique étatique lors de la constitutionnalisation des secteurs sociaux qu'au contraire celui du droit étatique, en particulier celui de la juridiction constitutionnelle et des élites juridiques. Voir Mattias Kumm, « Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law », *German Law Journal*, n° 7, 2006, p. 341-369; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004. Mais la « constitution totale » pourrait sous-estimer radicalement la contribution de l'autoconstitution des sous-systèmes en faveur de l'influence du droit.
  - 2 Les textes clés : Philip Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, Russell Sage, 1969; Robert A. Dahl, « Réalité sociale et économie de marché. Lettre à des amis d'Europe de l'Est », *Le débat*, 1990/5, n° 62, p. 137-142 et Robert A. Dahl, *Après la révolution? L'autorité dans une société modèle*, trad. A. de Méredieu, Paris, Calmann-Lévy, 1973, p. 171 *sqq.*

au sein de la société doivent être limités par une constitutionnalisation, en particulier grâce à des droits fondamentaux, dont est responsable le législateur parlementaire.

Toutefois, la théorie du *private government* se cantonne trop étroitement aux organisations formelles, voire seulement aux entreprises économiques. Que la prétention de constitutionnalisation soit étendue à tout le processus économique et en même temps à d'autres processus sociaux est donc ce que réclament des théories de plus grande envergure qui sont en faveur d'une constitution sociale étatique de l'économie et de la société. Le point de départ fut l'idée politique de la « constitution du travail », c'est-à-dire « de cet ordre qui appelle les employés à exercer ensemble – dans les domaines déterminés par la loi ou par contrat – des droits de décision, réservés auparavant exclusivement aux employeurs<sup>1</sup> ». Cette idée s'est encore plus généralisée par la suite. La constitution politique est comprise comme une « constitution sociétale totale » et a pour conséquence que la codécision démocratique et la garantie des droits fondamentaux doivent être étendues par le législateur, qui seul peut légitimement le faire, à toutes les organisations socialement pertinentes<sup>2</sup>. Ce programme implique que l'ordre social capitaliste soit discipliné par des interventions de la politique étatique. Ces interventions débutent, en grande partie, par des réglementations juridiques de la société. Mais elles sont pour une bonne part aussi mises en œuvre indirectement parce qu'elles imposent aux sous-systèmes sociaux des constitutions qui suivent le modèle de la politique démocratique. À l'arrière-plan, en théorie sociale, on trouve des approches de la transformation de la société comme celle de Polanyi, qui constatent l'économisation inexorable de la société en même temps qu'elles repèrent des contre-mouvements sociaux qui cherchent à reconstruire grâce à

1 Hugo Sinzheimer, « Das Wesen des Arbeitsrechts », in Hugo Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Francfort, Europäische Verlagsanstalt, [1927] 1976, p. 108-114.

2 De façon programmatique, Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975, p. 47 *sqq.* et Helmut Ridder, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat*, Stuttgart, Fischer, 1960, p. 18 ; U. Preuss, « The Guarantee of Rights : Horizontal Rights », art. cité. En droit comparé : Gavin W. Anderson, « Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism », *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n° 17, 2004, p. 31-59. Sur une transcription du programme de l'UE : Florian Rödl, « Constitutional Integration of Labour Constitutions », in Erik Eriksen *et al.* (dir.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union*, Londres, Routledge, 2009, p. 152-171.

des « institutions culturelles spécifiques » un « bouclier » contre une économisation totale de la société<sup>1</sup>.

De telles interventions constitutionnelles de l'État social dans la société sous-estiment, toutefois, systématiquement le potentiel constitutionnel que les institutions sociales ont en propre, même lorsqu'elles veulent respecter l'autonomie de celles-ci. Ces interventions surestiment, en même temps, les capacités cognitives et celles liées au pouvoir qu'aurait le législateur constitutionnel parlementaire. C'est une illusion de croire que la législation politique pourrait définir de façon autonome, en vertu de sa légitimation démocratique, les normes fondamentales de l'économie, de la science, de l'art, de la santé, des médias de masse et qu'elle les impose au moyen du droit constitutionnel. Friedrich Schiller savait déjà ce qu'il en est de la constitution interne de l'art et de la science : « [...] l'un et l'autre jouissent de l'absolue immunité du libre-arbitre des êtres humains. Le législateur politique peut interdire leur domaine ; il ne peut y régner<sup>2</sup> » – même lorsqu'il renonce à des règlements de détail et se borne à leur octroyer une constitution sectorielle. La constitution politique n'est pas un « plan normatif, d'après lequel la société devrait se développer » ; elle n'est pas le « projet d'une bonne société, d'un futur qu'il convient de choisir<sup>3</sup> ». C'est pourquoi, en ce qui concerne les constitutions sociétales sectorielles, la « politisation [directe] des problèmes [...] est la meilleure manière de détruire les processus d'auto-organisation, complexes et invisibles, dans une société<sup>4</sup> ». La différenciation fonctionnelle de la société n'est pas une question de décision politique fondamentale mais un processus évolutif complexe, où des distinctions directrices se

- 
- 1 K. Polanyi, *La Grande Transformation*, *op. cit.*, p. 193 *sqq.*, p. 305 *sqq.* Dans la discussion sur le droit constitutionnel économique se rapportent explicitement aux idées de Polanyi : Marc Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht : Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 6 *sqq.* ; Christian Joerges, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », in Christian Joerges, Ernst-Ulrich Petersmann (dir.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, Hart, 2010, p. 491-528.
  - 2 Friedrich Schiller, *Über die ästhetische Erziehung des Menschen in einer Reihe von Briefen*, Francfort, Suhrkamp, [1879] 2009, 9<sup>e</sup> lettre ; trad. fr. *Lettres sur l'éducation esthétique de l'homme*, 9<sup>e</sup> lettre, trad. R. Leroux, Paris, Aubier, [1795-1796] 1943, p. 108.
  - 3 N. Luhmann, « Politische Verfassung im Kontext », art. cité, p. 21.
  - 4 Karl-Heinz Ladeur, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 185. La politisation est vue ici comme apportant une solution à des problèmes à travers la politique institutionnalisée, et non pas dans le sens d'une politisation du sous-système lui-même. Voir le chapitre 5.

précisent progressivement et où des institutions spécialisées se forment avec leur propre logique. Dans ce processus, les systèmes fonctionnels définissent eux-mêmes leur propre identité à travers des sémantiques élaborées, auto-interprétatives, réflexives et autonomes. La politique constitutionnelle peut au mieux se rattacher à de tels développements et, dans une certaine mesure, intervenir en les corrigeant, mais elle ne peut pas les normer eux spécifiquement en tant que tels<sup>1</sup>.

Ce qui vient aggraver les choses est que la constitutionnalisation de la société dans le sens de l'État social commet régulièrement une erreur de catégorie, lourde de conséquences : on transfère sans vérification les modèles de décision de la politique aux secteurs sociaux. Derrière cela, il y a l'espoir que les tendances à l'autonomisation, jugées inquiétantes, des sous-systèmes sociaux puissent être endiguées si, à l'intérieur des sous-systèmes, des processus politiques de formation du pouvoir et de formation du consensus peuvent être institutionnalisés – élections, représentation, opposition organisée, représentation pluraliste d'intérêts de groupes, négociation, prise de décision collective. Le but n'est absolument pas d'encourager une fausse politisation des institutions sociales, sur le modèle de la représentation proportionnelle des partis, mais on l'accepte comme un effet secondaire. Parvenir à l'intégration des dynamiques divergentes des systèmes, d'une manière politique, en leur imposant une constitution « politique » interne est le but véritable de la constitutionnalisation sociale étatique. C'est en ce sens que se comprend la clause de l'État social dans la Loi fondamentale : elle oblige les institutions sociales à avoir elles aussi des structures homogènes avec les processus de décision politico-étatiques<sup>2</sup>. La réforme universitaire des années mille neuf cent soixante-dix fournit une illustration de telles transpositions irréfléchies où les mécanismes de légitimation et de contrôle, qui n'ont de sens que dans le domaine politique, sont transférés tels quels aux institutions sociales<sup>3</sup>. Le mal répandu par la démo-bureaucratization des universités est symptomatique des effets contre-productifs que provoque une telle imitation mimétique des

1 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 745.

2 H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, op. cit. et H. Ridder, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat*, op. cit.

3 L'optimisme sans bornes en une telle transposition du modèle de décision politique dans des secteurs éloignés du politique est illustré par J. Habermas, *Protestbewegung und Hochschulreform*, op. cit.

institutions politiques dans d'autres secteurs. Ce n'est pas un hasard s'il n'est plus question de cette sorte de constitutionnalisation des universités. Dans le même temps, un débat plus approfondi portant sur la constitution de la science a été ainsi discrédité.

L'erreur fondamentale du constitutionnalisme social étatique tient au fait que, tout en critiquant à raison la séparation libérale entre l'État et la société, le dualisme entre le public et le privé et la négligence du droit constitutionnel à l'égard des secteurs sociaux, il tire ensuite une conséquence fautive de cette critique. Déconstruire la distinction privé / public est devenu un rituel aujourd'hui ; cependant, le mode de penser typique de l'État social qui en découle – remplacer cette distinction par une fusion, à tous les niveaux de la société, du public et du privé – est tout simplement erroné<sup>1</sup>. Les sociologues ont maintes fois remarqué la chute du mur entre l'État et la société, mais ils ne peuvent rien imaginer d'autre, à sa place, qu'une politisation de l'ensemble de la société<sup>2</sup>. De même, des théoriciens du droit ont sans cesse attaqué la distinction entre droit public et droit privé parce qu'elle est inadaptée, mais ce n'est que pour la remplacer ensuite par l'hypothèse vague selon laquelle le droit privé est politique de part en part<sup>3</sup>. Au lieu de remplacer un dualisme obsolète par des modèles plus complexes de différenciation plurielle puis d'orienter les constitutions sociétales sectorielles uniquement d'après leurs différences, les conceptions de l'État social préconisent une politisation continue de la société et cherchent à la mettre en forme en étendant aux institutions sociales les plus diverses les prétentions normatives que la constitution politique exige de l'organisation de l'État. La conséquence en est que les différences fondamentales entre

- 
- 1 D'importantes contributions là-dessus : Morton J. Horwitz, « The History of the Public / Private Distinction », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 130, 1982, p. 1423-1428 ; D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 192 *sqq.* En revanche Klaus F. Röhl et Hans C. Röhl sont sceptiques dans *Allgemeine Rechtslehre : Ein Lehrbuch*, Cologne, Heymann, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 412 *sqq.*
  - 2 Voir le *locus classicus*, J. Habermas, *L'espace public*, *op. cit.*, p. 99 *sqq.* ; pour une vue différente, voir du même, *Droit et démocratie : Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, [1992] 1997, p. 386 *sqq.*
  - 3 David Kennedy, « Background Noise ? The Underlying Politics of Global Governance », *Harvard International Review*, n° 3, 1999, p. 52-57 ; Karen Engle, « After the Collapse of the Public / Private Distinction : Strategizing Women's Rights », in Dorinda G. Dallmeyer (dir.) *Reconceiving Reality : Women and International Law*, American Society of International Law, Washington, 1993, p. 143-155.

la logique propre à la politique et les secteurs sociaux autonomes sont nivelées de façon inadmissible<sup>1</sup>. En effet, la conception sociale étatique des constitutions sociales développe

une compréhension profondément naïve de la relation État-société comme si l'État pouvait dicter la structure de la société ; elle considère à tort les relations étroites de l'État avec d'autres secteurs fonctionnels de la société (avec le droit et l'économie, en particulier) comme étant la preuve d'une dominance structurelle de l'étatique, et elle échoue à analyser les motifs sous-jacents aux interdépendances entre l'État et les autres secteurs fonctionnels (le droit et l'économie, en particulier)<sup>2</sup>.

À l'opposé de cela, il s'agit de laisser leur droit propre aux sphères sociales autonomes à travers des normes constitutionnelles, et il s'agit d'établir un équilibre précaire entre leur autonomie constitutionnelle et les interventions constitutionnelles de type politique<sup>3</sup>. Comme on l'a dit déjà, c'est absolument ce qu'ambitionnent les conceptions sociales-étatiques. Mais l'intégration des dynamiques autonomes divergentes ne peut être atteinte si l'on comprend les sous-systèmes sociaux comme des systèmes (para-)politiques et si on les organise en conséquence. En appeler seulement au législateur pour prendre en compte aussi les particularités des relations horizontales entre des parties privées paraît être un correctif peu adapté. Ce qui manque aux conceptions sociales-étatiques, c'est le respect inconditionnel de la rationalité et de la normativité propres aux systèmes fonctionnels de la société, lesquelles se réalisent dans les constitutions propres aux secteurs sociaux.

1 C'est le cœur de la polémique qu'a pointée à juste titre Ladeur contre les tendances à l'expansion excessives des prétentions étatiques à la validité, Karl-Heinz Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft : Zur Verteidigung der Rationalität der « Privatrechtsgesellschaft »*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, en particulier, p. 119 *sqq.*

2 Ch. Thornhill, « State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms : Outline for a Sociology of Constitutions », art. cité, manuscrit, p. 5 *sqq.*

3 C'est dans cette direction qu'argumente aussi Jens Steffek dans « The Legitimation of International Governance : A Discourse Approach » (*European Journal of International Relations*, n°9, 2003, p. 249-275, ici : p. 258), lorsqu'il souligne que les formes différentes de gouvernance ont besoin d'une procédure et de principes de légitimation différents.

## LA CONSTITUTION ÉCONOMIQUE COMME CONSTITUTION SOCIÉTALE

### LA CONSTITUTION ORDOLIBÉRALE DE L'ÉCONOMIE

Le respect inconditionnel de la politique envers la constitution propre à l'économie – c'est ce qui distingue la position économique qui s'oppose à la constitutionnalisation sociale étatique de la société. Cette position insiste sur une constitution de l'économie qui soit autonome face à la politique. Son potentiel prometteur pourrait résider dans le fait de voir dans la constitution de l'économie le paradigme d'une pluralité de constitutions sectorielles autonomes. Mais elle gâche ce potentiel en usant de concepts economicistes réducteurs et douteux au point qu'elle rabat fatalement la constitution sociétale sur la constitution économique. En exact parallèle avec l'erreur selon laquelle il serait possible d'intégrer la société par la politisation interne de ses secteurs que font les conceptions constitutionnelles de l'État social, cette approche économique commet l'erreur de vouloir parvenir à une intégration de la société en cherchant à institutionnaliser les mécanismes du marché et la logique de la concurrence dans tous les secteurs sociaux.

La propriété, le contrat, la concurrence, les institutions monétaires – ces institutions fondamentales forment, dans l'ordolibéralisme, la constitution autonome de l'économie, qui ne se crée pas avec les normes du droit constitutionnel étatique mais qui résulte de l'action conjuguée de l'autorégulation économique, des connaissances fournies par les sciences économiques et de la réglementation politico-juridique. La légitimité des institutions formant le droit constitutionnel économique ne dérive pas des décisions politiques du législateur mais, en premier lieu, de la légalité propre à l'agir économique. Des interventions juridico-étatiques ne sont justifiées que dans un seul cas, mais alors nécessaires. Si l'économie déclenche des dynamiques autodestructives, en limitant notamment la concurrence par des cartels et des monopoles, l'État doit les empêcher. De telles interventions ne doivent pas cependant avoir lieu sous la forme d'actes discrétionnaires du pouvoir politique mais seulement en vertu de lois juridiques générales<sup>1</sup>.

1 *Locus classicus* : Franz Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf : Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden*

Cette approche pourrait bien fournir, comme on l'a dit, un modèle de pensée stimulant pour une quantité de constitutions sociétales particulières, mais elle souffre d'un économisme bien trop étroit. Elle se focalise, en particulier, exclusivement sur le conflit constitutionnel entre l'économie et la politique qu'elle résout unilatéralement en faveur du primat de l'économie. En revanche, les conflits constitutionnels non moins importants entre l'économie et les autres sous-systèmes sociaux sont complètement occultés. Cela apparaît clairement dans la théorie ordolibérale des droits économiques fondamentaux. Ceux-ci sont exclusivement identifiés aux droits du citoyen économique face aux tendances expansionnistes de l'État. Cette théorie ne cherche jamais dans l'économie des équivalents véritables aux droits politiques fondamentaux, c'est-à-dire des mécanismes de protection constitutionnels face aux tendances de l'économie à l'expansion vers d'autres secteurs sociaux autonomes<sup>1</sup>. Si l'on prend le concept d'une constitution économique au sérieux, alors celle-ci devrait contenir aussi, aux côtés des règles fondamentales qui constituent l'économie, des règles pour limiter ses dynamiques expansionnistes. Si l'ordolibéralisme réclame emphatiquement la limitation de l'expansion politico-étatique, il se rend aveugle quand il s'agit de limiter les tendances de l'économie à l'expansion. Certes, il thématise la question de savoir comment le pouvoir économique peut être limité dans le cas des cartels et des monopoles, mais il s'en tient à ses effets économiques internes sur les marchés et leurs citoyens. Ce qui est occulté sont les externalités, c'est-à-dire les effets plus dramatiques de l'expansion économique qui peuvent avoir lieu sur les secteurs sociaux autonomes, et dont il faut protéger l'intégrité par des droits fondamentaux, qu'il s'agisse de l'intégrité des domaines d'action des individus ou des institutions sociales. Un véritable équivalent des droits politiques fondamentaux, qui, comme chacun sait, tracent des limites aux interventions de la politique dans la société par des moyens politiques, se trouverait dans des règles contre l'expansion de la rationalité économique dans les domaines de la science, de l'art, de la médecine, de la culture et de l'éducation. Et ce seraient des normes contre la violation

---

*Wirtschaftsordnung*, Berlin, Heymanns, 1933 ; le représentant le plus réputé aujourd'hui : Ernst Joachim Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

1 Ceci est élaboré, de façon exemplaire, dans ses dimensions constitutionnelles par M. Amstutz, dans *Evolutorisches Wirtschaftsrecht*, *op. cit.*, p. 11 *sqq.*

de l'intégrité individuelle par l'agir économique. L'ordolibéralisme pose certes l'exigence d'une réduction du pouvoir économique par des normes juridiques ou, en tous les cas, de sa limitation, par exemple grâce à des normes qui obligent à contracter ou interdisent la discrimination pour les entreprises dominant le marché. Mais il n'a pas de réponse au problème véritable des droits fondamentaux d'une constitution de l'économie, et il ne thématise même pas la menace que représente la rationalité économique pour l'intégrité individuelle et l'intégrité institutionnelle, et cela aussi bien dans des situations sans pouvoir économique, c'est-à-dire précisément dans des situations où le marché, la concurrence, le médium de l'argent, le mécanisme des prix et le principe du profit fonctionnent normalement.

Une occasion actuelle de le faire serait offerte par les récentes tendances à la privatisation qui font que des activités, auparavant étatiques, sont organisées à présent conformément au marché. Pour une constitution de l'économie digne de ce nom, ces tendances représenteraient une provocation durable parce que maintenant les menaces sur les droits fondamentaux ne viennent plus des instances étatiques mais des activités privées. Dans le cas des universités privatisées, ces questions de droit constitutionnel économique devraient par exemple se poser : donner le droit au gestionnaire d'une université SARL d'adresser des directives aux chercheurs sur des questions concernant la recherche serait-il inconstitutionnel ? Les privilèges attribués habituellement aux États-Unis et en Grande-Bretagne aux enfants d'anciens étudiants et de riches donateurs sont-ils licites ? Une université privée peut-elle réduire la recherche fondamentale si elle n'est pas assez rentable ? La liberté de la science et l'orientation de la formation de l'éducation, lorsqu'elles sont subordonnées à la rationalité économique et non pas à la rationalité politique, ne sont pas moins menacées.

Mais la réduction economiciste ne se cache pas seulement dans la vision insuffisante des droits fondamentaux économiques. Il est tout aussi problématique de vouloir fonder l'autonomie de la constitution de l'économie sur l'autorité des sciences économiques, comme le fait essentiellement Mestmäcker – et cela autant avant qu'après la crise financière. La légitimité des institutions économiques reposerait sur leur propre légalité, fondée scientifiquement, et non pas sur des choix politiques. La prétention à la vérité des sciences économiques donnerait à la constitution économique une autonomie à l'égard de la revendication

de pouvoir émise par la constitution politico-étatique, même si celle-ci peut invoquer la légitimation démocratique. Ces simples questions suffisent à montrer à quel point est grotesque une telle conception néo-jusnaturaliste : une théorie cognitive qui offre des explications causales et un pronostic, comme les produit la science économique, fabrique-t-elle déjà de la légitimité normative ? N'a-t-on pas besoin d'explications et de décisions « politiques » au sens large pour accomplir le saut du cognitif au normatif ? Quelle est la stabilité d'une constitution fondée sur la science, lorsqu'elle est confrontée à des controverses qui ne sont pas solubles à l'intérieur de la science ? La science n'a pas besoin de les trancher, parce qu'elle n'est pas soumise à la contrainte d'avoir à trancher. Mais le droit constitutionnel économique doit décider. A-t-on donc affaire, dans le cas de la justification de l'ordolibéralisme par la science économique, à une décision politique masquée ?

Une constitution économique autonome ne peut tout bonnement pas être légitimée par le technocratisme des contraintes économiques techniques. Comme toute constitution sectorielle, de type politique ou sociétal, elle est le produit d'innombrables décisions prises dans l'incertitude des alternatives. C'est en cela que se trouve un élément « politique » irréductible. La constitution économique qui n'en tiendra pas compte souffrira donc d'un déficit de légitimation auquel ni un examen scientifique, ni le professionnalisme, ni des mécanismes de concurrence ne pourront remédier. On doit toutefois se garder de confondre, de façon précipitée, cet élément « politique » avec une connexion à la politique étatique. Il s'agit ici au contraire de généraliser les hypothèses de la théorie du *private government* mentionnées ci-dessus selon lesquelles, en effet, des décisions « politiques » au sens large, c'est-à-dire des décisions liées au bien commun, ne sont pas prises seulement dans la politique institutionnalisée mais dans beaucoup de lieux de la société, en particulier dans l'économie. C'est là que se trouve le potentiel des constitutions sociales sectorielles qui donne un fondement à ces processus « politiques » extérieurs à la politique institutionnalisée. Leur autonomie ne doit pas être fondée sur la science, ni sur le marché et les mécanismes de la concurrence, mais sur les processus « politiques » de constitutionnalisation qui s'effectuent à l'intérieur de l'économie. Nous y reviendrons plus loin<sup>1</sup>.

---

1 Pour le détail, voir chapitre 4, V<sup>e</sup> section.

LA *CONSTITUTIONAL ECONOMICS*

Au sein de l'économie, une théorie constitutionnelle autonome a pris forme entre-temps : la *constitutional economics* [l'économie constitutionnelle]<sup>1</sup>. Elle ne se limite pas expressément à la constitution de l'économie au sens étroit, elle tient à ce que chaque groupement social et chaque institution sociale s'appuie sur ses propres règles constitutionnelles, lesquelles donnent un fondement aux règles opérationnelles. Par rapport à la réduction de la constitution sociétale à la constitution économique, c'est un progrès intéressant qui ouvre une perspective, au-delà de la constitution économique, à de nombreuses autres constitutions sectorielles dans la société. Ce progrès, cependant, est de nouveau annulé par une autre vue étroite : les règles de telles constitutions doivent être orientées exclusivement selon les principes du *rational choice*. Or une telle théorie ne peut pas développer une perspective d'ensemble sur la société, elle ne peut pas mettre au jour les effets destructifs de l'économie sur ses environnements.

En définitive, un impérialisme économique est ici à l'œuvre qui anime la constitution économique ordolibérale tout comme les constitutions de groupes de la *constitutional economics*. Les théories aussi bien que la pratique se comportent de façon impérialiste. En présentant des modèles de tous les comportements sociaux, ces théories prétendent aussi pouvoir expliquer le comportement en dehors du cadre des transactions monétaires. La théorie du *rational choice* se déclare compétente pour tout, aussi bien pour la constitution intérieure de l'amour, que de la science, de la santé ou de la politique. Elle reste aveugle au *proprium internum* des autres rationalités. Même les nouvelles théories de la *behavioral economics*

1 Son fondateur : James M. Buchanan, *Constitutional Economics*, Oxford, Blackwell, 1991 et *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994. Pour une discussion plus récente, voir Walter E. Block, « A Critical Look at The Calculus of Consent », *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, n° 8, 2010, p. 433-450 ; Viktor Vanberg, « Market and State : The Perspective of Constitutional Political Economy », *Journal of Institutional Economics*, n° 1, 2005, p. 23-49 ; Stefan Okruch, « Verfassungswahl und Verfassungswandel aus ökonomischer Perspektive », in Klaus Beckmann, Jürgen Dieringer, Ulrich Hufeld (dir.), *Eine Verfassung für Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 91-115. Pour la constitution du droit privé en particulier, voir Wolfgang Kerber et Viktor Vanberg, « Constitutional Aspects of Party Autonomy and its Limits : The Perspective of Constitutional Economics », in Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill (dir.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, De Gruyter, 2001, p. 49-79.

[économie comportementale], qui argumentent contre la domination universelle du *rational choice* au nom du réalisme, restent attachées au paradigme économique et ne proposent que des corrections, fondées empiriquement, du modèle. Mais la pratique économique est elle aussi impérialiste. Elle ne reconnaît qu'au marché, au profit et à la concurrence la qualité de formes de coordination sociale, et elle les étend aussi par tous les moyens – même par le biais d'interventions politiques constructivistes – aux secteurs extérieurs aux transactions monétaires, et précisément à eux.

Le constitutionnalisme économique, la théorie des coûts de transaction, la théorie des droits de propriété, le *public choice*, l'économie des institutions et l'économie du droit représentent différents courants d'un même mouvement qui veut remplacer les concepts soi-disant épuisés de bien commun, de justice et de solidarité par l'idéal de l'efficacité économique. Le mouvement adopte le pathos du droit naturel, et invoque la « nature » aussi bien que la « raison ». Les lois propres au marché et à l'organisation doivent former la nature de la société moderne, qui doit refléter aussi la constitution juridique de l'économie et de la société. Et la philosophie du « *rational choice* » élabore les principes rationnels de cet ordre, qui prétendent à la validité aussi bien pour les ordres constitutionnels politiques que pour les ordres sociaux<sup>1</sup>. Elle se présente elle-même comme le résultat d'un changement de paradigme qui relaie les orientations morales et politiques antérieures et ne tolère pas, dans sa prétention à l'exclusivité, d'autres paradigmes à côté d'elle<sup>2</sup>. Elle se prévaut en particulier pour cela de sa victoire historique dans les ordres sociaux modernes, de l'institutionnalisation de la rationalité économique à toute la société, au monde entier quasiment aujourd'hui. C'est là certainement que repose sa grande force. Car, qui peut se dérober à l'argument que la société moderne est une société économique et qu'un droit constitutionnel moderne a à développer des formes de droit adéquates au marché et à l'économie ?

Mais sa grande faiblesse vient, dans le même temps, de sa prétention impérialiste. Captive de sa propre optique, elle ne peut voir, dans

1 Brian Barry, *Theories of Justice : A Treatise on Social Justice I*, Londres, Harvester Wheatsheaf, 1989.

2 Par exemple, George L. Priest, « The New Legal Structure of Risk Control », *Daedalus*, n° 119, 1990, p. 207-227.

les transformations sociales, que la relève d'un monocontextualisme moral et politique par un monocontextualisme économique. Dans une optique sociale d'ensemble, on voit au contraire que la raison unique de la modernité classique s'est changée, dans la modernité avancée, en un polycontextualisme, en un pluralisme de rationalités partielles, qui interdit au droit des constitutions étatique et sociale de réagir en incorporant seulement la rationalité économique. Au côté de l'économie, ce sont surtout la politique, la science et la technologie, la santé, le système des médias, le droit lui-même et une quantité d'organisations formelles qui suivent des rationalités et des normativités tenaces et donnent forme, par conséquent, à des ordres constitutionnels autonomes. Essayer de maîtriser ces dynamiques divergentes à travers une économisation forcée n'est pas moins douteux que d'essayer de les politiser par la constitutionnalisation sociale étatique.

#### LE PLURALISME CONSTITUTIONNEL

Cet examen des différentes variantes d'un constitutionnalisme sociétal permet de dégager un résultat intermédiaire : on peut considérer que la tendance du constitutionnalisme libéral à ignorer les secteurs sociaux est discréditée aujourd'hui. Tout d'abord, le contre-modèle totalitaire qui étendait la prétention de réglementation continue de l'État à tous les secteurs de la société est discrédité à juste titre. À l'opposé, les conceptions actuelles du droit qui sont en faveur de l'État social soulignent que l'État doit normer les constitutions des secteurs sociaux, que celui-ci n'est donc légitime que s'il respecte en même temps leur autonomie. Elles ratent toutefois la dynamique constitutionnelle propre aux systèmes sociaux, lorsqu'elles insistent sur la prétention du constituant politique démocratiquement légitimé à organiser ces secteurs et lui imposent seulement, à cette occasion, une restriction peu efficace, celle de tenir compte si possible des particularités des différents secteurs de la société. L'injection incessante de procédures politiques uniformes de pouvoir et de consensus dans les secteurs sociaux les plus différents a un effet contre-productif. Au contraire, les théories économiques misent à juste

titre sur l'autonomie de la constitution sectorielle de l'économie. Mais elles perdent leur crédibilité en tablant exclusivement sur la rationalité partielle de l'économie, en repoussant toutes les autres rationalités sectorielles comme irrationnelles et en comptant sur une intégration de l'ensemble de la société grâce aux mécanismes du marché et de la concurrence.

Il s'agit donc de naviguer entre la Scylla des constitutions sociétales favorables à l'État social et la Charybde d'une constitutionnalisation purement économique. Le « droit constitutionnel conflictuel » de Wiethölter fournit une boussole, au sens où les constitutions sociétales sectorielles sont autonomes et n'ont besoin d'une intervention politique qu'en cas de crise :

Prendre l'autonomie au sérieux veut dire que l'on se fie à l'autodétermination et, en même temps, à l'externalisation inévitable (contrôle de l'extérieur), qui ne doit pas être comprise comme une détermination étrangère, mais comme un soutien possible de l'extérieur dans les situations où le recours à ses propres moyens est impossible. Elle serait comparable à l'aide thérapeutique et à des structures de soutien en dehors du droit<sup>1</sup>.

Différentes variantes du pluralisme constitutionnel essayent, en effet, de maintenir cette ligne de route difficile<sup>2</sup>. Dans plusieurs pays d'Europe occidentale, on expérimente une quantité de constitutions sociétales sectorielles autonomes tout en reconnaissant en tous cas à la constitution politique le statut de *primus inter pares*. D'après cela, la politique constitutionnelle et le droit constitutionnel se déroulent non seulement dans les institutions étatiques, mais partout dans la société. On ne dira pas seulement « *ubi societas, ibi jus* » [« là où il y a une société, il y a un droit »] mais aussi « *ubi societas, ibi constitutio* » [« là où il y a une société, il y a une constitution »]. Dans de nombreux lieux de la société prennent forme des ordres autoconstituants qui sont stabilisés à des degrés divers par des normes juridiques constitutionnelles. Le droit doit, par conséquent, donner forme à un « constitutionnalisme multilatéral » qui

1 Rudolf Wiethölter, « Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung : Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers », *Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n° 3, 1988, p. 1-28, ici : p. 27 sq. Sur le programme d'un « droit constitutionnel conflictuel », voir R. Wiethölter, « Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts », art. cité.

2 La meilleure élaboration d'un pluralisme constitutionnel qui a été faite jusqu'à présent est celle de Neil Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, n° 65, 2002, p. 317-359.

ne lie les ordres sociaux sectoriels ni unilatéralement à la constitution de l'État ni à celle de l'économie, mais qui modélise des constitutions spécifiques visant à satisfaire les particularités des différents ordres<sup>1</sup>.

#### LES ARRANGEMENTS NÉOCORPORATISTES

Le néocorporatisme se révèle être en pratique et en théorie très influent ; il a en particulier donné naissance, dans l'Allemagne d'après-guerre, à une quantité de constitutions sociétales sectorielles<sup>2</sup>. Bien qu'officiellement la controverse ait dominé là, sur le plan des idées, entre le camp néolibéral et le camp de l'interventionnisme étatique, la pratique sociale, elle, a été dominée par des arrangements néocorporatistes. Les théories politico-économiques des « *varieties of capitalism* » ont très clairement fait ressortir les particularités du régime néocorporatiste<sup>3</sup>. L'idée d'une telle constitution sociétale, où des intérêts organisés exercent des fonctions quasi-publiques, était particulièrement influente dans les années soixante-dix, avant qu'elle ne soit repoussée par la vague de libéralisation qui s'est engagée dans les années 1980<sup>4</sup>. C'est seulement après la grande crise financière qu'une attention accrue lui a de nouveau été accordée<sup>5</sup>.

- 1 Avec l'exemple des droits d'accès aux informations, Wielsch développe le concept d'un « constitutionnalisme multilatéral » qui n'oriente pas unilatéralement la constitution juridique de la division du savoir selon les exigences fonctionnelles de l'économie, mais en même temps selon celles des autres systèmes, en particulier de la science et de l'art. D. Wielsch, « Die epistemische Analyse des Rechts : Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft », art. cité, p. 70 et *Zugangsregeln : Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 31 *sqq.*
- 2 Là-dessus, de façon excellente : Wolfgang Streeck, et Lane Kenworthy, « Theories and Practices of Neocorporatism », in Thomas Janoski *et al.* (dir.), *The Handbook of Political Sociology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 441-460.
- 3 Des observateurs étrangers les virent bien plus clairement que les allemands qui, aveuglés par la grande controverse idéologique entre les conceptions libérales et celles de l'État social, ne perçurent pas suffisamment la différence entre l'économie régulée par les associations en Europe continentale et sa contrepartie régulée par le marché dans le monde anglo-saxon. Sur les variétés du capitalisme, la source de référence est Peter A. Hall, David Soskice (dir.), *Varieties of Capitalism : The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- 4 Les principaux représentants : Wolfgang Streeck, « Korporatismus », in Stefan Gosepath *et al.* (dir.), *Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, t. 1, Berlin, De Gruyter, 2008, p. 655-658 ; Wolfgang Streeck et Philippe C. Schmitter, *Private Interest Government : Beyond Market and State*, Londres, Sage, 1985 ; Ph. C. Schmitter, « Still the Century of Corporatism ? », art. cité.
- 5 « À côté des deux extrêmes, communisme et capitalisme, il y a encore des alternatives, par exemple la voie scandinave ou la voie allemande. Le système chinois a bien apporté le bien-être

La vaste influence des groupes de pression dans la sphère politique – elle s'étend du lobbyisme jusqu'aux fonctions publiques des associations en passant par le droit d'être entendu –, l'institutionnalisation de la cogestion syndicale en entreprise, la régulation des marchés par la gestion autonome de l'économie, le rôle puissant des organisations associatives dans presque tous les autres secteurs sociaux (santé, sport, culture, science, éducation), la constitution duale des médias de masse – tous ces arrangements néocorporatistes, où la représentation d'intérêts sociaux différents est institutionnalisée, sont à chaque fois à la base des constitutions réelles des secteurs sociaux, lesquelles préparent les règles constitutives d'une réglementation sociale non-étatique et, en même temps, permettent aux secteurs d'agir en tant que participants d'un processus politique de coordination.

Le réalisme avec lequel les conceptions néocorporatistes évaluent la concurrence entre la régulation étatique et l'autorégulation sociale dans le processus de constitutionnalisation est remarquable. Par rapport à la rigidité du corporatisme d'État autoritaire des années trente, ces conceptions peuvent renvoyer avec succès au fait que seuls des groupes sociaux librement formés, sans affiliation obligatoire, sont en mesure d'utiliser de façon productive l'action conjuguée d'éléments spontanés et organisés dans les sous-systèmes sociaux. Par rapport au fantasme de toute puissance de l'État social, ces conceptions montrent clairement, pour leur part, que si la cogestion a bien été institutionnalisée par une législation étatique, elle ne peut fonctionner ni politiquement ni économiquement tant que les syndicats et les entreprises n'acquièrent pas un statut constitutionnel au niveau sociétal. Par rapport à la critique étatiste contre la domination des groupements, elles soulignent enfin les éléments auto-constitutionnels d'une médiation d'intérêts, éléments qui font valoir la différenciation fonctionnelle de la société dans le système politique<sup>1</sup>.

---

à la population, mais c'est au prix de violations graves des droits de l'homme. Le modèle d'État social allemand, en revanche, a très bien fonctionné. Il pourrait aussi être un exemple pour le nouveau gouvernement américain » écrit Joseph Stiglitz dans « Deutschland muss mehr tun », *Spiegel-Online*, 02.04.2009. Du point de vue de l'histoire de l'économie, Werner Abelshauser s'exprime de la même manière face à la crise financière : *Kulturkampf : Der deutsche Weg in die Neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung*, Berlin, Kadmos, 2003, p. 177 sqq. Au contraire, les prophéties selon lesquelles le néocorporatisme est arrivé à son terme à l'époque de la globalisation, tel W. Streeck, *Re-Forming Capitalism*, (op. cit.) p. 230 sqq., se sont révélées hâtives face à la reprise rapide de l'économie allemande après la crise financière.

1 Peter J. Williamson offre une comparaison détaillée du corporatisme autoritaire et du corporatisme social dans *Varieties of Corporatism : A Conceptual Discussion*, Cambridge,

En même temps, ces conceptions maintiennent une distance avec l'économie constitutionnelle. Comme celle-ci, ces approches insistent aussi sur l'autofondation des institutions sociales, mais elles n'admettent pas les fausses hypothèses de la théorie du *rational choice* dans le processus de la constitution. De surcroît, elles soulignent que l'influence de l'autorégulation sociale dépend dans une large mesure de sa constitutionnalité juridico-étatique. Ces conceptions montrent clairement aussi que l'organisation spontanée des intérêts des travailleurs n'a été établie dans la durée que grâce au droit de cogestion, et que son influence sur les décisions entrepreneuriales pouvait être stabilisée d'une façon relativement indépendante des fluctuations du marché et du pouvoir.

La « constitutionnalisation triangulaire » des sous-systèmes sociaux, à savoir la division du travail entre l'autofondation des systèmes sociaux, les interventions constitutionnelles de l'État et la stabilisation de tels arrangements par le droit – c'est ce qui peut être considéré comme l'importante contribution pratique et théorique du néocorporatisme. La combinaison complexe de son autofondation sociale et de sa constitution externe par la politique et le droit se manifeste de façon paradigmatique dans la cogestion des entreprises, où le contrôle étatique par des lois de cogestion et de convention collective ainsi que l'auto-organisation sociale dans les entreprises et les syndicats sont étroitement synchronisés et où les tribunaux réajustent toujours à nouveau l'équilibre.

Le talon d'Achille du néocorporatisme a cependant toujours été la constitution interne des grandes organisations sociales, dont le manque de représentativité et de statut constitutionnel démocratique donne de façon récurrente matière à critique<sup>1</sup>. Sur ce point précisément, des théories de la *deliberative-participatory polyarchy* [polyarchie délibérative et participative] interviennent en complément : elles n'insistent pas seulement sur la pertinence politique des institutions de la société civile mais cherchent également à révéler leur potentiel démocratique et à concevoir un programme pour accroître leur participation<sup>2</sup>. En parallèle à cela, certaines théories de la société civile ont conçu un programme

---

Cambridge University Press, 1985, p. 137 *sqq.*

- 1 Là-dessus, en détail, Gunther Teubner, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1978.
- 2 Michael C. Dorf et Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

constitutionnel pour la « société organisationnelle » moderne ; d'après lui, « l'autorité limitée de l'État doit être rétablie et le contrôle des détails doit être transféré à la société civile, dont il faut politiser les organisations et les transformer en des communautés constitutionnalisées s'autogérant démocratiquement<sup>1</sup> ».

#### LE SOCIETAL CONSTITUTIONALISM

La théorie sociologique du *societal constitutionalism* [constitutionnalisme sociétal], telle qu'elle a été développée par David Sciulli, se concentre sur une autre faiblesse du néocorporatisme<sup>2</sup>. Le néocorporatisme est bien trop fortement dépendant du dualisme de la politique et de l'économie, et il occulte largement les autres secteurs de la société et les autres contextes sociaux en général. Comme la notion sans cesse employée de « médiation des intérêts » le suggère déjà, le néocorporatisme se comprend trop étroitement comme un arrangement intermédiaire entre la politique institutionnalisée et l'économie. Tel qu'il se comprend lui-même, il s'agit d'étendre la politique aux groupements économiques et aux syndicats, de la médiation institutionnalisée des intérêts jusqu'aux décisions politiques. Une telle conception, pensée en des termes bien trop proches de la politique, sous-estime l'autonomie des sous-systèmes sociaux et leur auto-organisation qui se fait à une relative distance de la politique institutionnalisée. En même temps, cette conception est pensée en des termes trop proches de l'économie et est trop fortement liée aux groupements économiques, aux entreprises et aux syndicats. Il serait nécessaire ici de la respecifier pour l'adapter aux autres logiques sociales autonomes. La théorie du constitutionnalisme sociétal corrige bien en effet ce déficit, parce qu'elle vise dès le départ l'ensemble de la société dans ses différents secteurs, et pas seulement la politique et l'économie.

En partant du dilemme, subtilement analysé par Max Weber, que posent les différents processus de rationalisation de la modernité, Sciulli

- 
- 1 Paul Hirst, « Democracy and Governance », in Jon Pierre (dir.), *Debating Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 13-35, ici : p. 28. Voir également Julia Black, « Constitutionalising Self-Regulation », *Modern Law Review*, n° 59, 1996, p. 24-55.
  - 2 D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, *op. cit.* ; David Sciulli « Foundations of Societal Constitutionalism : Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality », *British Journal of Sociology*, n° 39, 1988, p. 377-407 et David Sciulli, *Corporate Power in Civil Society : An Application of Societal Constitutionalism*, New York, New York University Press, 2001.

se demande s'il existe des forces s'opposant à une dérive massive vers un autoritarisme croissant. Ce dernier se manifeste par quatre tendances :

1. La fragmentation de la logique de l'action, dont les conséquences sont la différenciation grimpeante, la pluralisation et le cloisonnement réciproque des sphères de sens séparées : chaque secteur d'action social développe sa propre rationalité formelle originale qui se trouve dans un conflit insoluble avec les rationalités des autres secteurs.
2. La prédominance du calcul instrumental, qui devient la seule rationalité obtenant une reconnaissance dans tous les secteurs : face à la collision des rationalités de la modernité, la logique du calcul instrumental est la seule qui s'impose, principalement dans l'économie et la politique mais aussi, de plus en plus, dans les autres secteurs d'action.
3. Le remplacement complet de la coordination informelle par l'organisation bureaucratique : dans tous les domaines de la vie se répandent, en tant que détentrices de la rationalité formelle, des organisations formelles, hiérarchiquement structurées et dotées du savoir des experts.
4. L'enfermement croissant dans l'« habitacle de la servitude de l'avenir » : en dehors de la politique en particulier, l'organisation formelle de l'action augmente dans les secteurs sociaux dont les effets conduisent à étendre l'orientation réglée de l'individu.

Cette dérive aboutit inéluctablement à une situation de concurrence intensive, à tous les niveaux de la société, pour des positions de pouvoir et d'influence sociale, à une situation de contrôle social très formalisé et d'autoritarisme politique et social. La seule dynamique sociale qui a efficacement ralenti cette dérive évolutive dans le passé et peut lui résister à l'avenir doit se trouver, d'après Sciulli, dans les institutions d'un constitutionnalisme sociétal. Il serait crucial, selon lui, d'institutionnaliser socialement des procédures qui donnent des normes non rationnelles (au sens du *rational choice*) ; celles-ci peuvent être empiriquement identifiées dans des *collegial formations* [formations collégiales] – c'est-à-dire dans les formes d'organisation qui sont spécifiques aux professions et aux autres institutions productrices de normes et délibératives –, et

ne se trouvent pas, typiquement, dans les seuls instituts de recherche publics et privés, dans des réseaux artistiques et intellectuels et dans des universités, mais aussi dans des assemblées parlementaires, tribunaux, commissions, associations professionnelles, de même que dans les départements de recherche d'entreprises privées et publiques, et même dans les conseils d'administration et les conseils de surveillance d'entreprises publiques et privées<sup>1</sup>.

La conséquence normative est qu'il faut légitimer publiquement l'autonomie de telles « *collegial formations* », la garantir politiquement et la protéger juridiquement. Outre les garanties historiques de l'autonomie des sphères religieuses, des partenaires sociaux et des associations libres, ces garanties doivent aussi valoir pour les « centres de réflexion au sein de la société civile moderne, pour des associations professionnelles et pour les centres de pratique professionnelle dans des entreprises, universités, hôpitaux, groupes d'artistes et autres<sup>2</sup> ».

Ce qui distingue fondamentalement toutes ces variantes du pluralisme constitutionnel de leurs rivaux, qu'ils défendent le néolibéralisme ou l'État social, est le rôle qu'elles attribuent à la politique étatique dans le processus de constitutionnalisation de la société. Contrairement à ce que propose l'économie constitutionnelle, l'État ne se borne pas à normer les conditions préalables minimales d'une constitution économique autonome ni à proposer des corrections seulement dans les cas de tendances autodestructives. Et le pluralisme constitutionnel n'équivaut pas non plus à la réalisation de buts organisationnels politiques partout dans la société, contrairement à ce que voudraient les conceptions de l'État social. Au contraire, il délimite le rôle de la politique qui consiste dorénavant à donner des directives constitutionnelles aux secteurs sociaux de manière à ce qu'une coopération étroite entre les acteurs étatiques et sociaux puisse mettre un frein aux tendances centrifuges de la différenciation fonctionnelle. Il revient aux institutions politiques de l'État-nation la tâche d'intégrer les sous-systèmes en conflit, sans prendre toutefois de décisions concrètes mais en coordonnant la coopération d'organisations sociales et politiques<sup>3</sup>.

1 D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 80.

2 *Ibid.* p. 208.

3 Helmut Willke a développé une théorie très exigeante de la régulation qui assigne à l'État la coordination des processus de concertation entre les sous-systèmes autonomes. Voir du même, *Ironie des Staates : Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1992 et *Systemtheorie III : Steuerungstheorie : Grundzüge einer Theorie der Steuerung komplexer Sozialsysteme*, Stuttgart, UTB, 1995.

Après les expériences dégrisantes faites jusqu'ici avec le contrôle politique total des processus sociaux, cela paraît être une réduction tout à fait réaliste et en même temps exigeante des fonctions de l'État. Mais il faut alors des précautions institutionnelles qui mettent les sous-systèmes sociaux en position de coopérer avec la politique étatique ou qui les contraignent à cette coopération. Ceci requiert « une constitutionnalisation des relations entre les acteurs sociaux organisés pour protéger leur autonomie et garantir leur compatibilité commune<sup>1</sup> ». La constitutionnalisation interne des sous-systèmes vise ainsi, en premier lieu, à ce qu'ils deviennent capables de faire de la politique, capables de négocier, capables de faire des compromis, et ainsi deviennent des acteurs appropriés des efforts de coordination de la politique.

Dans cette orientation vers la coopération, il est clair, en outre, que les différentes conceptions du pluralisme constitutionnel se complètent mutuellement. Pour les stratégies néocorporatistes, qui doivent créer la capacité d'action collective des secteurs sociaux afin que ceux-ci fonctionnent comme interlocuteurs de la politique, la différence entre système fonctionnel et organisation formelle représente un problème très délicat. Car les systèmes fonctionnels eux-mêmes ne sont pas capables d'agir, ni de communiquer, ni de négocier, ni de faire de la politique. C'est là que doivent intervenir les organisations formelles qui disposent de ces capacités comme acteurs collectifs, même si, par principe, elles ne peuvent pas être représentatives de l'ensemble du secteur qu'elles représentent<sup>2</sup>. On doit être assuré, de plus, que les nombreuses organisations du secteur fonctionnel sont suffisamment centralisées, à travers la hiérarchie d'organisations de pointe ou au moins à travers des réseaux denses, pour être capables de participer à des systèmes corporatistes de négociation. Les stratégies de la *deliberative-participatory polyarchy* [polyarchie délibérative et participative], avec leurs exigences de constitutionnalisation des institutions sociales, visent elles aussi à accroître les capacités internes des acteurs collectifs à résoudre les problèmes. Et la stratégie du *societal constitutionalism* cherche à améliorer la capacité de réflexion des institutions sociales par des *collegial institutions* [institutions collégiales].

Manifestement, un tel arrangement est fait sur mesure pour les conditions spéciales de l'État-nation. Les investigations de Wolfgang

1 H. Willke, *Ironie des Staates*, op. cit.

2 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 843.

Streeck, en particulier, ont montré que le pluralisme constitutionnel s'est révélé certes avoir beaucoup de succès mais qu'il dépend de conditions sociales et institutionnelles qui ne se rencontrent que dans le contexte de l'État-nation<sup>1</sup>. Il faut avant toute chose que le processus politique et les organisations étatiques disposent d'un pouvoir suffisant et des ressources cognitives permettant de réussir le processus de coordination compliqué entre les sous-systèmes divergents. Ces conditions sont celles que l'on rencontre jusqu'à présent exclusivement dans l'État-nation. Mais il faut aussi qu'il y ait des conditions sociales qui n'existent elles aussi que dans le cadre de l'État-nation : un réseau d'organisations sociales qui, sur le principe de la réciprocité généralisée, sont prêtes à coopérer sur le long terme et qui, dans l'attente d'avantages futurs, acceptent aussi des restrictions de leurs options d'action sur le court terme. Cela soulève la question de savoir si, dans les conditions de la globalisation, on peut repérer des équivalents à un tel pluralisme constitutionnel. Lors de la discussion sur les différentes conceptions, on espère avoir montré clairement à quelle problématique fondamentale réagit le constitutionnalisme de la société : à l'idée d'instaurer une pression externe pour endiguer autant les externalités négatives que les tendances centrifuges des sous-systèmes autonomes par leur autolimitation. Ce problème pourrait bien se poser de façon bien plus aiguë dans les conditions de la globalisation que dans celles de l'État-nation.

---

1 Wolfgang Streeck, *Re-Forming Capitalism : Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

# LES SUJETS CONSTITUTIONNELS TRANSNATIONAUX

Régimes, organisations, réseaux

## LES STRUCTURES PROPRES AU NIVEAU GLOBAL

Comment la situation change-t-elle avec la globalisation ? On le sait, la globalisation signifie avant tout que la dynamique de la différenciation fonctionnelle, qui a d'abord été historiquement réalisée dans les États-nations de l'Europe et de l'Amérique du Nord, affecte maintenant toute la planète. Cela ne veut pas dire cependant que tous les sous-systèmes se mettent en réseau récursivement dans le monde entier en même temps et avec la même intensité. La religion, la science, l'économie sont solidement établies comme des systèmes mondiaux, tandis que la politique et le droit sont encore principalement des processus de l'État-nation<sup>1</sup>. Les communications transfrontalières de ces derniers sont organisées aujourd'hui encore essentiellement par les relations internationales des unités agrégées. Des processus politiques et juridiques authentiquement transnationaux, dans lesquels les communications se mettent directement en réseau les unes avec les autres dans le monde entier sans avoir recours à la médiation de l'État-nation, ne prennent forme que graduellement. Les processus transnationaux de la politique et du droit ne se superposent que lentement aux relations politiques internationales, au droit international et au droit international privé.

Cette asynchronie fait naître, par rapport à la situation de l'État-nation, le besoin croissant de doter les sous-systèmes globalisés d'une constitution interne. Cela vient tout d'abord du fait que la problématique de coordination se renforce. Si les systèmes fonctionnels se mettent en réseau

---

1 N. Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 145 *sqq.*, p. 806 *sqq.*

récurivement à l'échelle mondiale et s'ils s'émancipent ainsi de la prédominance de la politique de l'État-nation, il manque une instance limitative qui circonscrive leurs tendances centrifuges et régule leurs conflits<sup>1</sup>. Mais cette question de la coordination n'épuise pas la problématique constitutionnelle. Comme Prandini l'a particulièrement bien montré, la coordination des systèmes autonomes, qui revient à limiter leurs options d'action par des contraintes externes, est seulement un aspect partiel de la problématique plus englobante de la constitution qui résulte de leur autonomie croissante<sup>2</sup>. Le problème de la constitution en amont concerne la question de savoir si – et si oui, comment – les sous-systèmes acquièrent une autonomie de grande ampleur au niveau global, lorsqu'il n'y a pas d'institutions politico-juridiques qui soutiennent ce processus, et lorsque la politique et le droit organisés selon une base nationale l'entravent même, en imposant leurs prétentions à une validité territoriale. Les temporalités asynchrones de la globalisation sont responsables ici de ce qu'un conflit éclate entre l'*autofondation* de sous-systèmes autonomes globaux et leur *constitutionnalisation* politico-juridique<sup>3</sup>.

Dans l'État-nation, les deux processus se déroulent de façon synchrone. La territorialité sert de base non seulement à la constitution politique mais aussi, en même temps, aux constitutions des autres sous-systèmes sociaux. La territorialité ne doit pas être comprise à cette occasion de façon géographique mais comme l'espace symbolique des relations de pouvoir<sup>4</sup>. Dès que le pouvoir est établi sur la base de la violence physique comme le médium communicationnel autonome de la politique, il ne prend pas la forme d'une relation concrète entre les détenteurs du pouvoir et les sujets mais celle d'une prétention à la validité abstraite et asymétrique

1 On trouvera des détails sur la coordination des différentes rationalités systémiques en tant que problème constitutionnel de la société mondiale dans A. Fischer-Lescano et G. Teubner, *Regime-Kollisionen*, *op. cit.*, p. 25 *sqq.* ; voir aussi P. Kjaer, « The Metamorphosis of the Functional Synthesis », art. cité, p. 494, p. 533.

2 R. Prandini, « Morphogenesis of Constitutionalism », art. cité, p. 312 *sqq.*

3 Les fonctions constitutionnelles sont définies comme constitutives / limitatives, tandis que les processus constitutionnels renvoient au couple de concepts : fondation / constitutionnalisation. Les caractéristiques de ceux-ci et de celles-là sont discutées en détail dans le chapitre 4 aux sections I et III. Dans ce chapitre-ci, il s'agit en priorité de déterminer les nouvelles unités constitutionnelles transnationales ; à cet effet, il suffit de caractériser seulement brièvement les fonctions et processus constitutionnels.

4 Robert D. Sack, *Human Territoriality : Its Theory and History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 19, p. 31 *sqq.*

dans un territoire qui ne comprend pas seulement des êtres humains mais aussi des ressources matérielles et des interactions. Cela a donc aussi des effets sur les autres sous-systèmes autonomes parce que les prestations politico-juridiques infrastructurelles qui aident à leur autonomie restent liées au territoire<sup>1</sup>. Les longs processus historiques de l'autofondation, où prennent forme des sous-systèmes autonomes opérationnellement clos, sont certes en principe indépendants des frontières territoriales ; ils sont simplement dépendants de la portée possible des médias de communication. Mais la constitutionnalisation politico-juridique de leur autofondation est liée à des frontières territoriales. Dans la mesure où l'autonomisation des sous-systèmes sociaux est accompagnée, stabilisée, renforcée et, en même temps, limitée dans ses effets par des prestations infrastructurelles constitutionnelles que fournissent la politique et le droit des États-nations, ce processus n'agit qu'à l'intérieur des frontières de l'État territorial. Par conséquent, les constitutions politiques ne sont pas les seules à émettre une prétention à la validité à l'intérieur des frontières territoriales de l'État-nation et donc à la limiter en même temps ; c'est le cas aussi des constitutions de l'économie, de la sécurité sociale, de la presse, de la santé et dans une certaine mesure aussi de celles de la science et de la religion. C'est pourquoi une tension latente voit le jour entre des systèmes fonctionnels qui ne sont pas liés au territoire et leurs constitutions qui sont liées au territoire. L'économie a tendance à communiquer à l'échelle globale, mais les constitutions de l'économie s'établissent sur le plan national. La prétention à la vérité de la science est universelle, mais les constitutions de la science demeurent nationales. Il est vrai que tous ces sous-systèmes, par différence avec la politique et le droit, n'ont jamais limité leur autofondation à des frontières territoriales. Mais comme les prestations de soutien de type infrastructurel qui sont issues de la politique et du droit ont été fournies à l'intérieur des frontières territoriales de l'État-nation, la communication institutionnalisée des sous-systèmes a lieu aussi principalement à l'intérieur des frontières territoriales.

Cette tension entre l'autofondation et la constitutionnalisation des systèmes sociaux fonctionnels, qui existait déjà à l'époque de l'État-nation,

---

1 Sur le rôle d'intégration de la société qu'exercent l'État et le droit sur l'unité territoriale, voir Ulrich Preuss, « Disconnecting Constitutions from Statehood : Is Global Constitutionalism a Promising Concept ? », in P. Dobner, M. Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism ?*, *op. cit.*, p. 23-46, ici : p. 30 *sqq.*

est renforcée par la globalisation des médias de communication. Dans le contexte de la globalisation, les frontières étatiques ne fonctionnent plus comme des limites de sens entre les sphères sociales, économiques et culturelles<sup>1</sup>. Dorénavant, les processus de l'autofondation globale et ceux de la constitutionnalisation nationale prennent irrémédiablement des directions divergentes<sup>2</sup>. Une pression apparaît, de ce fait, qui pousse à déterritorialiser également la constitutionnalisation des sous-systèmes. Mais la constellation triangulaire politique / droit / sous-système qui, comme on l'a montré au chapitre précédent, portait les constitutions sociétales sectorielles dans l'État-nation, ne trouve pas d'équivalent dans le contexte global. La manière dont cette constellation contribuait à libérer autant qu'à limiter l'autonomie des systèmes vient maintenant à manquer.

C'est particulièrement clair pour la variante néocorporatiste du constitutionnalisme sociétal discutée ci-dessus. Comme elle limitait radicalement les options d'action des institutions sociales, elle pouvait en même temps libérer un haut degré d'autonomie. Mais l'ajustement qui a été effectué, dans ce cadre, entre les organisations sociales et les institutions politiques n'est pas à répéter à l'échelle globale. Et le degré élevé de confiance mutuelle et de consensus normatif socioculturel que l'on présupposait n'est pas globalisable<sup>3</sup>. Au niveau européen, où l'on fait l'expérience d'institutions de « dialogue social » entre la Commission européenne, la Confédération Européenne des Syndicats et les associations économiques européennes, un gonflement du modèle néocorporatiste au-delà de l'État-nation s'avère déjà peu concluant<sup>4</sup>. À l'échelle globale, des arrangements corporatistes pourraient bien complètement échouer. On en reste à cette contradiction : l'autoreproduction des sous-systèmes emprunte des voies globales alors que l'on ne dispose, pour la constitutionnalisation politico-juridique de

1 Alexander D. Murphy, « The Sovereign State System as Political-Territorial Ideal : Historical and Contemporary Considerations », in Thomas Bierstecker, Cynthia Weber (dir.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 81-120, ici : p. 90.

2 Là-dessus, avec un riche matériau, Saskia Sassen, *Das Paradox des Nationalen*, Francfort, Suhrkamp, 2008, p. 249 *sqq.*, p. 517 *sqq.*

3 W. Streeck, *Re-Forming Capitalism*, *op. cit.*, p. 93 *sqq.*

4 Des preuves sont fournies par Wolfgang Streeck et Philippe C. Schmitter dans « From National Corporatism to Transnational Pluralism : Organized Interests in the Single European Market », *Politics and Society*, n° 19, 1991, p. 133-164.

ceux-ci, que d'institutions nationales. Cette divergence a des conséquences profondes compte tenu de la manière dont, à l'échelle mondiale, les poids se déplacent dans le triangle politique / droit / sous-système qui porte le constitutionnalisme sociétal. Et la question se pose de savoir quels sont les sujets constitutionnels qui, à la place des États-nations, font progresser la constitutionnalisation des secteurs de la société mondiale. Quels seront les sujets constitutionnels capables de maîtriser la nouvelle problématique constitutionnelle dans la globalisation – la fragmentation de la société mondiale, la déformalisation de ses structures juridiques de même que les nouvelles formes de gouvernement de la société mondiale et la légitimité discutable d'un nouveau type de gouvernance globale<sup>1</sup> ? Le système de la politique internationale peut-il assumer ce rôle ? Ou alors les systèmes fonctionnels deviennent-ils eux-mêmes les nouveaux sujets constitutionnels ? Ou encore, seraient-ce d'autres entités sociales – régimes, organisations formelles, réseaux, assemblages, configurations, constellations ou ensembles<sup>2</sup> – qui se substituent à eux ?

#### UNE CONSTITUTIONNALISATION SOCIÉTALE GRÂCE AU MONDE DES ÉTATS ?

##### LA CHARTE DE L'ONU

Les Nations Unies ont, les premières, émis la prétention de diriger la constitutionnalisation de la société mondiale dans sa totalité. La Charte de l'ONU doit, selon l'interprétation politico-philosophique de Jürgen Habermas, établir un ordre constitutionnel, dans lequel les États membres ne doivent plus être compris exclusivement comme les partenaires de contrats internationaux mais « avec leurs citoyens comme les parties constitutives d'une société mondiale politiquement

1 I. Rasilla del Moral, « At King Agramant's Camp », art. cité, p. 601 *sqq.*

2 Assemblages, configurations, constellations et ensembles sont, contrairement aux régimes et réseaux, des domaines sociaux très indéterminés, qui ne semblent pas convenir aux catégories sociologiques courantes. Sur les assemblages, voir S. Sassen, *Das Paradox des Nationalen*, *op. cit.*, p. 249 *sqq.* ; sur les configurations, voir P. Kjaer, « The Metamorphosis of the Functional Synthesis », art. cité, p. 517 *sqq.* ; sur les ensembles, voir Mireille Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné : Les forces imaginantes du droit II*, Paris, Seuil, 2006.

constitutionnalisées<sup>1</sup> ». De ce point de vue, la Charte a dépassé son caractère simplement contractuel et a adopté, comme d'autres traités de droit international (la Convention internationale des droits de l'homme, la Convention contre la discrimination raciale et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale), le caractère d'une constitution authentique pour la communauté internationale<sup>2</sup>. Pour notre propos, la prétention qu'ont les Nations Unies à constitutionnaliser non seulement la politique internationale au sens étroit, mais aussi les grands secteurs de problèmes de la société mondiale est un point particulièrement important. L'Organisation Internationale du Travail (OIT), l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), l'UNICEF et les autres organisations de l'ONU ont effectué des pas importants afin de développer des normes constitutionnelles pour les différents secteurs de la société mondiale<sup>3</sup>.

Le fait que des « illusions constitutionnelles » – les phantasmes d'une constitution mondiale unique – soient ici entretenues a été suffisamment mis au jour par la critique polémique qui a été adressée à ces ambitions<sup>4</sup>. En effet, l'on transfère là de façon non critique la pensée constitutionnelle centrée sur l'État-nation aux relations globales et l'on demande trop à l'ONU en attendant d'elle qu'elle norme une constitution cosmopolitique comme s'il s'agissait d'une collectivité nationale hypertrophiée. Suivant ces idées, le « nationalisme méthodologique », qui considère que seuls les États et leurs associations forment les éléments des relations internationales, représente un *obstacle épistémologique*\*. Même pour les relations

- 
- 1 J. Habermas, « Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance? », art. cité, p. 159. O. Höffe plaide aussi pour une constitution mondiale dans « Vision Weltrepublik », art. cité.
  - 2 Bardo Fassbender y insiste particulièrement dans « We the Peoples of the United Nations », art. cité; B. Fassbender, « The Meaning of International Constitutional Law », in Douglas M. Johnston, Ronald St J. Macdonald (dir.), *Towards World Constitutionalism : Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p. 837-851; Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *Recueil des Cours*, n° 297, 2002, p. 9-489; Pierre-Marie Dupuy, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n° 1, 1997, p. 1-33.
  - 3 Pour quelques développements exemplaires des normes constitutionnelles, voir Ch. Walter, « Constitutionalizing (Inter)national Governance », art. cité.
  - 4 A. Fischer-Lescano, *Globalverfassung*, *op. cit.*, p. 247 *sqq.* À partir d'une perspective sociologique, Rudolf Stichweh, « Dimensionen des Weltstaats im System der Weltpolitik », in Mathias Albert, Rudolf Stichweh (dir.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit : Beobachtungen globaler Strukturbildung*, Wiesbaden, 2007, p. 25-61, en particulier p. 34 *sq.*

globales, il ne parvient pas à surmonter la fixation de la constitution sur la structure étatique<sup>1</sup>. Un jugement réaliste battra en brèche de telles exagérations, mais il devra aussi mettre en évidence les ensembles normatifs constitutionnels se formant réellement au sein de l'ONU. L'ONU a elle-même traversé bien entendu un processus de constitutionnalisation, mais celui-ci n'a pas donné lieu à une constitution du monde entier mais à la constitution bien plus limitée d'une organisation formelle. Une constitution d'une organisation et pas une constitution du monde – telle est la réalité constitutionnelle de l'ONU. Si l'ONU cherche à réaliser des ambitions qui vont au-delà, il s'agit dans le meilleur des cas d'impulsions politiques en vue de processus de constitutionnalisation qui se déroulent ailleurs. Cela vaut en particulier pour les normes que définissent et édictent l'OIT, l'OMS, l'UNICEF et la Commission des droits de l'homme pour leurs domaines de réglementation<sup>2</sup>.

#### LE *SOFT LAW* DU MONDE DES ÉTATS

L'action conjuguée des codes de conduite privés et publics pour les entreprises multinationales offre un exemple explicite du fait que le monde étatique, dans la constitution des institutions sociales, ne joue que le rôle restreint d'un initiateur<sup>3</sup>. Des différences nettes apparaissent ici entre le rôle de l'État dans les constitutions des entreprises nationales d'un côté et des entreprises globales de l'autre. La *soft law* du

- 1 Daniel Chernilo offre une critique pertinente dans *A Social Theory of the Nation-State : The Political Forms of Modernity Beyond Methodological Nationalism*, Londres, Routledge, 2007 ; Ulrich Beck et Natan Sznaider, « Unpacking Cosmopolitanism for the Social Sciences : A Research Agenda », *The British Journal of Sociology*, n° 57, 2006, p. 1-23 ; Andreas Wimmer et Nina Glick-Schiller, « Methodological Nationalism and Beyond : Nation State Building, Migration and the Social Sciences », *Global Networks : A Journal of Transnational Affairs*, n° 2, 2002, p. 301-334.
- 2 De façon critique envers la prétention constitutionnelle mondiale de l'ONU, Karl-Heinz Ladeur et Lars Viellechner dans « Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte : Zur Konstitutionalisierung globaler Privatregimes », *Archiv des Völkerrechts*, n° 46, p. 42-73, ici : p. 46 *sq.*
- 3 Conseil économique et social des Nations Unies [ECOSOC], Sub-Commission on the Promotion & Protection of Human Rights, Economic, Social and Cultural Rights : Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12 (30 Mai 2003). Là-dessus, en détail, voir Gunther Teubner, « L'auto-constitutionnalisation des ETN ? Sur les rapports entre les codes de conduite 'privés' et 'publics' des entreprises », in Alain Supiot (dir.), *Actualité du droit de l'entreprise*, Paris, Dalloz, 2015 (à paraître)

droit international, que l'ONU formule dans des codes de conduite pour diverses institutions globales, n'est pas comparable aux normes constitutionnelles contraignantes que prescrivent aux secteurs sociaux les parlements et tribunaux constitutionnels des États-nations. Les différentes conditions de la constitutionnalisation transnationale, en particulier l'autonomie croissante des entreprises transnationales, ont changé fondamentalement les relations entre les acteurs collectifs étatiques et privés face aux constitutions nationales des entreprises. Dit dans les termes radicaux d'un observateur : « Le contrat remplace la loi ; les réseaux de relations remplacent la communauté politique ; l'intérêt remplace le territoire ; les objet à régler deviennent des sujets qui règlementent<sup>1</sup>. »

Dans les constitutions d'entreprises européennes, conçues dans le cadre d'un État-nation, la liaison entre les normes étatiques et les normes privées avait lieu, on le sait, dans trois formations clairement hiérarchisées entre elles. Le néocorporatisme s'organisait en grande partie de manière à être admis dans la législation étatique laquelle, à son tour, constitutionnalisait ensuite les organisations sociales selon les principes néocorporatistes. La constitution de l'entreprise était fondée sur le primat de l'État, à travers ses productions normatives constitutionnelles et législatives. L'État organisait la coopération néocorporatiste du capital, du travail et de l'État à travers des règles de cogestion dans le conseil de surveillance, à travers les droits de décision du comité d'entreprise et à travers les normes du système de rémunération. Le droit privé et le droit des sociétés d'origine étatique édictaient des règles de responsabilité et orientaient l'intérêt de l'entreprise en direction des différents intérêts des parties concernées et du bien commun. Dans les secteurs problématiques de la protection du travail, de la qualité de la production et de la protection de l'environnement, l'État prescrivait des limitations radicales aux activités de l'entreprise. Les normes privées de l'entreprise, en revanche, étaient clairement subordonnées au droit étatique ; elles se contentaient de régler les sphères d'autonomie que leur laissaient les normes étatiques.

On peut saisir cette hiérarchie des normes dans l'État-nation grâce au couple de concepts *hard law* et *soft law*. L'État édictait de la *hard law*

1 Larry C. Backer, « Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation », *International Law Students Association, Journal of International & Comparative Law* n° 14, 2008, p. 1-26, ici : p. 26.

dans le droit des sociétés, le droit de cogestion, le droit du travail et le droit de la régulation sous la forme de normes contraignantes dotées de sanctions. En revanche, les normes internes de l'entreprise étaient seulement une sorte de *soft law* ; d'abord parce qu'en tant qu'expressions de l'autonomie privée elles n'étaient pas reconnues comme d'authentiques normes de droit ; ensuite, parce que leur caractère obligatoire et leur exécution dépendaient de la reconnaissance étatique ; et enfin, parce qu'elles étaient soumises au contrôle des tribunaux étatiques, qui souvent les supprimaient ou les modifiaient.

Par rapport à cette hiérarchie traditionnelle, force est de constater aujourd'hui que certaines normes des *codes of conduct* transnationaux ne correspondent plus aux catégories traditionnelles.

À partir des concepts classiques du droit – si l'on conçoit par exemple le droit comme étant un commandement sanctionné par un organe étatique –, on peut à peine saisir un changement dans la manière dont le droit est et dans ce qu'il est. Les concepts du droit de la science juridique, qui ciblent une validité en termes de 'ou bien / ou bien', ne sont pas appropriés pour déceler les déplacements subtils dans la manière dont le droit remplit sa fonction et est vécu comme faisant sens<sup>1</sup>.

Dans les codes, on peut constater une inversion de la hiérarchie entre le droit étatique et le règlement privé. Une inversion a lieu tout particulièrement dans le caractère de *hard law* ou de *soft law* des *corporate codes* publics et privés. Aujourd'hui, les normes du monde des États ne sont plus que de la *soft law*, tandis que le simple *private ordering* [règlement privé] des entreprises transnationales se renforce et devient de la *hard law*.

Les normes de droit international, comme par exemple celles que l'ONU a mises en vigueur dans les codes de conduite pour les entreprises transnationales, ne sont pas comparables avec les normes contraignantes que les parlements et les cours constitutionnelles nationales édictent pour la constitution de l'entreprise. Il est vrai qu'il était prévu dans le Projet des Normes sur les Responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme de 2003 qu'une instance de régulation supranationale règle directement le comportement des entreprises transnationales au moyen de normes

---

1 Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1972, p. 341.

de droit international contraignantes et assorties de sanctions<sup>1</sup>. Mais la résistance massive qu'opposèrent certains États-nations puissants et la représentation des intérêts des entreprises provoqua un revirement. La dernière version adoptée ne comportait encore que de la *soft law* : des recommandations non contraignantes dont l'application ne peut être imposée à l'aide de sanctions juridiques<sup>2</sup>.

Les règlements intérieurs des entreprises, en revanche, forment un *private ordering* non étatique dont le droit est en vigueur, ils disposent d'un caractère très contraignant et sont assortis de sanctions effectives. Il est vrai que l'authenticité de leur caractère juridique est toujours contestée de façon véhémement par la doctrine privatiste, parce qu'elle s'en tient à la déduction étatique des prétentions normatives à la validité et ne reconnaît pas le caractère juridique du *private ordering* lui-même<sup>3</sup>. Les concepts juridiques inspirés de l'économie et de la sociologie, qui reconnaissent – sous certaines conditions – un caractère juridique aux ordres normatifs privés des acteurs transnationaux, ne gagnent du terrain que progressivement<sup>4</sup>. Mais qu'il s'agisse de droit ou de non-droit, les règlements intérieurs des entreprises sont, en tous les cas, directement contraignants pour les acteurs et sont pourvus de sanctions efficaces qui sont exécutées par des *Compliance Departments* [services de conformité] institués à cette fin<sup>5</sup>.

1 Voir p. xx, note 20.

2 Là-dessus avec des observations avisées, L. C. Backer, « Multinational Corporations as Objects and Sources », art. cité.

3 Johannes Köndgen soumet à une critique aigüe la manière dont la doctrine traditionnelle traite le règlement privé dans « Privatisierung des Rechts : Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 206, 2006, p. 477-525, ici : p. 479 *sqq.*

4 Selon une perspective néomoniste, *ibid.*, p. 508 *sqq.* ; G.-P. Calliess, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge*, *op. cit.*, p. 182 *sqq.* ; Ralf Michaels, « The Re-State-ment of Non-State-Law : The State, Choice of Law and the Challenge from Global Legal Pluralism », *Wayne Law Review*, n° 51, 2005, p. 1209-1259, ici : p. 1224 *sqq.* ; Erich Schanze, « International Standards : Functions and Links to Law », in Peter Nobel (dir.), *International Standards and the Law*, Bern, Staempfli, 2005, p. 83-103. En suivant l'approche du pluralisme juridique, Gunther Teubner, « Globale Bukowina : Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus », *Rechtshistorisches Journal*, n° 15, 1996, p. 255-290, ici : p. 267 *sqq.* La différence consiste en ce que le néomonisme doit constamment chercher des normes étatiques d'inclusion (même non écrites !), tandis que le pluralisme juridique présuppose l'inclusion dans un système juridique global (qui comprend aussi le règlement privé).

5 Là-dessus, avec un riche matériau empirique, Martin Herberg, *Globalisierung und private Selbstregulierung : Umweltschutz in multinationalen Unternehmen*, Francfort, Campus, 2007.

De ce fait, les règles d'organisation internes des entreprises se dissocient des règlements étatiques. Au rebours de la relation hiérarchique habituelle entre les normes étatiques et les normes privées, les codes étatiques ne servent pas de base d'habilitation pour établir la validité des codes privés des entreprises transnationales. Ceux-ci tirent leur validité d'une liaison spécifique entre les normes primaires et secondaires du monde du *private ordering*. Ils forment un système clos non étatique de validité normative qui est lui-même en soi hiérarchisé. Le niveau supérieur contient les principes de la constitution de l'entreprise, le niveau intermédiaire norme l'application et le contrôle, le niveau inférieur contient les instructions concrètes concernant le comportement. Les codes privés produisent donc eux-mêmes leur base de validité au moyen de normes constitutionnelles propres : celles-ci soumettent les normes internes de l'entreprise, qui évaluent des comportements selon le code juridique, à une procédure qui les évalue elles-mêmes selon le code constitutionnel.

Dans les faits, les *codes of conduct* du monde étatique produisent donc de simples impulsions constitutionnelles que les organisations internationales font parvenir – certainement de façon influente – aux secteurs concernés de la société mondiale. Que ces impulsions se cristallisent ensuite dans des normes constitutionnelles n'est pas quelque chose qui dépend du monde étatique mais des processus internes des secteurs.

#### LA CONSTITUTIONNALISATION PAR LE DROIT INTERNATIONAL ET LE *GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW*

La « constitutionnalisation du droit international<sup>1</sup> », qui est par ailleurs très discutée, ne joue elle-même qu'un rôle subordonné dans la constitutionnalisation des secteurs de la société mondiale en dehors de la politique internationale. Trois ensembles de normes apparaissent ici au premier plan – le *jus cogens*, les normes ayant une prétention à la validité *erga omnes* et les droits de l'homme – qui présentent, en effet,

1 Une impulsion importante : J. A. Frowein, « Konstitutionalisierung des Völkerrechts », art. cité. Pour la nouvelle discussion, voir Jeffrey L. Dunoff, Joel Trachtman (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 ; E. de Wet, « International Constitutional Order », art. cité ; A. Peters, « Compensatory Constitutionalism », art. cité. Sur les précurseurs de ce débat et leurs arrière-plans politique et théorique, des informations chez I. Rasilla del Moral, « At King Agramant's Camp », art. cité, p. 583 *sqq.*

des traits constitutionnels. Face aux doutes qu'il ne s'agisse ici que de limitations, relevant du droit ordinaire, des conventions entre États, Peters, en prenant l'exemple des droits de l'homme globaux, a fait ressortir de façon convaincante leur caractère constitutionnel à l'aide de cinq critères :

1. ces droits limitent la souveraineté des États individuels ;
2. ils rendent universellement obligatoire un catalogue de valeurs fondamentales ;
3. ils établissent une hiérarchie entre les normes, où le droit contraignant de rang supérieur a priorité sur le droit ordinaire ;
4. ce ne sont pas seulement des principes programmatiques, ils forment un droit international positif de valeur constitutionnelle ;
5. en tant que doctrine constitutionnelle, ils créent la base argumentative qui nourrira les développements judiciaires du droit constitutionnel international<sup>1</sup>.

Le caractère constitutionnel des droits de l'homme devient particulièrement clair du fait qu'en accentuant les valeurs universelles, ils se passent du consensus des États et doivent aussi développer leur force d'obligation contre les États qui ne sont pas consentants. Ces véritables normes constitutionnelles surgissent au cours de la transformation que connaît le droit international lorsque, de simple ordre contractuel des États souverains qu'il était, il devient un ordre juridique autonome qui crée lui-même son fondement dans l'« ordre public transnational ». Il n'y a que cette constitutionnalisation qui puisse autoriser le droit international à faire quelque chose qui reste impensable pour un ordre simplement contractuel qui n'a pas de soutien dans un ordre juridique étendu – établir, même contre la volonté expresse des parties contractantes, des normes contraignantes qui ne tirent pas leur légitimité des contrats entre les États mais de l'orientation de l'ordre juridique vers le bien commun<sup>2</sup>.

1 A. Peters, « Compensatory Constitutionalism », art. cité, p. 585 *sqq.* ; un même résultat est obtenu avec d'autres critères par Stephen Gardbaum, « Human Rights and International Constitutionalism », in J. L. Dunoff, J. Trachtman (dir.), *Ruling the World?*, *op. cit.*, p. 233-257.

2 Karsten Nowrot, « Die transnationale Verantwortungsgemeinschaft im internationalen Wirtschaftsrecht », in Christian Tietje, Karsten Nowrot (dir.), *Verfassungsrechtliche Dimensionen des internationalen Wirtschaftsrechts*, Stuttgart, 2007, p. 55-101, ici : p. 59 *sqq.* ;

Même si l'importance d'un tel « droit constitutionnel en devenir » de type transnational est incontestable, on doit cependant rester conscient aussi du caractère sectoriel de ce développement. Les trois ensembles de normes mentionnés limitent constitutionnellement les conventions de droit international, et ils n'agissent par conséquent qu'au sein des relations politiques internationales au sens étroit. Parler d'une « constitution internationale », comme le fait Thornhill, n'a donc de sens que si on limite celle-ci aux processus de la politique internationale au sens étroit<sup>1</sup>. Même pour Mattias Kumm, qui a apporté la justification théorique la plus solide jusqu'ici d'un constitutionnalisme international fondé sur des principes universalistes, il est clair qu'au sujet de ces principes constitutionnels – légalité, subsidiarité, participation, responsabilité, droits fondamentaux –, il s'agit seulement de la constitution sectorielle de la politique de la société mondiale et non pas de la constitution totale du monde ni de la constitution d'autres systèmes sociaux globaux<sup>2</sup>. Rien d'étonnant à ce que le droit international aussi bien que les concepts de sa constitutionnalisation adoptent, à l'égard de la *lex mercatoria* et d'autres ordres normatifs globaux reposant sur l'autonomie privée, une indifférence confortable, plus exactement : les ignorent tout simplement<sup>3</sup>. Le droit constitutionnel international n'est pas en mesure de faire ce qui a réussi aux réglementations sociales étatiques dans l'État-nation, c'est-à-dire d'accomplir la constitutionnalisation des secteurs sociaux.

En tant que branche du droit international, le « *global administrative law* » [droit administratif global] est le dernier candidat apparu pour constitutionnaliser les secteurs de la société mondiale<sup>4</sup>. En 2004, on a

---

Ian D. Seiderman, *Hierarchy in International Law : The Human Rights Dimension*, Oxford, 2001, p. 123 *sqq.*, p. 284 *sqq.*

- 1 Chris Thornhill, « Public Law and the Emergence of the Political », in Cormac MacAmhlaigh *et al.* (dir.), *After Public Law ?*, p. 25-55. Oxford, Oxford University Press, 2013.
- 2 Mattias Kumm, « Constitutional Democracy Encounters International Law : Terms of Engagement », in Sujit Choudhry (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 256-293 ; Mattias Kumm, « The Legitimacy of International Law : A Constitutionalist Framework of Analysis », *European Journal of International Law*, n° 15, 2004, p. 907-931.
- 3 Cette indifférence (tourmentée toutefois par des doutes) envers un constitutionnalisme transnational est typiquement ce qu'illustre Neil Walker, « Beyond the Holistic Constitution ? », in P. Dobner, M. Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, *op. cit.*, p. 291-308, ici : p. 300 *sqq.*
- 4 De façon programmatique là-dessus, Benedict Kingsbury *et al.*, « Symposium : The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems* n° 68, 2005,

compté plus de deux mille instances globales de réglementation prenant la forme d'organisations internationales ou intergouvernementales<sup>1</sup>. À la différence du droit organisationnel de l'ONU et du droit international général qui font effet dans l'espace intérieur de la politique institutionnalisée, les normes de ce droit administratif régissent directement les sous-systèmes globaux qu'elles concernent. Le caractère « social » du droit administratif global a été particulièrement bien souligné par Kingsbury<sup>2</sup>. Dans le cas de la réglementation des espaces sociaux transnationaux, des formes du *private ordering*, qui ne peuvent être saisies par les catégories du droit administratif « public » traditionnel, deviennent donc de plus en plus efficaces. « Les compétences de réglementation semblent se déplacer, à la fois, verticalement en passant des États aux régimes internationaux, et horizontalement en passant des États aux acteurs non-publics – entreprises transnationales et éléments de la société civile<sup>3</sup> ». Mais on devrait ici aussi montrer clairement que les normes constitutionnelles – *due process* de réglementation, règles de *notice-and-comment*, obligation de consulter des experts, principe de proportionnalité, respect des droits fondamentaux<sup>4</sup> – concernent en fin de compte la constitution intérieure des instances de régulation elles-mêmes et qu'elles ne peuvent pas fonctionner elles-mêmes comme les normes constitutionnelles des secteurs régulés.

---

p. 15-61. Voir aussi Daniel Esty, « Good Governance at the Supranational Scale : Globalizing Administrative Law », *Yale Law Journal*, n° 115, 2006, p. 1490-1562. Le plus souvent, les représentants évitent le langage du constitutionnalisme et se contentent des principes généraux du droit administratif sans faire suffisamment d'efforts cependant pour énoncer le fondement de validité de ceux-ci dans le cadre transnational.

- 1 Sabino Cassese, « Administrative Law Without the State : The Challenge of Global Regulation », *New York University Journal of International Law and Politics*, n° 37, 2005, p. 663-694, ici : p. 671.
- 2 Benedict Kingsbury, « International Law as Inter-Public Law », in Henry R. Richardson, Melissa S. Williams (dir.), *NOMOS XLIX : Moral Universalism and Pluralism*, New York, New York University Press, 2009, p. 167-204.
- 3 Larry C. Backer, « Multinational Corporations, Transnational Law : The United Nation's Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law », *Columbia Human Rights Law Review*, n° 37, 2005, p. 101-192, ici : p. 107.
- 4 M. Kumm, « Constitutional Democracy Encounters International Law », art. cité.

LES CONSTITUTIONS PROPRES  
AUX INSTITUTIONS GLOBALES

LA FRAGMENTATION CONSTITUTIONNELLE

Dans les trois domaines, on voit clairement que les exigences élevées comme celles que posent les constitutionnalistes nationaux, Dieter Grimm en particulier, à un sujet constitutionnel, ne sont pas remplies par les vecteurs des processus globaux de constitutionnalisation<sup>1</sup>. Seuls les États-nations pourraient, selon eux, développer des constitutions qui tiennent compte des revendications provenant de tous les domaines de la vie. Mais, en même temps, on sent que précisément ces exigences très élevées passent nécessairement à côté des spécificités de ces processus. Pour les constitutions développées des États-nations, il est certain que l'on ne peut parler d'une constitution au sens plein du terme que si des normes constitutionnelles cherchent à organiser la communauté politique en ayant la prétention de le faire complètement. Mais le décalage qui existe entre les sous-systèmes sociaux, établis dans le monde entier, et la politique, restée au niveau interétatique, fait éclater cette totalité constitutionnelle et débouche sur une *fragmentation constitutionnelle*<sup>2</sup>. Cette fragmentation s'effectue dans les « nombreux domaines de réglementation qui prolifèrent rapidement et à travers lesquels des régimes spécifiques s'établissent et contrecarrent, en leur qualité de régimes globaux, l'autonomie locale / régionale de l'État national et territorial<sup>3</sup> ».

- 
- 1 Dieter Grimm, « The Constitution in the Process of Denationalization », *Constellations*, n° 12, 2005, p. 447-463. Ulrich Preuss adresse une critique pertinente aux prémisses de la théorie constitutionnelle de Grimm dans, « Disconnecting Constitutions from Statehood », art. cité, p. 42.
  - 2 J. Klabbers insiste particulièrement sur cette thèse d'un développement constitutionnel fragmenté dans « Setting the Scene », art. cité, p. 11 *sqq.* ; S. Gardbaum, « Human Rights and International Constitutionalism », art. cité ; A. Skordas, « Self-Determination of Peoples », art. cité ; A. Fischer-Lescano, *Globalverfassung, op. cit.*, p. 247 *sqq.* ; G. Teubner, « Globale Zivilverfassungen », art. cité, p. 5 *sqq.* ; N. Walker, « Idea of Constitutional Pluralism », art. cité ; Ch. Walter, « Constitutionalizing (Inter)national Governance », art. cité. En suivant une perspective sociologique, S. Sassen soutient la thèse de la fragmentation, *Das Paradox des Nationalen, op. cit.*, p. 356 *sqq.*
  - 3 R. Stichweh, « Dimensionen des Weltstaats », art. cité, p. 35. Une analyse fondée de différentes constitutions transnationales fragmentées – ONU, EU, OMC, droits de l'homme

De ces tensions entre le public et le privé ou encore le local, le national et le global, surgissent des fragments d'un droit commun qui brouillent le schéma qui opposait universalisme et relativisme<sup>1</sup>.

Dans la mer de la globalité, les îles du constitutionnel émergent à peine seulement. Les contours d'une nouvelle réalité constitutionnelle globale s'esquissent, qui se caractérise par la coexistence d'ordres indépendants, ceux des États aussi bien que ceux des structures sociales non-étatiques autonomes<sup>2</sup>. Le vaste couplage structurel de la politique et du droit, qu'observait Luhmann pour les constitutions de l'État-nation, n'a pas d'équivalent au niveau de la société mondiale<sup>3</sup>. Mais il faut voir en même temps comment des couplages occasionnels apparaissent en fonction des besoins des problèmes sociaux. Des normes constitutionnelles sont développées *ad hoc* lorsque le conflit en question comporte des dimensions constitutionnelles et nécessite des décisions constitutionnelles<sup>4</sup>.

La prétention des constitutions politiques à organiser encore complètement la société, qui est émise par l'État-nation, se réduit ainsi de deux manières. Le système politique de la société mondiale ne dispose pas déjà lui-même d'une constitution complète. Ce n'est que pour des segments particuliers – l'ONU et de ses différents organismes, des branches du droit international et du droit administratif global – que des fragments constitutionnels sont développés. À l'échelle globale, on peut encore à peine reconnaître la prétention constitutionnelle qu'a le système politique à s'étendre, comme cela se passe dans l'État-nation, aux autres secteurs sociaux. Comme on le disait, on peut parler, en tout état de cause, d'impulsions constitutionnelles qui partent du système politique de la société mondiale et se dirigent vers d'autres secteurs de la société mondiale.

Une autofondation des secteurs de la société mondiale peut-elle donc subsister sans le soutien constitutionnel du droit et de la politique ? Les rapports d'interaction devenus autonomes, qui ont pris forme autrement que dans l'État-nation au niveau mondial, dans l'économie, la science, la santé, les moyens de communication, doivent-ils se débrouiller à

---

– se trouve chez J. L. Dunoff, J. Trachtman, (dir.), *Ruling the World?*, *op. cit.*

1 M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 27.

2 Andrew Hurrell, *On Global Order*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

3 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1993, p. 582.

4 M. Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, *op. cit.*, p. 233 sqq.

long terme sans constitutionnalisation politico-juridique et doivent-ils, par conséquent, en rester à un niveau de développement plus faible ? Ou bien sont-ils renvoyés, pour leur stabilisation constitutionnelle, à la législation et à la jurisprudence nationales, qui ne peuvent pourtant leur offrir qu'un nombre troublant de normes constitutionnelles toujours limitées à un territoire et dont les exigences sont contradictoires ? Ou encore doivent-ils absolument attendre une unification du droit, une harmonisation graduelle des standards constitutionnels des États-nations ?

On se heurte à un phénomène ahurissant d'un genre nouveau – à *l'auto-constitutionnalisation des ordres globaux sans les États*<sup>1</sup>. Les sous-systèmes de la société mondiale commencent à développer eux-mêmes leurs propres normes juridiques constitutionnelles qui soutiennent leur auto-constitutionnalisation. Comme l'ont montré plusieurs études de Neil Walker, un pluralisme constitutionnel se dessine au niveau de la société mondiale<sup>2</sup>. La pression croissante des problèmes sociaux qui s'exerce sur les systèmes mondiaux autonomes fait éclater des conflits sociaux qui sont désamorçés par des normes constitutionnelles éparses et dont le résultat se condense ensuite, au fil d'un long processus, dans la constitution des sous-systèmes de la société mondiale.

Loin d'être déduit de spéculations théoriques tirées d'observations occasionnelles, comme on l'affirme souvent<sup>3</sup>, ce résultat est soutenu par des observations empiriques. Dans le compte rendu d'un projet de recherche empirique de grande ampleur sur la formation globale du droit, qui fut mené à terme grâce à des études sur les institutions non-étatiques durant plusieurs années, les responsables s'expriment avec une surprise à peine dissimulée :

À certains égards, les ordres quasi-juridiques de la société mondiale présentent eux-mêmes les traits caractéristiques d'une constitution. En plus des différents standards sociaux et écologiques et en plus des mécanismes de contrôle et d'implantation existants, des normes majeures se développent, qui précisent

- 
- 1 Des références détaillées sur les analyses des constitutions autonomes des sous-systèmes globaux « privés » sont données p. xx, notes 12 et 13.
  - 2 Toutefois, Neil Walker hésite dans « Idea of Constitutional Pluralism » – et c'est ici pour le moins ambivalent – à reconnaître aussi des régimes « privés » faisant partie d'un pluralisme constitutionnel ; c'est encore plus clair dans son écrit « Beyond the Holistic Constitution ? », art. cité, p. 300 *sqq.*
  - 3 Rainer Wahl y insiste particulièrement dans « In Defence of 'Constitution' », in P. Dobner, M. Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, *op. cit.*, p. 220-244, ici : p. 233 *sqq.*

où se situent les compétences décisionnelles, comment les infractions aux normes doivent être traitées et comment les tiers concernés doivent être inclus. Par analogie avec les constitutions étatiques, les réglementations privées contiennent des mécanismes d'autolimitation qui doivent réduire les tendances à l'expansion vers d'autres acteurs et vers d'autres domaines<sup>1</sup>.

Il est difficile de prévoir les conséquences, sur le caractère du droit qui en découle, de cette distance relative prise par le droit constitutionnel social par rapport à la politique étatique<sup>2</sup>. En tous les cas, une strate de normes se constitue ici, qui ont pour particularité de s'éloigner à nouveau des tendances à la matérialisation, dominantes au xx<sup>e</sup> siècle, si par matérialisation on entend une instrumentalisation du droit à des fins de politique étatique. Ce droit constitutionnel des fragments globaux sera moins dépendant des résultats des processus de pouvoir politico-étatiques, il sera moins marqué par les politiques étatiques et les idéologies des partis politiques en tant que contrepartie nationale. Mais cette indépendance relative à l'égard de la politique étatique se paie par une nouvelle dépendance à l'égard des constellations de pouvoir et d'intérêts à l'intérieur des fragments globaux. On ne doit pas seulement s'attendre à ce que les rationalités partielles aient des répercussions sur la formation d'un tel droit constitutionnel. C'est en principe inévitable. On devrait aussi, par rapport à un droit constitutionnel octroyé par les instances étatiques, augmenter la responsivité vis-à-vis des besoins sociaux. Mais on peut craindre que n'apparaissent des normes constitutionnelles « corrompues », résultant d'un couplage trop étroit entre les constitutions sectorielles et les constellations d'intérêts particuliers<sup>3</sup>. Un défi de toute première importance se pose ici au sujet de l'autonomie du droit. Le droit pourra-t-il affirmer son autonomie à l'égard des influences corruptrices du sous-système social focal qui affectent le *proprium* du droit ? Cela devrait faire partie des conquêtes

1 Olaf Dilling *et al.* (dir.), *Responsible Business : Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Oxford, Hart, 2008, p. 8.

2 Voir à ce sujet les observations avisées de Lorenz Engi dans « Gemachtes Recht – gegebenes Recht. Made Law – Given Law », *Ancilla Juris*, n° 2, 2007, p. 48-59, ici : p. 58 *sq.*

3 Sur ces influences corruptrices avec l'exemple de la *lex mercatoria*, voir G. Teubner « Globale Bukowina », *art. cité*, p. 263, p. 279. Dans quelle mesure le développement d'un ordre public transnational promet un remède est aujourd'hui une question ouverte. Sur les premières approches de l'arbitrage international, voir M. Renner, *Zwingendes transnationale Recht*, *op. cit.*, p. 91 *sqq.*

civilisatrices des constitutions politiques nationales que d'avoir établi des couplages structurels entre la politique et le droit de telle sorte que la constitution juridique puisse atteindre, par rapport aux influences de la politique, une autonomie relative et puisse, de son côté, exercer, à travers les institutions de l'État de droit, une influence modératrice sur la politique. Le fait que les fragments d'un droit constitutionnel global supportent cette comparaison devrait dépendre dans une bonne mesure de facteurs externes, de l'appui que reçoit un tel droit constitutionnel sectoriel de son environnement, c'est-à-dire des tribunaux nationaux, de la politique institutionnalisée et des acteurs sociaux<sup>1</sup>.

#### LES CONSTITUTIONS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Il est remarquable, dans ces processus, que les normes constitutionnelles ne s'appliquent pas aux grands systèmes fonctionnels eux-mêmes, bien que la différenciation fonctionnelle de la société mondiale soit le facteur qui a déclenché leur formation. Les marchés financiers et ceux de la production sont globalisés, la communication scientifique a lieu dans le monde entier, le système des médias de communication – agences de presse, télévision, Internet – diffuse des informations à toute la planète. Malgré la clôture opérationnelle de ce système mondial, aucune constitution globale de l'économie, aucune constitution de la science, aucune constitution des médias *sui generis* n'apparaît. La constitutionnalisation qui s'accomplit réellement ne produit pas spécifiquement, pour chaque système fonctionnel, les prémisses d'une décision ni une garantie des droits fondamentaux. Comme les aspirations constitutionnelles néocorporatistes en ont déjà fait l'expérience dans l'État-nation, il manque aux systèmes fonctionnels eux-mêmes la capacité d'agir, la capacité de s'organiser et, par conséquent, apparemment aussi la capacité de se constitutionnaliser<sup>2</sup>. Les diverses constitutionnalisations globales ont lieu ailleurs, au niveau des processus sociaux cristallisés « au-dessous » des systèmes fonctionnels,

- 
- 1 Les tribunaux nationaux sont particulièrement influents lorsqu'ils font dépendre la reconnaissance de ces ordres juridiques privés de la question de savoir si les exigences démocratiques et celles de l'État de droit suffisent, et si oui, dans quelle mesure. C'est ce que souligne Christian Joerges, « A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation », in Ch. Joerges, J. Falke (dir.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, *op. cit.*, p. 465-501, ici : p. 483 *sqq.*
  - 2 Dans quelle mesure la constitutionnalisation d'un ordre social présuppose une collectivité sera systématiquement débattu ci-dessous dans la section III.2.

aux niveaux des organisations formelles et des transactions formalisées qui ne sont pas liées aux frontières territoriales des États-nations mais qui prétendent avoir une portée globale. Et c'est seulement leur action conjuguée à l'intérieur du réseau fonctionnel qui – par le biais de leurs constitutions particulières – produit ensuite une constitutionnalisation des systèmes fonctionnels à l'échelle du monde entier<sup>1</sup>.

Les principaux candidats au statut de constitutions particulières pour les fragments de la société mondiale sont les organisations transnationales, c'est-à-dire les organisations internationales du monde des États, les entreprises multinationales et les organisations globales non gouvernementales. Peu importe qu'elles soient fondées, comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC), par des traités de droit international ou qu'elles soient instaurées, comme dans les *corporate codes* des multinationales, de façon autonome et privée : on observe partout les mêmes tendances à l'autoconstitutionnalisation, grâce auxquelles elles s'émancipent régulièrement du consensus de leurs membres fondateurs.

L'émancipation constitutionnelle de l'OMC est bien connue maintenant<sup>2</sup>. Sa constitutionnalisation suit quatre directions différentes : la juridicisation des résolutions de conflit, la clause de la nation la plus favorisée, la priorité des normes d'action sur le processus politique et l'option d'effet direct<sup>3</sup>. Le plus important devrait être la juridicisation des résolutions de conflit, puisque de simples panels, qui devaient arbitrer, entre les États-membres et l'OMC, l'interprétation du Traité au moyen seulement de négociations diplomatiques, se sont développés au fur et à mesure en devenant d'authentiques 'tribunaux' ayant des compétences décisionnelles, une hiérarchie décisionnelle propre et les meilleures chances d'exécution<sup>4</sup>. On n'y décide pas seulement de simples questions juridiques mais aussi des questions constitutionnelles de l'OMC à propos des relations extérieures avec les États-nations<sup>5</sup>.

1 C'est en ce sens que P. Kjaer parle des constitutions globales des systèmes fonctionnels comme de « constellations » ou de « configurations » dans « Metamorphosis of the Functional Synthesis », art. cité, p. 522, p. 524.

2 Une analyse fondée théoriquement de cette émancipation chez A. Skordas, « Self-Determination of Peoples », art. cité.

3 À ce sujet, A. Peters, « Compensatory Constitutionalism », art. cité.

4 Bernhard Zangl, « Judicialization Matters! A Comparison of Dispute Settlement under GATT and the WTO », *International Studies Quarterly*, n° 52, 2008, p. 825-854.

5 Sur la problématique constitutionnelle de l'OMC, Chios Carmody, « A Theory of WTO Law », *Journal of International Economic Law*, n° 11, 2008, p. 527-557 ; Jeffrey L. Dunoff,

Il est remarquable que la constitutionnalisation ne soit pas limitée aux organisations de droit international mais qu'elle saisit aussi tout particulièrement ces organisations qui se sont constituées en vertu du *private ordering*. Le besoin de constitutionnalisation est même plus grand ici, car les normes constitutionnelles du droit international n'ont en principe pas de prise sur elles. L'organisation gouvernementale d'Internet (ICANN), qui a été fondée comme une simple association privée d'après le droit des associations californien, représente un champ d'application plus important. Elle a développé au fur et à mesure des structures de représentation fonctionnelle et territoriale, des formes de séparation des pouvoirs et une bonne « juridiction » pour les questions qui touchent à l'attribution des noms de domaine. Des questions de gouvernance d'importance constitutionnelle se posent dans ce cas<sup>1</sup>. Face à la question de savoir si et dans quelle mesure les droits fondamentaux valent sur Internet, les instances de résolution des conflits de l'ICANN n'ont pas eu recours à des constitutions nationales, qui seraient donc valables seulement pour des segments nationaux d'Internet, mais elles ont formé des standards globaux et autonomes en ce qui regarde les droits fondamentaux<sup>2</sup>. Dans les analyses détaillées portant sur la jurisprudence relative aux cas de *companynamesucks*, où les entreprises essaient d'empêcher la société civile de critiquer leur politique sur Internet, on voit que les panels ICANN n'ont pas recours aux positivations nationales

---

« Constitutional Concepts : The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law », *European Journal of International Law*, n° 17, 2006, p. 647-675 ; Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization : Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; Robert Howse et Kalypso Nicolaidis, « Enhancing WTO Legitimacy : Constitutionalization or Global Subsidiarity », *Governance*, n° 16, 2003, p. 73-94 ; Sol Picciotto, « The WTO's Appellate Body : Formalism as a Legitimation of Global Governance », *Governance*, n° 18, 2005, p. 477-503 ; Ernst-Ulrich Petersmann, « Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization : Challenges for the World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society », *Leiden Journal of International Law*, n° 19, 2006, p. 633-667 ; Ernst-Ulrich Petersmann, « The WTO Constitution and Human Rights », *Journal of International Economic Law*, n° 3, 2000, p. 19-25 ; Jens L. Mortensen, « The Institutional Requirements of the WTO in the Era of Globalisation : Imperfections in the Global Economic Polity », *European Law Journal*, n° 6, 2000, p. 176-204.

- 1 David G. Post, « Governing Cyberspace », *Wayne Law Review* n° 43, 1997, p. 155-171. Sur la constitutionnalisation de l'ICANN, L. Viellechner, « Constitution of Transnational Governance Arrangements », art. cité, p. 443 *sqq.*
- 2 Des analyses approfondies à ce sujet chez V. Karavas, *Digitale Grundrechte*, *op. cit.*, p. 136 *sqq.*

de la liberté d'expression mais qu'ils développent leurs propres normes relatives aux droits fondamentaux, qui sont reliées de façon transnationale et s'occupent des particularités d'Internet<sup>1</sup>.

On peut observer le droit constitutionnel issu du *private ordering* en particulier dans le *corporate constitutionalism* des multinationales. Des conflits durables avec les organisations locales, avec les mouvements sociaux, avec les organisations non gouvernementales et les organisations internationales les ont poussées à développer pour cela des codes de conduite qui peuvent servir d'équivalents fonctionnels aux constitutions nationales des entreprises<sup>2</sup>.

Ici se trouvent les prémices de la constitution des entreprises multinationales en tant que communauté autonome d'entités qui ont commencé à se réguler elles-mêmes en construisant des systèmes de *governance* indépendamment des États<sup>3</sup>.

Mais les organisations mondiales d'élaboration de standards, telles que l'Organisation internationale de normalisation (ISO), s'émancipent aussi de leurs contreparties nationales et développent des normes constitutionnelles autonomes pour la représentation de commissions, d'experts et de groupes d'intérêts nationaux, pour les procédures de l'État de droit, les discours institutionnalisés et les principes de décision substantiels<sup>4</sup>. D'autres formes d'autorégulation constitutionnelle ont inventé des regroupements d'entreprises comme la Social Accountability International qui, en tant qu'ONG, développe avec les représentants de différents intérêts des standards relevant du droit du travail (SA 8000) et qui prend en même temps modèle sur les normes de l'OIT et de la Déclaration des droits de l'homme de l'ONU<sup>5</sup>. Une autre forme

1 Moritz Renner, « Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law ? », *Journal of International Arbitration*, n° 26, 2009, p. 533-555, ici : p. 551 sq.

2 Voir surtout G. Anderson, « Corporate Constitutionalism », art. cité ; Kenneth Abbott et Duncan Snidal, « Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance : Overcoming the Orchestration Deficit », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* n° 42, 2009, p. 501-571 ; M. Herberg, *Globalisierung und private Selbstregulierung*, op. cit. ; voir aussi les contributions empiriques dans O. Dilling et al. (dir.), *Responsible Business*, op. cit.

3 Larry C. Backer, « The Autonomous Global Enterprise : On the Role of Organizational Law Beyond Asset Partitioning and Legal Personality », *Tulane Law Journal*, n° 41, 2006, p. 541-572, ici : p. 567.

4 H. Schepel, *Constitution of Private Governance*, op. cit., p. 403 sqq.

5 Social Accountability International, SAI Governance Structure (<http://www.saintl.org/index.cfm?fuseaction=Page.viewPage&pageId=937&parentID=479&nodeID=1>).

d'organisation est la *Caux Round Table* (CRT), « un réseau international de managers conscients des principes et qui cherchent à encourager un capitalisme moral<sup>1</sup> ». Et dans les institutions de résolution des conflits de la *lex mercatoria*, du droit autocréé de l'économie globale, une hiérarchie de normes s'est entretemps formée, à la tête de laquelle, sous l'appellation d'« ordre public d'arbitrage international », on trouve des normes constitutionnelles, des principes, des règles de procédure et des standards en matière de droits fondamentaux<sup>2</sup>. Dans les analyses détaillées qui sont faites de la décision des tribunaux d'arbitrage, on peut identifier une foule de « normes constitutionnelles autocréées par la juridiction d'arbitrage internationale<sup>3</sup> ». Les tout premiers débuts de ce processus s'observent même dans les jugements rendus par la juridiction d'arbitrage internationale des investissements qui est politiquement controversée. Contrairement aux intentions de leurs auteurs, les tribunaux d'arbitrage ont commencé, sous l'effet d'une critique publique massive, à développer des principes constitutionnels de niveau supérieur – fonction sociale de la propriété, procédures de régulation et principe de proportionnalité<sup>4</sup>.

#### LES CONSTITUTIONS DES RÉGIMES

Il serait cependant prématuré de rapporter la constitutionnalisation uniquement à la constitution intérieure des organisations internationales, comme cela arrive souvent dans la littérature s'y rapportant<sup>5</sup>. Car ce ne

- 
- 1 Caux Round Table, About Us (<http://www.cauxroundtable.org/index.cfm?&menuid=2>).
  - 2 À ce sujet, en détail, voir M. Renner, *Zwingendes transnationale Recht*, *op. cit.*, p. 92 *sqq.* ; H. Collins, « Flipping Wreck », art. cité ; Jan H. Dalhuisen, « Legal Orders and their Manifestations : The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and its Lex Mercatoria », *Berkeley Journal of International Law*, n° 24, 2006, p. 129-191 ; Nathalie Voser, « Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration », *The American Review of International Arbitration*, n° 7, 1996, p. 319-358. John Linarelli offre une analyse minutieuse du véritable caractère juridique de la *lex mercatoria* dans « Analytical Jurisprudence and the Concept of Commercial Law », *Penn State Law Review*, n° 114, 2009, p. 119-215, ici : p. 184 *sqq.*
  - 3 M. Renner, « Towards a Hierarchy », art. cité, p. 554.
  - 4 Là-dessus, voir les analyses de cas détaillées de David Schneiderman, « Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration : A New Self-Restraint ? », *Journal of International Dispute Settlement*, n° 2, 2011, p. 1-25 ; M. Renner, *Zwingendes transnationale Recht*, p. 126 *sqq.*
  - 5 Chittharanjan F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 ; Henry G. Schermers et Niels M. Blokker, *International Institutional Law : Unity within Diversity*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004 ;

sont pas seulement les processus de décision internes des organisations internationales à caractère privé ou public qui sont constitutionnalisés mais aussi précisément les relations extérieures avec leurs différents bénéficiaires. Bien entendu, dès lors que des règles et des directives internes prévoyant des commissions de surveillance internes, des *compliance officers* [agents chargés de la conformité] et des fonctions quasi-judiciaires sont adoptées<sup>1</sup>, cela constitue un bénéfice constitutionnellement important en ce qui concerne la conformité à l'État de droit des processus de décision internes des organisations internationales. Le contrôle judiciaire de plus en plus important que l'on fait des décisions des organisations internationales renforce aussi leurs structures constitutionnelles. Mais il ne suffit pas d'avoir une vue sur la constitution intérieure. On ne comprend pas le système de règlement privé de l'ICANN tant que l'on ne prête attention qu'à son organisation formelle, qu'à l'association déclarée selon le droit californien. C'est seulement lorsque l'on inclut ses relations extérieures que l'importance de la constitutionnalisation devient claire. Un réseau entier de contrats a été monté, à ce niveau, grâce auxquels l'ICANN forme, en plus de son organisation formelle, un système de régulation global. L'ICANN désigne par contrat l'organisation VeriSign comme administrateur de domaine, laquelle conclut à son tour des contrats avec des administrateurs de domaine nationaux. Sur les contrats standardisés avec les utilisateurs d'Internet, où l'on est renvoyé au règlement d'Internet de l'UDRP [Principes directeurs pour un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine], ces administrateurs fixent donc les détails de la répartition des noms. De son côté, à travers les relations contractuelles avec lesquelles le gouvernement américain s'assure une influence sur cette gouvernance privée, l'ICANN est liée à des instances de droit public. Il s'agit donc, dans cet arrangement, d'un réseau complexe de contrats qui ne peut être confondu ni avec l'organisation formelle ni avec la somme des contrats bilatéraux. Des contrats individuels et des organisations formelles sont orientés vers un but homogène et forment un ensemble de réglementation seulement au niveau émergent<sup>2</sup>.

---

José Álvarez, « Constitutional Interpretation in International Organizations », in Jean M. Coicaud, Veijo Heiskanen (dir.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, United Nations University Press, 2001, p. 104-154.

1 À ce sujet J. Klabbers, « Setting the Scene », art. cité, p. 25.

2 Sur la gouvernance de l'ICANN, M. Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, op. cit., p. 169 sqq. ; Lars Viellechner, « Können Netzwerke die Demokratie ersetzen ? Zur Legitimation

Dans le cadre de la constitution de l'entreprise, dont il a été plusieurs fois question déjà, ce serait aussi un malentendu de confondre les limites de validité des *corporate codes* et les limites de l'organisation formelle, c'est-à-dire les limites des entreprises individuelles transnationales. Un espace juridique pour la constitution de l'entreprise prend, au contraire, ici la forme d'une vaste interdépendance normative entre différents acteurs collectifs, ce qui permet donc de comprendre la structure des normes comme un réseau fermé. Les *corporate codes* ont depuis longtemps franchi les limites de l'entreprise individuelle. Ils valent également pour l'interdépendance des entreprises dans des groupes, et au-delà des limites nationales pour les directions centrales des entreprises et leurs filiales qui, dans de nombreux cas, comprennent des milliers d'entreprises individuelles. Enfin, sous la pression de l'espace public et d'organisations de la société civile, la validité des codes des entreprises a été étendue encore au-delà des limites des groupes. Au moyen d'obligations contractuelles, les groupes obligent aussi bien leurs entreprises de sous-traitance que leurs chaînes de distribution à se conformer aux standards de leurs *corporate codes* et emploient le mécanisme du contrat pour introduire des systèmes puissants de surveillance et de sanction<sup>1</sup>.

C'est pourquoi il est réducteur d'identifier simplement les organisations internationales comme étant les nouveaux sujets constitutionnels transnationaux. Mais il ne suffit pas non plus d'inclure des arrangements ou réseaux contractuels. Il est plus adéquat de caractériser d'une manière générale les *régimes transnationaux comme étant les vecteurs du processus de constitutionnalisation*. Les régimes globaux, qui sont définis, on le sait, comme « des ensembles de principes, de normes, de règles et de procédures de décision, desquels résultent des attentes d'action à l'intérieur d'un domaine fonctionnel prédéterminé<sup>2</sup> », incluent bien plus

---

der Regelbildung im Globalisierungsprozess », in Sigrid Boysen *et al.* (dir.), *Netzwerke : 47. Assistententagung Öffentliches Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 36-57, ici : p. 42 *sq.* ; Michael Hutter, « Global Regulation of the Internet Domain Name System : Five Lessons From the ICANN Case », in Karl-Heinz Ladeur (dir.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet : Neues Recht für Kommunikationsnetzwerke*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 39-52.

- 1 Voir à ce sujet l'étude de cas instructive du GAP faite par L. C. Backer, « Multinational Corporations as Objects and Sources », art. cité, p. 10 *sqq.* Sur la gouvernance par les réseaux en général, voir G. Anderson, « Corporate Constitutionalism », art. cité.
- 2 Stephen D. Krasner, « Structural Causes and Regime Consequences : Regimes as Intervening Variables », *International Organization*, n° 36, 1982, p. 185-205, ici : p. 186 ; Robert Keohane et Joseph Nye, *Power and Interdependence : World Politics in Transition*, Boston, Little Brown,

que des organisations formelles, des contrats ou des réseaux. Cependant, la discussion sur les régimes, au demeurant prolifique, ne donne pas d'indications claires sur ce en quoi consiste cette plus-value. Il devrait s'agir d'intégrer dans le concept, non seulement la structure interne des organisations, des contrats ou des réseaux, mais aussi les environnements pertinents<sup>1</sup>.

La différence entre centre et périphérie rend les choses plus claires. Au centre d'un régime se trouvent souvent une ou plusieurs organisations formelles avec des compétences professionnelles clés ; mais dans les régimes, en même temps, une périphérie se forme que composent les interactions qu'a le centre avec ses bénéficiaires. La constitution d'un régime norme donc aussi bien les relations intérieures de l'organisation formelle, des contrats ou du réseau que les relations extérieures dans leurs fragments d'environnement pertinents (l'interaction avec leur public)<sup>2</sup>.

#### LES RÉGIMES TRANSNATIONAUX SONT-ILS DES SUJETS CONSTITUTIONNELS ?

Les régimes transnationaux peuvent-ils être alors vraiment des sujets constitutionnels adéquats, c'est-à-dire des ordres sociaux capables d'avoir une constitution ? Des constitutionnalistes fermement attachés à l'État-nation ont soulevé cette question et ont répondu tout

---

2001, p. 5, p. 19 : « ensembles d'arrangements gouvernants » qui comportent un « réseau de règles, de normes et de procédures qui régulent le comportement et contrôlent ses efforts ». Ce sont d'« ensembles d'institutions, d'organisations, d'acteurs, de relations, de normes et de règles – formels et informels » dont parlent E. Grande *et al.*, « Politische Transnationalisierung », art. cité, p. 123. Une typologie des régimes est présentée par Margaret Young, « Introduction : The Productive Friction Between Regimes », in Margaret Young (dir.) *Regime Interaction in International Law : Facing Fragmentation*, Cambridge, 2011, p. 1-20, ici : p. 4 *sqq.*

- 1 Dirk Baecker va dans ce sens dans « The Power to Rule the World », in G.-P. Callies *et al.* (éd.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunther Tenbner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2009, p. 673-686 ; Harrison C. White, *Identity and Control : A Structural Theory of Action*, Princeton, Princeton University Press, 1992, p. 226.
- 2 Ceci se rapproche des idées de Bruno Simma, « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *European Journal of International Law*, n° 20, 2009, p. 265-297, ici : p. 275.

aussi fermement par la négative<sup>1</sup>. Seuls les groupements politiques de domination qui sont organisés dans le cadre de l'État-nation seraient constitutionnalisables, mais pas les organisations internationales ni les régimes transnationaux, et en aucun cas les régimes transnationaux « privés ». Il manquerait aux prétendus processus de constitutionnalisation se déroulant au-delà de l'État un substrat social qui pourrait constituer l'objet adéquat des constitutions. Ces théoriciens apporteraient les preuves qu'il manque à ces « configurations » la capacité de se constitutionnaliser en énumérant une liste impressionnante de carences. Il manquerait aux régimes transnationaux les caractéristiques suivantes qui sont les seules à pouvoir fonder un ordre :

- un « *demos* » en tant que collectif d'une constitution,
- la dialectique pouvoir constituant – pouvoir constitué,
- la dynamique d'une formation du pouvoir et de la volonté,
- la légitimation à partir du consensus démocratique de toutes les personnes concernées,
- l'infrastructure d'un pluralisme politique,
- la profusion de sens offerte par un mythe fondateur collectif<sup>2</sup>.

En effet, il ne faut pas, sans examen préalable, prendre les régimes transnationaux et les États-nations pour le même type de sujet constitutionnel. Cependant, si l'on ne veut pas tomber dans les pièges d'un nationalisme

1 M. Loughlin, « What Is Constitutionalisation ? », art. cité, p. 64 *sq.* ; Dieter Grimm, « Gesellschaftlicher Konstitutionalismus : Eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung ? », in Matthias Herdegen *et al.* (dir.), *Staatsrecht und Politik : Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 2009, p. 67-81 ; D. Grimm, « Constitution in the Process of Denationalization », art. cité, p. 460 *sqq.* ; Rainer Wahl, « Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff ? », in Carl-Eugen Eberle *et al.* (dir.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*, Munich, C. H. Beck, 2002, p. 191-207.

2 À ces objections, de façon approfondie, voir R. Wahl, « In Defence of Constitution », art. cité, p. 232 *sqq.* ; P. Dobner, « More Law, Less Democracy ? Democracy and Transnational Constitutionalism », in P. Dobner, M. Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, *op. cit.*, p. 141-161, ici : p. 148 *sqq.* ; Thomas Vesting, « Politische Verfassung ? Der moderne (liberale) Verfassungsbegriff und seine systemtheoretische Rekonstruktion », in G.-P. Callies *et al.* (dir.), *Soziologische Jurisprudenz*, *op. cit.*, p. 609-626, ici : p. 617 *sqq.* ; Alexander Somek, *Individualism : An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2008, ch. 8 ; Ulrich Haltern, « Internationales Verfassungsrecht ? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende », *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 128, 2003, p. 511-557.

méthodologique, on ne peut pas déclarer axiomatiquement les États-nations comme étant les seuls substrats constitutionnels possibles, on devra tenir compte de trois modifications à apporter au concept de substrat constitutionnel. On a besoin, en premier lieu, d'un découplage entre constitution et État, pour pouvoir attribuer aux ordres politiques transnationaux aussi bien qu'aux régimes de régulation une capacité de constitutionnalisation<sup>1</sup>. En deuxième lieu, il faut tenir compte d'un découplage entre constitution et politique institutionnalisée pour pouvoir identifier aussi d'autres secteurs de la société civile globale comme des sujets constitutionnels possibles. Enfin, on devra penser, en troisième lieu, à un découplage entre constitution et processus de pouvoir, ce qui rendra visible la manière dont les constitutions contribuent à fonder et à limiter ces communications sociales qui ne se déroulent pas à travers le médium du pouvoir politique ou social<sup>2</sup>. Malgré l'ampleur de ces modifications, il serait préférable de maintenir le concept même de constitution pour ces ordres sociaux. Des concepts alternatifs – par exemple, « métaréglulation », « normes indispensables » ou « principes du droit » – ne peuvent pas du tout rivaliser avec la complexité du concept de constitution<sup>3</sup>. Il y a donc beaucoup de leçons historiques à tirer de la riche histoire des constitutions de l'État-nation. Il est nécessaire, comme on l'a dit, de généraliser le concept de sujet constitutionnel

- 
- 1 Sur ce découplage, voir les remarques incisives de U. Preuss, « Disconnecting Constitutions from Statehood », art. cité, p. 30 *sqq.* Voir également Hauke Brunkhorst, « Demokratie in der globalen Rechtsgenossenschaft », *Zeitschrift für Soziologie : Sonderheft Weltgesellschaft*, 2005, p. 330-348, ici : p. 332 *sqq.* ; Christoph Möllers, *Staat als Argument*, Munich, C. H. Beck, 2000 ; Hasso Hofmann, « Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung », *Juristenzeitung*, n° 22, 1999, p. 1065-1074.
  - 2 Même chez des sociologues des constitutions aussi avancés que Thornhill, ce découplage entre constitution et pouvoir n'est pas accompli, ce qui provoque un point aveugle singulier pour la fondation et la limitation des autres médias de communication tels que le pouvoir. Voir Ch. Thornhill, « Constitutional Law from the Perspective of Power », art. cité, p. 247.
  - 3 Les concepts alternatifs ne renvoient le plus souvent que l'image d'une hiérarchie de normes, et ils sont indifférents envers les autres fonctions et structures d'une constitution telles que les décrit de façon précise le chapitre 4. Sur les réductions peu satisfaisantes de la problématique constitutionnelle de la métaréglulation, voir Jacco Bomhoff et Anne C. Meuwese, « The Meta-Regulation of Transnational Private Regulation », *Journal of Law and Society*, n° 38, 2011, p. 138-162 ; sur les normes indispensables, voir Niklas Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen ? Heidelberger Universitätsreden 4*, Heidelberg, Müller, 1993 ; sur les principes juridique du droit administratif, voir B. Kingsbury *et al.*, « Emergence of Global Administrative Law », art. cité.

taillé sur mesure pour l'État-nation et de le respécifier en l'adaptant à ses équivalents transnationaux, d'une part, et à ses équivalents au sein de la société civile, d'autre part. Pour ces deux opérations, la sociologie des constitutions se révèle utile, puisque c'est elle qui a jusqu'ici le plus clairement thématiqué les conditions de possibilité de la fondation des systèmes sociaux et montré la manière dont les normes constitutionnelles contribuent à ce processus<sup>1</sup>.

#### POUVOIR CONSTITUANT / CONSTITUÉ

Il est certain que la question la plus difficile est celle-ci : peut-on aussi identifier, dans de tels ordres sociaux non étatiques, le rapport paradoxal pouvoir constituant – pouvoir constitué, qui fonde les constitutions des États-nations<sup>2</sup> ? Les régimes transnationaux privés connaissent-ils aussi cette « rétroactivité fabuleuse » que décrit Jacques Derrida, où un pouvoir constituant se constitue seulement vraiment dans l'« indécidabilité entre une structure performative et une structure constative » tout en présupposant bien en même temps sa propre existence<sup>3</sup> ? Ou bien cette relation fondamentale est-elle seulement une particularité de la constitution de l'État-nation qui ne trouve pas d'équivalent dans d'autres contextes et qui ne peut en trouver parce qu'il y manque les conditions d'une *polity* ? Il serait nécessaire pour cela de travailler dans les autres ordres sociaux, si tant est que ce soit possible, avec un concept de constitution affaibli ou

1 On trouve des précisions sur cette généralisation et cette respécification de la constitution pour différents secteurs sociaux dans les analyses de R. Prandini, inspirées de la théorie de Parsons : Prandini, « Morphogenesis of Constitutionalism », art. cité, p. 310 *sqq.*

2 Là-dessus avec insistance, Andreas Kalyvas, « Popular Sovereignty, Democracy and the Constituent Power », *Constellations* n° 12, 2005, p. 223-244 ; Quentin Skinner, « States and the Freedom of Citizens », in Quentin Skinner, Bo Strath (dir.), *States and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 11-27 ; Frank Michelman, « Constitutional Authorship », in Lamy Alexander (dir.), *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 64-98 ; dans la discussion allemande, Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes als Grenzbegriff des Rechts », in E.-W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Francfort, 1991, p. 90-112. Selon une perspective transnationale déjà, Christoph Möllers, « Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung : Begriffe der Verfassung in Europa », in Armin von Bogdandy (dir.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Vienne, Springer, 2003, p. 36-46.

3 Jacques Derrida, *Otobiographies : L'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre*, Paris, Galilée, 2005, p. 22 et 21. Sur les paradoxes du fondement dans les contextes transnationaux, voir R. Buchanan, « Reconceptualizing Law and Politics », art. cité, p. 29 *sqq.*

purement « fonctionnel<sup>1</sup> ». Ou alors doit-on abandonner entièrement le concept parce qu'il est l'expression d'un « républicanisme emphatique », qui représente seulement une des possibilités parmi d'autres de fondation constitutionnelle<sup>2</sup> ? L'alternative suppose de rester fidèle aussi au principe de l'autodétermination collective pour les constitutions au-delà de l'État, et de déterminer ce principe différemment en fonction des particularités des sujets constitutionnels non-étatiques<sup>3</sup>.

Si l'on se détache du point de vue juridique formel qui réduit le problème du pouvoir constituant à la question – importante bien entendu sur le plan pratico-politique – de savoir comment une assemblée constituante doit être configurée en ce qui regarde ses membres, ses compétences et la procédure<sup>4</sup>, il faut déterminer quels sont les phénomènes que décrit vraiment le concept de pouvoir constituant. Dans le débat théorique centré sur l'État, ce que signifie « pouvoir constituant » est hautement controversé. On peut désigner par là :

- les individus qui constituent une citoyenneté politique active,
- le peuple entier en tant que communauté préconstitutionnelle (« *We the people* ») qui constitue une *polity*,

1 Telle est la proposition de M. Renner dans *Zwingendes transnationale Recht*, *op. cit.*, p. 232 *sq.*, qui veut utiliser le concept de constitution dans des contextes non politiques « de façon fonctionnelle » seulement et le réduire à deux éléments : un couplage structurel et une hiérarchie de normes.

2 Matthias Kumm, « Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics : Why Europe Has a Constitution Properly So Called », *American Journal of Comparative Law*, n° 54, 2006, p. 505-530. Kumm remplace l'idée d'une autodétermination collective par des « principes républicains » qui distinguent des actes constitutionnels originaires. Cependant, dans cette voie alternative bien réfléchie, la prémisse simplement structuraliste de la fondation par des « principes » est problématique : elle ne thématise pas suffisamment la processualité de la formation des principes. Si l'on prête attention cependant à ces processus, il est clair que les processus de réflexion qui se développent historiquement dans la politique génèrent ces « principes républicains ». Mais alors le concept de « pouvoir » constituant prend aussi à nouveau un sens sociologique.

3 A. Skordas fait une avancée importante dans cette direction dans « Self-Determination of Peoples » (art. cité) : il généralise le principe d'autodétermination des structures d'ordre ethniques aux structures d'ordre territoriales puis aux fonctionnelles. En partant d'autres présupposés théoriques, G. Anderson, dans « Societal constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below » (art. cité), voit dans les mouvements sociaux transnationaux les points de cristallisation d'un pouvoir constituant transnational.

4 À ce sujet, voir notamment Herdegen in Maunz et Dürig, *Grundgesetz 58. Ergänzungslieferung*, 2010 Art. 79, paragraphes 7-12.

- les relations prépolitiques entre êtres humains qui ont un caractère véritablement politique,
- certaines relations factuelles auxquelles un « concept-limite » donne une forme juridique,
- des rapports de pouvoir entre groupes sociaux dont le compromis passant par une constitution est idéologiquement élevé,
- de simples fictions sémantiques qui fournissent un mythe fondateur à une communauté imaginée<sup>1</sup>.

Du point de vue de la théorie des systèmes, ces propositions paraissent peu satisfaisantes. Il est exclu, pour elle, d'identifier le « pouvoir constituant » à des individus, au peuple entier ou à une simple relation de pouvoir entre des groupes sociaux. La théorie des systèmes oblige à désigner par ce terme un phénomène de communication sociale. Elle propose de comprendre le « pouvoir constituant » comme un *potentiel communicationnel*, c'est-à-dire comme une sorte d'énergie sociale, littéralement comme un pouvoir qui s'actualise, à l'aide des normes du droit constitutionnel, en « pouvoir constitué » mais qui reste continuellement présent comme irritation permanente du pouvoir constitué<sup>2</sup>.

Pour répondre d'emblée à la critique prévisible selon laquelle la théorie des systèmes déshumaniserait le pouvoir constituant, précisons que le

- 
- 1 Les contributions au recueil de M. Loughlin et N. Walker (dir.), *The Paradox of Constitutionalism* (*op. cit.*), font apparaître une controverse plus récente en théorie constitutionnelle en exposant les différentes positions qui concernent cette question. Ch. Möllers, dans « *Verfassunggebende Gewalt* » (art. cité), offre une bonne discussion qui problématise des présupposés déjà devenus classiques. Pour une interprétation du constitutionnalisme global s'appuyant sur la critique de l'idéologie qui affirme que celui-ci assure les prérogatives des élites au pouvoir, voir Ran Hirschl, « *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide* », *Fordham Law Review*, n° 75, 2006, p. 721 – 752 et R. Hirschl, *Towards Juristocracy*. Pour une réduction du phénomène à des fictions sémantiques, voir T. Vesting, « *Ende der Verfassung?* », art. cité, p. 77 *sqq.*
  - 2 Des croisements peuvent être faits ici avec les réflexions de Christoph Menke sur la 'force', c'est-à-dire sur le fait de « penser la différence entre le système social et le système psychique comme un effet qui est engendré par la force même – la force ou la pulsion de la justice – qui promet son unité. » Voir Christoph Menke, « *Subjektive Rechte : Zur Paradoxie ihrer Form* », in Gunther Teubner (dir.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann : Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Stuttgart, Lucius, 2008, p. 81-108. On trouve aussi, flottant à une distance pas trop éloignée, les concepts de '*multitudo*' et '*potentia*' chez Michael Hardt et Antonio Negri, *Multitude : Guerre et démocratie à l'âge de l'Empire* (trad. N. Guilhot, Paris, La découverte, 2004), et les concepts de 'souveraineté', de 'territorialité', de 'peuple' chez Ulrich Preuss, « *Disconnecting Constitutions from Statehood* », art. cité, p. 35 *sqq.*

rapport de la constitution aux êtres humains réels n'est pas rompu. Au contraire, le rapport est bien créé. Tout d'abord, le discours anthropomorphisant sur le peuple, la communauté, le collectif, le groupe comme pouvoir constituant / constitué est à coup sûr trompeur. Qu'est-ce qui provoque donc la constitutionnalisation ? Une constitution structure les communications, et en aucun cas elle ne constitue les êtres humains. On devrait laisser cela, en outre, aux médecins, aux psychologues et aux prêtres. Il est vrai néanmoins que le discours sur les êtres humains signifie bien quelque chose dans la mesure où il attire l'attention sur l'arrière-plan d'énergie et de sens qu'a la communication en voie de constitutionnalisation, donc sur les êtres humains « en chair et en os ». Ce qu'est le potentiel constitutionnel ne peut pas être complètement compris si l'on observe seulement – en mésinterprétant la théorie des systèmes – les processus communicationnels de façon isolée dans les systèmes sociaux. Le potentiel est davantage à localiser dans les couplages structurels entre les systèmes sociaux et la conscience et la corporéité des êtres humains réels. C'est précisément ici, *dans les irritations réciproques qui ont lieu entre la société et les individus, la communication et la conscience, que le pouvoir constituant produit le potentiel, la capacité, l'énergie, et même le pouvoir d'autofondation*. On se rapproche ici des conceptions de l'intersubjectivité ; néanmoins, une différence décisive demeure : elle tient au fait que, selon cette approche, aucun espace de sens homogène ne se forme et les horizons des processus de conscience concernés ne fusionnent pas, seuls des processus de conscience et de communication différents les uns des autres se « rencontrent ».

Pour la question constitutionnelle, il est particulièrement important que se produise ici en même temps la « rencontre » significative de processus de réflexion divers – la réflexion identitaire de l'individu et la réflexion identitaire des systèmes sociaux. Le « sujet constitutionnel » ne doit donc pas être compris comme un artefact sémantique de communication, imputé à l'acte constitutionnel, il apparaît comme un processus réel impulsé par la rencontre entre les systèmes sociaux et la conscience, comme le produit du pouvoir constituant. On ne devrait cependant pas succomber à nouveau à la représentation erronée d'un collectif se formant à partir d'un grand nombre de personnes. Le pouvoir constituant n'est ni seulement le pouvoir d'une somme d'individus ni celui d'une relation sociale, le pouvoir naît comme potentiel communicationnel, comme

une énergie sociale qui se forme dans les perturbations qui apparaissent précisément entre les consciences individuelles et les communications sociales. Le concept de « pouvoir communicationnel » serait pour cela un terme approprié s'il n'était pas déjà employé par une autre tradition théorique.

Signalons ici qu'il faut rompre énergiquement avec les fantasmes d'omnipotence de la politique<sup>1</sup>. La constitution politique étatique ne donne pas à l'énergie collective de toute une société la forme dans laquelle la nation s'établit. La société de la modernité est bien plutôt caractérisée précisément par le fait que le potentiel collectif qui apparaît dans les perturbations « entre » individus et société n'est plus disponible de façon unitaire mais qu'il est toujours déjà fragmenté dans une quantité de potentiels, d'énergies et de forces sociales. C'est un résultat historique de la spécialisation des médias de communication – pouvoir, argent, savoir, droit – et de la relation étroite de leurs environnements avec les pulsions, souhaits et désirs des individus, déterminés et déjà différenciés de leur côté. Une orientation unilatérale qu'adopte donc chaque système social et les individus qui y participent – c'est en cela que résident la grandeur et la misère de la différenciation fonctionnelle. Et les constitutions de la modernité prennent appui sur ces spécialisations du potentiel social, c'est-à-dire qu'elles ne reposent pas précisément sur le phénomène diffus du peuple dans sa totalité<sup>2</sup>. Les constitutions politiques ne se forment pas à partir du potentiel communicationnel total de la société mais seulement à partir du potentiel de pouvoir de celle-ci, les constitutions de la science se forment seulement à partir des potentiels de savoir de la société; dit en des termes généraux : les

1 Voir à ce sujet l'excellent travail d'Anton Schütz, « The Twilight of the Global Polis : On Losing Paradigms, Environmenting Systems, and Observing World Society », in Gunther Teubner (dir.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth Gower, p. 1997, p. 257-293; et avec une formulation plus radicale cette fois, Anton Schütz, « Imperatives without an Emperor », *Law and Critique*, n° 20, 2009, p. 233-243.

2 À cet égard, on parle à juste titre d'une « désincarnation de l'autorité constitutionnelle » par les processus sociaux de différenciation qui sont particulièrement visibles dans la globalisation, ainsi Ming-Sung Kuo, « (Dis)Embodiments of Constitutional Authorship : Global Tax Competition and the Crisis of Constitutional Democracy », *George Washington International Law Review*, n° 41, 2009, p. 181-242, ici : p. 223 *sqq.* Mais si l'on n'y voit comme Kuo qu'un processus de déclin où les « politiques ordinaires » originaires dégénèrent en décisions illégitimes que prennent des élites d'experts, alors on modifie la perspective sur les potentiels sociaux qui naît à travers la reproduction du pouvoir constituant / constitué.

constitutions sectorielles se forment seulement à partir des potentiels des médias de communication spécialisés.

Le manque d'accès au tout social concerne surtout la politique, même si, et aussi précisément parce que, ce déficit est ressenti comme un traumatisme douloureux et est pour cela sans cesse nié ou combattu<sup>1</sup>. On sent, à cet égard, une bifurcation du discours sur la constitution, ce que Steinhauer a fait ressortir en tout clarté avec les concepts de « constitution » au sens de Carl Schmitt et de « restitution » au sens d'Aby Warburg<sup>2</sup>. Il s'agit, dans les deux cas, de traiter le traumatisme lié au manque d'accès au tout provoqué par les processus sociaux de différenciation. Les deux auteurs réagissent à la fragmentation, à la séparation des fonctions, médias et sous-systèmes sociaux du corps social. Il s'agit, pour eux deux, de configurer à nouveaux frais le rapport entre la nervosité sociale et la représentation. La constitution de Carl Schmitt est dirigée contre les rébellions qui sont liées à une telle séparation, et elle voit dans la constitution politique la représentation du tout, qui peut arrêter, par la force des décisions politiques, de telles séparations. « Seule une personne peut représenter, au sens éminent du terme, et qui plus est [...], une personne autoritaire, ou bien une idée qui, aussitôt représentée, se personnifie pareillement<sup>3</sup>. » Aby Warburg emprunte une voie contraire. La « restitution » réagit aussi à la séparation des nouveaux sujets ; mais la constitution ne repousse pas ici la fragmentation, elle « anime » de nouveaux espaces de pensée et stabilise de nouvelles identités collectives.

Même Thomas Vesting, qui combat par ailleurs résolument l'hypertrophie de l'étatique face à la société en puisant des arguments puissants dans l'arsenal de la théorie des systèmes, reste finalement toujours attaché à la prétention qu'à la constitution politique de réguler l'ensemble de la société, au lieu de restreindre cette prétention à une formalisation du médium du pouvoir politique<sup>4</sup>. Mais Vesting s'expose à la question suivante : comment peut-on justifier l'asymétrie fondamentale qui consiste en ce que

1 Des observations subtiles là-dessus chez A. Schütz, « Twilight of the Global Polis », art. cité.

2 F. Steinhauer, « Medienverfassung », art. cité, p. 162 *sqq.*, p. 166 *sqq.*

3 Carl Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*, Klett, Stuttgart, 1984, p. 35 *sq.* ; trad. fr. « Catholicisme romain et forme politique », in C. Schmitt, *La visibilité de l'Église. Catholicisme et forme politique*. Donoso Cortés, trad. A. Doremus et O. Mannoni, Paris, Cerf, p. 153-186, ici : p. 170.

4 T. Vesting, « Politische Verfassung ? », art. cité, p. 616 *sqq.*

la politique – soit un seul sous-système de la société –, aussi bien dans sa phase constitutionnelle qu'à long terme dans son maintien, doit s'étendre au-delà du secteur de son autofondation et prendre, pour tous les autres secteurs sociaux, la décision fondamentale concernant leur constitution ? Peut-on vraiment désamorcer le problème en considérant, comme le fait Vesting, les droits fondamentaux étatiques comme les « constitutions » des secteurs sociaux, au lieu de les considérer de façon minimale comme des autolimitations de la politique ou de façon maximale comme la modélisation des secteurs sociaux par la politique intérieure – lesquels pourraient donc servir, en tous les cas, d'impulsions politiques à leurs propres constitutions ? En dernier ressort, ce constitutionnaliste éclairé par la théorie des systèmes postule de nouveau quand même le primat du politique, non plus en faveur de l'État, il est vrai, mais en faveur de la constitution. Un spécialiste de droit économique pourrait lui opposer de la même manière le primat social de l'économie, comme le fait en effet Mestmäcker avec sa théorie de la constitution économique<sup>1</sup>. De même, d'autres disciplines – aujourd'hui notamment grâce au concept de la société du savoir – pourraient insister sur le primat de leur secteur social. Tous les secteurs donc, et pas seulement la politique, peuvent légitimement revendiquer à chaque fois la pertinence de leur rationalité particulière pour l'ensemble de la société. On ne peut cependant plus affirmer le primat d'un système fonctionnel que localement ou de façon situationnelle ; ce primat change d'un lieu à un autre et d'une situation à une autre<sup>2</sup>.

On ne peut pas, comme le fait Vesting, caractériser la société moderne comme une société dépourvue de centre et de sommet et, en même temps, l'affubler d'un centre secret et d'un sommet secret – la constitution politique. Dans les constitutions politiques, ce n'est pas le potentiel collectif de la société entière qui reçoit une forme politique à travers le droit mais exclusivement son potentiel politique spécifique, c'est-à-dire sa capacité, ses ressources de pouvoir et de consensus pour agréger les décisions collectives<sup>3</sup>.

1 E. J. Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung*, *op. cit.*

2 Rudolf Stichweh, « Towards a General Theory of Function System Crisis », in Poul Kjaer *et al.* (dir.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective : The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart, 2011, p. 53-72, ici : p. 53.

3 Dans un essai ultérieur, « Ende der Verfassung ? » (art. cité, p. 77 *sqq.*), Vesting cherche à renforcer sa propre problématique en différenciant l'unité symbolique d'une constitution totale, dont la narration cherche à fonder la société, de la multiplicité des « constitutions

À côté de ce « pouvoir constituant » spécifiquement politique, il existe dans la société moderne une diversité d'autres potentiels sociaux, qui sont amenés à leur tour, par des normes juridiques, à recevoir la forme d'une constitution. Tully se rapproche beaucoup de cette idée lorsqu'il identifie, en ayant recours à Locke, Marx et Weber, trois sortes différentes de pouvoir constituant – *political power, labour power, security power* [pouvoir politique, pouvoir du travail, pouvoir de sécurité] – dont la normation juridique produit une quantité de « constitutions de systèmes juridiques au-delà de l'État<sup>1</sup> ». Parallèlement au pouvoir constituant politique, qui serait constitutionnalisé dans les institutions représentatives de l'État, le *labour power* serait institutionnalisé comme le pouvoir économique dans les constitutions capitalistiques d'entreprise. On peut rejoindre ici aussi la suggestion de Steffek selon laquelle des manifestations différentes de la gouvernance transnationale ont besoin de procédures et principes différents de légitimation<sup>2</sup>. Ces liens sont également découverts par les juristes spécialistes d'Internet, qui parlent d'une fragmentation de la souveraineté populaire et de la transmission de fragments de souveraineté à des pouvoirs intermédiaires d'Internet<sup>3</sup>.

Ainsi le paradoxe du pouvoir constituant / constitué se diversifie. Ce n'est pas seulement la politique mais aussi d'autres systèmes sociaux qui se fondent eux-mêmes à travers des processus autoréférentiels dans lesquels ils constituent paradoxalement leur autonomie<sup>4</sup>. La méthode

---

dérivées » des sous-systèmes sociaux (par exemple la radio, la protection de données) qui sont davantage en charge des questions techniques d'application. Vesting soutient la nécessité d'une croyance collectivement partagée dans l'« unité » de la constitution, dans l'idée que la constitution est comme un lien commun qui doit être articulé et mis en scène. Cette différenciation peut être utile pour l'État-nation, car ainsi les « excès » sociaux de la constitution étatique peuvent être expliqués. Mais elle perd sa force explicative pour la société mondiale. Car que reste-t-il de plus de l'« unité » d'une constitution sociétale mondiale imaginée que les bien pâles symboles de la « communauté internationale » ou de l'« humanité » ? Les narrations beaucoup plus denses sont racontées ailleurs : dans les fragments de la société mondiale, dans les religions, ethnies, nations, systèmes fonctionnels, organisations qui sont bien plus que de simples « constitutions dérivées ».

- 1 J. Tully, « Imperialism of Modern Constitutional Democracy », art. cité, p. 319, p. 323 *sqq.*
- 2 J. Steffek, « Legitimation of International Governance », art. cité, p. 258.
- 3 David G. Post, « The 'Unsettled Paradox' : The Internet, the State, and the Consent of the Governed », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 5, 1998, p. 521-543.
- 4 Sur les paradoxes de la fondation du système économique et la manière de s'y prendre avec eux, voir N. Luhmann, *Wirtschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 181 ; Jacques Derrida, *La fausse monnaie : Donner le temps* t. 1, Paris, Galilée, 1998, p. 39.

spécifique du constitutionnalisme pour traiter en pratique les paradoxes autoréférentiels qui apparaissent ici est de les externaliser dans l'environnement. L'autonomie des systèmes sociaux n'est jamais pure, elle contient toujours un moment d'hétéronomie. Si l'externalisation est maintenant établie grâce à des constitutions, ce moment d'hétéronomie vient donc de ce que chaque système social se réfère au droit. Le « soi » des systèmes sociaux est donc défini de façon hétéronome à travers les normes juridiques et peut se définir par la suite de façon autonome. Tandis que l'unité d'un système social dérive de l'enchaînement de ses propres opérations, son identité est créée dans la constitution par *re-entry* [réintroduction] d'hétérodescriptions du droit dans l'autodescription.

Ce « soi » a été traditionnellement compris dans la théorie de la constitution politique comme « quelque chose », comme une accumulation de qualités et caractéristiques substantielles existantes. Contre cela, Lindahl développe, à juste titre, les arguments suivants : « Le soi de l'autoconstitution sous-entend une identité réflexive, une identité comme ipséité collective par différence avec l'identité comme mêmeté<sup>1</sup>. » L'autofondation est donc toujours en même temps un génitif objectif et un génitif subjectif. Le soi de la constitution est sujet et objet de l'autofondation : « L'autoconstitution collective veut dire deux choses : la fondation par le collectif et la fondation du collectif ». De cette manière, une constitution établit, à l'aide de sa normation par le droit, une identité collective en tant qu'autodescription d'un système social. Ces identités collectives se forment dans le secteur politique tout autant que dans le secteur économique et dans d'autres systèmes sociaux. Et dans les contextes transnationaux, ce sont les régimes spécialisés analysés ci-dessus qui forment de nouveaux points de cristallisation de l'identité collective.

#### L'IDENTITÉ COLLECTIVE

La prudence est cependant de mise. L'expression « *identité collective* » doit être strictement limitée à l'autodescription d'un système social. Elle ne doit pas être confondue avec les phénomènes sociaux tout à fait différents

1 Hans Lindahl, « Constituent Power and Reflexive Identity : Towards an Ontology of Collective Selfhood », in M. Loughlin, N. Walker (dir.), *The Paradox of Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 9-24, ici : p. 10.

que sont ceux d'un *collectif* au sens étroit, soit un acteur collectif ou une organisation formelle<sup>1</sup>. Dans le cas de la constitution de l'État-nation, cette confusion est malgré tout probable, puisqu'avec l'« État », en plus d'une simple autodescription collective du politique, une organisation formelle est créée qui tout comme un acteur collectif fonctionne vers l'intérieur en tant que hiérarchie, et communique vers l'extérieur avec ses environnements. Par conséquent, on suppose souvent au sujet des constitutions non-étatiques que leurs processus de constitutionnalisation visent aussi à créer un nouvel acteur collectif. Ulrich Preuss déclare, par exemple, qu'un *corporate actor* [acteur d'entreprise] naît aussi comme résultat nécessaire de différents processus constitutionnels qui se déroulent au-delà de l'État<sup>2</sup>. Mais tel est sans doute le malentendu historique du corporatisme – pas seulement du corporatisme étatique et autoritaire des années trente mais précisément aussi du néocorporatisme social et libéral – que de comprendre les sous-systèmes sociaux comme des organisations formelles et de les affubler d'une constitution organisationnelle. Sur ce point, on doit pourtant clairement distinguer entre la clôture opérationnelle d'un système social et sa constitutionnalisation. Dans le cas de la politique, pour la *clôture* du système, on n'a pas seulement besoin d'une autodescription comme « État » mais aussi de surcroît de l'organisation formelle « État » pour surmonter les difficultés que les processus de pouvoir spécifiques de la politique ne peuvent pas délimiter autrement en regard des autres processus sociaux de pouvoir. Mais la difficulté parallèle qu'est la clôture opérationnelle est dépassée différemment par d'autres systèmes ; dans l'économie et le droit, cela a lieu grâce à la délimitation stricte et réussie des actes de paiement par rapport aux opérations d'échange, ou des actes de droit par rapport aux jugements moraux. En revanche, une simple autodescription suffit pour leur *constitutionnalisation*, c'est-à-dire pour la création d'une identité

- 
- 1 Une discussion exigeante du collectif chez Martin Beckenkamp, « The Herd Moves? Emergence and Self-organization in Collective Actors », *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, n° 14, 2006, p. 1-50, qui (avec d'autres critères que ceux du texte) distingue le « *collective actor* » du « *corporate actor* ». Le texte emploie comme critère l'imputation d'action à l'identité communicationnelle, plus de précisions là-dessus dans Gunther Teubner, « Le corporatisme d'entreprise : la nouvelle politique industrielle et l'essence de la personne morale », in Gunther Teubner, *Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ, 1994, p. 207-233.
- 2 U. Preuss, « Disconnecting Constitutions from Statehood », art. cité, p. 33, p. 37.

collective à laquelle puisse se référer une constitution, en politique aussi bien que dans d'autres systèmes sociaux, sans que soit nécessaire de surcroît la création d'une organisation formelle, d'un acteur collectif.

Il faut donc se défaire de l'idée fautive selon laquelle la constitutionnalisation signifie toujours transformer un ensemble d'individus en un acteur collectif. L'idée selon laquelle l'identité collective d'un système social implique une organisation formelle capable d'agir est tout aussi fautive. Il est vrai qu'elle peut encore valoir pour l'État-nation, puisque l'État est en effet constitutionnalisé en tant qu'acteur collectif formellement organisé de la politique. Mais, dans le cas des autres systèmes sociaux, la réalité a l'air tout autre. Les autres systèmes fonctionnels, l'économie, la science, le droit, la santé, les médias, se constitutionnalisent sans acteur collectif global ; on ne se les représente pas comme les équivalents de l'État avec une organisation capable d'agir vers l'extérieur et l'intérieur. Leur autofondation ne se déroule pas à travers un collectif formellement organisé mais, puisqu'il s'agit d'une autofondation systémique ou communicationnelle, sans qu'il y ait une organisation formelle de tout le système.

Et les régimes transnationaux ? Ils n'ont pas besoin pour leur constitutionnalisation d'avoir les traits caractéristiques d'un acteur collectif, comme le montrent les cas de la *lex mercatoria* et de la *lex sportiva*. Dans les deux domaines du marché et du sport, apparaissent, comme on l'a montré ci-dessus, des normes constitutionnelles de rang supérieur sans que soit observable l'équivalent d'une organisation étatique. Ce n'est que dans certains cas qu'opère, dans la zone centrale d'un régime, une organisation internationale capable d'agir, comme dans le cas de la *lex digitalis* de l'ICANN, dans ceux de l'OMC, des entreprises multinationales ou encore des ONG de la société civile. Un tel régime transnational développe donc en effet, en plus d'une identité collective, les traits d'un acteur collectif (qui est semblable à l'État)<sup>1</sup>.

Dans les relations internationales aussi, contrairement à l'État-nation, le système politique se passe (encore ?) d'un acteur collectif autonome (l'État mondial ?) et utilise le concept de communauté internationale seulement en tant qu'autodescription imaginée dans ses processus

---

1 Là-dessus voir Jeffrey L. Dunoff, « A New Approach to Regime Interaction », in Margaret Young (dir.), *Regime Interaction in International Law : Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 136-174, p. 150 *sqq.*

constitutionnels, mais pas au sens d'une unité collective capable d'agir et comparable à la nation. C'est ce que montre la définition même que donne Tomuschat de la « communauté internationale », qui saisit les simples éléments de référence d'une constitution politique transnationale et précisément pas un collectif capable d'action. Tomuschat conçoit la communauté internationale comme « un ensemble de règles, de procédures et de mécanismes qui est orienté de façon à protéger les intérêts collectifs de l'humanité qui s'appuient sur des valeurs communément partagées<sup>1</sup> ». Dans cette définition cependant, ce qui est très trompeur est le terme de « communauté » parce que celle-ci doit être, comme on sait depuis Tönnies, une forme particulièrement intensive de socialisation, à la différence de la société ; or, rien dans le monde de la politique internationale, mais absolument rien du tout, ne témoigne de telles relations sociales intensives. À l'intérieur de l'État-nation, le concept de communauté a déjà perdu en force de conviction face aux processus sociaux de fragmentation. La pluralité d'identités sociales et d'images du monde qui est caractéristique de la postmodernité remet en question de façon durable de tels concepts. Thomas Vesting déclare de façon pertinente que, au sens d'un concept de communauté, « la place du sujet de la constitution doit rester vide dans la société (post)moderne<sup>2</sup> ». En dehors de l'État-nation, cela vaut à plus forte raison. Culturellement déterminées, les compréhensions de la formation politique de la communauté sont trop différentes pour qu'une « communauté » internationale comprise en un sens cosmopolitique puisse se constituer.

Il est beaucoup plus pertinent de prendre pour référence, au lieu de la communauté, le système politique de la société mondiale. On n'entend par là ni un groupe d'êtres humains ni une communauté fictive, et encore moins l'humanité en tant que telle mais exclusivement ce fragment de communications à l'échelle du monde entier qui se concentre sur la formation du pouvoir et du consensus pour des décisions collectives, et qui se différencie de l'intérieur de plusieurs manières : en États-nations

1 Christian Tomuschat, « International Law : Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law », *Recueil des Cours*, n° 281, 1999, p. 23-438, ici : p. 88 ; Armin von Bogdandy fournit une analyse approfondie de l'emploi différencié du concept, dans « Constitutionalism in International Law : Comment on a Proposal from Germany », *Harvard International Law Journal*, n° 47, 2006, p. 223-242, ici : p. 233 *sqq.*

2 T. Vesting, « Politische Verfassung ? », art. cité, p. 612.

et en régimes politiques internationaux, et dans leurs administrations et espaces publics respectifs.

Ce n'est pas autrement que les choses se passent dans l'économie, le droit et la science. Les constructions auxiliaires d'une communauté épistémique, d'une communauté économique ou d'une communauté juridique souvent présentées à cet égard doivent être accueillies avec une extrême prudence, puisqu'il manque ici aussi toutes les caractéristiques sociologiques requises par l'existence d'une communauté. Les formulations de Berman sont, par conséquent, problématiques puisqu'il présuppose, avec son approche anthropologique, des communautés toujours culturellement définies qui fonctionnent comme des sujets constitutionnels<sup>1</sup>. Toutefois, la réalité des communautés des constitutions sociales ne va pas au-delà de simples autodescriptions de leur unité opérationnelle.

En s'appuyant sur une hypostase de la pensée communautaire, d'autres arguments se déploient contre le constitutionnalisme non étatique ; ils justifient le privilège constitutionnel accordé à l'État-nation en ne reconnaissant comme formant un collectif que l'État et pas d'autres ordres sociaux, à travers un mythe fondateur. Haltern, en particulier, n'admet l'existence d'une constitution que lorsque l'imagination du droit s'oriente vers le mythe fondateur d'un collectif qui demande à terme à ses membres des sacrifices et des meurtres<sup>2</sup>. Il souligne d'abord, à juste titre, qu'une constitution n'a pas nécessairement besoin d'un *demos*, d'une ethnie principale ou de structures intermédiaires, mais qu'elle dépend de l'imagination du droit de révolution et de mémoire. Cette version très intéressante de la théorie culturelle de la constitution saisit la connexion importante entre constitution et identité collective. Et c'est à nouveau, à juste titre, que Haltern souligne que les autodescriptions de l'État ne sont pas nécessairement représentées comme des théories constitutionnelles « scientifiques » mais aussi d'une autre manière, comme des mythes fondateurs justement. Et cela se passe dans le langage du

---

1 Paul Schiff Berman, « Global Legal Pluralism », *Southern California Law Review*, n° 80, 2007, p. 1155-1238. Indépendamment de cette hypostase des communautés culturelles, les analyses que fait Berman du droit global rejoignent amplement les hypothèses faites ici.

2 U. Haltern, « Internationales Verfassungsrecht ? », art. cité, et U. Haltern, « Pathos and Patina : The Failure and Promise of Constitutionalism in European Imagination », *European Law Journal*, n° 9, 2003, p. 14-44.

droit, contrairement à ce qui a lieu avec la pensée constitutionnelle en politique et en économie. Mais s'attendre à ce qu'on soit alors prêt au sacrifice et au meurtre donc, comme le fait Haltern, suppose, en même temps, de revitaliser des idées du collectif, qui ne sont plus – c'est le moins qu'on puisse dire – adaptées à l'esprit du temps, même en en restant à l'État-nation. Et cela ne convient absolument pas à d'autres systèmes sociaux. Même si de telles conceptions de la constitution se présentent comme « plus profondes » que d'autres, elles transforment néanmoins en absolu cependant, avec le mythe constitutionnel de la nation, un simple phénomène transitoire qui a été efficace dans le cadre de l'État-nation du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup>.

Recourir à un mythe fondateur pour se donner une assise efficace n'est cependant pas l'apanage de la constitution de l'État-nation, comme Haltern le fait croire. Nombre de constitutions d'ordres juridiques non-étatiques, en particulier celles de communautés religieuses ou ethniques, font référence à leurs propres mythes fondateurs, qui peuvent rivaliser sans problème en intensité, en élaboration et en « profondeur » avec les mythes nationaux<sup>2</sup>. Les mythes fondateurs d'un grand nombre d'institutions trouvent un appui dans leurs constitutions particulières qui agissent aussi comme une mémoire collective, comme dépositaires de sens. Même les régimes-constitutions transnationaux « rationnels » créent à chaque fois leurs propres mythes des origines en construisant à propos de leurs fondements des fictions auxquelles ils renvoient constamment<sup>3</sup>. Mais ces narrations ne sont pas construites simplement au hasard, elles doivent être soutenues par des conditions externes sur lesquelles les fictions peuvent bâtir. Les constitutions des régimes transnationaux n'ont précisément pas recours au mythe politique fondateur de la volonté législatrice ; elles s'inventent une fiction fondatrice en ce sens que, en lieu et place de ce mythe politique, elles transfèrent leurs fondements respectifs dans les sous-systèmes sociaux eux-mêmes, systèmes avec lesquels elles sont

- 
- 1 Faut-il se demander, à titre de contre-épreuve, si la bonne volonté dont font preuve les groupes islamistes envers le sacrifice et le meurtre fait d'eux des sujets capables de constitution ?
  - 2 Sur ces mythes fondateurs des ordres juridiques non étatiques, voir principalement Robert M. Cover, « The Supreme Court, 1982 Term – Foreword : Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, n° 97, 1983, p. 4-68.
  - 3 À ce sujet, de façon approfondie et avec de nombreux exemples, J. L. Dunoff, « New Approach to Regime Interaction », art. cité, p. 150 *sqq.*

structurellement couplées. Il doit y avoir suffisamment de matériaux signifiants non juridiques à disposition permettant de mésinterpréter leur ordre juridique en termes de précédents juridiques. Le mythe fondateur de chaque droit propre à un régime juridique rend ce malentendu opérationnel acceptable. Ce qui est nécessaire, ce sont « seulement des situations où il était suffisamment plausible d'admettre qu'autrefois déjà on procédait aussi selon des normes de droit<sup>1</sup> ».

Ces mythes fondateurs, comme Koskenniemi le montre, se sont constitués dans l'espace transnational, mais pas du tout dans la narration englobante du droit international mais au contraire

[...] à travers la spécialisation – c'est-à-dire du fait que des régimes de savoir et d'expertise ont été créés dans des domaines tels que le droit commercial, les droits de l'homme, le droit de l'environnement, le droit de la sécurité, le droit pénal international, le droit européen, etc. – ; le monde de la pratique juridique est fragmenté en projets institutionnels qui s'adressent à des groupes particuliers ayant des intérêts particuliers et un ethos particulier<sup>2</sup>.

Le régime des droits de l'homme des Nations Unies, le régime de libre échange de l'OMC ou le régime global plus récent de l'environnement ne sont pas les seuls à connaître de telles narrations constitutionnelles<sup>3</sup>. Les régimes organisés selon le droit privé prennent aussi soin des mythes fondateurs particuliers qui sont sous-jacents à leurs constitutions particulières et qui fondent avec elles la force génératrice de droit. Par exemple, dans la *lex mercatoria* mentionnée ci-dessus, pour les contrats, qui ne font pas référence à une constitution juridique nationale, un fondement constitutionnel est établi en vue de lier aussi par le droit les attentes nées de ces contrats. Au lieu d'avoir recours à la volonté du constituant national, la *lex mercatoria* se réfère à un riche fonds de matériaux signifiants non juridiques – usages d'échange, mœurs en matière de transport et pratiques commerciales internationales – qui sont nés dans les conditions chaotiques du marché mondial. Dans le contexte des pratiques d'arbitrage, sans passer par des institutions politiques et législatives, on produit la fiction selon laquelle ces pratiques sociales

1 N. Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 57.

2 Martti Koskenniemi, « The Politics of International Law – 20 Years Later », *European Journal of International Law*, n° 29, 2009, p. 7-19, ici : p. 12 *sq.*

3 Des détails chez J. L. Dunoff, « New Approach to Regime Interaction », art. cité, p. 150 *sqq.*

ont « toujours déjà » valu comme droit et que l'on peut se rapporter à leur autorité constitutionnelle depuis des temps immémoriaux. De la même manière, ces pratiques font référence à des sentences arbitrales plus anciennes où l'on ne décidait pas d'après un droit national existant mais avec « équité », et elles les traitent soudainement, bien qu'elles soient pensées expressément comme non juridiques (*ex æquo et bono*), comme des précédents qui obligent juridiquement et face auxquels elles appliquent donc sans hésiter les techniques juridiques du *distinguishing* et de l'*overruling*. De cette manière, l'autovalidation constitutionnelle de la *lex mercatoria* peut être enfouie derrière l'histoire sans fin des pratiques d'échange ancestrales.

Ce que Vesting ne veut accorder qu'à la seule constitution politique est valable en réalité pour chaque constitution sociétale sectorielle :

Mais la constitution, dans sa dimension symbolique, là où elle peut venir toute seule à l'unité, se transmet indissociablement avec des institutions comme la langue, les médias, la culture, le savoir commun, la mémoire culturelle, etc. Elle est dépendante d'un espace symboliquement rempli, d'un texte culturel qui inscrit, au-delà de la finitude des marges de vie d'un être humain individuel ou d'un acteur collectif, une logique spécifique incessante d'appellations et de noms (« Loi fondamentale ») et de formations identitaires accompagnant cette pratique dans le temps historique<sup>1</sup>.

Lindahl décrit de façon pertinente le rapport entre narration, constitution sectorielle et identité collective lorsque, à la suite d'une discussion approfondie des controverses relatives au caractère collectif de la constitution, il ne situe pas l'identité collective créée par cette dernière dans les caractéristiques substantielles d'un groupe mais la dissout, de façon conséquente, dans un processus communicationnel : « *to act is to respond* » [agir c'est répondre].

C'est ainsi que le paradoxe du pouvoir constituant contribue principalement à une ontologie de l'identité collective : le soi collectif existe dans les modes de la contestation et, à travers ses actions, dans sa responsabilité<sup>2</sup>.

- 
- 1 T. Vesting, « Ende der Verfassung? », art. cité, p. 84 *sq.* Au sujet de la constitution des médias de masse, Vesting doit lui-même admettre que non seulement la constitution globale produit son « identité narrative » mais que des constitutions sociales sectorielles établissent aussi de telles identités.
  - 2 H. Lindahl, « Constituent Power and Reflexive Identity », art. cité, p. 21.

C'est en principe de la communication pure – « question-réponse » – sans qu'un acteur collectif soit nécessairement présupposé. Le soi collectif n'est pas situé une fois pour toutes dans l'acte de fondation d'une nation comprise substantiellement, d'un régime ou d'une organisation formelle, mais il représente un processus continu dans lequel une série d'actes de réflexion s'identifie elle-même à travers le renvoi réciproque de questions et de réponses. La constitution est ainsi le processus vivant par lequel s'auto-identifie un système social à l'aide du droit.

En définitive, l'auto-identification de sujets constitutionnels de différentes sortes conduit à réfléchir à leur identité sociale. La question fondamentale de chaque constitution particulière est : comment doit-on saisir, pour le système social constitutionnalisé de façon autonome, le rapport entre l'autoréférence, l'hétéroréférence et la référence à la société ? Dans cette formulation, la référence à la tradition des droits subjectifs de l'individu autonome est manifeste<sup>1</sup>. Le sens de l'autonomie de l'individu n'est pas issu d'une simple suite d'intérêts ou seulement de la volonté de se réaliser soi-même. L'autonomie se trouve bien plutôt dans une relation constituante avec la responsabilité qui existe à l'égard de la société entière et à l'égard des autres individus ; les critères de la responsabilité ne sont pas prédéfinis de l'extérieur mais sont formulés par l'individu lui-même dans son appropriation transformatrice autonome du monde. Cette relation est aussi constitutive de l'autonomie des systèmes sociaux<sup>2</sup>. Ce redoublement de la relation entre l'autonomie – autonomie de l'individu et autonomie des systèmes sociaux – d'un côté et la responsabilité de l'autre est peut-être le plus important message que délivre l'explication sociologique du droit (constitutionnel). Comment la fonction sociale d'ensemble d'un système social peut-elle être mise en équilibre avec ses prestations envers l'environnement ? La réponse implique que seul le système social concerné peut lui-même déterminer, dans sa situation historique spécifique, quel est l'accomplissement de sa fonction et de ses prestations qui est adéquat à la société. Il faudrait donc situer le rapport au bien commun de chaque constitution sociale

1 Kant parlait des devoirs des êtres humains « envers eux-mêmes » qui sont fondés sur l'autonomie morale, dans *La métaphysique des mœurs*, in Œuvres complètes, t. 3, Paris, Gallimard, La Pléiade, p. 700. Voir à ce sujet Ch. Menke, « Subjektive Rechte », art. cité.

2 En définitive, cette relation sous-tend déjà la théorie sociale de Durkheim lorsqu'il distingue la solidarité mécanique de la solidarité organique dans *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 98 *sqq.*

non pas centralement, dans le système politique qui fixe la formation du bien commun en vue des parties du système social, mais de façon décentralisée, dans chaque système social individuel lui-même. Par conséquent, seules les constitutions particulières correspondantes peuvent entreprendre de déterminer l'identité d'un système social et la compatibilité de celle-ci avec l'ensemble de la société et avec les autres environnements. Et si les régimes transnationaux aussi développent cette capacité de réflexion et peuvent, en même temps, se rapporter aux normes juridiques pour soutenir des processus particuliers de réflexion, leur statut de sujets constitutionnels est par là justifié.

# LES NORMES CONSTITUTIONNELLES TRANSNATIONALES

## Fonctions, domaines, processus et structures

Les sujets constitutionnels du constitutionnalisme sociétal acquièrent des traits tout à fait différents selon qu'ils apparaissent dans l'espace national ou transnational. On peut retenir ce résultat intermédiaire des deux chapitres précédents. À mesure que la globalisation s'est étendue, de nouveaux sujets constitutionnels transnationaux sont apparus qui se distinguent par un large détachement vis-à-vis de l'État, un haut degré de fragmentation, une autonomie élevée et une polarisation sur des régimes fonctionnels. Malgré les objections massives des constitutionnalistes favorables à l'État-nation, force est de constater l'existence d'une pluralité d'ordres transnationaux capables de constitution. Si l'on veut faire face aux nouvelles réalités globales, comme l'a montré le chapitre précédent, il faut comprendre les trois étapes suivantes : 1) l'État-nation n'est pas le seul sujet constitutionnel possible ; 2) la fragmentation des processus constitutionnels, qui ont lieu désormais dans des régimes définis fonctionnellement, est aujourd'hui une réalité ; 3) les collectifs politiques au sens étroit ne sont pas les seuls à être capables de constitution, en sont également capables différents sous-systèmes sociaux.

Mais, continuent d'objecter les constitutionnalistes centrés sur la nation, même s'il s'agissait dans les régimes transnationaux de *sujets* capables de constitution, les classes spécifiques de *normes* qui présentent des caractéristiques essentielles pour une constitution ne prendraient pas forme. Ce dont il serait question sous le terme de « constitutionnalisation » serait une juridicisation – en partie de droit public, en partie uniquement de droit « privé » – des secteurs sociaux, mais en aucun cas de véritables normes constitutionnelles n'apparaîtraient ici. En bref, il s'agirait seulement d'une juridicisation, et non pas d'une constitutionnalisation. Les normes de l'OMC, de l'OIT, de la Cour pénale internationale, de

l'ICANN, de la *lex mercatoria*, de la *lex sportiva* et d'autres régimes transnationaux n'exerceraient que des fonctions régulatrices mais pas vraiment de fonctions constitutionnelles. Ces normes ne pourraient pas réaliser l'interaction que l'on peut observer en politique entre les arènes formant l'opinion publique et les processus de décision obligatoire. Et le concept de constitution au niveau transnational se bornerait à définir de simples hiérarchies de normes juridiques, sans pouvoir les ancrer dans des processus politiques démocratiquement organisés<sup>1</sup>.

Pour répondre à ces objections, qui ne concernent plus maintenant la subjectivité constitutionnelle mais la qualité des normes, on doit avoir des exigences élevées en matière de conceptualisation et ne pas aboutir, en effet, à un « concept quelconque » de constitution<sup>2</sup>. Ensuite, il faut discuter, en suivant quatre critères, de la question de savoir si les régimes transnationaux, en plus d'une simple juridicisation, connaissent une véritable constitutionnalisation<sup>3</sup>. Il devrait aller de soi aujourd'hui que l'on ne se limite pas ici aux critères d'un concept formel de constitution<sup>4</sup>.

- 
- 1 Dieter Grimm, « The Constitution in the Process of Denationalization », *Constellations*, n° 12, 2005, p. 447-463, 460 *sqq.* ; plus prudent dans le jugement négatif, D. Grimm, « Gesellschaftlicher Konstitutionalismus : Eine Kompensation für den Bedeutungsschwe der Staatsverfassung ? », in Matthias Herdegen *et al.* (dir.) *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, Munich, Beck, 2009, p. 67-81 ; M. Loughlin, « What Is Constitutionalisation ? », in P. Dobner et M. Loughlin (dir.) *The Twilight of Constitutionalism, op. cit.*, p. 64 *sq.* ; R. Wahl, « In Defence of 'Constitution' », in *ibid.*, p. 220-244 ; Rainer Wahl, « Verfassungsdenken jenseits des Staates », in Ivo Appel, Georg Hermes (dir.) *Mensch – Staat – Umwelt*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 135-154. À l'opposé de cette critique, on trouve Pablo Holmes, « Rhetoric of Legal Fragmentation », *Utrecht Law Review*, vol. 7, n° 2, 2011, p. 125 *sqq.*
  - 2 Tel est le reproche qu'adresse Rainer Wahl aux représentants d'un constitutionnalisme transnational, dans « Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff ? », in Carl-Eugen Eberle, Martin Ibler et Dieter Lorenz (dir.) *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*, Munich, C. H. Beck, 2002, p. 191-207.
  - 3 J. Klabbers propose une distinction claire entre juridicisation et constitutionnalisation dans le contexte transnational, dans « Setting the Scene », art. cité, p. 8 *sqq.* Sur les critères proposés (fonctions constitutionnelles et structures constitutionnelles), voir les analyses détaillées de S. Gardbaum, « Human Rights and International Constitutionalism », art. cité. Les critères supplémentaires que nous employons (arènes constitutionnelles et processus constitutionnels) deviennent plausibles, si l'on prête attention – comme le suggère la théorie des systèmes – à la différenciation interne et aux séries d'événements dans le déroulement constitutionnel.
  - 4 Sur les constitutions formelles, voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad. fr. Charles Eisenmann, Paris, LGDJ, [1962]1999, p. 224 *sq.* ; *Reine Rechtslehre*, Vienne, Deuticke, 1960, p. 228 *sq.*) qui est un classique. Du reste, certaines constitutions de régimes transnationaux, par exemple l'OIT, satisfont tout à fait les trois conditions nécessaires : 1) document écrit, 2) hiérarchie de normes, 3) procédure complexe. D'autres, par exemple la *lex mercatoria*, ne

Au contraire, les constitutions au-delà de l'État doivent aussi satisfaire les exigences d'un concept matériel de constitution, selon lequel une *constitution établit une autorité originnaire de droit, soit un système de droit autonome, qui structure, de son côté, un processus sociétal* (et pas seulement, comme dans le cas des constitutions nationales, un processus politique) *et qui est légitimé par lui*<sup>1</sup>. Les normes d'un régime transnational doivent réussir les tests de qualité suivants pour pouvoir valoir comme normes constitutionnelles :

1. *Fonctions constitutionnelles* : Les régimes transnationaux produisent-ils des normes qui exercent autre chose que des fonctions régulatrices ou des fonctions de résolution de conflit, c'est-à-dire des normes qui assument, au titre de « règles constitutives ou de règles limitatives » au sens étroit, les fonctions d'une constitution ?
2. *Domaines constitutionnels* : Peut-on également identifier, dans les régimes, différentes arènes de constitutionnalisation dont la normation est essentielle pour un constitutionnalisme démocratique ? Et peut-on les rapprocher de l'action conjuguée qu'exercent les processus politiques organisés et la formation spontanée de la volonté de l'espace public et que règle la partie organisationnelle des constitutions étatiques ?
3. *Processus constitutionnels* : La normation juridique établit-elle, dans les régimes, une relation suffisamment étroite avec le contexte social de leur *nommic community* [communauté de droit], une relation semblable à celle que les normes de droit constitutionnel de l'État-nation entretiennent à la *nommic community* de la politique ?
4. *Structures constitutionnelles* : Les régimes donnent-ils forme aux structures constitutionnelles typiques, en particulier aux hiérarchies de normes et aux garanties institutionnelles, que l'on connaît des contextes de l'État-nation ?

---

satisfont que (2), et dans une faible mesure (3), mais pas (1) ; à ce sujet, J. H. Dalhuisen, « Legal Orders and their Manifestations », art. cité. Ils appartiennent ainsi à la catégorie des constitutions informelles ou latentes, comme le cas particulier célèbre d'une des constitutions étatiques : la Grande-Bretagne. Un classique : Albert Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan, [1889] 1964, A 23.

1 Définition inspirée de M. Kumm, « Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics », art. cité, p. 508. M. Amstutz, A. Abegg et V. Karavas donnent une définition des constitutions de la société civile qui va dans cette direction dans « Civil Society Constitutionalism », art. cité, p. 245.

LES FONCTIONS CONSTITUTIONNELLES :  
CONSTITUTIVE ET LIMITATIVE

L'AUTOFONDATION DES SYSTÈMES SOCIAUX

Les constitutions politiques de l'État-nation ont, du point de vue de la théorie des systèmes, la fonction constitutive de soutenir, à l'époque moderne, l'autonomie progressive de la politique face aux sources de pouvoir « étrangères » – religieuse, familiale, économique, militaire – en formalisant le médium du pouvoir qu'a en « propre » la politique<sup>1</sup>. En suivant la formulation de Thornhill, les constitutions ont

[...] la fonction de formuler les régimes objectivés des droits fondamentaux pour soutenir l'abstraction du pouvoir étatique comme construction sociale autonome et, dans la mesure où différentes conditions historiques le permettent, de garantir en même temps des conditions qui facilitent la généralisation du pouvoir partout dans la société. À cette fin, les constitutions mettent à disposition de la société un mécanisme politique adapté qui utilise les droits fondamentaux pour identifier et codifier les fissures qui séparent des sphères sociales s'entremêlant les unes aux autres et qui soutient ainsi la différenciation plus large de différentes sphères d'échange au sein de la société<sup>2</sup>.

*Mutatis mutandis* les autres constitutions sociétales sectorielles, telles que la constitution de l'économie, de la science, des médias d'information ou de la santé, remplissent aussi une fonction constitutive en parallèle qui consiste à assurer, à chaque fois, l'autonomie de leur média de communication particulier et cela aujourd'hui à l'échelle globale. À l'aide des normes constitutives, d'une part, chaque constitution sectorielle régleme l'abstraction d'un médium communicationnel homogène – pouvoir, argent, droit, savoir – qui représente une construction sociale

1 Le développement de Ch. Thornhill va dans ce sens dans « Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy », art. cité, p. 169 *sqq.* Plus largement la théorie de la constitution de Niklas Luhmann, « Verfassung als evolutionäre Errungenschaft », *Rechtshistorisches Journal*, n° 9, 1990, p. 176-220, et « Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems », art. cité, p. 165-182.

2 Ch. Thornhill, « State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms », art. cité, manuscrit, p. 18.

autonome au sein d'un système fonctionnel constitué au niveau mondial<sup>1</sup>. D'autre part, les différentes constitutions sectorielles s'occupent d'assurer l'effet de leurs médias de communication sur l'ensemble de la société dans les conditions historiques diverses. Pour ces deux orientations, les constitutions forment des règles d'organisation, des procédures, des compétences et des droits subjectifs, elles codifient la séparation entre les sphères sociales et soutiennent la différenciation de la société<sup>2</sup>.

Au sujet des constitutions des régimes fonctionnels globaux – décrites au chapitre précédent –, il est frappant de voir comment ces dernières années déjà leur fonction constitutive, c'est-à-dire l'orientation visant à garantir les conditions de possibilité institutionnelles de leur autonomie médiatique, est passée au premier plan. Elles se concentrent pour l'essentiel sur le problème suivant : la différenciation interne segmentaire de la politique et du droit dans les unités de l'État-nation fait obstacle à la mise en réseau mondiale des communications fonctionnelles spécifiques dans les domaines de l'économie, de la science, de l'éducation, de la santé et des médias. Les principaux responsables de ce problème sont les régimes nationaux de production, qui ont créé des couplages structurels étroits avec les autres systèmes fonctionnels mais qui limitent ceux-ci aux institutions de l'État-nation<sup>3</sup>. Démanteler ces régimes de production

- 
- 1 La distinction entre des normes constitutives et des normes régulatrices, remontant à John Searle, est fondamentale pour la caractérisation des constitutions par la théorie normative : John R. Searle, « Social Ontology : Some Basic Principles », *Anthropological Theory*, n° 6, 2006, p. 12-29. Le rôle des normes constitutives est aussi un motif, selon Lindahl et Preuss, pour dissocier le concept de constitution de son revêtement étatique étroit et pour étendre la constitution à toute une série d'institutions transnationales et sociales ; H. Lindahl, « Constituent Power and Reflexive Identity », art. cité, p. 14 *sqq.* ; U. K. Preuss, « Disconnecting Constitutions from Statehood », art. cité, p. 40 *sqq.* Ino Augsberg défend l'autonomie de la constitution de la science, « Wissenschaftsverfassung sreht », in Thomas Vesting, Stefan Koriath (dir.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts : Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 187-206, ici : p. 197 *sqq.*
  - 2 Ces formulations généralisent les dispositions fonctionnelles de la constitution politique, qu'a repérées Ch. Thornhill, à toutes les constitutions sectorielles ; voir Thornhill, « Towards a Historical Sociology », p. 169 *sqq.*
  - 3 Sur des régimes divers de production considérés comme des configurations nationales ou régionales de l'économie, de la politique et du droit qui sont responsables des « variétés du capitalisme », voir P. A. Hall, D. Soskice (dir.), *Varieties of Capitalism, op. cit.* Pour l'interprétation des régimes de production comme de couplages structurels entre différents sous-systèmes, Gunther Teubner, « Rechtsirritationen : Zur Koevolution von Rechtsnormen

nationaux dans les différents domaines est devenu l'objectif prioritaire des régimes globaux pour les constitutions. Le constitutionnalisme de la société mondiale qui existe aujourd'hui a un double objectif : briser les couplages structurels étroits entre les systèmes fonctionnels et la politique et le droit de l'État-nation, et établir les structures d'État de droit qui sont nécessaires à une mise en réseau des communications fonctionnelles spécifiques. Les normes constitutives de la sorte servent à libérer la dynamique propre aux systèmes fonctionnels à l'échelle globale.

Même s'ils estiment être diamétralement opposés d'un point de vue politique, aussi bien les représentants du « nouveau constitutionnalisme » que les partisans d'une constitution économique mondiale ordolibérale identifient exactement cette orientation constitutive dans les régimes globaux<sup>1</sup>. Dans le Consensus de Washington, qui remonte à une trentaine d'années, cette poussée de constitutionnalisation orientée vers l'autonomie des sous-systèmes sociaux, des marchés mondiaux en particulier, fut aussi promue sur le plan politique. Elle ne déclencha pas seulement des réglementations politiques isolées mais aussi la production normative de principes de droit constitutionnel. Ces principes avaient pour but, dans le domaine de l'économie, de procurer des marges de manœuvre illimitées aux entreprises qui agissent au niveau global, de supprimer des participations publiques dans les entreprises, de combattre le protectionnisme commercial et de libérer les entreprises de réglementations politiques<sup>2</sup>. Le principe directeur des constitutions des régimes du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale est d'ouvrir les marchés financiers nationaux. Les constitutions de l'OMC ainsi que le Marché intérieur européen, l'Accord de libre échange nord

---

und Produktregimes », in Günther Dux, Frank Welz (dir.) *Moral und Recht im Diskurs der Moderne : Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*, Opladen, Leske und Budrich, 2001, p. 351-381.

- 1 Sur le nouveau constitutionnalisme global, G. W. Anderson, « Corporate Constitutionalism », art. cité ; D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization*, op. cit., p. 340 sqq. ; H.-J. Bieling, « Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung », art. cité ; J. Tully, « The Imperialism of Modern Constitutional Democracy », art. cité, p. 328 sqq. Sur la constitution de l'économie mondiale, P. Behrens, « Weltwirtschaftsverfassung », art. cité. Dans le droit international aussi, on enregistre le développement réel de normes de droit constitutionnel, voir J. Klabbers, « Setting the Scene », art. cité, p. 4 sqq.
- 2 Une analyse approfondie et une critique dans Joseph Stiglitz, *La grande désillusion*, trad. P. Chembla, Paris, Fayard, 2002, ch. III, p. 101 sqq.

américain (NAFTA), le Marché commun du Cône Sud (MERCOSUR) ou la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC) visent de leur côté à sauvegarder la liberté du commerce mondial et à promouvoir les investissements directs<sup>1</sup>.

La *lex mercatoria* qui, on l'a déjà montré, a mis en place une couche de normes constitutionnelles au-dessus de ses normes ordinaires de droit contractuel, se concentre également sur cette fonction constitutive : la propriété, la liberté contractuelle et la concurrence sont posées comme les composantes d'un ordre public transnational par des tribunaux d'arbitrage « privés<sup>2</sup> ». Dans le domaine de la constitution de l'entreprise, la vague « néolibérale » de constitutionnalisation se caractérise aussi par sa fonction constitutive, c'est-à-dire par l'orientation à procurer une autonomie élevée aux entreprises transnationales<sup>3</sup>. Les principes de la gouvernance d'entreprise des multinationales sont l'autonomie élevée des entreprises, l'orientation du droit des sociétés vers le marché financier et l'établissement de valeurs actionnariales. Pour mettre ces principes en application, la politique globale relative à la constitution de l'entreprise se concentre aussi sur le problème mentionné ci-dessus suivant lequel la différenciation segmentaire et interne du monde en unités étatiques fait obstacle à l'extension des activités des entreprises dans le monde entier. Les responsables de cela sont, au premier chef, la politique et le droit des États-nations, qui limitent la régulation des entreprises à l'échelle nationale<sup>4</sup>. Les constitutions globales de l'entreprise qui sont récemment apparues ont deux objectifs : rompre les couplages structurels étroits entre les entreprises transnationales, d'un côté, et le droit et la politique de l'État-nation, de l'autre, et construire les structures d'État

- 1 Sur les ressemblances entre les régimes de commerce transnational et les phénomènes constitutionnels, D. Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organisation*, *op. cit.* ; Stephen Gill, *Power and Resistance in the New World Order*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2003 ; Alec Stone Sweet, « What Is a Supranational Constitution ? An Essay in International Relations Theory », *Review of Politics*, n° 56, 1994, p. 441-474.
- 2 Des éléments d'une constitution transnationale de l'économie sont identifiés par M. Renner dans les régimes d'arbitrage « privés » : M. Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, *op. cit.*, p. 91 *sqq.*, 229 *sqq.* Une perspective identique sur le fond, mais qui emploie de façon significative la terminologie du droit naturel en soulignant le caractère fondamental des normes juridiques en question, J. Dalhuisen, « Legal Orders and their Manifestations », art. cité.
- 3 Sur la nouvelle constitution de l'entreprise de la *global corporate governance*, L. Catá Backer, « The Autonomous Global Enterprise », art. cité.
- 4 Sur les régimes divers de production en tant que configurations stables de l'économie, de la politique et du droit, voir p. xx note 10.

de droit qui sont nécessaires à la mise en réseau de communications fonctionnellement spécifiques dans le monde entier. Ce type de normes constitutionnelles constitutives permet aux entreprises de libérer leur dynamique particulière au niveau global.

#### LA CONSTITUTIONNALISATION DANS LE DÉSÉQUILIBRE DYNAMIQUE

Mais il n'est pas tenable, à la longue, que le constitutionnalisme mondial qui est « néolibéral » de façon unilatérale se limite à sa fonction constitutive. Ce n'est qu'une question de temps pour que les énergies systémiques libérées ne déclenchent, à côté d'effets productifs incontestables, des conséquences désastreuses telles que les conflits sociaux se produisant ici obligent à corriger radicalement la politique constitutionnelle. Le double mouvement de Polanyi est visible ici ; il s'agit, selon l'interprétation de Streeck, d'un mouvement

de forces plurielles mais aussi opposées les une aux autres qui sont responsables de la dynamique spécifique du capitalisme et qui ne mettent pas en mouvement l'institutionnalisation et la désinstitutionnalisation dans une direction linéaire mais selon une tendance cyclique<sup>1</sup>.

Dans ces processus de « déséquilibre dynamique », où la libération et la limitation de la logique fonctionnelle alternent, le point de renversement est atteint maintenant après une longue phase constitutive. À présent, les institutions qui luttent contre les atteintes horizontales portées à l'intégrité deviennent indispensables<sup>2</sup>. Au lieu de normes constitutionnelles constitutives, on demande maintenant des normes constitutionnelles limitatives.

La mise en réseau dans le monde entier de communications fonctionnellement spécifiques n'est plus entravée dorénavant par les régimes de production de l'État-nation. Mais la politique constitutionnelle a

- 
- 1 W. Streeck, *Re-Forming Capitalism*, *op. cit.*, p. 235 sq. Sur la relation entre le double mouvement de Polanyi, d'un côté, et les juridicisation et constitutionnalisation transnationales, les contributions au volume de Ch. Joerges et J. Falke, sont éclairantes : Christian Joerges et Joseph Falke, *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, Hart, 2011.
  - 2 Ino Augsberg, Tobias Gostomzyk et Lars Viellechner, *Denken in Netzwerken : Zur Rechts- und Gesellschaftstheorie Karl-Heinz Ladeurs*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 2009, p. 82 sqq. ; K.-H. Ladeur et L. Viellechner, « Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte », art. cité.

supprimé toutes les limitations qu'avaient imposées les État-nations aux systèmes fonctionnels dans leurs tendances à l'expansion. Libérés des restrictions de l'État-nation, les systèmes fonctionnels sont en mesure de poursuivre leur programme de maximisation dans le monde entier. Malgré leurs divergences, les analyses sociologiques qui ont été développées à la suite de Karl Marx, de Max Weber et de Niklas Luhmann devraient tomber d'accord sur les conséquences de ce diagnostic. Que ce soient désormais les lois du mouvement du capital, la rationalisation des sphères de la vie sociale ou bien la différenciation fonctionnelle qui déterminent la dynamique – toutes ces analyses reconnaissent aussi, à côté d'effets productifs, des énergies destructives qui sont produites par l'orientation fonctionnelle unilatérale de chaque secteur social. Le démantèlement des régimes nationaux de production libère de nouvelles dynamiques destructives de la part des systèmes fonctionnels globaux ; dynamiques destructives où l'augmentation fonctionnelle unilatérale d'un secteur social entre en collision avec d'autres dynamiques sociales.

Une telle dynamique soulève une question fondamentale : il s'agit de savoir si la différenciation fonctionnelle de la société suppose nécessairement de comprendre l'autoreproduction sociale des systèmes fonctionnels comme étant un impératif pour leur croissance. Penser qu'un système fonctionnel est un circuit communicationnel s'autoproduisant, qui revient pour ainsi dire sur soi, comme par exemple le circuit économique, le circuit du système politique ou d'autres systèmes sociaux, est une idée évidente, mais bien trop inoffensive, si ce n'est trompeuse. La théorie des systèmes autopoïétiques a rompu depuis longtemps déjà avec l'axiome de la théorie structuralo-fonctionnaliste classique, avec l'impératif de la conservation du système. Le nouvel impératif consiste dans la capacité à connecter des opérations récursives – à poursuivre ou à ne pas poursuivre l'autopoïèse d'un système fonctionnel<sup>1</sup>. Mais, en dehors de cela, la question de savoir si la différenciation fonctionnelle n'équivaut pas secrètement à un impératif de croissance d'un type particulier de l'autopoïèse se pose toujours de façon inquiétante. Car la spécification fonctionnelle des sous-systèmes, leur orientation exclusive vers un code binaire implique que des autolimitations intrinsèques, telles

---

1 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme : Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Francfort, Suhrkamp, 1984, p. 86 ; trad. fr. *Systèmes sociaux : Esquisse d'une théorie générale*, trad. L. Sosoe, Paris, PUL, [1984] 2012, p. 97.

que les connaissait encore la société traditionnelle dans ses institutions multifonctionnelles, n'existent plus. Il y aurait donc, en ce qui concerne l'impératif inexorable de croissance, une affinité entre l'autoreproduction des systèmes fonctionnels et les organisations formelles.

Dans le contexte qui nous intéresse, il s'agit de savoir si l'on ne doit pas considérer les tendances légèrement inflationnistes de la production symbolique comme étant l'état normal des systèmes fonctionnels, tendances sans lesquelles la productivité des systèmes est prise dans une spirale récessive dangereuse<sup>1</sup>. Mais, outre cette croissance « normale », la récursivité des systèmes fonctionnels a-t-elle tendance à exercer, de façon inhérente, une pression de répétition et de croissance qui nuise à la société et, si oui, comment une telle autopoïèse « turbo » est-elle déclenchée ? Les fameuses tendances à l'expansion des systèmes fonctionnels – les tendances à la politisation, à l'économisation, à la juridicisation, à la médialisation, à la médicalisation complètes du monde – pourraient tout à fait être l'indice de cette dynamique malade de croissance. Stichweh, qui observe une tendance à l'accroissement symbolique dans plusieurs systèmes fonctionnels, suppose aussi un tel impératif intrinsèque de croissance. Il note la différence, dans divers systèmes fonctionnels, entre l'état normal comportant de « légers processus inflationnistes de croissance », d'un côté, et les excès de croissance déclencheurs de crises, de l'autre<sup>2</sup>. Il suppose ensuite que les motivations pour accepter une communication – qui sont produites par les médias communicationnels de l'argent, du pouvoir, du droit, de la vérité et de l'amour – comportent des attentes excessives, qu'elles recèlent une sorte de « crédit » pour les communications à venir. Et ce crédit pourrait seulement être racheté, à la fois, par des prestations supplémentaires constantes et par leur effet rétroactif sur des attentes de « crédit » qui, à leur tour, sont croissantes, de telle sorte qu'une dynamique d'augmentation nécessaire, une spirale de croissance se forme. La spirale pathologique de croissance ne serait plus donc un phénomène limité au médium de l'argent, mais une caractéristique générale des systèmes fonctionnels différenciés par des médias.

1 Hans Christoph Binswanger défend ce concept pour le système économique, dans *Vorwärts zur Mässigung : Perspektiven einer nachhaltigen Wirtschaft*, Hamburg, Murmann, 2009, p. 11 *sqq.*

2 R. Stichweh, « Towards a General Theory of Function System Crisis », art. cité, p. 55 *sqq.*

Une telle dynamique de croissance dépasse le cercle d'accélération diagnostiqué par Hartmut Rosa dans les sociétés modernes<sup>1</sup>. Il ne s'agit pas ici seulement d'un changement des structures temporelles conditionnées socio-structurellement, lequel correspondrait à une accélération des processus sociaux. Ce que décrit Rosa ne concerne qu'une dimension partielle de la dynamique générale de croissance des systèmes fonctionnels : son aspect temporel. Or, on devra prendre également en considération la dimension matérielle et la dimension sociale des phénomènes de croissance de la société. Dans sa dimension matérielle, la dynamique se manifeste à travers l'impératif de croissance de la production symbolique que l'on a évoqué, c'est-à-dire comme tendance à augmenter les opérations de même type de telle sorte que leurs structures se multiplient. Dans sa dimension sociale, la dynamique de croissance se réalise dans une épidémiologie sociale, c'est-à-dire dans l'imitation, la propagation et la contagion, telles qu'elles ont été étudiées par les analyses sur les « comportements moutonniers » dans les marchés financiers<sup>2</sup>. Dans l'ensemble, il s'agit de prestations anticipées qui génèrent des attentes de prestations croissantes et qui contraignent donc, à leur tour, les prochaines avances à une dynamique qui, si elle est nécessaire sur le moment, a tendance à dériver dans des excès qui causent des dommages sociaux.

Un tel impératif essentiel à une production toujours plus élevée est repéré à juste titre dans le secteur de l'économie : il est, d'un côté, la condition de son autoreproduction mais il peut, d'un autre côté, être poussé par certains mécanismes de croissance au point qu'un revirement ait lieu vers des tendances destructives<sup>3</sup>. Mais cet impératif ne se trouve pas que dans l'économie mais aussi dans d'autres systèmes fonctionnels<sup>4</sup>.

1 Hartmut Rosa, *Beschleunigung : Die Veränderung der Temporalstrukturen in der Moderne*, Francfort, Suhrkamp, 2005, en particulier p. 295 sqq. ; trad. fr. *Accélération : Une critique sociale du temps*, trad. D. Renault, Paris, La Découverte, 2013, p. 227 sqq. ; Hartmut Rosa, William E. Scheuerman (dir.), *High-Speed Society : Social Acceleration, Power and Modernity*, University Park, Penn State Press, 2009.

2 À ce sujet, l'article d'Urs Stäheli est éclairant : Urs Stäheli, « Political Epidemiology and the Financial Crisis », in Poul F. Kjaer *et al.* (dir.) *The Financial Crisis in Constitutional Perspective : The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart, 2011, p. 123-142.

3 H. Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, *op. cit.*

4 Il reste à préciser que ces tendances ne sont pas déduites « de la conceptualité sociologique » de la théorie des systèmes, comme le soupçonne Klaus F. Röhl (*Begriffssoziologie I : Fragmentierung*, <<http://www.rsozblog.de/?p=1424>>), mais doivent être identifiées

Peut-on maintenant discerner nettement ce qui distingue la croissance « normale » de ses formes « pathologiques » ?

Dans le cas du droit, on peut voir clairement que le droit ne fait pas que résoudre des conflits puis retourner à un état de repos mais qu'il produit vraiment, uniquement à cause de ses règles, des conflits qui exigent à nouveau un surcroît de réglementation. En intervenant régulièrement dans la vie quotidienne, le droit produit lui-même des situations qui donnent donc des motifs de conflits<sup>1</sup>. Et en même temps, chaque norme produit des problèmes d'interprétation qui déclenchent, à leur tour, de nouveaux conflits. Enfin, la simple quantité même de normes produit des conflits internes de normes qui exigent une production de droit supplémentaire. L'autonomie toujours plus grande du droit contribue-t-elle par conséquent à augmenter les conflits ? Tout cela serait encore l'état normal d'une inflation modérée des normes juridiques. Il faut juger d'un œil critique, en revanche, une sorte de syndrome de dépendance du droit où la production de normes devient dépendante de stimulants externes – des mécanismes économiques du contrat et de la législation politique –, lesquels produisent, au niveau tant national que transnational, les pathologies très critiquées d'une juridicisation excessive du monde. Seraient-ce là les excès du droit de la modernité avancée ? En ce qui concerne la politique, les impératifs de croissance excessifs de l'État-providence démocratique forment le candidat tout désigné.

En science, la recherche produit sans cesse des incertitudes plus grandes que ne vient dissiper qu'une recherche plus poussée qui, à son tour, produit de nouvelles incertitudes. Aujourd'hui, les fameux impératifs de croissance du « publie ou périt » ont également atteint une telle intensité que le « *academic ghost-writing* » [recours académique à des prête-plumes] est devenu une industrie en pleine croissance, qui menace sérieusement la crédibilité des publications académiques, notamment en biomédecine<sup>2</sup>. Et dans le secteur de la technologie, les événements très récents qui ont eu lieu au Japon ont révélé des contraintes de croissance dont les risques sont incalculables. Dans tous ces domaines, cependant,

---

empiriquement comme des hypothèses plausibles sur le plan théorique, comme l'ont fait, dans des contextes différents, Rosa et Stichweh.

1 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 139.

2 Sur ces impératifs de croissance, voir la lecture approfondie de R. Stichweh, « General Theory of Function System Crisis », section IV.

on devrait parvenir à distinguer clairement entre la dynamique de croissance qui est nécessaire à la poursuite du processus et les excès de croissance qui représentent une menace pour lui.

#### L'AUTOLIMITATION DES CONTRAINTES DE CROISSANCE

Il s'agit donc d'identifier les dynamiques qui accélèrent tellement la spirale de croissance d'un secteur de la société qu'elle en vient à devenir destructive et à entrer en collision avec d'autres dynamiques sociales. Les accélérations de croissance des systèmes fonctionnels globalisés d'aujourd'hui accablent elles-mêmes la société et l'environnement de graves « problèmes à cause de leurs propres différenciation, spécialisation et orientation vers un rendement élevé<sup>1</sup> ». On distingue trois domaines de collision : 1) la collision entre un impératif de croissance particulier et l'intégrité d'un autre sous-système social, 2) la collision avec une rationalité globale de la société mondiale, et 3) la collision entre l'augmentation de croissance et la propre autoreproduction<sup>2</sup>. La dynamique évolutive de ces trois collisions pourrait tout à fait donner lieu à des catastrophes sociales. Mais l'effondrement que Karl Marx postulait n'est pas une nécessité, pas plus que ne l'est « l'habitable de la servitude des temps futurs » que prédisait Max Weber. Ce qu'affirme Niklas Luhmann est plus vraisemblable : la venue de la catastrophe est contingente. Tout dépend si des contre-structures inhibant la croissance deviennent efficaces pour lutter contre l'intensification de la dynamique même de croissance.

Ce n'est pas encore l'expérience de la contingence en tant que telle mais seulement l'expérience de la quasi-catastrophe qui représente le « moment constitutionnel<sup>3</sup> ». Ainsi, il ne s'agit pas encore de l'instant précis où la dynamique de croissance autodestructive fait apparaître le danger abstrait d'un effondrement – tel est l'état normal –, mais

1 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 802.

2 Une rationalité globale de la société mondiale ? La prudence est de mise. On ne veut pas dire que l'on pourrait désigner une instance qui définit cette rationalité. Mais cela n'implique pas de renoncer au concept même, si jamais la chance se présente, que les sous-systèmes reflètent, à partir de leurs perspectives décentralisées, une rationalité globale.

3 C'est évidemment un autre emploi du concept que celui dont Bruce A. Ackerman a à l'esprit dans *We the People : Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 266 sqq., p. 285 sqq.

le moment où l'effondrement est imminent. La société fonctionnellement différenciée semble ignorer les possibilités plus douces d'une autocorrection, ignorer en effet que des observateurs sensibles pointent les dangers imminents dans des avertissements et des invocations. Les processus endogènes d'autorenforcement des sous-systèmes dominant tellement qu'ils ne permettent une correction qu'à la dernière minute. La ressemblance avec les phénomènes individuels de la quête de soi est évidente : « *Hit the bottom!* » [Touchez le fond!] Il faut que ce soit juste à la dernière minute. C'est à cet instant seulement que des vues suffisamment probantes et des énergies de changement suffisamment fortes peuvent avoir une chance de permettre un changement complet de direction.

Cela ne se passe pas ainsi seulement dans le domaine économique où l'on ignore régulièrement les signes de la prochaine crise, mais aussi dans le secteur politique, où l'on ne réagit aux dérives critiquées par la science que lorsque des événements prennent la forme d'un scandale politique qui menace des positions de pouvoir. Et la politique réagit alors de façon fébrile. Le changement de paradigme de Kuhn, en science, a l'air d'être un phénomène semblable, puisque les écarts par rapport au paradigme dominant sont interprétés depuis longtemps comme des anomalies avant que finalement la catastrophe théorique qui menace ne contraigne à changer de paradigme. Et les impératifs de croissance technologiques semblent agir si intensivement que même de grandes catastrophes n'atteignent pas nécessairement le fond qui devrait obliger à faire un retour en arrière.

Le moment constitutionnel est l'expérience immédiate de la crise, l'expérience de ce qu'une énergie libérée dans la société a des conséquences destructrices qui ne seront surmontées que grâce à une réflexion auto-critique et à la décision d'engager une autolimitation. Le fait que les systèmes sociaux passent par le versant obscur de leur promesse de progrès n'est finalement pas une déviation par rapport au processus normal « sain » ; ce n'est pas une erreur à éviter. Au contraire, l'expérience de leur versant obscur semble quasiment une condition nécessaire pour que leur constitution intérieure puisse changée. Ce sont aussi les pathologies, finalement, qui font surgir le moment constitutionnel, c'est-à-dire le moment de la catastrophe où il s'agit de trancher entre la destruction totale de l'énergie et son autolimitation.

Sous l'effet de la différenciation fonctionnelle, une expérience risquée a été osée, celle d'abandonner la grande unité de la société et de libérer, à sa place, une quantité d'énergies sociales fragmentées, qui – parce qu'elles ne sont pas limitées par l'établissement d'un contre-principe – produisent une dynamique interne et monstrueuse de croissance. C'est ainsi qu'ont été rendues possibles les grandes avancées de la civilisation dans l'art, la science, la médecine, l'économie, la politique ou le droit. Mais le versant obscur de chacun de ces principes de croissance conduit potentiellement à des moments de catastrophe – aux moments constitutionnels –, et permet des expériences d'apprentissage collectives de l'autolimitation.

L'année 1945 est paradigmatique pour le système politique mondial. Cette date marque le moment constitutionnel de la proclamation des droits de l'homme dans le monde entier après les pratiques inhumaines du totalitarisme politique, le moment où le pouvoir politique dans le monde entier fut prêt à se limiter lui-même. De même, 1789 et 1989 furent des moments où la politique, après des périodes de tendances à l'expansion, s'est limitée elle-même en fixant, dans la constitution politique, la séparation des pouvoirs et les droits fondamentaux<sup>1</sup>.

Le moment constitutionnel n'est pas réservé à la politique. Dans le cadre de la différenciation fonctionnelle, tous les sous-systèmes développent des énergies de croissance dont la productivité et la destructivité révèlent leur grande ambivalence. Dans de nombreux lieux de la société, la nouvelle question constitutionnelle progresse ; on demande « quelle est la part d'expansion vers l'intérieur que produit ainsi la société, quel degré de monétarisation, de juridicisation, de scientification, de politisation, elle peut produire et supporter, et jusqu'à quel point elle le peut lorsque ces processus d'expansion ont lieu en même temps (au lieu par exemple de la seule monétarisation)<sup>2</sup> ». Dans la phase avancée de la différenciation fonctionnelle, cela devient le problème central de la constitution de la société. C'est la véritable expérience de la modernité avancée après la victoire triomphale de l'autonomie des systèmes fonctionnels. La question

1 Ch. Thornill (« Towards a Historical Sociology », art. cité p. 285 *sqq.*) le suggère. I. Rasilla del Moral (« At King Agramant's Camp », art. cité, p. 583 *sqq.*) montre clairement comment les expériences traumatiques de la Première Guerre mondiale ont donné naissance aux premières tentatives d'autolimitation de la politique internationale par un constitutionnalisme transnational d'un nouveau type.

2 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 757.

n'est plus : quelles sont les conditions de possibilité institutionnelles pour l'autonomie des sous-systèmes ? Mais : quelles sont les limites à leur expansion ? Le paradigme ici est l'économie qui fête son triomphe et ses échecs dans le turbo-capitalisme global.

LES « CONSTITUTIONS CAPILLAIRES »

De cette façon, si des processus de croissance excessifs laissent un sous-système social échapper à tout contrôle, alors l'alternative est la suivante : soit une intervention étatique, soit une constitutionnalisation interne. Après l'expérience des totalitarismes politiques du siècle dernier, une étatisation permanente des sous-systèmes n'est plus une option sérieuse. Il paraît plus adapté, en revanche, de réglementer politiquement les processus sociaux grâce à des *global regulatory regimes* [régimes de régulation globale]. Il est vrai que leur signification est ambivalente. Car quelles sont donc les options aujourd'hui ? Soit une régulation administrative des processus globaux de communication, soit une autolimitation des options du système qui est imposée de l'extérieur.

S'il est exact que le plus important est de prévenir les dangers des trois collisions – autodestruction du système, dégradation de l'environnement au sens large (atteinte à l'intégrité des environnements sociaux, humains et naturels), atteinte à la société mondiale –, il faut préférer la deuxième option. Tel est le message du constitutionalisme sociétal. Un ordre constitutionnel global se trouve devant la tâche suivante : comment faire pour générer une pression externe sur les sous-systèmes qui soit d'une ampleur telle que, dans leurs processus internes, des autolimitations de leurs options d'action deviennent efficaces ?

Mais pourquoi s'agit-il d'« autolimitations » et non pas d'« hétéro-limitations » ? Chaque expérience ne témoigne-t-elle pas de ce que les stratégies d'autolimitation ne font qu'introduire le loup dans la bergerie et que les excès peuvent être cachés seulement par des influences extérieures ? Mais chaque expérience ne témoigne-t-elle pas aussi de ce que chercher à vouloir contrôler des processus internes par des interventions extérieures échoue régulièrement<sup>1</sup> ? À cet égard, le constitutionalisme

1 Pour le débat sur les limites de la réglementation politique, voir John Braithwaite, « Enforced Self-regulation : A New Strategy for Corporate Crime Control », *Michigan Law Review*, n° 80, 1982, p. 1466-1507 ; Anthony L. Ogus, « Rethinking Self-Regulation », *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 15, 1998, p. 97-108 ; Neil Gunningham et Joseph

sociétal cherche à trouver un équilibre difficile entre les interventions externes et l'autorégulation<sup>1</sup>. Une « constitutionnalisation hybride » est requise, au sens où, des forces sociales externes – c'est-à-dire les normes juridiques et le contre-pouvoir de la « société civile » issu d'autres contextes (des médias, de la discussion publique, de la protestation spontanée, des intellectuels, des mouvements de protestation, des ONG, des syndicats, des professions et de leurs organisations<sup>2</sup>) –, exercent, aux côtés des moyens étatiques de pouvoir, une pression tellement forte sur le système fonctionnel en expansion que celui-ci met en place des autolimitations internes réellement efficaces.

Toutefois, les limitations ne peuvent être efficaces qu'à l'intérieur de la logique propre au système, pas à l'extérieur. Donc :

Chaque système fonctionnel définit lui-même sa propre identité [...] par une sémantique élaborée d'auto-attribution de sens, de réflexion, d'autonomie. La dépendance des sous-systèmes entre eux ne peut plus être normée spécifiquement, ne peut plus du tout être légitimée par l'ensemble de la société comme une condition d'ordre<sup>3</sup>.

La tâche difficile qui consiste à adapter, à un niveau élevé, la fonction d'un système social à ses prestations environnementales, et inversement, peut seulement être menée par une réflexion interne au système, laquelle peut certes être provoquée de l'extérieur mais ne saurait être remplacée<sup>4</sup>. Par conséquent, une définition politique externe des constitutions

---

Rees, « Industry Self-Regulation : An Institutional Perspective », *Law and Policy*, n° 19, 1997, p. 363-414 ; Ian Ayres et John Braithwaite, *Responsive Regulation : Transcending The Deregulation Debate*, New York, Oxford University Press, 1992.

- 1 La formule générale « régulation par l'autorégulation » est le résultat d'un vaste débat sur les chances d'une régulation sociale par la politique et le droit ; voir, à ce sujet, l'analyse minutieuse de Fiona Haines, « Regulatory Failures and Regulatory Solutions : A Characteristic Analysis of the Aftermath of Disaster », *Law and Social Inquiry*, n° 34, 2009, p. 31-57. Sur le débat en droit, Wolfgang Hoffmann-Riem (dir.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- 2 Sur le rôle des acteurs de la société civile dans la situation postnationale, voir Colin Crouch, *L'étrange survie du néolibéralisme*, trad. Y. Coleman, Paris, Diaphanes, 2015. Pour une vue approfondie sur la politique des ONG, Achim Brunnengraber (dir.), *NGOs im Prozess der Globalisierung : Mächtige Zwerge – umstrittene Riesen*, Wiesbaden, 2005 ; sur les professions comme contre-pouvoir de la société civile dans le contexte transnational, Martin Herberg, « Bringing Professions Back in : A Fresh Look at the Dynamics of Institution-building in (World) Society », in C. Joerges, J. Falke (dir.), *op. cit.*, p. 107-129, ici : p. 115 sqq.
- 3 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 745.
- 4 *Ibid.*, p. 757.

sociétales sectorielles transnationales n'est pas possible ; la politique peut seulement donner des impulsions constitutionnelles ou irriter les constitutions. Il n'existe pas de savoir proprement dit qui indiquerait le type d'autolimitation que l'on peut choisir. Il ne s'agit pas seulement d'accéder à ce savoir, il faut d'abord qu'il soit produit de façon interne. Les contraintes de croissance endogènes elles-mêmes ne sauraient être combattues que par des inhibiteurs endogènes de croissance. Le savoir requis pour cela ne peut être élaboré par le point de vue externe d'un observateur, tel un savoir d'expérience étatique, centralement disponible, mais en combinant les effets des pressions externes et des processus internes de découverte.

On pose ainsi des exigences cognitives très élevées aux interventions du monde des États et aux pressions de la société civile, précisément parce que celles-ci ne peuvent pas simplement imposer des comportements ou des résultats, mais n'ont d'effet sur l'autotransformation qu'en tant qu'irritations. « L'État ne doit pas intervenir immédiatement de manière énergique sur des conditions déterminées recherchées ou sur la valorisation de "résultats", il doit au contraire observer les systèmes sociaux de régulation et adapter avec précision le but de l'intervention à leur autotransformation<sup>1</sup>. » Au vu des menaces que la rationalité sous-systémique représente pour elle-même, les interventions politiques sont indispensables « pour lui donner de nouvelles possibilités en la débloquent, et non pas pour lui opposer une autre rationalité étatique<sup>2</sup>. » La régulation politico-juridique et l'influence externe de la société n'ont donc de chance de réussir que si elles sont appliquées dans le cadre d'une dynamique systémique de croissance s'autodestruisant. Une telle transformation requiert pour ainsi dire des interventions externes massives de la politique, du droit et de la société civile. Mais ce sont uniquement des interventions conçues pour être traduites dans le processus d'autotransformation et dont la traduction réussit aussi effectivement dans des processus internes de mutation.

La tâche consisterait – avec un peu de chance et de talent – à combiner des impulsions externes de type politique, juridique et social, avec des

1 Karl-Heinz Ladeur, « Methodische Überlegungen zur gesetzlichen 'Ausgestaltung' der Koalitionsfreiheit », *Archiv des Öffentlichen Rechts*, n° 131, 2006, p. 643-667, ici : p. 657.

2 Karl-Heinz Ladeur, « Abwägung » – *Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Francfort, Campus, 1984, p. 60.

changements de la constitution interne. Pour le dire avec Derrida, des modifications de la constitution « capillaire » elle-même sont nécessaires jusque dans les artères de la circulation communicationnelle, là « où leur finesse devient microscopique<sup>1</sup> » ; artères qui restent inaccessibles en principe à l'influence exercée par la constitution « capitale » de l'État. Derrida s'inspire ici du concept de pouvoir reformulé par Foucault. Selon ce dernier, le problème central des sociétés actuelles ne se trouve plus dans les usages abusifs du pouvoir juridique par le souverain politique mais dans le phénomène de « pouvoir capillaire » : produit par les progrès des disciplines scientifiques, dépendant des techniques et technologies, le pouvoir capillaire intervient dans le corps social jusque dans ses structures les plus fines<sup>2</sup>.

Nul ne sait à l'avance comment une telle constitutionnalisation capillaire peut réussir concrètement. Des pronostics *ex-ante* sont en principe impossibles. Il n'y a pas, par conséquent, d'alternative à une constitutionnalisation expérimentale. Si une pression externe s'exerçait, l'autorégulation de la politique, celles du droit et des autres sous-systèmes produiraient de telles irritations sur le système focal qu'en fin de compte les différents programmes d'autorégulation agiraient ensemble dans la direction souhaitée. Or, on ne peut prévoir ce phénomène, seulement en faire l'expérience<sup>3</sup>. La direction souhaitée pour les constitutions sectorielles est, on l'a vu, celle qui limite les tendances endogènes à l'autodestruction et à la dégradation de l'environnement. La problématique constitutionnelle se caractérise par la tâche difficile de gérer une pluralité de programmes d'autorégulation issus, à la fois, d'un certain sous-système et de ses systèmes environnementaux.

- 
- 1 Jacques Derrida, *L'autre cap*, suivi de *La démocratie ajournée*, Paris, Minuit 1991, p. 44.
  - 2 Michel Foucault, « Entretien sur la prison : le livre et sa méthode » (entretien avec J.-J. Brochier), in M. Foucault, *Dits et écrits I, 1954-1975*, p. 1608-1621, ici : p. 1619 sq.
  - 3 Les tentatives d'irritation externes et la réaction interne doivent converger en direction d'une minimisation générale de la différence ; voir là-dessus, Niklas Luhmann, « Grenzen der Steuerung », in Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1988, p. 324-349 ; Niklas Luhmann, « Politische Steuerung : Ein Diskussionsbeitrag », *Politische Vierteljahresschrift*, n° 30, 1989, p. 4-9 ; Niklas Luhmann, « Steuerung durch Recht ? Einige klarstellende Bemerkungen », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n° 11, 1989, p. 137-160. Au sujet de la croissance, la théorie des systèmes a en vue cette combinaison de plusieurs processus d'autorégulation, et pas, comme on lui a attribué souvent de façon polémique, l'autorégulation exclusive de l'économie ou d'un autre système social.

## LE DIABLE ET BELZÉBUTH

Notons à présent que la politique justement a fourni un modèle historique à cette entreprise paradoxale – limiter de soi-même sa propre expansion<sup>1</sup>. Seul Belzébuth peut chasser le diable ! L'histoire des constitutions de l'État-nation nous apprend déjà comment un système social peut limiter, par ses propres moyens, ses possibilités de communication que la différenciation fonctionnelle a immensément augmentées. On n'insistera pas assez, en même temps, sur le fait que ces autolimitations n'ont pas lieu automatiquement à partir d'impératifs fonctionnels, mais uniquement sous l'effet de pressions externes massives, résultant de fortes luttes constitutionnelles. La politique a, en quelque sorte, fournit l'étalon de mesure à cette dynamique autolimitative, en indiquant comment la constitution peut aider un système social à limiter lui-même ses propres impératifs de croissance.

À travers l'histoire, les limitations ont certes eu des orientations différentes en fonction de la tendance à l'expansion du système politique. Conçue comme un contre-mouvement à l'absolutisme politique des premiers temps modernes, la séparation des pouvoirs politiques devait scinder le pouvoir absolu et maîtriser les pouvoirs partiels en instaurant leur contrôle réciproque. Les principes de l'État de droit mettaient des limites normatives à la volonté du souverain omnipotent. Après la séparation de la politique, de l'administration et de la justice, des barrières limitèrent la politisation de l'administration et de la justice. Enfin, les droits fondamentaux ont représenté la grande avancée de la civilisation grâce à laquelle la politique se retient elle-même de politiser, dans la société, les sphères individuelles et institutionnelles de l'autonomie.

Les conditions ayant changé aujourd'hui, de nouvelles autolimitations de la politique sont à ajouter à ces limitations classiques. D'un côté, la concurrence exercée par les politiques nationales des pays industriels occidentaux et la politique de modernisation forcée qu'adoptent les pays en voie de développement et les pays émergents ont transformé la menace qui pèse sur l'environnement en un problème auquel l'on ne peut remédier que par la constitutionnalisation de la politique transnationale. D'un autre côté, il faut que la politique réponde aux lois, ô combien célèbres !,

1 Sur cette thèse, richement documentée d'un point de vue historique, voir Ch. Thornhill, « Towards a Historical Sociology », art. cité.

de « l'accélération de la croissance » de l'État-providence par des autolimitations constitutionnelles. À cette fin, la garantie de l'indépendance de la Banque centrale et la mise en place de limites efficaces à l'endettement public sont des questions d'une valeur constitutionnelle évidente<sup>1</sup>. En revanche, la question de savoir si des subventions et d'autres dépenses de l'État doivent être soumises à un test qui vérifie si elles se rapportent suffisamment au bien commun a une valeur constitutionnelle assez floue. Le contrôle de leurs résultats par les sciences sociales et la politique à travers des instances indépendantes de l'État, semblables à une cour des comptes permettant de connaître et d'éviter les erreurs, devrait faire partie aujourd'hui des autolimitations aiguës de la politique de l'État-providence.

Qu'est-ce que cela signifie maintenant pour les autres constitutions sectorielles ? La manière dont cette fonction limitative de la politique doit être généralisée puis transférée à d'autres sous-systèmes sociaux dépend d'un critère de compatibilité avec la société tout entière qui impose des limitations aux sous-systèmes :

L'appartenance à la société place donc tous les sous-systèmes dans leurs fonction et capacité de variation propres selon les conditions de la compatibilité structurelle. Pour le système politique, la constitution a la fonction de reformuler ces conditions de compatibilité sociétale pour un usage interne – c'est-à-dire : sous une forme décidable<sup>2</sup>.

L'autolimitation constitutionnelle, en tant qu'elle suppose une compatibilité avec la société, n'est pas un problème propre à la politique ; elle pose problème à tous les sous-systèmes de la société<sup>3</sup>. De même, les conditions de compatibilité peuvent certes être imposées de l'extérieur, mais elles ne seront pas totalement prédéfinies à l'extérieur, elles doivent être produites en grande partie à l'intérieur du système. Les différences entre les autres constitutions sociales et la constitution politique proviennent d'abord des conditions internes de reproduction qu'elles connaissent respectivement : seule la politique établit une constitution ayant pour modèle l'édification du pouvoir et du

1 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 481.

2 N. Luhmann, « Politische Verfassungen im Kontext », art. cité, p. 6.

3 En se référant à Talcott Parsons, R. Prandini suit cette voie argumentative, « Morphogenesis of Constitutionalism », art. cité, p. 312 *sqq.*

consensus, en vue de décisions collectivement contraignantes, et doit, par conséquent, prendre appui sur le pouvoir pour s'autolimiter. Les autres sous-systèmes doivent ajuster leurs constitutions et leurs limitations à leurs médias communicationnels particuliers : l'économie aux opérations de paiement, la science aux connaissances, les médias de masse aux nouvelles. C'est ce qui forme leur constitution interne et leur limitation. Le sens originaire de *Constitutio* – étymologiquement, une expression médicale pour désigner l'état d'un corps malade ou sain – est encore présent dans chaque constitution particulière, car il s'agit toujours de deux choses lors des interventions de la constitution interne : du bon fonctionnement de l'organe interne et de l'aptitude du corps à vivre dans son environnement<sup>1</sup>.

Pour inhiber des impératifs pathologiques de croissance, il faudrait que les impulsions de changement dans les constitutions sociétales, qui suivent le modèle historique de l'autolimitation de la politique, produisent des contre-structures permanentes qui deviennent efficaces jusque dans les capillaires les plus fins. À l'instar de ce qui se passe dans les constitutions politiques où le pouvoir est utilisé pour limiter le pouvoir, chaque médium systémique devrait se retourner contre lui-même. « Le feu se combat avec le feu, le pouvoir avec le pouvoir, le droit avec le droit, l'argent avec l'argent ». Une telle autolimitation du médium communicationnel offre peut-être le critère adéquat pour distinguer entre les changements de « constitution interne » de l'économie et les régulations politiques externes de l'économie.

LES DOMAINES CONSTITUTIONNELS :  
LA DIFFÉRENCIATION INTERNE  
DANS LES SYSTÈMES SOCIAUX

Ainsi, on a montré que les constitutions sociétales exercent, comme les constitutions politiques, des fonctions de constitution et de limitation. Mais une autre question se pose : il s'agit de savoir si les constitutions sociétales mettent aussi à disposition les institutions qui garantissent la « possibilité

<sup>1</sup> N. Luhmann, « Politische Verfassungen im Kontext », art. cité, p. 178.

du dissensus en tant que condition préalable à une sélectivité indépendante, distribuée dans la société<sup>1</sup> ». À l'époque du constitutionnalisme libéral, la possibilité du dissensus a été rendue possible dans la société, en particulier dans l'économie, par les institutions juridiques de la propriété et de la liberté, établies comme des droits fondamentaux. Mais en l'état actuel des choses, ce n'est pas suffisant. On a besoin qu'une forte politique de réflexion soit menée à l'intérieur des systèmes fonctionnels, constitués aujourd'hui sur le plan global ; politique dans laquelle soient débattues les prestations des sous-systèmes pour l'environnement et leur rôle dans la société entière. Pour l'économie globale en particulier, il est urgent que la possibilité du dissensus soit appuyée par des normes du droit constitutionnel économique. D'un point de vue historique, le système tarifaire, la cogestion et le droit de grève en particulier ont déjà permis, grâce au droit constitutionnel, l'existence de nouvelles garanties, dans le secteur économique, qui préservent le dissensus interne à la société. Les commissions d'éthique ou le soutien externe du *whistle blowing* [de la dénonciation] en entreprise jouent aussi un rôle semblable<sup>2</sup>.

C'est ici précisément que l'on peut trouver un point d'application au constitutionnalisme sociétal, dans la mesure où il fait de l'existence de multiples instances de réflexion dans la politique institutionnalisée aussi bien qu'à l'intérieur d'institutions sociales, le critère d'une société démocratique<sup>3</sup>. En ce qui concerne l'action conjuguée de ces instances, il est important de constater que chaque système fonctionnel se différencie de façon interne entre une sphère professionnelle organisée et une sphère spontanée. La sphère professionnelle organisée présente, de son côté, une différenciation interne entre les organisations qui agissent de façon décentralisée et les instances centrales d'autorégulation. Les constitutions politiques, dans leur partie organisationnelle, ont déjà mis en place, avec des normes détaillées, la différenciation interne qui correspond à la politique : d'un côté, le droit de vote et les droits fondamentaux, de l'autre, les normes de compétence et les normes procédurales pour le parlement, le gouvernement et l'administration. Mais dans les autres

---

1 *Ibid.*, p. 182.

2 Là-dessus, avec une perspective de théorie du droit, Graf-Peter Calliess, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 224 *sqq.*

3 D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, *op. cit.* ; D. Sciulli, *Corporate Power in Civil Society*, *op. cit.*

systèmes fonctionnels, les candidats à une constitutionnalisation de ce type ne se trouvent pas non plus que dans la partie organisationnelle, c'est-à-dire dans les entreprises, les banques, les intermédiaires d'Internet, les organismes de santé, les associations professionnelles et les universités, mais aussi déjà dans la sphère spontanée, c'est-à-dire dans les espaces publics partiels fonctionnellement spécifiques<sup>1</sup>.

#### LA SPHÈRE SPONTANÉE

La différenciation interne des sous-systèmes sociaux en une sphère professionnelle organisée et en une sphère spontanée, qui se forme de manière évidente dans l'économie (entreprises / consommateurs) et la politique (gouvernement / électeurs et opinion publique), mais qui prend forme aussi dans le droit (tribunaux / sujets de droit), les médias (organisations et professions des médias / public), la religion (églises / croyants) et le système de la santé (hôpitaux et médecins / patients), devrait être le tout premier point de départ du constitutionnalisme sociétal. Car la politique de réflexion a lieu d'une manière différente dans les deux sphères. Et la qualité démocratique du secteur social correspondant dépend de leur action conjuguée.

Dans le domaine politique, la sphère organisationnelle des partis politiques et de l'administration étatique fait face à la sphère spontanée de l'électorat, des associations et de l'opinion publique. D'une manière analogue, dans le domaine économique, le rapport entre la sphère spontanée, constituée par le marché, et la sphère d'organisation, constituée en entreprises, est bien établi. Bien que les entreprises aient pu améliorer énormément les expertises techniques, les capacités d'organisation et les techniques de financement, le secteur des entreprises n'a cependant pas réussi à placer tout le domaine économique sous son contrôle. La politique et l'économie exposent ainsi, à chaque fois, une sphère de décision très rationalisée à un défi, au demeurant, mystérieux et chaotique. La

1 Sur la distinction entre la sphère spontanée et la sphère professionnelle-organisée des systèmes fonctionnels et sur sa pertinence pour la démocratisation des secteurs de la société (mondiale), voir G. Teubner, « Globale Privatregimes », art. cité. L'idée d'« espaces publics partiels » que développe Habermas, se rapproche ici du phénomène décrit avec la sphère spontanée, toutefois elle sous-estime les différences entre elles qui sont dues aux critères respectifs de rationalité des divers systèmes fonctionnels ; voir Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, op. cit., p. 452 sqq. ; trad. fr. *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. Ch. Bouchindhomme et R. Rochlitz, Paris, Gallimard, 1997, p. 401 sqq.

sphère décisionnelle organisée ne reçoit pas du tout de signaux clairs de la sphère spontanée. Elle est pour ainsi dire condamnée à avoir une liberté de décision, et ce n'est que lorsque des décisions critiques sont prises que les mécanismes de responsabilité spécifiques à la démocratie ou au marché se trouvent déclenchés.

La différence entre ce qui est spontané et ce qui est organisé cristallise le seuil d'une constitutionnalisation qui va au-delà de la situation constitutionnelle actuelle. Il s'agira toujours d'ajuster d'une nouvelle façon l'équilibre précaire entre la sphère spontanée et la sphère d'organisation, et cela en particulier en contrecarrant la tendance de cette dernière à imposer ses intérêts à la sphère spontanée. Une augmentation du potentiel démocratique, au-delà des institutions constitutionnelles démocratiques classiques – participation, délibération, mécanismes électoraux dans la politique et mécanismes de marché décentralisés dans l'économie –, dépend pour cela de ce que les possibilités contraires de contrôle de la sphère spontanée sur la sphère d'organisation soient drastiquement renforcées.

Le dualisme entre la sphère spontanée et la sphère d'organisation est l'un des principes de base de la différenciation fonctionnelle ; il est rarement vu, pourtant, dans ses dimensions constitutionnelle et démocratiques. Un constitutionnalisme démocratique dépend de la spécialisation, de l'organisation et de la rationalisation de potentiels de prise de décision et, en même temps, de ce que ces potentiels ne puissent pas contrôler entièrement leur secteur social, de ce qu'ils soient, à leur tour, exposés au contrôle d'une pluralité décentralisée de processus communicationnels spontanés. Lors des Révolutions américaine et française, cette différence critique fut délibérément incorporée dans les constitutions étatiques dans la mesure où elle représentait la spontanéité de la démocratie et des droits fondamentaux contre l'organisation formelle de l'État hautement rationalisé. Dans les autres secteurs, il n'y a en revanche que de faibles tentatives pour soutenir par des normes constitutionnelles la relation précaire qu'ont, entre elles, la sphère spontanée et la sphère d'organisation.

La question est la suivante : des garanties constitutionnelles qui reconnaissent aux sphères spontanées un contrôle renforcé sur les sphères d'organisation peuvent-elles être institutionnalisées sous une forme juridique ? Avec ce problème, on voit tout d'un coup les opportunités qu'offre la globalisation et comment elles sont diamétralement opposées

aux nombreuses craintes selon lesquelles la globalisation représente uniquement des dangers pour la démocratie et l'État de droit. Ces opportunités tiennent au fait que la dynamique de la globalisation permet de reconfigurer le rapport entre les sphères spontanée et organisée, à l'intérieur des divers sous-systèmes sociaux. Car la globalisation signifie aussi, on l'a déjà dit, que beaucoup de secteurs sociaux se libèrent des limites que la politique de l'État-nation leur impose. Les cartes sont maintenant redistribuées. Recherche, éducation, système de santé, médias, art – l'opportunité qui apparaît, pour ces secteurs sociaux, avec le processus de globalisation est, à la fois, de réaffirmer l'autonomie de leur activité et d'institutionnaliser la différence entre ce qui est spontané et ce qui est organisé dans une constitution duale.

La recherche au niveau mondial, dans la mesure où elle ne suit pas complètement les aspirations des processus économiques du marché, semble présenter des tendances suffisantes pour le développement d'une sphère spontanée globale. Les mots-clés sont : désétatisation, débureaucratization, formes de concurrence non économique, pluralisation du financement de la recherche, concurrence entre les institutions promouvant la recherche. On peut se représenter des tendances semblables dans le secteur de l'éducation, où la concurrence des universités dans le monde entier peut dégager celles-ci de la tutelle politique et bureaucratique, et les exposer de manière accrue à la dynamique de contrôle de leur sphère spontanée propre.

Un « *constitutionalism from below* » [constitutionnalisme issu de la base] – c'est en usant de cette expression que l'on présente souvent la manière dont les sphères spontanées de la société contribuent à la formation des constitutions. Les constitutions particulières des domaines autonomes de la société devraient donc être attentives à garantir institutionnellement la politisation de la sphère spontanée face aux prétentions à la domination de la sphère professionnelle organisée. Dans les mouvements de protestation observés dans des systèmes fonctionnels variés, les potentiels pour une repolitisation, une re-régionalisation et une ré-individualisation des processus de formation des normes se renforcent et soumettent la sphère d'organisation au contrôle plus fort de la sphère spontanée<sup>1</sup>. Les mots-clés actuels sont : Brent Spar, Forum Social Mondial, Gorleben, mouvements *Animal-Rights* contre les universités,

---

1 Voir G. W. Anderson, « Corporate Constitutionalism », art. cité, et les références bibliographiques de la note 1 notamment.

les *companynamesucks*, Stuttgart 21, *WikiLeaks*, *Indignados*, *Occupy Wall Street*. Notons que ces mouvements de protestation de la société civile ne sont pas (seulement) dirigés contre l'État mais aussi intentionnellement contre les sphères professionnelles organisées de l'économie et d'autres systèmes fonctionnels<sup>1</sup>.

Pour que la sphère spontanée de l'économie se constitue, il faudrait une politisation renforcée des préférences « privées » des consommateurs. Si les préférences ne sont pas données une fois pour toutes, mais sont bien politisées grâce à l'activisme et aux campagnes de consommateurs, aux boycotts, à la critique des produits, à l'éco-étiquetage, à l'éco-investissement, aux litiges d'intérêt public et aux autres revendications en faveur d'un développement écologique durable, cela ne veut pas dire, par exemple, qu'il y ait une intervention politique externe dans l'économie autorégulatrice. Tout cela vise bien plutôt à changer sa propre constitution interne, puisqu'elle touche au domaine le plus sensible du circuit de paiement, à savoir la propension à payer des consommateurs et des investisseurs. Qu'en est-il de la légitimation politique de ces *ensemble politics* [politiques d'ensemble] d'un nouveau type<sup>2</sup>? La protection des droits fondamentaux par le droit constitutionnel économique soulève d'emblée des questions : comment la formation sociale autonome de préférences peut-elle être protégée étant donné les restrictions qu'imposent les intérêts des entreprises? Ce n'est pas pour rien si, ici, sous l'expression d'« effet horizontal » des droits fondamentaux, des développements du droit – dans les cas de la critique de la production, de la découverte de conditions de travail insalubres et de la protestation écologique contre la politique des entreprises dégradant l'environnement, du *wistle-blowing*, de l'irresponsabilité organisée dans les entreprises – ont précisément commencé à protéger les droits fondamentaux du citoyen économique face aux restrictions que cherchent toujours à imposer les entreprises. À l'ère

---

1 Ces contacts directs révèlent un nouveau caractère politique selon Robert O'Brien *et al.*, *Contesting Global Governance : Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 2.

2 Pour légitimer ces processus sociaux qui politisent les préférences des consommateurs en direction d'un développement écologique durable, des procédures élaborées de consultation publique ont été développées dans la pratique; voir, à ce sujet, Oren Perez, « Private Environmental Governance as Ensemble Regulation : A Critical Examination of Sustainable Business Indexes and the New Ensemble Politics », *Theoretical Inquiries in Law*, n° 12, 2011, p. 543-579.

du réseau global – dont les mots-clés sont, à nouveau, *companynamesucks* et *WikiLeaks* –, ces droits fondamentaux économiques gagnent encore en importance, et ils auront besoin d'une protection plus élevée du droit<sup>1</sup>. Et ces droits fondamentaux issus du droit constitutionnel économique ne devraient pas être orientés unilatéralement dans le but de rendre les marchés plus efficaces, comme le prévoient les concepts de défaillance du marché, d'asymétrie de l'information ou d'octroi de contrats incomplets<sup>2</sup>, mais en vue de satisfaire les critères de la compatibilité avec la société et l'environnement<sup>3</sup>.

#### LA SPHÈRE PROFESSIONNELLE ORGANISÉE

La sphère professionnelle organisée des sous-systèmes sociaux est le deuxième point de départ du constitutionnalisme sociétal. Ici les constitutions internes des organisations formelles doivent se réaliser de telle sorte qu'elles répondent au dilemme de la motivation et de la compétence. Le dilemme consiste en ce que certaines instances externes, notamment la sphère spontanée des autres systèmes fonctionnels, les tribunaux et la politique étatique, présentent bien une motivation élevée à l'idée d'une autolimitation des systèmes fonctionnels – comme on l'a décrit ci-dessus en détail – dans l'intérêt de leurs environnements, mais il leur manque le savoir, une compétence d'action et une force d'implémentation suffisante pour accomplir concrètement ces

- 
- 1 Sur l'effet horizontal des droits fondamentaux envers l'économie dans l'espace transnational en général, voir K.-H. Ladeur et L. Viellechner, « Die transnationale Expansion staatlicher Grerechte », art. cité. Sur la protection des droits fondamentaux sur Internet en particulier, V. Karavas, *Digitale Grundrechte, op. cit.*, et sur la critique de l'entreprise, Gunther Teubner et Vagios Karavas, « <<http://www.CompanyNameSucks.com>> Drittwirkung der Grerechte gegenüber 'Privaten' im autonomen Recht des Internet », in Wolfgang Hoffmann-Riem et Karl-Heinz Ladeur (dir.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 249-272.
  - 2 Dans le cadre du droit international privé, Giesela Rühl fournit des arguments à cette perspective étroite. Voir Giesela Rühl, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts : Transatlantic Convergence and Economic Efficiency », in Eckart Gottschalk *et al.* (dir.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 153-183, 177 *sqq.* ; voir aussi, Hans-Bernd Schäfer et Katrin Lantermann, « Choice of Law from an Economic Perspective », in Jürgen Basedow, Toshiyuko Kono (dir.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 87, p. 104.
  - 3 Le chapitre suivant, qui traite de l'effet horizontal des droits fondamentaux sur le plan transnational, apporte plus de précisions.

changements. Ces compétences sont, au contraire, très développées dans la sphère professionnelle organisée. Néanmoins, l'intérêt de conservation ne motive pas celle-ci à encourager une autolimitation. Dans cette situation, que Habermas a bien désignée comme la « nouvelle invisibilité », la seule éventualité qui reste est qu'un espace public politique « assiège » les organisations professionnelles<sup>1</sup>. En réaction à ça, la constitution interne de l'organisation formelle peut connaître des changements qui accroissent l'irritabilité des organisations envers les revendications de la sphère spontanée, des tribunaux et de la politique étatique.

Dans le domaine économique, cela signifie une « écologisation » de la constitution de l'entreprise, soit une prise en compte de l'environnement au sens le plus large possible. Le gouvernement de l'entreprise, qui a en vue aujourd'hui en priorité le rapport entre les entreprises et les marchés financiers, doit passer au stade du « constitutionnalisme de l'entreprise<sup>2</sup> ». On ne pense pas ainsi à une éthique managériale, on pense à une modification de la structure de l'entreprise, modification qu'imposent de l'extérieur les parlements, les gouvernements, les syndicats, les mouvements sociaux, les ONG, les professions et les médias et qui restreigne les tendances à la spéculation – nécessairement liées aux sociétés publiques par actions –, les impératifs de croissance excessifs et les dégradations de l'environnement<sup>3</sup>. Cette constitution de l'entreprise qui est orientée vers le développement exigerait que les intérêts environnementaux – de la nature, de la société, des êtres humains – soient pris

1 Jürgen Habermas, « Die Neue Unübersichtlichkeit : Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien », *Merkur*, n° 39, 1985, p. 1-14 ; trad. fr. « La crise de l'État-providence et l'épuisement des énergies utopiques », in Jürgen Habermas, *Écrits politiques*, trad. Ch. Bouchindhomme et R. Rochlitz, Paris, Champs Flammarion, 1990, p. 139-167.

2 Ce concept est utilisé par G. W. Anderson dans « Corporate Constitutionalism », art. cité et par L. C. Backer dans *Transnational Corporate Constitutionalism ?*, *op. cit.*

3 Ce rapport est explicitement établi par H. Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, p. 150 *sqq.*, p. 157 *sqq.* Il propose de normer tout à fait concrètement le droit des sociétés : « La société anonyme est un produit du XIX<sup>e</sup> siècle, nous devons la moderniser. Ma proposition est que son capital soit divisé dans des actions nominatives et dans des actions au porteur. Les premières auront une durée illimitée, mais ne seront pas échangées à la bourse et devront être vendues hors bourse au plus tôt trois ans après. En revanche, les actions au porteur auront une durée de 20 à 30 ans, puis seront à nouveau reprises au prix d'achat d'origine. Elles seront échangeables à la bourse... Cela réduirait nettement les spéculations, freinerait la maximisation absurde des bénéfices et empêcherait des crises nouvelles de l'économie et de la finance. » Hans Christoph Binswanger, « Die deutsche Wirtschaft wächst zu schnell », *Spiegel-Online*, 12.12.2010.

en compte dans la politique de l'entreprise, grâce à des implémentations internes et à des contrôles externes. Dans le domaine du travail, cela suppose de trouver des arrangements qui amènent à combiner, en raison des pressions externes issues de contre-pouvoirs – l'État, les syndicats ou les ONG –, des mécanismes de *monitoring*, vastes et transparents, et des « système de *management* » de telle sorte qu'ils combattent les causes des conditions insuffisantes de travail<sup>1</sup>.

À la suite de ces activités, la *corporate social responsibility* [responsabilité sociale de l'entreprise] n'est donc plus déterminée, en premier lieu, par la simple entreprise mais aussi par des groupes de citoyens. Une politique véritablement nouvelle apparaît. L'entreprise politiquement active devient de son côté l'objectif d'un agir politique<sup>2</sup>.

Comme on l'a déjà mentionné ci-dessus, dans la sphère d'organisation, des interventions directes de l'extérieur doivent être remplacées par des « pressions » agissant indirectement. Les *pressions d'apprentissage* sont décisives, c'est-à-dire des contraintes externes qui conduisent les organisations transnationales à adopter une position d'adaptation apprenante. Deux éléments doivent être présents pour rendre possible l'effet conjugué des pressions externes et des adaptations internes : une *modification des structures cognitives* et une *contrainte qui fait de celle-ci son but*. Dans le cas contraire, les revendications de la société et de la politique demeurent des impulsions extérieures sans effet. On note ici l'effet de la clôture réciproque des sous-systèmes. Elle exige, quant à elle, un genre spécial d'ouverture réciproque. « L'ouvert s'appuie sur le fermé<sup>3</sup> ». Un transfert immédiat de normes entre les sous-systèmes est peu prometteur ; à sa place, sont établies des pressions d'apprentissage, soit d'autres mécanismes de l'ouverture réciproque.

Force est de constater ici l'une des transformations les plus importantes de la structure du droit, qui s'accomplit lors du passage à la société mondiale. Luhmann a décrit ce changement de la manière suivante :

- 
- 1 Richard Locke, Fei Quin et Alberto Brause, « Does Monitoring Improve Labour Standards? Lessons from Nike », *Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 24 (John F. Kennedy School of Government, Harvard University)*, 2006, p. 1-47, ici : p. 3.
  - 2 Colin Crouch, *L'étrange survie du néolibéralisme*, *op. cit.*, p. 198. GT : (Kap. 6, Zwischenüberschrift : « Das gesellschaftspolitische Engagement von Unternehmen » 16. Absatz : « Der damit ausgeübte Druck auf Unternehmen, CSR nicht nur ... »)
  - 3 Edgar Morin, *La méthode : Tome 3. La connaissance de la connaissance*, Paris, Seuil, 1986, p. 206.

Au niveau de la société mondiale en train de se consolider, les normes (sous la forme de valeurs, de règles, de fins) ne contrôlent plus la présélection de ce qui est à connaître ; au contraire, le problème de l'adaptation apprenante acquiert un primat structurel, de telle sorte que les conditions structurelles de la capacité d'apprentissage de tous les sous-systèmes doivent être soutenues<sup>1</sup>.

Cela signifie que, dans le rapport entre les organisations d'entreprises et leurs *stakeholders* [parties prenantes], la communication ne se fait pas simplement grâce au médium du droit, avec des opérations juridiques qui transfèrent la validité des attentes normatives. Au lieu de cela, des processus d'apprentissage des codes juridiques internes aux entreprises sont déclenchés, presque contraints même, à travers des médias non-juridiques – à travers le savoir des experts, le pouvoir politique et le pouvoir social ainsi qu'à travers des incitations monétaires et des sanctions<sup>2</sup>. Le primat cognitif ne signifie pas du tout que les *corporate codes* perdent leur qualité de normes juridiques et qu'ils ne fonctionnent plus que comme des attentes cognitives. Seules les relations entre les codes et les attentes externes perdent leur caractère normatif en devenant des mécanismes cognitifs ; les codes, eux, demeurent des ordres normatifs.

En quoi consiste le premier élément des pressions d'apprentissage – l'apprentissage cognitif ? Les impulsions issues de la société et de la politique ne sont, pour les codes, que des *templates* [modèles], des modèles de comportement, des principes, des pratiques exemplaires, des recommandations. Ils déclenchent des processus d'apprentissage qui ne se déroulent pas, contrairement à ce qu'il en est des transferts de validité, à l'intérieur d'un ordre juridique autonome, mais qui franchissent les frontières des ordres autonomes, et dont la particularité consiste en ce que les ordres concernés ne fusionnent pas en un ordre juridique unique, en ayant des opérations juridiques communes, mais sont adaptés d'abord à leurs propres conditions, à travers des processus

1 Niklas Luhmann, « Die Weltgesellschaft », in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung Band 2 : Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen, 1975, p. 51-71, ici : p. 63.

2 Marc Amstutz et Vagios Karavas insistent sur les processus d'apprentissage impliqués ici en prenant l'exemple des initiatives européennes pour la responsabilité de l'entreprise dans « Weltrecht : Ein Derridasches Monster », in Graf-Peter Calliess *et al.* (dir.) *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für G. Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2009, p. 646-672, p. 655 *sqq.* ; en prenant l'exemple des régimes transnationaux, P. F. Kjaer, « The Metamorphosis of the Functional Synthesis », art. cité, p. 518.

cognitifs compliqués<sup>1</sup>. Leur séparation précisément rend possible une plus-value cognitive, qui est toujours produite si les signaux de perturbation franchissent les frontières des systèmes concernés et conduisent ceux-ci vers des innovations normatives.

L'effet particulier de l'apprentissage est que les instances externes créent des normes qui sont formulées comme des exigences à partir desquelles les entreprises peuvent déduire quelles sont les attentes sociales dont elles font l'objet sans avoir à les accepter point par point. Les demandes sociales et étatiques compensent la perspective limitée que proposent les codes privés et poussent les entreprises à s'orienter vers un ordre public transnational. Les instances étatiques donnent ici des impulsions pour un apprentissage constitutionnel, de même qu'elles placent les attentes normatives, les mouvements de protestation et les organisations de la société civile dans l'orientation écologique des entreprises.

En quoi consiste le second élément – la contrainte ? Les sanctions juridiques ne jouent pas un rôle décisif dans ce processus de pressions d'apprentissage. Ce ne sont pas les sanctions juridiques, en effet, qui sont responsables de ce que les entreprises considèrent les mouvements de protestation des ONG et la *soft law* étatique comme des impulsions qui leur apprennent à développer leurs codes pour des conditions particulières. Des mécanismes extérieurs au droit agissent à la place. En tout premier lieu, des processus de pouvoir interorganisationnels – pression unilatérale et échange politique – contraignent les entreprises à développer leurs *codes of conduct*. Le fait que cette pression extérieure soit une condition indispensable pour que les *corporate codes* produisent un effet quelconque ressort à nouveau ici aussi<sup>2</sup>. Compte tenu des expériences précédentes, les États-nations ainsi que les organisations internationales du monde des États ne pouvaient générer des ressources de pouvoir que jusqu'à un certain point. Jusqu'à présent, ce sont les pressions de pouvoir dues à des mouvements de protestation, à des ONG, à des syndicats,

1 Sean D. Murphy, « Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level », *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 43, 2005, p. 389-431.

2 K. Abbott et D. Snidal, dans « Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance : Overcoming the Orchestration Deficit » (art. cité, p. 506), résumant : « Ces normes sont “volontaires” au sens où elles ne sont pas exigées par la loi ; cependant, les entreprises les adoptent souvent à cause de la pression des ONG, des exigences des clients, des règles de l'association industrielle et d'autres forces qui les rendent obligatoires en pratique. »

à des organisations à but non lucratif, à des professions et à l'opinion publique qui se sont avérées très efficaces. Enfin, les sanctions économiques sont souvent déterminantes : la sensibilité des consommateurs, dont les entreprises dépendent du comportement d'achat, et les groupes d'investisseurs, dont le comportement en matière de placements fait qu'ils exercent une pression efficace sur les entreprises<sup>1</sup>. Il reste à voir si, après la crise financière, le monde des États assumera un rôle de guide effectif dans la pression externe sur les entreprises. Les nouvelles les plus récentes rendent plutôt sceptiques à cet égard.

Derrière la métaphore des « *voluntary codes* » [codes volontaires] se cache donc tout autre chose qu'un engagement volontaire. Les entreprises transnationales n'adoptent des codes ni parce qu'elles auraient examiné une demande de bien commun ni parce qu'elles seraient animées par le motif qu'il y va de l'éthique de l'entreprise. Elles ne se soumettent « volontairement » aux codes que lorsque des pressions d'apprentissage massives sont exercées de l'extérieur. Le processus d'apprentissage ne se déroule pas, dans le système juridique, des normes étatiques jusqu'aux codes via un transfert de validité mais emprunte uniquement des voies détournées à partir d'autres systèmes fonctionnels.

Il ne convient pas de décrire ce processus comme si les sanctions juridiques étaient remplacées par des sanctions sociales. Car on dissimulerait les conséquences décisives des pressions d'apprentissage qui empruntent des détours. Dans les processus compliqués de « traduction », des frontières systémiques sont franchies et un cycle de perturbation apparaît entre les actes de droit, les pressions des pouvoirs politique et social, les opérations de connaissance des communautés épistémiques et des sanctions économiques<sup>2</sup>. Les contenus normatifs initiaux sont radicalement modifiés, lorsqu'ils sont « traduits » dans la langue du savoir des experts qui développe des modèles et organise la surveillance,

---

1 Jennifer Howard-Grenville, Jennifer Nash et Cary Coglianese offrent une analyse détaillée du rapport entre la pression externe et la structure interne de l'entreprise dans, « Constructing the License to Operate : Internal Factors and Their Influence on Corporate Environmental Decisions », *Law and Policy*, n° 30, 2008, p. 73-107.

2 Dans un cas d'étude empirique du Conseil pour la bonne gestion des mers [Marine Stewardship Council], Jaye Ellis considère ces processus de traduction entre différents médias de communication comme étant la condition de réussite du constitutionnalisme de l'entreprise dans « Sustainable Development and Fragmentation in International Society », in Duncan French (dir.), *Environmental Justice and Sustainable Development*, Leiden, Nijhoff, 2010.

lorsqu'ils sont « traduits » dans le pouvoir interorganisationnel des négociations politiques qui ont lieu entre les organisations internationales, les ONG et les entreprises transnationales, lorsqu'ils sont « traduits » dans le pouvoir des mécanismes de réputation de l'espace public et dans le pouvoir des incitations et sanctions monétaires – enfin, lorsqu'ils sont « traduits » dans la langue juridique de la *hard law* des codes internes des entreprises. Ce type de lien indirect entre des normes externes et des normes internes montre clairement qu'une auto-constitutionnalisation des entreprises n'a pas lieu en raison de motifs propres à l'engagement volontaire, pas plus qu'à cause des mécanismes de sanction du droit mais seulement en raison de pressions d'apprentissage, externes et détournées.

#### LA SPHÈRE AUTORÉGULATRICE DU MÉDIUM COMMUNICATIONNEL

Aux côtés de la sphère spontanée et de la sphère professionnelle organisée des systèmes fonctionnels, on trouve la troisième arène constitutionnelle dans les centres de décision des systèmes fonctionnels qui sont responsables de l'autorégulation des médias de communication – pouvoir, argent, droit, vérité. Ici aussi, la tâche de la constitutionnalisation est de normer les instances, compétences et comportements de la réflexion interne. Son objectif est de toucher, en son centre, la constitution particulière des systèmes fonctionnels.

Pour illustrer ce point, on peut emprunter un exemple à l'économie globale – la réforme monétaire qui vise à introduire une « monnaie pleine », telle qu'elle a été proposée ces dernières années pour lutter contre les excès de l'économie financière globale. Pour réagir à la crise financière, divers types de régulation ont fait l'objet de discussions : suppression des bonus des banquiers, taxe Tobin, contrôles de qualité des produits financiers, dotations plus grandes en capital propre aux banques, surveillance étatique renforcée aux niveaux national et international sur les banques, en particulier sur les fonds spéculatifs, contrôles renforcés de la circulation des capitaux et des opérations boursières, amélioration des règles de bilan et d'évaluation des risques<sup>1</sup>. Ces régulations sont typiquement issues d'une analyse de facteurs qui isole des causes individuelles et qui, en les additionnant, les rend responsables de la crise. La régulation doit fixer des facteurs contraires à cet enchaînement causal

1 Voir, par exemple, « Der Erreger lebt weiter », *Der Spiegel*, le 14.09.2009, p. 108 *sqq.*

pour empêcher que la crise ne se reproduise. On ne discutera pas ici des chances de réussite de chacune de ces régulations, mais prises ensemble, notons qu'elles ont un problème : « *Fatta la legge trovato l'inganno* » ; la loi est à peine édictée que des stratégies sont déjà inventées pour la contourner. Le talon d'Achille de ces régulations est que des règles de l'État-nation ou des règles internationales sont toujours effectivement contournées et que, face aux énergies énormes de contournement, des régulations *ex-ante* ne sont pas possibles<sup>1</sup>.

Des analyses plus approfondies comprennent les facteurs de l'analyse factorielle comme des conditions déclenchantes que l'on peut remplacer et essaient de découvrir la dynamique même qui leur est sous-jacente. Un changement de la 'constitution intérieure' de l'économie financière globale devrait apprivoiser la dynamique qui entraîne des stratégies de contournement toujours nouvelles. On trouve un exemple instructif d'une analyse de ce type dans la réforme – déjà mentionnée – en faveur d'une monnaie pleine, soutenue aujourd'hui par des économistes et des chercheurs en sciences sociales<sup>2</sup>. En Grande Bretagne, en Suisse et en Allemagne, des initiatives politiques ont vu le jour, qui ont proposé des idées pour une constitution de la finance dans l'espace public<sup>3</sup>.

Le cas de la monnaie pleine met le mécanisme de l'argent au centre de la constitution de l'économie. La création de la monnaie n'est plus aujourd'hui le monopole des banques centrales qui créent de l'argent avec du papier-monnaie non lié à l'étalon or. L'extension massive de

- 
- 1 Une discussion approfondie dans W. Streeck, *Re-Forming Capitalism*, *op. cit.*, p. 236 *sqq.*
  - 2 Initialement proposée par Irving Fisher, *100 % Money*, Londres, Pickering & Chatto, [1935] 1997 ; aujourd'hui de manière déterminante, Hans Christoph Binswanger, *Die Wachstumsspirale : Geld, Energie und Imagination in der Dynamik des Marktprozesses*, Marburg, Metropolis, 2006 ; Joseph Huber et James Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand : Weg zu einer gerechten Geldordnung im Informationszeitalter*, Kiel, Gauke, 2008. Voir aussi Helmut Creutz, « Vollgeld und Grundeinkommen », *Zeitschrift für Sozialökonomie*, n° 133, 2002, p. 14-19 ; Stephen A. Zarlenga, *The Lost Science of Money*, New York, Valatie, American Monetary Institute, 2002 ; James Robertson, *National and International Financial Architecture : Two Proposals, Inquiry into the Banking Crisis. Evidence Submitted to the House of Commons Select Committee on the Treasury*, 2009 <<http://www.goldseiten.de/content/kolumnen/artikel.php?storyid=123602009>> ; voir aussi Bernd Senf, *Bankgeheimnis Geldschöpfung*, 2009, <<http://www.monetative.de/wpcontent/uploads/bernd-senfbankgeheimnis-geldschopfung-apr-09.pdf>>.
  - 3 Grande-Bretagne : « Positive Money » <<http://www.positivemoney.org.uk/draft-legislation/>> ; Suisse : « Monetative » <<http://www.monetative.ch>> ; Allemagne : « Monetative » <<http://www.monetative.de>>.

monnaie scripturale dans les comptes courants, la propagation de transactions par virement, la marche victorieuse des nouvelles technologies de communication et – avec une violence toute particulière – la globalisation de l’argent et de la circulation de capitaux ont ôté, aux banques centrales nationales, le monopole de la création monétaire<sup>1</sup>. Aujourd’hui, et en partie à cause de ces évolutions, c’est *de facto* la capacité d’émettre de la monnaie des banques d’affaires, qui agissent à l’échelle globale, qui augmente. Et, en principe, elles émettent de la monnaie indépendamment des banques centrales, même si la monnaie scripturale n’est décrite, par euphémisme, que comme un substitut monétaire. En Europe, le rapport entre la monnaie scripturale et le papier-monnaie est de 80/20, en Grande Bretagne, le billet de banque dispose même de plus de 92 % de la masse monétaire. La Bundesbank signale sur son site Internet qu’« aujourd’hui, la source majeure de création monétaire est l’octroi de crédit par les banques d’affaires (création monétaire active) : un avoir (dépôt à vue) est accordé à l’emprunteur à hauteur du crédit pris, ce qui explique que la masse monétaire économique d’ensemble augmente immédiatement<sup>2</sup>. » C’est une création *ex nihilo*. Car les crédits, que les banques d’affaires attribuent à travers la monnaie scripturale, ne sont point couverts par les dépôts d’épargne existants dans les banques, mais peuvent être attribués presque librement une fois qu’elles ont effectué le calcul discrétionnaire des risques. Les banques centrales publiques ne peuvent contrôler qu’indirectement cette création monétaire privée, notamment en élevant ou en abaissant les taux directeurs.

Cette création monétaire massive des banques privées est considérée responsable, à présent, du caractère excessif que prennent actuellement les impératifs de croissance dans le secteur financier global. En effet, elle sert précisément, à travers le préfinancement, à forcer la croissance de l’économie réelle dans une proportion qui est socialement dommageable. En même temps, la création monétaire privée est instrumentalisée en vue d’augmenter, d’une manière inédite, la spéculation financière autoréférentielle.

1 En développant ainsi les idées de Joseph A. Schumpeter (*Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1926, p. 153) : Augusto Graziani, *The Monetary Theory of Production*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 82.

2 <[http://www.beesbank.de/bildung/bildung\\_glossar\\_g.php](http://www.beesbank.de/bildung/bildung_glossar_g.php)>.

Les banques agissent aussi comme tout autre participant économique, à savoir de manière procyclique et selon leur intérêt propre, sans se représenter l'ensemble de l'économie et sans avoir aucune responsabilité politique et sociale. En conséquence, la création de la monnaie par les banques se déroule de manière excessivement procyclique. Cela donne lieu en partie à des exagérations extrêmes des cycles conjoncturels et boursiers :

- dans les hauts et les bas de l'offre monétaire excédentaire et dans l'inflation des prix qui en résulte ainsi que, de plus en plus, dans l'inflation des cours du marché financier (bulles de spéculation, inflation du prix des actifs),
- dans les phases de crises plus ou moins profondes – à la suite de la capitalisation boursière et des actifs qui implosent et des défauts de paiement –, avec la pénurie d'argent et l'assèchement de l'économie. Les établissements financiers mêmes sont tout aussi exposés à cela que l'État, l'économie et la société<sup>1</sup>.

Mais le clou de la théorie maintenant est que l'alternative ne peut pas consister à présenter une croissance nulle, mais plutôt à limiter les excès de l'impératif de croissance. Car « stabilité et croissance nulle ne sont pas possibles dans le système monétaire qui existe aujourd'hui<sup>2</sup> ». La création monétaire contraint à accroître les bénéfices à travers la création de valeurs – et l'augmentation des bénéfices, de son côté, contraint à créer de la monnaie et des valeurs. Une spirale de croissance se forme ainsi nécessairement. L'alternative consisterait dans une contraction de l'activité économique, ce qui n'est pas compatible à long terme avec le système économique actuel fondé sur l'argent. Une économie monétaire qui fonctionne dépend d'un impératif de croissance. Cependant, l'attention ne se porte donc pas centralement sur l'impératif de croissance en tant que tel, mais sur la différence qui existe entre *la croissance nécessaire et les excès de croissance autodestructifs*, qui déclenchent des évolutions négatives<sup>3</sup>.

Quels sont les mécanismes responsables de ce que l'autoreproduction d'un système social se transforme, à travers la récursivité d'opérations systémiques spécifiques, en cet impératif communicationnel de répétition et de croissance qui entraîne des conséquences autodestructives ?

1 Joseph Huber, *Geldordnung II : Reform der Geldschöpfung. Vollgeld-Konzept und Seigniorage Reform*, 2009, <<http://www.soziologie.uni-halle.de/huber/docs/geldordnung-ii-reform-der-geldschopfungdurch-vollgeld-mai-09.pdf>>.

2 H. Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, *op. cit.*, p. 21.

3 *Ibid.* p. 11 *sqq.* où l'auteur distingue un impératif de croissance nécessaire et une pression de croissance causant des dommages sociaux.

Dans notre exemple, le mécanisme serait la monnaie scripturale, créée *ex nihilo* par les banques d'affaires, parce que les opérations de paiement s'enchaînent entre elles au point de déclencher un impératif de croissance excessif pour l'économie financière et l'économie réelle. Les attentes de bénéfices croissantes, qui sont issues de la création monétaire supplémentaire effectuée par les banques d'affaires via l'octroi de crédits aménagés, accentuent l'impératif de croissance qui augmente, à son tour, les perspectives de profit de l'économie financière, et déclenche ainsi une dynamique qui ne saurait être perçue comme un cycle économique stationnaire mais comme une spirale de croissance qui va en s'accéléralant. En parallèle à ça, on enregistre, dans la dynamique d'augmentation de la masse monétaire, des crédits bancaires, qui ne servent pas à financer des investissements productifs, mais à acheter des actifs spéculatifs. Or, si les taux d'intérêt pour les crédits bancaires excèdent l'augmentation attendue des actifs, il s'ensuit un effondrement de la spéculation et la crise financière se transforme en une crise économique. Cela met en évidence le fait que les deux impératifs communicationnels de croissance peuvent avoir lieu tout à fait indépendamment de comportements individuels, cupides et dépendants, et que même des individus résistants à la dépendance doivent largement suivre ces impératifs sous peine d'être exclus du jeu. Mais, dans le même temps, des individus ayant certaines dispositions psychiques sont attirés par ce jeu, de telle manière que les dépendances individuelles et sociales peuvent mutuellement se renforcer.

Selon des économistes d'orientation écologique, on trouverait un antidote éprouvé dans une réforme monétaire qui établisse une monnaie pleine. Ils considèrent que la monnaie scripturale est une drogue addictive qu'il faut retirer aux banques d'affaires – ce qui suppose une cure de désintoxication efficace. D'après eux, il devrait être interdit aux banques d'affaires d'émettre de l'argent nouveau à travers le crédit courant. On les limiterait à accorder des prêts sur la base de l'argent déjà existant. La création monétaire dépendrait exclusivement des banques centrales nationales et internationales.

La mesure la plus importante, à long terme, pour prévenir les excès de la spéculation des marchés financiers, portant préjudice au bien commun, consiste à mettre fin à la création monétaire multiple des banques d'affaires, pour faire cesser l'expansion procycliquement excédentaire et la contraction

de l'offre monétaire, et la remplacer par une politique de masse monétaire qui soit stabilisée et orientée vers l'économie réelle<sup>1</sup>.

La réforme visant à établir une monnaie pleine a pour but de :

1. laisser exclusivement les banques centrales émettre la monnaie, aussi bien l'argent liquide que les avoirs,
2. mettre en circulation cet argent exempt de dettes (sans intérêts ni exonération) par des dépenses publiques,
3. mettre un terme à la création de la monnaie scripturale par les banques commerciales<sup>2</sup>.

Pour opérer cette réforme radicale, on a besoin d'une modification simple mais fondamentale du droit des banques centrales aux niveaux national, européen et international. Dans le cas de la Banque centrale européenne, il faudrait changer l'article 16 qui définit son statut de la sorte (voir les mots en italique ci-dessous) :

La BCE a le droit exclusif d'autoriser l'émission de moyens légaux de paiement à l'intérieur de la Communauté [européenne]. Les moyens légaux de paiement comprennent les pièces de monnaie, les billets de banque *et les dépôts à vue*. La BCE et les banques centrales nationales peuvent émettre ces moyens de paiement. Les pièces de monnaie, les billets de banque et les *dépôts à vue* émis par la BCE et les banques centrales nationales sont les seuls moyens de paiement qui ont, à l'intérieur de la communauté, le statut de moyens légaux de paiement<sup>3</sup>.

En Suisse, on a proposé récemment une modification de la constitution qui détaille de nombreuses dispositions<sup>4</sup> :

I. Texte constitutionnel

Constitution monétaire et des marchés financiers

Article 99 a Ordre monétaire

1. La monnaie relève de la compétence de la Confédération ; celle-ci est la seule à avoir le droit d'émettre des moyens légaux de paiement. Les moyens

1 J. Huber, *Geldordnung II*, op. cit. ; Joseph Huber, *Monetäre Modernisierung : Zur Zukunft der Geldordnung*, Marburg, Metropolis, 2010.

2 J. Huber, *Geldordnung II*, op. cit. ; I. Fischer, *100 % Money*, op. cit. ; H. Binswanger, *Vorwärts zur Mäßigung*, op. cit., p. 139 sqq.

3 J. Huber et J. Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand*, op. cit., p. 24.

4 Philippe Mastronardi, *Monetäre Modernisierung : Plattform für eine neue Geld- und Finanzmarktverfassung*, 2011, <[http://www.monetative.ch/Veranstaltung\\_Mai\\_13.html](http://www.monetative.ch/Veranstaltung_Mai_13.html)>.

légaux de paiement sont les pièces de monnaie, les billets de banque et la monnaie scripturale.

2. La création et l'utilisation d'autres moyens de paiement à des fins particulières requièrent une autorisation de la Confédération.

#### Article 99 b Banque nationale

1. La Banque nationale suisse est un établissement de droit public. En sa qualité de banque centrale indépendante, la Banque nationale suisse mène une politique monétaire et une politique de crédit servant les intérêts généraux du pays; elle n'est liée qu'à la loi pour la réalisation de ces compétences.
2. La loi transmet à la Banque nationale suisse la fonction de garantir la masse monétaire nécessaire à l'économie générale. La loi attribue l'octroi de crédit et l'exécution des opérations financières privées et publiques à des prestataires de services financiers. La Banque nationale suisse peut délivrer un mandat de prestations aux prestataires de services financiers.
3. La Banque nationale suisse contrôle la masse monétaire en prenant en considération le volume de crédits nécessaire. Elle distribue l'argent nouvellement émis, exempt de dettes et sans intérêts, à la Confédération, aux cantons et aux contribuables de même qu'à titre de prêt producteur d'intérêts à des prestataires de services financiers. La loi fixe les critères.
4. La Banque nationale suisse fixe les délais minimums d'investissement pour les investissements financiers ouverts au public et pour les investissements interbancaires.
5. La Banque nationale suisse constitue, à partir de ses revenus, des réserves monétaires suffisantes.
6. Les deux tiers au moins du bénéfice net de la Banque nationale suisse va aux cantons.

En définitive, compte tenu de l'existence de marchés financiers mondiaux, une réforme en faveur d'une monnaie pleine requiert aussi des solutions constitutionnelles globales. Mais, même les protagonistes qui ont eu l'idée de cette réforme pensent qu'une solution globale unique a peu de chance d'aboutir, étant donné la résistance probable des États dirigeants. Il leur paraît néanmoins tout à fait concevable, voire réaliste que des voies nationales isolées soient menées ou mieux, que des coopérations entre quelques États-nations soient entreprises, impliquant, chaque fois, des États relativement forts qui disposent d'un gouvernement stable, d'une économie forte et d'une monnaie stable et convertible<sup>1</sup>. Des solutions régionales venues de blocs économiques qui iraient dans cette direction peuvent surtout être attendues dans la zone euro, mais peu aux États-Unis ou au Japon.

<sup>1</sup> J. Huber et J. Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand*, p. 61 sqq.

La réforme visant à établir une monnaie pleine participe donc à deux impulsions constitutionnelles contraires des marchés mondiaux : on peut les définir, en suivant à nouveau les idées de Polanyi, comme le « double mouvement » d'un constitutionnalisme transnational. Ce mouvement soutient d'abord l'expansion des sous-systèmes avec des normes constitutionnelles, puis il cherche à les inhiber avec des normes limitatives<sup>1</sup>. Dans le cadre aussi du développement du droit constitutionnel financier, l'expansion d'orientations purement économiques déclenche, dans le monde entier, des contre-mouvements qui cherchent à reconstruire le « bouclier de protection des institutions spécifiques de la culture ».

La théorie du constitutionnalisme sociétal, on l'a déjà dit, a montré comment des *collegial institutions* [institutions collégiales], présentes dans divers domaines de la société et cultivant à chaque fois leur propre logique d'action, représentent des instances sociales appropriées pour juger et décider de telles autolimitations, et il demande leur institutionnalisation au niveau constitutionnel<sup>2</sup>. Des *collegial institutions* sont des instances de réflexion qui servent à l'auto-identification sociale, d'une part, parce qu'elles permettent de définir quelles sont la rationalité et la normativité propres à chaque secteur de la société et, d'autre part, parce qu'elles s'efforcent de rendre celui-ci compatible avec les environnements internes et externes de la société. Les *collegial institutions* fonctionnent comme des sortes de *think tanks* pour la constitution concernée, laquelle doit être comprise à son tour comme régulant les relations système-environnement du système social.

La réforme en faveur d'une monnaie pleine déplacerait le poids de ces *collegial institutions* des banques d'affaires vers les banques centrales. Elle devrait valoir ainsi comme une autolimitation radicale des impératifs d'expansion du circuit économique de paiement. Le projet de modification de la Constitution suisse décrit de la manière suivante les conséquences qui s'ensuivent pour les banques d'affaires :

Les banques d'affaire ne peuvent plus émettre de monnaie scripturale. Pour chaque crédit qu'elles accordent, elles doivent débiter l'un des comptes courants qui leur appartient. Elles sont ainsi mises sur le même pied d'égalité que toutes les autres entreprises : les emprunts sont des dépenses qui doivent

1 K. Polanyi, *La Grande Transformation*, *op. cit.*, p. 305 *sqq.*

2 D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, *op. cit.*

être couvertes par un avoir en argent. De cette façon, les banques peuvent seulement générer un volume de crédit à partir de l'argent qu'elles trouvent à leur disposition dans l'épargne, qu'elles ont elles-mêmes perçu, prêté à d'autres banques ou, en tous les cas, obtenu de la Banque nationale suisse sous la forme d'un prêt à intérêts<sup>1</sup>.

Les défenseurs de la réforme instaurant une monnaie pleine la présente comme une cure de désintoxication face à la dépendance excessive générée par le secteur de crédit. Trois effets limitant cette expansion sont mis en avant :

1. On limite l'expansionnisme des banques privées, en leur interdisant une création monétaire *ex nihilo*. Des répercussions sont à escompter dans le sens d'un infléchissement de l'emploi spéculatif des crédits sur compte courant.
2. On limite l'expansionnisme des marchés financiers mondiaux dans son rapport à l'économie réelle, en faisant en sorte que dorénavant ce ne soient plus les banques privées, mais seulement les banques centrales qui définissent ce rapport. Le couplage entre l'économie financière et l'économie réelle ne dépend plus ainsi du profit recherché par les banques d'affaires, il dépend désormais des réflexions politiques de la Banque centrale sur l'économie générale.
3. On limite l'expansionnisme de l'économie financière et de l'économie réelle par rapport aux autres secteurs de la société et par rapport à l'environnement naturel, en mettant un terme aux impératifs de croissance élevés dus aux crédits sur compte courant. « Il ne s'agit pas ainsi de renoncer à la croissance mais de diminuer l'impératif et la pression exponentiels pour la croissance<sup>2</sup> ». L'aspect le plus important de cette autolimitation, qui est contrainte de l'extérieur, est le fait qu'une création monétaire, conçue avec soin, dans ses effets sociaux et écologiques, par les banques centrales, parvienne à bloquer l'impératif d'expansion socialement dommageable que déclenche la création monétaire des banques privées telles des lettres de change non garanties pour l'avenir.

1 P. Mastronardi, *Monetäre Modernisierung op. cit.* p. 15.

2 H. Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung, op. cit.*, p. 12.

### LES PROCESSUS CONSTITUTIONNELS : UNE DOUBLE RÉFLEXIVITÉ

Ainsi, l'idée selon laquelle le constitutionnalisme transnational s'étend largement au-delà d'une simple juridicisation des domaines sociaux et exerce des fonctions constitutionnelles grâce à des règles constitutives, et surtout limitatives, semble assez plausible. Il est clair également que, dans chaque système social, on peut identifier des arènes constitutionnelles qui correspondent à la différenciation interne du système politique en une sphère publique et en une sphère professionnelle organisée, laquelle, à son tour, se subdivise en institutions centralisées et décentralisées. La question qui se pose alors, à ce stade de l'analyse, est celle de savoir si l'on peut également identifier, dans les constitutions sectorielles transnationales, des processus constitutionnels et des structures constitutionnelles authentiques. Dans ce qui suit, on va à nouveau se pencher sur le cas de la monnaie pleine : l'étude de cet exemple va permettre de voir si – et le cas échéant dans quelle mesure – ces normes appliquées de manière interne à l'économie sont, à la fois, des régulations des événements économiques et des processus et structures constitutionnels en un sens fort et pas simplement métaphorique.

#### LA RÉFLEXIVITÉ DU SYSTÈME SOCIAL

N'en déplaise aux juristes, le droit n'a pas le premier rôle dans toutes les constitutions, que ce soient les constitutions étatiques ou les constitutions sociales. Ce qui vient en premier dans la constitutionnalisation, on l'a vu, est toujours d'abord l'autofondation du médium communicationnel d'un système social, à savoir de la politique, de l'économie, des médias ou de la santé<sup>1</sup>. Dans ces processus, le droit joue un rôle indispensable

1 Le rapport entre la constitutionnalisation et l'autofondation des systèmes sociaux est particulièrement clair dans les analyses sociologiques des constitutions, voir R. Prandini, « Morphogenesis of Constitutionalism », art. cité, p. 316 *sqq.*, Ch. Thornhill, « Towards a Historical Sociology », art. cité, p. 169 *sqq.* Il faut voir ici aussi un lien avec les théories du constitutionnalisme transnational qui, en s'opposant à la forme juridique, insistent sur le caractère politique des constitutions, sur la formation d'un *mindset* [esprit] constitutionnel dans le langage normatif propre à la politique ; voir en particulier Martti Koskenniemi, « Constitutionalism as Mindset : Reflections on Kantian Themes about International

mais à titre auxiliaire. Un concept rigoureux de constitution qui puisse valoir pour un constitutionnalisme sociétal mondial doit tenir compte du fait que les constitutions sont, en premier lieu, des processus sociaux et seulement, en second lieu, des processus juridiques. En des termes bien choisis, Thornhill propose donc

[...] de considérer tout l'appareil objectif et conceptuel du constitutionnalisme (y compris les droits fondamentaux, les textes normatifs et même les cours constitutionnelles) comme un ensemble d'institutions que le pouvoir politique a lui-même généré – comme les conditions nécessairement autogénérées de l'autonomie positive et différenciée du pouvoir<sup>1</sup>.

Si l'on transfère cela aux autres constitutions sociétales, il est clair qu'une constitution sert, en premier lieu, à l'autofondation médiale d'un système social. La politique, l'économie, la science, les médias de masse produisent leur autonomie en formalisant (entre autres) leur propre médium de communication<sup>2</sup>. Les processus constitutionnels sont un cas de la « double clôture », dans le sens de Heinz von Foerster<sup>3</sup>. Les systèmes sociaux ne développent pas seulement une clôture de premier ordre en reliant entre elles leurs opérations autoproduites et en les démarquant ainsi de l'environnement. Ils développent une clôture de second ordre en appliquant leurs opérations sur leurs opérations de manière réflexive.

La science ne gagne ainsi son autonomie que lorsqu'elle réussit à élaborer, au moyen des opérations de connaissance qu'oriente le code de vérité, un second niveau de connaissances : celui-ci permet de tester la valeur de vérité des opérations de connaissance du premier ordre grâce à des opérations de méthode et des opérations d'une théorie de la connaissance. La politique devient également un système de décision autonome et collectivement contraignant lorsqu'elle dirige les processus de pouvoir à l'aide de processus de pouvoir et lorsqu'elle met en place une double clôture des processus de pouvoir, en définissant une procédure électorale, des modes d'organisation, des compétences, la séparation des pouvoirs

---

Law and Globalization », *Theoretical Inquiries in Law*, n° 8, 2007, p. 9-36, J. Klabbers, « Setting the Scene », art. cité, p. 30.

- 1 Chris Thornhill, « Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions », *Journal of Classical Sociology*, n° 10, 2010, p. 1-23, ici : p. 18.
- 2 R. Prandini, « Morphogenesis of Constitutionalism », art. cité, p. 310.
- 3 Heinz von Foerster, *Observing Systems*, Seaside, Cal., Intersystems Publications, 1981, p. 304 *sqq.*

et les droits de l'homme. L'économie, quant à elle, devient autonome lorsque, dans le circuit monétaire, des opérations de paiement ne sont pas établies seulement en vue des transactions mais aussi pour contrôler la masse monétaire elle-même<sup>1</sup>. Lorsque les sous-systèmes définissent, par cette double clôture, leurs limites vis-à-vis de l'extérieur et leur identité vis-à-vis de l'intérieur, ils deviennent autonomes au sens strict. Cette réflexivité processuelle dans le processus même de constitution de chaque système fonctionnel génère, pour chacun d'eux, la « forme, grâce à laquelle le médium gagne en distinction et en autonomie<sup>2</sup> ».

Il convient de souligner que la réflexivité médiale des opérations, ainsi que toutes les réflexions cognitives et normatives corrélées portant sur la formation d'une identité compatible avec la société<sup>3</sup>, ne produisent pas encore des constitutions au sens technique. Elles permettent seulement d'abord l'autofondation des systèmes sociaux, pas encore leur constitutionnalisation. L'épistémologie, le contrôle du pouvoir, la régulation de la masse monétaire ne donnent pas forme en tant que telles à des constitutions sociales, mais seulement à des opérations réflexives de leur système correspondant. La fondation de l'autonomie médiale n'équivaut pas à sa constitutionnalisation<sup>4</sup>. On ne devrait donc parler de constitution au sens strict que lorsque la réflexivité systémique sectorielle d'un système social, que ce soit la politique, l'économie ou un autre secteur, est soutenue par le droit, plus précisément : par la réflexivité du droit. Les constitutions n'apparaissent que lorsque des phénomènes de double réflexivité émergent – la réflexivité du système social qui se fonde lui-même et la réflexivité du droit soutenant cette autofondation<sup>5</sup>.

1 Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1990, p. 289 sqq. ; Niklas, Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 2000, p. 64 ; N. Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 117 sq., p. 144 sqq., p. 209.

2 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 373.

3 La réflexivité ne peut donc être réduite ni à l'application d'opérations à des opérations, ni au processus de connaissance de l'identité sociale ; elle doit être comprise comme une réflexivité médiale, c'est-à-dire comme l'auto-application d'un médium communicationnel qui est accompagnée par une réflexivité à la fois cognitive et normative.

4 Dans le chapitre précédent, nous avons déjà donné une définition provisoire du couple conceptuel fondation / constitutionnalisation pour montrer que la transposition de la subjectivité constitutionnelle, des États aux régimes, est vraisemblable. Il s'agit maintenant de mettre en évidence la particularité des deux processus.

5 Sur la « double réflexivité » des constitutions déjà, A. Fischer-Lescano et G. Teubner, *Regime-Kollisionen*, op. cit., p. 53 sqq. ; Gunther Teubner, « Codes of Conduct multinational Unternehmen : Unternehmensverfassung jenseits des Corporate Governance und

## LA RÉFLEXIVITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE

Une constitution présuppose au sens strict qu'un couplage structurel s'établisse entre les mécanismes réflexifs du droit, c'est-à-dire entre les normations juridiques secondaires, où des normes s'appliquent à des normes, et les mécanismes réflexifs du secteur de la société correspondant. Cette définition a le même point de départ que le concept luhmannien de constitution selon lequel, pour la constitution étatique, il y va d'un couplage structurel entre la politique et le droit<sup>1</sup>. Mais le couplage structurel n'est, selon nous, qu'une condition nécessaire mais pas suffisante pour définir une constitution : en effet, toute une série de phénomènes politico-juridiques, tels que la législation ou les décisions de justice sur des conflits politiques, sont de leur côté aussi des couplages structurels de la politique et du droit. Pour comprendre les phénomènes constitutionnels de manière exacte, on devra saisir la relation de couplage, d'un côté en un sens plus spécifique, de l'autre en sens plus général. En un sens plus spécifique – tous les couplages de la politique et du droit ne produisent pas d'emblée des qualités constitutionnelles (par exemple, les normes de régulation qui cherchent à atteindre des buts politiques avec des normes juridiques), seul le fait le couplage de la réflexivité médiale dans les deux systèmes. En un sens plus général – une constitution ne se forme pas seulement dans le système politique, comme le pense Luhmann, mais

---

Mitbestimmung », in Armin Höland *et al.* (dir.), *Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt : Liber Amicorum Manfred Weiss*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2005, p. 109-117, p. 112 *sq.* Le concept de double réflexivité est également repris par Kjaer dans sa définition d'une constitution transnationale de l'économie, dans « Metamorphosis of the Functional Synthesis », p. 532, de même que par M.-S. Kuo dans « Between Fragmentation and Unity », art. cité, p. 465 *sqq.* De la même façon, K. Tuori dans « The Many Constitutions of Europe » (art. cité, p. 8) définit les constitutions sociétales par une relation entre le droit et le secteur social concerné. Toutefois, sa définition de la constitutionnalisation s'avère trop vaste et trop proche de toute sorte de juridicisation, puisqu'il définit cette relation comme une « interaction avec ses objets de régulation » et qu'il renonce à faire de la double réflexivité un trait caractéristique de la définition. En outre, sa tentative pour saisir la particularité des constitutions comme « un droit élevé se rapportant à un champ d'action extra-juridique distinct » (p. 24) rate le trait caractéristique important de la réflexivité médiale dans le secteur social constitutionnalisé. Ainsi, il se prive en même temps de la possibilité de définir les constitutions sociales à partir de leur médium respectif. Il pense en conséquence les constitutions seulement en des termes de constitution et de limitation du pouvoir, et il manque leurs rôles constitutif et limitatif par rapport à d'autres médias de communication (l'argent, la vérité, etc.).

1 N. Luhmann, « Verfassung als evolutionäre Errungenschaft », art. cité.

dans tout système social dont les mécanismes réflexifs sont soutenus par des normes juridiques secondaires.

Pour caractériser le concept de constitution, on devra, en outre, supposer une certaine densité et une certaine durée des couplages structurels, afin de distinguer entre les phénomènes constitutionnels et les couplages lâches et occasionnels qui ont lieu entre le droit et la sphère sociale. De cette manière, la dynamique de développement propre aux constitutions apparaît comme une coévolution institutionnalisée des deux systèmes sociaux concernés. Pour distinguer les constitutions d'autres cas de couplage structurel, nous recommandons donc de choisir, pour elles, le concept plus exigeant d'« institution de liaison » [*Bindungsinstitution*] entre le droit et la sphère sociale<sup>1</sup>.

Dans chaque constitution, des normes juridiques secondaires sont donc nécessaires<sup>2</sup>. Les normations juridiques primaires d'une sphère sociale provoquent la juridicisation de celle-ci, mais non sa constitutionnalisation. En effet, aucune constitution sociale ne serait justifiée s'il n'existait que des normes primaires pour réguler le comportement<sup>3</sup>. De la même manière, on n'aurait affaire qu'à une simple juridicisation si l'on avait uniquement des normes visant à résoudre les conflits ou de normes de régulation visant à réaliser des buts politiques. La situation devient critique seulement lorsque des normations de normations, c'est-à-dire des normes secondaires, prescrivent comment doivent avoir lieu l'identification, la mise en œuvre, la modification et la régulation de compétences pour édicter ou pour déléguer des normes primaires<sup>4</sup>. La constitution politique

---

1 Sur les institutions de liaison comme cas particulier des couplages structurels, G. Teubner, « Rechtsirritationen », art. cité, p. 360 *sqq.*

2 Mais pas exclusivement. Le fait que de nombreux éléments constitutionnels, notamment les droits fondamentaux, ne soient pas posés comme des normes secondaires mais comme des normes et principes juridiques chargés de contenu est en rapport avec la *re-entry* – typique des constitutions, comme c'est expliqué ci-dessous – des principes fondamentaux de chaque secteur social dans le droit constitutionnel.

3 Ceci renvoie de nouveau à l'argument de Dieter Grimm contre le constitutionnalisme transnational, selon lequel ce qui va sous le titre « constitution » en Europe ou dans le contexte global ou dans des ordres privés ne serait rien d'autre qu'une juridicisation des secteurs sociaux, voir D. Grimm, « Gesellschaftlicher Konstitutionalismus », art. cité. Le critère pour la constitutionnalisation est donc la double réflexivité du processus en question.

4 Normes primaires et secondaires dans le sens de Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, p. 77 *sqq.*, 1961 ; trad. fr. *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint Louis, 2006 (éd. augmentée), p. 99 *sqq.*

et la constitution de la société civile ne prennent forme que lorsque ces deux processus réflexifs sont étroitement liés entre eux – d’une manière qu’il faudrait décrire plus précisément encore –, c’est-à-dire seulement lorsque des processus sociaux réflexifs qui produisent leurs rationalités sociales de façon autonome, par auto-application, sont juridicisés grâce à des processus juridiques eux-mêmes réflexifs<sup>1</sup>.

On ne devrait donc parler d’une constitution autonome au sens strict que si cette combinaison bien définie entre des processus sociaux autonomes et des processus juridiques a lieu ; dans la langue de la théorie des systèmes, on n’en parlera que si des couplages structurels stricts et durables (et pas simplement temporaires et lâches) entre les modèles spécifiques des secteurs et les régimes juridiques sont aménagés. On a donc affaire ici au redoublement remarquable du phénomène constitutionnel. Ce redoublement caractéristique des couplages structurels exclut de penser leur fusion dans un phénomène constitutionnel unique – s’étendant à l’ordre juridique et à l’ordre social – comme on le fait souvent.

Les deux perspectives les plus extrêmes de la théorie constitutionnelle, qui sont associées aux noms de Kelsen et de Schmitt, doivent pouvoir être mêlées dans l’étude des constitutions politiques et des constitutions sociales<sup>2</sup>. La constitution ne peut être réduite ni à un phénomène juridique

- 
- 1 Mattias Kumm conçoit un pluralisme constitutionnel (transnational) qui se rapproche beaucoup de ces raisonnements. Cela en particulier lorsqu’il souligne, dans sa « conception pratique du constitutionnalisme », que des normes constitutionnelles existent si elles prétendent à une autorité non pas dérivée, mais originelle, si elles atteignent cela dans un processus délibératif d’individus libres et égaux et si elles fixent des principes substantiels. Toutefois, Kumm, dont le concept de « constitution totale » souligne de façon quelque peu unilatérale la juridicisation des processus sociaux, il ne met pas assez clairement en évidence la double réflexivité des constitutions. Seule la réflexivité du système social montrerait que la prétendue autorité originelle des normes constitutionnelles juridiques est fondée dans l’autonomie du système social, et que les contenus – mis en évidence par Kumm – des principes constitutionnels (de type presque jusnaturaliste) sont le résultat de pratiques de réflexions à l’intérieur du système social (constitutionnalisé) qui sont donc juridicisées. M. Kumm, « The Best of Times and the Worst of Times : Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia », in P. Dobner et M. Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, *op. cit.*, p. 201-219, en particulier p. 212 *sqq.* ; Mattias Kumm, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism : On the Relationship Between Constitutionalism In and Beyond the State », in Jeffrey L. Dunoff et Joel P. Trachtman (dir.), *Ruling the World ? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 258-324.
- 2 De façon incisive, H. Lindahl, « Constituent Power and Reflexive Identity » art. cité, p. 10 *sqq.* : « Kelsen and Schmitt on Collective Agency ».

ni à un phénomène social. Elle est toujours un double phénomène, la liaison de deux processus réels. Du point de vue du droit, elle produit des normes secondaires, et est étroitement liée aux structures fondamentales du système social ; du point de vue du système social, elle produit des structures fondamentales de l'ordre social qui informent le droit, en même temps qu'elles sont normées à leur tour par lui<sup>1</sup>. C'est à cette condition seulement qu'il est judicieux, à la fois, en sociologie du droit et au sens technique du droit, de parler d'éléments d'une constitution politique globale, d'une constitution économique mondiale, d'une constitution globale du système de l'éducation et du savoir ou d'une constitution digitale d'Internet.

Mais quelle est la raison de ce redoublement de la réflexivité sociale à travers des normes de droit secondaires ? Le droit s'introduit dans les processus d'autofondation des systèmes sociaux lorsqu'ils ne peuvent pleinement accomplir leur autonomisation par leurs propres moyens<sup>2</sup>. L'autonomie n'est donc pas atteinte tant que le système social n'est pas suffisamment clos par ses propres opérations de premier et de second ordre, tant que les processus sociaux réflexifs ne peuvent pas eux-mêmes se stabiliser, et donc en particulier, si des paradoxes menacent de les paralyser. Des dispositifs additionnels de clôture doivent donc soutenir l'autofondation de l'autonomie sociale.

Le droit est l'un de ces dispositifs additionnels – pas le seul mais un parmi d'autres. Pour le système politique, l'autodescription « État » remplit la fonction d'un tel dispositif. Le « système politique ne peut vraiment être différencié qu'à partir du moment où il se décrit lui-même comme État<sup>3</sup> ». Sans la limitation formelle à un agir souverain collectivement contraignant, la clôture de la politique institutionnalisée

---

1 Cela rend vaine la critique qu'adresse Wahl, dans « In Defence of Constitution », au constitutionnalisme transnational : il réduit la constitution à une simple hiérarchie de normes juridiques sans appui dans la réalité sociale. Bien au contraire, le concept de couplage structurel peut saisir bien plus clairement dans sa dynamique l'influence réciproque intensive des normes juridiques et des structures fondamentales du système en train de se constitutionnaliser que ne le peut le concept juridique matériel de constitution.

2 Thornhill précise le rôle du droit dans la constitutionnalisation en indiquant qu'il formalise le médium de communication, dans le cas de la politique, le pouvoir politique, et ainsi permet de distinguer l'emploi, spécifique au système, du médium de celui qui a lieu dans d'autres contextes ; voir Ch. Thornhill, *A Sociology of Constitutions*, op. cit., p. 18 sqq.

3 Niklas Luhmann, « Der Staat als historischer Begriff », in Matthias Storme (dir.), *Mijmeringen van een Jurist*, Antwerpen, Kluwer, 1984, p. 139-154, ici : p. 144.

ne se réalise pas par rapport aux processus de pouvoir de la société. En parallèle à cette formation identitaire, le couplage structurel sert le droit d'autonomisation de la politique. L'application réflexive des processus de pouvoir aux processus de pouvoir ne peut pas être exposée aux fluctuations constantes du pouvoir. Les normes juridiques doivent stabiliser les institutions de l'acquisition du pouvoir et de l'exercice du pouvoir, lesquelles agissent de façon réflexive.

La performance réalisée par le droit pour désamorcer les paradoxes du pouvoir politique est quelque chose d'encore plus important. D'un point de vue historique, le paradoxe de l'autocontrainte du souverain, dont les effets sont paralysants, n'a pas été résolu par la mise en place de l'État de droit, il a été normalisé<sup>1</sup>. D'une manière analogue, l'autoconstitution de chaque système social se heurte nécessairement aux paradoxes de son autoréférence, c'est-à-dire au paradoxe de sa fondation. Une façon de contourner le paradoxe consiste à l'externaliser, notamment vers le droit. Cela se produit chaque fois ainsi dans le cas de la constitution politique. On constate aussi que d'autres systèmes sociaux externalisent leurs paradoxes vers le droit. Se doter d'une constitution juridique revient ainsi à trouver une issue aux défauts de l'autofondation et à ses paradoxes. L'autonomie d'une constitution sociale, on l'a vu, n'est donc jamais une pure autonomie, elle contient toujours des éléments d'hétéronomie. Le soi doit d'abord être défini par des normes juridiques pour pouvoir se définir lui-même<sup>2</sup>.

Ces dispositifs additionnels qui appuient l'autofondation sont très différents d'un système à l'autre. La science peut, pour acquérir son autonomie, renoncer presque entièrement au soutien des normes juridiques stabilisantes. La méthodologie, la théorie de la science et l'épistémologie peuvent elles-mêmes fixer les bornes qui délimitent le royaume de la science, en particulier parce que la science n'est pas soumise à l'impératif d'une décision<sup>3</sup>. Malgré tous les phénomènes inquiétants de corruption,

- 1 Niklas Luhmann, « Zwei Seiten des Rechtsstaates », in *The Institute of Comparative Law in Japan* (dir.), *Conflict and Integration : Comparative Law in the World Today*, Tokyo, Chuo University Press, 1989, p. 493-506, ici : p. 498 *sqq.* ; N. Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 35, p. 334 *sqq.*
- 2 Hans Lindahl élabore cette idée pour la constitution politique, mais la transfère aussi à d'autres constitutions sectorielles ; voir H. Lindahl, « Constituent Power and Reflexive Identity », art. cité ; H. Lindahl, « A-Legality », art. cité, p. 33 *sqq.*
- 3 Rudolf Stichweh est éclairant là-dessus dans « Einheit und Differenz im Wissenschaftssystem der Moderne », in J. Halfmann, J. Rohbeck (dir.), *Zwei Kulturen der Wissenschaft – revisited*,

présents dans l'activité scientifique, il semble superflu, pour assurer la scientificité du savoir, de rendre obligatoire une autodescription de la science en sa qualité de collectif de la communauté scientifique, ou même que la communauté scientifique soit incorporée en parallèle à l'organisation formelle de l'État. Le droit joue un rôle relativement restreint dans la constitution de la science. Il est certes nécessaire pour garantir la liberté de la science et pour l'organisation formelle de l'activité scientifique ; mais la science a pris en charge sa propre autofondation.

En revanche, l'économie requiert, pour son autofondation, un soutien massif du droit, même si c'est dans une moindre mesure que la politique. C'est bien connu, les institutions de la propriété, du contrat, de la concurrence et de la monnaie forment les piliers de la constitution de l'économie. Ils reposent tous sur une double réflexivité : sur l'application de transactions économiques à des transactions économiques, et sur l'application de normes secondaires à des normes primaires du système juridique.

L'exemple de la réforme visant à établir une monnaie pleine que nous prenions permet de montrer comment la constitution de l'économie externalise, vers le droit, les paradoxes qui menacent de paralyser les processus économiques. Le double emploi de la réflexivité au cœur de la constitution de la finance paraît ici tout d'abord particulièrement clair. Dans le secteur bancaire, la solvabilité et l'insolvabilité sont générées en même temps. « Les banques ont le privilège essentiel de pouvoir vendre leurs propres dettes avec profit<sup>1</sup>. » Ces paradoxes peuvent être désamorçés, lorsque les opérations de paiement deviennent réflexives, lorsque les opérations de masse monétaire sont appliquées à des opérations monétaires. Mais cette réflexivité des opérations économiques est en soi instable. Elle ne peut être stabilisée que par une hiérarchisation intérieure du secteur bancaire, laquelle, de son côté, doit être soutenue par des réglementations dures issues d'un droit contraignant. Les parallèles qui existent avec la hiérarchisation du système politique et avec la constitution étatique sont évidents. Les normes juridiques de procédure, de compétence et d'organisation qui réglementent l'organisation et le mode d'action des banques centrales vis-à-vis des banques d'affaires contribuent ainsi à dissoudre les paradoxes du circuit économique.

---

Weilerswist, Velbrück, 2007, p. 213-228.

1 N. Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 145.

Cependant, la dissolution des paradoxes du circuit monétaire par la constitution de l'économie est toujours précaire ; le risque d'une réapparition des paradoxes est une menace constante. La hiérarchie des opérations de paiement, fondée par le droit constitutionnel économique sur les rapports entre les banques centrales et les banques d'affaires, n'a pas éliminé pour toujours la paralysie du système financier :

On ne peut pas exclure, de cette façon, l'éventualité logique et empirique d'un effondrement de l'ensemble du système, d'un retour du paradoxe et d'un blocage total de toutes les opérations à travers l'équation solvable = insolvable ; mais on les rend suffisamment improbables<sup>1</sup>.

La dernière crise financière a montré précisément que ce n'est pas « suffisamment improbable ». La dynamique excessive de croissance qui anime les transactions financières globales a rendu possible un cas d'insolvabilité du secteur bancaire. C'est directement cela que vise aujourd'hui la réforme monétaire en faveur d'une monnaie pleine, grâce à des mécanismes de double réflexivité. Sans cette réforme, les banques centrales ne contrôlent qu'insuffisamment le marché financier, elles ne peuvent qu'indirectement le « stimuler ou le freiner grâce à des interventions ponctuelles<sup>2</sup> ». Elles peuvent contrôler indirectement la masse monétaire à travers le taux directeur qui facilite ou complique les crédits. Leur contrôle direct de la masse monétaire est limité à l'émission de papier-monnaie et ne saisit pas précisément la monnaie scripturale qui est dominante aujourd'hui dans le monde.

La réflexivité économique du médium monétaire sera modifiée par la réforme visant une monnaie pleine dans la mesure où les actes de création monétaire, qui émettent la monnaie scripturale, seront dorénavant effectués exclusivement par les banques centrales. Les opérations secondaires de paiement des banques centrales, c'est-à-dire les décisions concernant la masse monétaire, l'émission d'argent liquide et de monnaie scripturale, les actes de paiement adressés à l'État, aux citoyens ou aux banques, seront appliquées de façon réflexive aux actes primaires de paiement (achat et crédit). Leur réflexivité juridique, soit leur manière de normer des normes, sera modifiée par cette réforme au sens où des normes secondaires interdiront aux banques d'affaires d'émettre de

1 *Ibid.*, p. 146.

2 *Ibid.*, p. 117.

l'argent sous forme de monnaie scripturale, et où le droit prescrira que les banques centrales aient le monopole de la création monétaire. Ainsi, en restreignant les compétences pour la création monétaire, le droit remplira la fonction de limiter la constitution de l'économie, il empêchera que des paradoxes et un blocage total ne reviennent, et il stabilisera, en même temps, les rapports autoréflexifs des opérations de paiement qui, sans sa fixation juridique, se décomposeraient à nouveau.

#### LES STRUCTURES CONSTITUTIONNELLES : DES MÉTACODES HYBRIDES

##### CODAGE ET MÉTACODAGE

La question épineuse, finalement, consiste à savoir si les sous-systèmes sociaux développent aussi des structures constitutionnelles spécifiques, qui stabilisent les fonctions et processus constitutionnels, décrits précédemment, dans les trois sphères constitutionnelles. Pour chercher à les repérer, on partira également, dans cette partie, de la compréhension des constitutions comme couplages structurels entre le droit et le système social, puis on sera amené à aller de nouveau au-delà, dans une autre direction. Car le point d'arrivée d'une constitutionnalisation – que ce soit dans le domaine politique, dans le domaine économique ou dans un autre secteur social – n'est atteint que lorsque la relation de couplage se développe en donnant naissance à un code constitutionnel autonome – plus précisément, à un *métacodage binaire hybride* – vers lequel s'orientent les processus internes des deux systèmes couplés.

Le code constitutionnel est binaire parce qu'il oscille entre les valeurs « constitutionnel / inconstitutionnel ». Le code agit au niveau « méta » parce qu'il soumet les décisions, qui sont déjà adoptées par le code binaire légal / illégal, à un examen supplémentaire ; il cherche en effet à savoir si elles correspondent aux exigences du droit constitutionnel social. C'est là que l'on voit apparaître la hiérarchie spécifique à toutes les constitutions – aux constitutions politiques des États, aux constitutions sociales ou aux constitutions de l'organisation – entre le droit ordinaire et le droit constitutionnel, « *the law of the laws* ». Le code constitutionnel

du secteur social en question (constitutionnel / inconstitutionnel) prime sur le code juridique (légal / illégal). Mais l'esprit du métacodage se trouve dans son caractère hybride parce qu'il ne prime pas seulement sur le code juridique mais aussi sur le code binaire du système fonctionnel concerné. Le métacodage expose ainsi les opérations codées de façon binaire à une réflexion supplémentaire qui cherche à voir si elles assument une responsabilité publique pour le système social ou non.

On peut de nouveau observer de façon évidente cette relation, qui n'a certainement pas été établie de façon simple, entre le couplage structurel et son métacodage hybride dans les constitutions politiques développées par les États-nations modernes. Ici, la différence entre constitutionnel et inconstitutionnel est employée explicitement comme le métacode binaire des deux systèmes, codés à leur tour de façon binaire, que sont le droit et la politique, et cela sans qu'à travers ce métacode, le droit et la politique ne se mélangent et ne forment un seul système, et sans que la constitution même ne se renforce en un système social autonome. La constitution reste un processus de couplage structurel entre deux systèmes sociaux autonomes, la politique et le droit, qui sont coordonnés par le code constitutionnel. Ces métacodages apparaissent donc précisément aussi – le plus souvent implicitement, parfois explicitement – dans les couplages structurels du droit avec d'autres systèmes sociaux, sous forme de codes constitutionnels spécifiques.

De nos jours, la constitution de l'économie globale opère également avec un tel métacode hybride. Il sert de formule unique fictive pour deux types d'actes constitutionnels totalement différents dans l'économie. Le code de la constitution économique demande à être hiérarchiquement supérieur aux codages binaires tant du droit que de l'économie. Pour chacun de ces deux aspects de la constitution de l'économie, ce code revêt une signification différente, selon qu'il cherche à contrôler le code économique ou le code du droit. Sur le plan économique, le code la constitution économique aide la réflexion sur la fonction sociale des opérations de paiement et il propose les formes d'un agir économique qui soit compatible avec la société et l'environnement. Sur le plan juridique, il introduit une séparation entre le droit ordinaire et le droit constitutionnel supérieur, et il examine les actes juridiques simples pour voir s'ils correspondent aux valeurs et principes fixés dans la constitution économique.

Bien que le code de la constitution de l'économie se présente de prime abord comme une « distinction directrice » unitaire entre ce qui est « constitutionnel ou inconstitutionnel », il fonctionne donc selon le contexte d'action, soit comme un métacode économique soit comme un métacode juridique. Nous avons affaire ici à un cas intéressant de « *essentially contested concept* » [concept essentiellement contesté] : c'est dû au fait que l'on interprète de manière très différente le même terme dans des contextes d'action différents et qu'on l'applique par suite à des opérations de connexion diverses<sup>1</sup>. Le code constitutionnel a une tête de Janus, car la constitution de l'économie en tant que couplage structurel de deux systèmes sociaux réciproquement clos, l'économie et le droit, ne peut pas former de système social unitaire. Les deux systèmes ne fusionnent pas dans une constitution de l'économie, ils demeurent attachés à leurs contextes respectifs d'opérations – paiements ou actes juridiques. Par conséquent, la différence conforme / contraire au code n'est qu'une formule commune à différentes opérations de sens qui revêtent, selon le contexte, des significations totalement différentes. Le code constitutionnel est un schéma d'observation qui prend des formes différentes dans les secteurs du droit et de l'économie.

#### HYBRIDITÉ

La double nature du code constitutionnel se répercute nécessairement sur la pratique du droit et celle de l'économie. Soumises à son autorité, elles développent chacune leur propre programme pour la constitution de l'économie. Ces programmes naissent d'abord de l'application récursive des opérations propres à un système à ses opérations propres, puis les deux programmes s'irritent sans cesse réciproquement et déclenchent ainsi une dynamique coévolutive du droit et de l'économie<sup>2</sup>. Si, dans le

- 
- 1 Cette expression très discutée trouve son origine chez Walter B. Gallie, « *Essentially Contested Concepts* », *Proceedings of the Aristotelian Society*, n° 56, 1956, p. 167-198. Dans notre contexte, elle est précisée de telle sorte que ce ne sont pas des théories diverses mais des systèmes sociaux divers qui utilisent le même code binaire, en lui attribuant, en même temps, des significations différentes.
  - 2 Sur ce rapport entre couplage structurel et coévolution, en prenant l'exemple des régimes de production, Gunther Teubner, « *Eigensinnige Produktionsregimes : Zur Ko-evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism* », *Soziale Systeme*, n° 5, 1999, p. 7-25 ; en général sur la coévolution du droit et de l'économie, M. Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht*, *op. cit.*

système du droit, le métacode conforme à la constitution de l'économie / contraire à la constitution de l'économie est hiérarchiquement supérieur au code légal / illégal, il s'ensuit alors qu'une *re-entry* de la différence droit / économie a lieu dans le droit. Les principes fondamentaux du système économique sont transformés en principes juridiques de la constitution – de façon variable selon la situation historique : propriété, contrat, économie monétaire, concurrence, économie sociale de marché, développement écologique durable. Le droit reconstruit les principes sous-jacents à l'économie en tant que principes juridiques, et il les concrétise dans des normes individuelles relevant du droit constitutionnel économique.

Telle est la véritable justification du concept matériel de constitution, par différence avec les concepts formel et fonctionnel : le droit constitutionnel ne peut pas être réduit à l'observation de procédures décisionnelles déterminées, il requiert une justification substantielle fondée sur des principes constitutionnels substantiels<sup>1</sup>. On ne pourrait pas comprendre cela sans la *re-entry* des principes fondamentaux matériels du système social. Le fait que le droit constitutionnel soit lié à des principes substantiels n'est certainement pas une prescription du droit naturel. C'est le résultat de processus de réflexion qui évoluent au fil du temps dans le système social, lequel est reconstruit dans le droit comme un ensemble de principes constitutionnels substantiels<sup>2</sup>.

- 
- 1 La thèse de M. Kumm déjà mentionnée plus haut (« The Best of Times and the Worst of Times », p. 214 *sqq.*) soutient que le droit constitutionnel doit aussi être rendu légitime par des principes constitutionnels substantiels et pas simplement de façon procédurale. Mais comment ses principes deviennent-ils légitimes de leur côté ? Pas simplement en se posant comme des normes non dérivées. Il est nécessaire au contraire de recourir aux pratiques de réflexion dans le système social globalisé. Et ici agit de nouveau la dissolution du paradoxe par la constitution qui peut externaliser la justification ultime des normes de droit constitutionnel dans le système social.
  - 2 Il y a ici, de toute évidence, des points de rencontre avec le concept de Wiethölter de « droit constitutionnel conflictuel », « qui s'intéresse aux compétences des principes de collision pour le droit et la morale, le droit et la politique, le droit et l'économie, etc., de façon précise et générale : le droit comme "couplage structurel" entre "monde vécu et systèmes". Dans des traductions contemporaines, la "protection du droit" et la "protection des institutions" se transformeraient en une protection de la fabrication du droit pour des fonctions de liberté. » Voir Rudolf Wiethölter, « Zur Argumentation im Recht : Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe ? », in Gunther Teubner (dir.) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe : Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden, Nomos, 1994, p. 89-120, ici : p. 119.

Dans la direction opposée, quelque chose de comparable a lieu : le métacodage provoque la *re-entry* de la distinction droit / économie dans le système économique – avec des variations historiques toujours : obligation d’user du principe contractuel dans les transactions économiques, fonction sociale de la propriété, limite de la concurrence, principes de l’État de droit dans l’économie, droits fondamentaux dans les entreprises et engagement à respecter les principes d’un développement écologique durable. C’est ainsi que les opérations économiques se trouvent liées au droit constitutionnel.

La *re-entry* réciproque de l’économie et du droit fait donc apparaître deux « espaces imaginaires » distincts de la constitution de l’économie, deux programmes constitutionnels différents, l’un dans l’économie, l’autre dans le droit, qui s’alignent, conjointement mais séparément, sur le code constitutionnel. Cette double signification est particulièrement claire dans le cas des programmes classiques de la constitution économique : la propriété et le contrat. Sur le plan économique, la propriété signifie que l’on suspend les exigences du consensus pour la réussite de la communication donnée<sup>1</sup>. Sur le plan juridique, la propriété est définie d’une manière totalement différente aux articles 903, 906 du Code civil allemand et à l’article 14 de La Loi fondamentale. De même, le contrat, entendu comme transaction, a en économie un sens différent de celui d’acte de devoir consensuel en droit (article 104 du Code civil allemand)<sup>2</sup>.

La constitution de l’économie en tant que telle utilise les deux concepts, selon le contexte. Elle se présente donc comme un jeu de langage dont la double structure particulière est soumise à la *distinction directrice*\* d’un métacode unitaire<sup>3</sup>. Mais le jeu de langage ne se renforce pas au point de devenir un système social autonome qui dispose d’une « langue » unique, de structures, limites et autodescriptions uniques. Ce jeu de langage forme bien plutôt, on l’a vu, une institution de liaison d’un type particulier, dans laquelle le droit et l’économie sont étroitement

1 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 454.

2 Sur le caractère double des institutions dans les couplages structurels du droit et de l’économie, G. Teubner, « Rechtsirritationen », art. cité, p. 373 *sqq.*

3 K. Tuori, dans « Many Constitutions in Europe » (art. cité), se rapproche de ce jeu de langage à deux langues, lorsqu’il comprend les constitutions comme une relation entre le droit et des secteurs sociaux divers et qu’il définit, en même temps, la constitution comme n’étant pas un phénomène statique mais une série toujours incomplète d’actes de langage juridiques.

liés l'un à l'autre et s'irritent constamment l'un l'autre. Il forme ainsi un bilinguisme qui requiert de perpétuelles traductions dans le processus de couplage.

Pour reprendre de nouveau notre exemple : la réforme en vue d'une monnaie pleine changerait les deux programmes constitutionnels, l'économique et le juridique. Dans le contexte économique, elle reformulerait les principes d'une création monétaire appropriée à l'économie et à la société pour les banques centrales. Quels sont les buts vers lesquels les banques centrales doivent orienter la création monétaire, la défense de l'inflation ou bien la limitation des impératifs excessifs de croissance ? Dans le cadre juridique, cette réforme monétaire modifierait les principes juridiques d'une constitution économique. Sous un régime de monnaie pleine, la création de la monnaie par les banques privées serait par exemple contraire à la constitution économique et pas simplement illégale. Car le jugement ne serait pas porté par le code de droit ordinaire, mais par le code constitutionnel économique et par les programmes de réflexion économique développés avec lui.

Une monnaie pleine interviendrait donc en profondeur dans la constitution capillaire de l'économie globale. Elle correspond, dans ses quatre caractéristiques, à la définition – présentée ici – d'une constitution sociale : la monnaie pleine exercera, premièrement, des fonctions constitutionnelles constitutives et surtout limitatives. Elle agira, deuxièmement, dans les arènes constitutionnelles de l'autorégulation de l'économie, et entretiendra des rapports hiérarchiques avec la sphère spontanée et la sphère organisationnelle de l'économie. En fixant les règles de la création monétaire, elle participera, troisièmement, à la double réflexivité du droit et du système économique. Enfin, elle soumettra, quatrièmement, l'action des banques d'affaires et des banques centrales au métacode hybride de la constitution économique, en changeant le programme constitutionnel de l'économie aussi bien que celui du droit.

## LA POLITIQUE DES CONSTITUTIONS SECTORIELLES

LA POLITIQUE *VERSUS* LE POLITIQUE\*

Mais où la politique se trouve-t-elle encore ? En encourageant une autonomie élevée des constitutions sectorielle, le constitutionnalisme sociétal ne risque-t-il pas de favoriser une dépolitisation de la société<sup>1</sup> ? La constitutionnalisation de l'économie – dans les trois domaines constitutionnels que sont la protection des mouvements de protestation de la société civile, la responsabilité écologique des entreprises et l'introduction de la monnaie pleine – n'est-elle pas ainsi une affaire politiquement explosive<sup>2</sup> ? La réponse décisive à ces deux questions est : oui et non. On l'a plusieurs fois indiqué déjà : les constitutions sociales sont des phénomènes paradoxaux ; sans faire partie de la constitution politique de la société, elles représentent pourtant des questions hautement politiques pour la société. Le paradoxe devient supportable si l'on défend un concept double de « politique », tel qu'on le trouve présenté aujourd'hui selon diverses variantes – *le politique* versus *la politique*\*<sup>3</sup>. Dans des travaux récents de théorie culturelle, on dit ainsi, au sujet du concept de constitution, que le politique ne peut être « entièrement monopolisé » par la politique. Le politique comprend peut-être encore la « mise en forme » de la société dans le médium du droit, mais il saisit, en même temps, aussi ce qui « reste extérieur » à tout contenu politique

- 1 Telle est la critique la plus importante qui est adressée aux constitutions au-delà de l'État, sur un ton polémique par Alexander Somek, « Transnational Constitutional Law : The Normative Question », *Journal of International Constitutional Law*, 2009, p. 144-149, par H. Brunkhorst, « Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft », art. cité, 76 *sqq.* D'autres auteurs font usage d'une critique normative pour contester tout simplement l'existence factuelle de ces constitutions, ainsi R. Wahl, « In Defence of Constitution », art. cité, p. 240 *sq.*
- 2 Les objections d'Emilios Christodoulidis, de Hans Lindahl et de Chris Thornhill, dans *Social and Legal Studies*, n° 20, 2011, p. 209-252, prennent pour cible ce rapport compliqué entre la politique et le constitutionnalisme sociétal.
- 3 Sur ce vaste débat concernant *le politique* et *la politique*\*, voir Oliver Marchart, *Die politische Differenz : Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben*, Francfort, Suhrkamp, 2010, p. 74 *sqq.* ; Emilios Christodoulidis, « Against Substitution : The Constitutional Thinking of Dissensus », in Martin Loughlin, Neil Walker (dir.), *The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 189-208, p. 191 *sqq.*

et juridique, c'est-à-dire « ce que les sociétés portent toujours avec elles comme leur autre non socialisé<sup>1</sup> ».

La double signification du politique doit être entendue de la manière suivante. Avec le terme de « politique », il est question, en premier lieu, de la politique institutionnalisée, du système politique du monde des États. Par rapport à ce sens-ci de « politique », les constitutions particulières du social prennent de la distance ; elles ont besoin d'une autonomie élevée vis-à-vis des constitutions politiques. Et en ce qui concerne la participation du système politique au processus des constitutions sociales sectorielles, une *political restraint* [retenue politique] est requise. Avec le terme de « politique », on pense, en second lieu, au politique dans la société en dehors de la politique institutionnalisée, soit à la politisation « interne » de l'économie elle-même et aux autres secteurs de la société, c'est-à-dire à la politique de réflexion sur leur identité sociale. Ce n'est rien d'autre que la manière dont les systèmes sociaux s'y prennent avec leurs propres paradoxes de fondation et de décision – une manière toujours problématique et qui ne saurait être déterminée de façon « technocratique ». Et de ce point de vue, les constitutions propres à la société au-delà de l'État sont hautement politiques<sup>2</sup>.

On peut à nouveau se servir de l'exemple de la monnaie pleine. En 1791, Jefferson exigeait déjà « que l'on retire aux banques le droit d'émettre de l'argent et qu'on le rende au peuple<sup>3</sup> ». Mais qui est le peuple de l'argent ? Comment la création monétaire peut-elle être rendue au peuple ? D'après ce que nous avons dit, la réponse ne peut qu'être : la création monétaire relève du domaine public, et non pas du domaine étatique. Nationaliser la création monétaire ? Non. L'installer dans la sphère publique ? Oui. Par sphère publique, on n'entend pas une sphère intermédiaire entre l'État et la société. Un concept de public défendable aujourd'hui suppose au contraire, à la fois, de déconstruire

1 Uwe Hebekus *et al.* (dir.), *Das Politische : Figurenlehren des sozialen Körpers nach der Romantik*, Munich, Fink, 2003, p. 14.

2 H. Lindahl souligne à juste titre, dans « A-Legality » (art. cité, p. 34) que « l'autolégislation 'publique' et l'auto-législation 'privée' sont toutes deux des manifestations de la réflexivité politique. » P. Kjaer, dans « Metamorphosis of the Functional Synthesis » (art. cité, p. 522 *sqq.*) s'efforce d'éclairer minutieusement les dimensions politiques des constitutions sociétales sectorielles.

3 Thomas Jefferson, « Thomas Jefferson to John Wayles Eppes, June 24, 1813 », in Paul L. Ford (éd.), *The Works of Thomas Jefferson. Federal Edition*, New York, G.P. Putnam's Sons, p. 297.

la distinction entre le public et le privé comme critère de démarcation entre les secteurs de la société, et de la reconstruire à l'intérieur de chaque secteur de la société<sup>1</sup>. La création monétaire est manifestement l'une des fonctions publiques les plus importantes de l'économie. Elle relève de l'infrastructure publique du secteur économique. Elle est un bien public. La création monétaire est une composante authentique de la constitution particulière de l'économie, parce qu'elle détermine la fonction publique de l'économie. Aussi est-il logique d'ôter la création monétaire aux banques d'affaires orientées vers des attentes de bénéfices privés et d'en faire le monopole des banques centrales, qui sont des institutions publiques non-étatiques.

Mais pourquoi la constitution politique ne devrait-elle pas entreprendre cette tâche qui consiste à normer les structures internes des secteurs de la société<sup>2</sup> ? Ci-dessus, nous avons déjà abordé cette question dans les termes de l'efficacité de la régulation interne *ou* de la régulation externe, elle se pose maintenant du point de vue de la théorie de la démocratie en ce qui concerne la responsabilité collective de la politique démocratique pour la société. C'est, finalement, le privilège suprême du souverain démocratique que de donner une constitution à la société. Pourquoi est-il alors question d'une autoconstitutionnalisation et pas d'un octroi politique ?

Les structures fondamentales de la modernité obligent à redéfinir le rapport entre représentation, participation et réflexion. Dans une société fonctionnellement différenciée, la constitution politique ne peut pas entreprendre le rôle, qu'on lui impose souvent, de fixer les principes fondamentaux des autres sous-systèmes : cela entraîne une paralysie problématique de la société, comme l'histoire nous l'apprend avec les régimes

---

1 À ce sujet, en détail, Gunther Teubner, « State Policies in Private Law ? Comment on Hanoeh Dogan », *The American Journal of Comparative Law*, n° 56, 2008, p. 835-844 ; Gunther Teubner, « Nach der Privatisierung ? Diskurskonflikte im Privatrecht », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n° 19, 1998, p. 8-36.

2 Ce serait la conséquence des concepts de constitutionnalisation qui enregistrent bien une diversité de constitutions sociétales sectorielles mais qui postulent un primat de la constitution du secteur politique, ainsi Ch. Joerges et F. Rödl, « Funktionswandel des Kollisionsrechts II », art. cité, p. 767, p. 775 *sqq.* Pour l'État-nation, ce diagnostic devrait être adéquat, mais pas pour des relations transnationales, ainsi P. Kjaer, « Morphogenesis of the Functional Synthesis », art. cité, p. 498. Colin Crouch, dans *L'étrange survie du néolibéralisme (op. cit., p. sq.)* (p. 235 all) montre avec des arguments détaillés pourquoi, dans la situation postnationale, le « retour à l'État » n'est plus une alternative sensée.

totalitaires du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup>. La constitutionnalisation sociétale ne peut avoir lieu dans la modernité que si chaque sous-système développe pour soi des mécanismes réflexifs et que si ceux-ci ne sont pas prescrits par la politique. Une telle réflexivité des sous-systèmes est contrainte car, à la différence de la société corporative où les *maiores partes* représentent la société et où toutes les parties participent, la société bourgeoise a considéré, en un sens, la participation et la représentation comme identiques et, dans le même temps, les a annulées. On doit se défaire de l'idée selon laquelle la politique dans l'État représente la société et que les autres parties de la société – êtres humains ou sous-systèmes – y participent. Aucun sous-système de la société, pas plus la politique qu'un autre, ne peut représenter aujourd'hui toute la société, contrairement à ce que certaines idées politiques donnent encore à penser. Au lieu de cela, le fait que « [...] des systèmes psychiques et sociaux doivent développer des processus réflexifs de sélection de structures – des processus consistant à penser la pensée ou à aimer l'amour, à faire des recherches sur la recherche, à normer les normes, à financer les dépenses monétaires ou à user du pouvoir pour maîtriser le pouvoir<sup>2</sup> » fait partie de la situation actuelle de développement de la société.

Et c'est ici précisément où il faut également situer la dimension symbolique de la constitution, dont le chapitre précédent traitait déjà à propos de la subjectivité de la constitution. Vesting présente, à juste titre, la nécessité d'une croyance collectivement partagée dans l'« unité » de la constitution : cette croyance dans l'idée de la constitution devrait être comme un lien commun qui s'exprime et se met en scène. Il cherche à relier cela à toute la société et il ne veut accorder aux sous-systèmes sociaux que des « constitutions dérivées », pour lesquelles ne se posent pas de grandes questions sur l'identité collective, mais simplement des questions techniques d'application<sup>3</sup>. Mais avec cette séparation artificielle, Vesting rate la réalité des fragments constitutionnels globaux et les dynamiques de réflexion qui se déroulent en leur sein. Ce n'est pas la société mondiale prise comme un tout, mais bien le simple fragment constitutionnel qui est – pour le dire avec Vesting – « dépendant d'un espace symboliquement chargé<sup>4</sup> ».

1 Là-dessus, du point de vue de la théorie constitutionnelle, voir Ch. Thornhill, « Towards a Historical Sociology », art. cité, p. 188 *sqq.*, et voir plus haut, dans le texte, la II<sup>ème</sup> section du chapitre 2.

2 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 372.

3 T. Vesting, « Ende der Verfassung ? », art. cité, p. 93.

4 *Ibid.*, p. 91.

## À L'OMBRE DE LA POLITIQUE

Normer la constitution de l'économie ou d'autres constitutions sociétales particulières d'une manière politico-étatique n'est pas adéquat à la société, contrairement aux irritations politico-étatiques de la constitution qui le sont. Que la politique – en collaboration avec d'autres forces sociales – doive exercer une pression externe massive pour imposer des changements dans les capillaires du circuit de paiement paraît plausible, d'après ce que l'on a dit jusqu'ici. Ce serait même la division du travail entre les sous-systèmes sociaux qui serait adaptée. Ces derniers ont toutes les chances de réussir à avoir une constitution appropriée s'ils parviennent à la développer *in the shadow of politics*, à l'ombre de la politique institutionnalisée<sup>1</sup>.

En vue de satisfaire ce rôle, sans nul doute, important du système politique, Renner a proposé de concevoir la constitution de l'économie non pas seulement comme une institution de liaison entre l'économie et le droit mais comme un couplage structurel trilatéral entre l'économie, le droit et la politique<sup>2</sup>. Il existe, en effet, de nombreux couplages structurels reliant la politique institutionnalisée à l'économie et au droit, par exemple la fiscalité ou le travail de lobbying des associations économiques. Mais ceux-ci ne sont pas condensés généralement dans une institution de liaison qui, comme on l'a décrite ci-dessus, soit telle qu'elle caractérise les constitutions par différence avec une quantité d'autres couplages structurels possibles. Si l'on regarde de plus près comment la politique agit réellement sur les constitutions économiques, on remarque qu'il n'existe, en réalité, aucun couplage trilatéral véritable, mais seulement deux couplages bilatéraux : l'un dans le rapport économie / droit concernant lesdites institutions de la propriété, du contrat, de la concurrence et de la monnaie, et l'autre dans le rapport droit / politique concernant la législation et la jurisprudence constitutionnelles. En revanche, dans le rapport politique / économie, les couplages structurels existants ne sont pas denses au point de revêtir le caractère d'une

---

1 Cette formulation se rapproche de la position de D. Grimm, dans « Gesellschaftlicher Konstitutionalismus » (art. cité, p. 81), qui accorde au constitutionnalisme sociétal « à l'ombre de la puissance publique [...] une chance de réussite limitée » finalement. Nonobstant, des différences importantes subsistent qui concernent en particulier le primat sociétal de la constitution de la politique.

2 M. Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, op. cit., p. 233 sqq.

institution de liaison au sens étroit. Les interventions politiques qui sont constitutionnellement pertinentes ne sont jamais (ou alors rarement) accomplies directement comme l'application de processus de pouvoir dans les actes de paiement, mais toujours transmises via le système juridique à travers des actes juridiques. La même chose vaut inversement pour le prélèvement d'impôts. Et lors de l'institutionnalisation politico-juridique des constitutions économiques, des liaisons seulement occasionnelles, et non pas permanentes, sont établies entre la politique et l'économie, des liaisons qui cèdent toujours la place à un découplage entre l'économie et la politique. Les interventions politiques dans la constitution économique ne devraient donc pas être définies comme de véritables opérations à l'intérieur d'une institution de liaison, mais comme des impulsions constitutionnelles externes.

Les impulsions externes les plus importantes du système politique ont lieu, comme on sait, lors de l'acte fondateur d'une constitution particulière, transmises chaque fois par le système juridique. L'établissement d'une constitution de la finance requiert des impulsions constitutionnelles politiques, qui doivent agir sur la structure interne de l'économie. On affirme, en général, que la constitution d'une économie autonome pré-suppose un système politique fort. Les conditions mafeuses en Russie après le tournant de 1989 sont instructives : elles nous renseignent sur les conséquences négatives que produit une économie capitaliste instaurée de manière accélérée, sans l'ajout de contre-tendances issues de l'État de droit. La politique transnationale a réagi de façon très convaincante, lors de la crise financière, en mettant en place une coordination internationale pour des premières mesures de sauvetage. En ce sens, on peut tout à fait affirmer que des constitutions sociétales particulières sont octroyées politiquement.

Mais ce qui est décisif pour qu'une constitution particulière soit effectivement établie et fonctionne durablement est que les impulsions politiques externes soient acceptées et continûment transformées de façon interne. Sans cela, les impulsions constitutionnelles de la politique et de la société sont vaines, sans elles, aucune chance n'existe pour un changement durable de la constitution économique. Car ce n'est pas la « grande décision », l'acte fondateur mythique, qui est pertinent pour l'existence d'une constitution, mais « des chaînes durables d'actes communicationnels connectés les uns aux autres qui réussissent à ancrer

une constitution comme 'autorité suprême'<sup>1</sup> ». Il faut que les irritations politiques des décisions législatives soient réceptionnées par l'économie de telle sorte qu'elles se propagent dans les capillaires du circuit de paiement ; c'est alors seulement qu'une constitution particulière peut littéralement « entrer en vigueur » au-delà de sa validité formelle. L'impulsion constitutionnelle politique se limite à l'acte fondateur et aux modifications fondamentales ; pour le reste, une autonomie constitutionnelle est nécessaire vis-à-vis de la politique.

L'expression « à l'ombre de la politique » a encore une autre signification. L'introduction d'une constitution particulière autonome dépend nécessairement du droit ; or le droit dépend nécessairement du monopole de la violence physique dont dispose la politique. En effet, les simples sanctions économiques et sociales ne sont souvent pas suffisantes pour stabiliser les normes de la constitution de l'économie. La réforme en vue d'une monnaie pleine a également besoin de sanctions juridiques qui soient politiquement soutenues pour interdire la création monétaire non autorisée des banques d'affaires au titre de faux-monnayage et pour contrecarrer des stratégies de contournement<sup>2</sup>. Mais ce soutien apporté par l'État de droit ne transforme pas une constitution économique en une constitution étatique. Le pouvoir dont dispose l'État est uniquement médiatisé par le droit, dépolitisé d'une certaine manière et mis à la disposition de la constitution particulière de l'économie.

Toutefois, l'ombre doit rester une ombre. L'autonomie constitutionnelle des banques centrales par rapport à la politique est indispensable. Une intervention discrétionnaire de la politique dans des décisions concrètes sur la création monétaire demeure exclue. L'indépendance politique des banques centrales est, en effet, une nécessité d'ordre constitutionnel<sup>3</sup>. L'autorégulation des flux de paiement par les flux de paiement est le principe fondamental de la constitution particulière de l'économie. La raison pour laquelle il faut exclure catégoriquement, dans les questions de création monétaire, les jeux de pouvoir de la politique institutionnalisée est

- 
- 1 T. Vesting, dans « Politische Verfassung ? » (art. cité, p. 613), se prononce résolument contre la réduction de la constitution à la « grande décision » (malheureusement, cependant, résolument aussi contre l'élargissement de la constitution au-delà de l'État-nation).
  - 2 Pour des questions de détail sur le contournement et sur son enrayement, voir J. Huber et J. Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand*, op. cit., p. 51 sqq.
  - 3 Également H. Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, op. cit., p. 147 ; J. Huber et J. Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand*, op. cit., p. 38 sq.

due au risque d'inflation aigu que provoquent, à la longue, les tentatives de la politique et précisément de la politique démocratique. « Aucun gouvernement démocratique ayant un pouvoir politique monétaire limité ne peut résister à la pression de l'inflation<sup>1</sup>. » Avec ce constat, Friedrich von Hayek pourrait exceptionnellement avoir raison, même si sa conclusion en faveur d'une privatisation totale de la création monétaire est erronée.

#### LA POLITISATION INTERNE DES SOUS-SYSTÈMES SOCIAUX

Loin de rester vague comme sa politisation « externe », la politisation « interne » de l'économie, qui est renforcée et, en même temps, canalisée par les processus de constitutionnalisation, est nécessaire et physiquement très présente. Ci-dessus, nous avons déjà été confrontés à la dynamique politique qui a lieu en dehors de la politique étatique, à cette dynamique qui est déclenchée dans le marché, par une politisation des préférences des consommateurs et par l'écologisation des constitutions d'entreprise<sup>2</sup>. Le constitutionnalisme sociétal doit, par conséquence, élaborer fermement des lieux de réflexion politique sur l'agir économique dans la sphère spontanée et dans la sphère organisationnelle. Avec le monopole de la création monétaire, les banques centrales exercent en fin de compte d'éminentes fonctions politiques. Dans la réflexion controversée que mènent la science et l'espace public social sur les conséquences d'une extension ou d'une restriction de la création monétaire se développe la « politique propre » à l'économie, la politisation des consommateurs, des entreprises et des banques centrales.

C'est, en effet, ici que la question de savoir si, dans une situation concrète, les impératifs de croissance qui dérivent de la création monétaire sont déjà excessifs ou pas encore, est discutée de façon polémique et trouve une décision définitive. La décision politique de la société quant à savoir s'il faut prescrire au système financier une cure de désintoxication

1 F. A. Hayek, *Denationalization of Money : An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies*, Londres, Institute of Economic Affairs, 1978, p. 22.

2 Cette dynamique politique extraordinaire, que l'on voit renforcée aujourd'hui, en dehors de la politique institutionnalisée, devrait faire réfléchir des auteurs comme H. Brunkhorst (« Legitimationskrise der Weltgesellschaft », art. cité, p. 76 *sqq.*) ou R. Wahl (« In Defence of Constitution », art. cité) et les amener à se demander s'ils peuvent maintenir leur critique véhémement à l'égard du constitutionnalisme sociétal, qui, à leurs yeux, dépolitiserait la société.

ne doit pas être rendue dépendante des profits privés. Elle ne peut être prise que par des institutions publiques de l'économie, par les banques centrales, qui sont motivées uniquement par la capacité fonctionnelle du système monétaire et sa compatibilité avec l'ensemble de la société.

Il est évident que les banques centrales prennent des décisions de politique sociale sur la création monétaire qui sont importantes. Elles ne vont pas pour autant devenir des parties du système politique. Les banques centrales ne participent pas à la construction du pouvoir et du consensus pour l'élaboration de décisions collectives, et elles ne sont pas impliquées dans le circuit du pouvoir de la politique, qui part du public pour aller de nouveau vers le public, en passant par le parlement, l'administration, les associations. Ce ne sont pas des ensembles politico-économiques hybrides, comparables par exemple aux parlements dont les décisions sur la législation représentent aussi bien des actes politiques que des actes juridiques. Les banques centrales n'ont pas de double affiliation, dans le système économique et dans le système politique. Leur position est plutôt à comparer avec celle des cours constitutionnelles, qui se situent au sommet de la hiérarchie du système juridique et qui décident de questions hautement politiques sans pour autant faire partie, elles, du système politique<sup>1</sup>. « Les gardiennes de la constitution » – voilà la métaphore qui convient. De la même manière que les instances législatives et les cours constitutionnelles sont les gardiennes de la constitution politique, les banques centrales et les cours constitutionnelles sont les gardiennes de la constitution de l'économie. Et pour leur politique de la constitution économique, un degré élevé d'autonomie est indispensable<sup>2</sup>.

Même si les dirigeants des banques centrales se voient aisément comme des professionnels apolitiques, qui exécutent, selon les règles de l'art, des décisions mandatées strictement, on ne doit pas se duper sur le fait que les banques centrales prennent de véritables décisions politiques dans le système économique. Les décisions sur les masses monétaires ne sont

- 
- 1 Toutefois, elles se transforment en institutions hybrides si elles finissent par être fortement dépendantes de la politique. Les banques centrales suivent alors une double politique. Leur tentative pour mener une politique de réflexion propre est contrecarrée, car elle est entraînée dans les jeux de pouvoir du système politique. Elles ressemblent donc aux cours constitutionnelles qui sont politisées dans les cas fréquents où la séparation des pouvoirs n'est pas suffisamment développée.
  - 2 Karl-Heinz Ladeur, « Die Autonomie der Bundesbank : Ein Beispiel für die institutionelle Verarbeitung von Ungewissheitsentscheidungen », *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, n° 3, 1992, p. 486-508.

pas l'application technocratique de calculs précis<sup>1</sup>. Les banques centrales disposent de vastes marges de manœuvre politiques pour décider ; elles sont exposées au risque de la grande incertitude ; elles dépendent de la justification délibérative de l'espace public, et elles sont responsables de la justesse des décisions. Tel est le contenu éminemment politique des pratiques de réflexion à l'intérieur du système économique, parce qu'elles décident du rapport entre les prestations et la fonction sociales de l'économie envers l'environnement. C'est précisément pour cela qu'une politique monétaire indépendante de la politique institutionnalisée doit être transparente et être obligée de rendre des comptes.

L'autonomie des banques centrales par rapport à la politique est aussi une présupposition nécessaire pour le fonctionnement de la constitution de la monnaie pleine. Les banques centrales sont comme des organes constitutionnels « monétatifs » – selon un néologisme pertinent – du système économique – au même titre que l'exécutif et le législatif pour le système politique, et le judiciaire pour le système juridique<sup>2</sup>. Ici apparaît le sens d'une constitution autonome de la finance qui doit obéir à sa logique propre et qui, malgré son caractère hautement politique, ne doit pas être livrée aux processus de pouvoir de la politique institutionnalisée. L'analogie avec les cours constitutionnelles fait ici aussi ses preuves. C'est un principe de séparation des pouvoirs qui ne se situe pas dans la politique cette fois, mais dans la société.

La décision concernant l'étendue de la création monétaire est une tâche qui revient uniquement à la banque centrale. En revanche, la question connexe de savoir comment les bénéfices de la création monétaire doivent être utilisés est une tâche qui relève uniquement du système politique démocratiquement légitimé, et pas des banques centrales. Ce ne sont plus aux banques centrales mais au processus politique de décider si ces bénéfices tout à fait considérables, qui ont été produits jusqu'à présent dans les banques d'affaires sans contrepartie, doivent alimenter le budget de l'État, être mis à disposition du système bancaire, être utilisés pour alléger la fiscalité ou encore être utilisés comme revenu citoyen<sup>3</sup>.

1 Ces tendances à l'expertocratie dans la constitution globale de l'économie sont critiquées à juste titre par David Harvey dans *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 66.

2 B. Senf, *Bankgeheimnis Geldschöpfung*, *op. cit.* ; H. Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, *op. cit.*, p. 147.

3 H. Binswanger, *ibid.*, p. 147 sq.

Politisisation des préférences des consommateurs, écologisation des entreprises, publicisation de la politique monétaire – il est clair que, dans ces trois arènes constitutionnelles, la politisation « interne » des sous-systèmes sociaux se déroule chaque fois de manière différente, suivant les traits singuliers que comporte le médium communicationnel correspondant. Pour cette raison, il convient d'empêcher que la différence avec leur politisation « externe » soit nivelée par les institutions étatiques. C'est une tentation à laquelle succombent beaucoup d'auteurs, qui insistent, à juste titre, à vrai dire, sur le « politique » dans les processus sociaux par rapport au « technocratique », mais qui négligent la différence entre *le politique* et *la politique*\*<sup>1</sup>. En tous les cas, on ne devrait pas idéaliser les discussions touchant la société qui ont cours dans la politique institutionnalisée en tant que *ordinary politics* [politique ordinaire], ni disqualifier celles qui ont lieu dans d'autres sous-systèmes sociaux, en y voyant le signe d'une domination des technocrates, comme on le fait sans cesse<sup>2</sup>.

L'objectif du constitutionnalisme sociétal est de s'opposer à la centralisation des questions socio-politiques fondamentales dans le système politique de la société mondiale. Ce constitutionnalisme cherche à multiplier des lieux dans lesquels on discute et on décide sur le 'politique'<sup>3</sup>. David Kennedy met en évidence ce lien entre la constitutionnalisation et la décentralisation comme étant, à juste titre, une alternative aux idées courantes sur la gouvernance transnationale :

- 
- 1 Des passages libres entre les deux concepts de politisation se trouvent chez Christian Joerges, dans « Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law » et chez Martti Koskenniemi, dans « Hegemonic Regimes », in Margaret Young (dir.), *Regime Interaction in International Law : Facing Fragmentation*, Cambridge, 2011, p. 305-324 *sqq.* Mais même des auteurs d'orientation théorique différente tendent ici à converger : Ch. Thornhill (« State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms », art. cité) en raison de son concept élargi de pouvoir et P. Kjaer (« Metamorphosis of the Functional Synthesis », art. cité) qui observe, dans le cadre de la globalisation, une extension du système politique dans la société.
  - 2 De cette façon, avec un esprit polémique, M. Koskenniemi, « Hegemonic Regimes », art. cité, p. 324 *sqq.* ; M.-S. Kuo, « (Dis)Embodiments of Constitutional Authorship », art. cité, p. 225.
  - 3 Crouch suit cette ligne argumentative dans *L'étrange survie du néolibéralisme*, *op. cit.*, p. 189 *sqq.*, p. 203 *sqq.* Cela se rapproche aussi des intentions de Ruth Buchanan dans « Legitimizing Global Trade Governance : Constitutional and Legal Pluralist Approaches », *Northern Ireland Legal Quarterly*, n° 57, 2006, p. 657-672, ici : p. 662 *sqq.*, même si celui-ci cherche à se distinguer nettement de façon critique des approches constitutionnelles et pluralistes.

Notre objectif est de porter la force révolutionnaire de la promesse démocratique, des droits fondamentaux, de l'autosuffisance économique, de la citoyenneté, de l'*empowerment* des communautés et de la participation dans les décisions qui affectent la vie de chacun, dans des zones, aussi locales soient-elles, sous autorité globale et transnationale. Notre objectif est de multiplier les zones où les décisions puissent être vues et contestées au lieu de les localiser en un centre, dans l'espoir de parvenir à des solutions et à des approches hétérogènes et à un degré élevé d'expérimentation [...]¹.

La différence entre les deux concepts du politique devient encore plus frappante, lorsque le constitutionnalisme sociétal soulève la question de la démocratie. Les institutions sociales doivent, en effet, être légitimées par toute la société, ce qui ne veut pas dire, en même temps, que cela doit se faire à travers les canaux de la politique institutionnalisée². Ce point ne peut être approfondi ici. En tous les cas, on ne pourra pas adopter sans plus le concept de démocratie, qui est spécialement développé pour le système politique. Pour les institutions sociales, il devrait être conçu autrement. Dans le sens, par exemple, de Wolfgang Streeck :

La démocratisation [...] à la fois en tant qu'*empowerment* et assermentation, par l'État et la société, d'arènes locales de négociation et de décision, par différence avec la production de décisions à la majorité qu'implémente l'État au moyen des normes et des règles d'un vivre-ensemble juste³.

La démocratie au sein de la société se développe donc dans des procédures engageant la responsabilité sociale d'acteurs collectifs décentralisés. On peut indiquer des orientations plus concrètes en mentionnant la participation d'espaces publics transnationaux à des décisions de régimes privés transnationaux⁴. Pour ne donner qu'un exemple : la Convention d'Arhus

1 David Kennedy, « The Mystery of Global Governance », *Ohio Northern University Law Review*, n° 34, 2008, p. 827-860, ici : p. 859.

2 Cela correspondrait aux vues, mentionnées plus haut déjà, du jeune Habermas qui, après avoir mené une critique fondamentale du parlementarisme, invitait à réaliser le potentiel démocratique des processus sociaux ; une vue qui manifestement s'est perdue chez le Habermas de la maturité (et dans son milieu). Voir J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, op. cit. § 25 ; trad. fr. *L'espace public*, op. cit., § 25.

3 Wolfgang Streeck, *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie : Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Francfort, Campus, 1998, p. 54.

4 O. Perez donne des détails éclairants sur la procédure de participation dans « Private Environmental Governance as Ensemble Regulation », art. cité. Sur les expériences démocratiques de l'ICANN, Hans Klein, « Global Democracy and the ICANN Elections », *Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications*, 3, 2001, p. 255-257.

a ouvert une brèche dans le droit positif en mettant trois principes à la participation du public : 1) l'accès aux informations, 2) la participation du public à des procédures de décision, et 3) l'accès aux tribunaux dans les affaires relatives à l'environnement. Ainsi, le rapport entre les appareils administratifs des régimes publics et privés et le « substrat social, c'est-à-dire la société mondiale même (et non pas son système politique, c'est-à-dire la communauté [étatique] internationale) » devient possible. De même qu'il devient possible d'intégrer ce rapport « dans la création de formes d'action et [de] coupler la décision (des appareils législatif, exécutif et judiciaire) et la discussion (des espaces publics globaux spécifiques) structurellement l'une avec l'autre de telle sorte que la dualité, qui est signifiante du point de vue de la théorie de la démocratie, entre la sphère spontanée et celle de l'organisation dans la formation de la constitution sociétale puisse être établie<sup>1</sup> ».

La dynamique entre des impulsions constitutionnelles externes d'origine étatico-politique et les constitutionnalisation et politisation internes de l'économie n'est pas, on l'a vu, une conséquence automatique des impératifs fonctionnels relevant de l'économie et de la politique ; elle apparaît d'abord dans des phases de crise qui sont provoquées par des impératifs de croissance excessifs. C'est ainsi que se définissent les moments constitutionnels : lorsque sont activées des énergies sociales d'une intensité telle que la catastrophe finit par être évitée. En opérant un retour en arrière dans l'histoire, on peut considérer l'année 1929 comme un moment constitutionnel de ce type. À l'époque, les États-nations avaient à prendre une décision en matière constitutionnelle : soit abolir l'autonomie de l'économie en menant une politique totalitaire d'empreinte socialiste ou fasciste, soit opter pour le « New Deal » et l'État social qui sont des formes de constitutionnalisation qui limitent l'économie par l'action de l'État-nation. Qu'en est-il aujourd'hui ? La crise bancaire de 2008 revêtait-elle une importance systémique ? Était-elle menaçante au point d'agir comme un nouveau moment constitutionnel concernant cette fois l'économie globalement connectée, laquelle a augmenté son autolimitation avec la constitution globale de la finance ? Ou bien le « fond » n'était-il pas encore atteint, de sorte que la dépendance d'avant est revenue partout dans le monde lorsque la crise s'est atténuée ?

---

1 Andreas Fischer-Lescano et Moritz Renner, « Europäisches Verwaltungsrecht und Völkerrecht », in Jörg P. Terhechte (dir.), *Verwaltungsrecht in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 359-371, ici : p. 370 sq.



# LES DROITS FONDAMENTAUX TRANSNATIONAUX

## L'effet horizontal

### LES DROITS FONDAMENTAUX AU-DELÀ DE L'ÉTAT-NATION

Lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux, le constitutionnalisme transnational est on ne peut plus adapté. Qui voudrait nier la validité mondiale des droits de l'homme universels, leur validité supérieure et leur rang constitutionnel ? Adopter une telle posture reviendrait à soutenir une contradiction difficilement tenable : on concevrait les droits fondamentaux dans le droit national « selon leur nature » comme un droit d'un rang supérieur, et, en même temps, on qualifierait ces mêmes droits fondamentaux, dans les différents accords transnationaux sur les droits de l'homme, comme un droit ordinaire, à qui il ne revient pas de prévaloir sur d'autres normes ordinaires de droit. Il paraît, dès lors, vraisemblable de reconnaître d'emblée aux normes internationales des droits de l'homme un statut constitutionnel en vertu de leur contenu propre<sup>1</sup>. Il serait difficile de faire comprendre aussi que la validité des droits fondamentaux dans les régimes transnationaux puisse dépendre d'accords contingents issus du droit international<sup>2</sup>. Leur prétention politique et morale à l'universalité réclame aussi une validité juridique mondiale. Et, enfin, on contestera difficilement l'effet – particulièrement intéressant pour notre propos – des droits fondamentaux dans les espaces

- 
- 1 Stephen Gardbaum argumente, en ce sens, avec des distinctions sélectives, dans « Human Rights and International Constitutionalism », art. cité, p. 238 *sqq.*
  - 2 Brigitte Hamm nous renseigne sur les différences importantes qui existent entre les garanties singulières du droit international pour les droits de l'homme, *Menschenrechte : Das internationale Normensystem des 21. Jahrhunderts*, Opladen, Leske & Budrich, 2003.

non-étatiques du contexte global, leur validité par rapport à des acteurs privés transnationaux. Lorsqu'ils ont été menés devant des tribunaux nationaux ou internationaux, les nombreux scandales au cours desquels des entreprises transnationales ont violé les droits de l'homme ont donc aussi souvent conduit les tribunaux – en dépit de leur base de validité des plus incertaines – à protéger également les droits fondamentaux contre des acteurs privés<sup>1</sup>.

Serait-ce un nouveau retour du droit naturel ? En tous les cas, les modèles d'argumentation du droit naturel réussissent à s'imposer pour rendre compte de la validité juridique mondiale des droits fondamentaux et des droits de l'homme<sup>2</sup>. Le positivisme juridique a manifestement de très faibles chances face au pathos des droits de l'homme, et ce, même lorsqu'il s'agit de la question technique de leur validité juridique. Toutefois, à y regarder de plus près, étant donné le pluralisme incontestable des cultures du monde, et en particulier les conflits interreligieux, toute construction jusnaturaliste des droits de l'homme valant universellement s'effondre à nouveau rapidement<sup>3</sup>. Mais alors, si le droit naturel et le positivisme juridique sont tout aussi discutables, sur quoi se fonde la prétention des droits de l'homme à une validité juridique globale ? Elle ne saurait dépendre d'une décision issue de la controverse philosophique entre universalistes et relativistes. Est-ce seulement la *colère publique*\* qui devient ici la source du droit global en impulsant la création de droits de l'homme en réponse à des scandales<sup>4</sup> ? Mais, si tel est le cas, comment la validité juridique de telles normes sociales se constitue-t-elle ? Dans le cadre de notre étude sur la

1 Des analyses détaillées : Dawn Oliver et Jorg Fedtke (dir.), *Human Rights and the Private Sphere : A Comparative Study*, New York, Routledge, 2007 ; Olivier De Schutter (dir.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006 ; Sarah Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, Hart, 2004.

2 Otfried Höffe présente une conception néojusnaturaliste des droits de l'homme transnationaux qui est ambitieuse dans *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C.H. Beck, 2002 ; Matthias Mahlmann défend une autre théorie des droits de l'homme en s'appuyant sur la grammaire morale universelle de Chomsky, dans « Varieties of Transnational Law and the Universalistic Stance », *German Law Journal*, n° 10, 2009, p. 1325-1336.

3 Là-dessus et pour sortir de l'alternative entre l'universalisme et le relativisme, voir l'argumentation subtile de Christoph Menke et Arnd Pollmann, *Philosophie der Menschenrechte*, Hamburg, Junius, 2007, p. 71 sqq.

4 Voir N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 577 sqq. et A. Fischer-Lescano, *Globalverfassung*, op. cit., p. 67 sq.

constitutionnalisation des régimes globaux de droit privé, la question de la validité juridique se pose à deux niveaux différents. 1) Comment passe-t-on des catalogues nationaux des droits fondamentaux et de la positivation des droits de l'homme dans des accords de droit international à la validité des droits fondamentaux dans des régimes transnationaux, qu'ils soient publics, hybrides ou privés ? 2) À l'intérieur de ces régimes, les droits fondamentaux valent-ils aussi à l'égard des acteurs privés ? En d'autres termes, les droits fondamentaux ont-ils aussi dans l'espace transnational un effet à l'égard des tiers, un effet horizontal ?

#### LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ÉTAT-NATION ONT-ILS UN EFFET EN DEHORS DU TERRITOIRE NATIONAL ?

Ladeur et Viellechner répondent de façon décisive à la question de la validité des droits fondamentaux dans les régimes transnationaux « privés<sup>1</sup> ». Ils doutent qu'une émergence spontanée de droits fondamentaux transnationaux soit possible, ils doutent aussi qu'une constitutionnalisation générale du droit international qui affecte ces régimes ait lieu. Leur solution est à l'opposé : promouvoir l'expansion des droits fondamentaux de l'État-nation jusqu'à ce qu'ils pénètrent les régimes transnationaux « privés ». Les auteurs avancent trois arguments : le renforcement d'une porosité réciproque entre les ordres juridiques nationaux et internationaux, le développement d'un réseau communicationnel de tribunaux constitutionnels nationaux et l'interchangeabilité croissante entre le droit privé et le droit public.

Cette construction est suggestive. D'un côté, elle peut ramener aisément la validité problématique des droits fondamentaux sur le plan transnational vers les sources de droit assurées de l'État-nation. De l'autre, elle peut faire fructifier, pour les régimes transnationaux, les doctrines des droits fondamentaux amplement développées au niveau national. Mais aussi suggestive que soit cette proposition, on ne peut pas ignorer l'erreur de catégorie qu'elle recèle. L'« expansion » est un concept ambivalent qui occulte la différence qui sépare deux types de processus fondamentalement différents. Pour le dire dans la langue de la théorie des sources juridiques : les auteurs mettent sur le même plan

---

1 K.-H. Ladeur et L. Viellechner, « Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte », art. cité, p. 46 *sqq.*

les sources de contenu et les sources de validité des droits fondamentaux transnationaux<sup>1</sup>. Ou bien, selon la langue de la théorie des systèmes : les auteurs ne prêtent pas attention au fait que, dans le système du droit, les décisions et les argumentations forment chaque fois des circuits clos, qui certes s'irritent réciproquement, mais ne se confondent jamais<sup>2</sup>. Sans aucun doute, les droits fondamentaux de l'État-nation fournissent des modèles pour le contenu de leurs équivalents transnationaux ; sans aucun doute non plus, les contenus des normes, principes et doctrines des droits fondamentaux circulent par-delà les frontières. Mais cela ne dit pas du tout si – et si oui comment – les droits fondamentaux acquièrent réellement une validité normative dans les régimes transnationaux. Il faut pour cela prendre une décision, il faut qu'il y ait un acte de validation venant d'un processus institutionnel de création du droit ; la nécessité de cet acte ne saurait être occultée en renvoyant aux transferts de contenu qui ont lieu à partir des standards des droits fondamentaux. Seule une analyse détaillée des sources de validité respectives de ces derniers, comme celle de Gardbaum par exemple, peut donner des informations sur leur validité, leur portée et leur application ; l'affirmation audacieuse et générale de leur expansion au-delà des frontières nationales ne peut, quant à elle, en fournir<sup>3</sup>. En outre, l'agencement des standards des droits fondamentaux variant radicalement d'un État-nation à un autre, on ne peut pas du tout parler d'une « expansion » de ces standards, tout au plus d'une sélection entre eux<sup>4</sup>. Ou bien de leur intensification dans les régimes internationaux. La porosité réciproque entre le droit national et le droit international et l'interchangeabilité entre le droit public et le droit privé n'aident pas ici non plus.

Il faut identifier le processus légalement structuré et constitutionnellement (!) légitimé qui pose les droits fondamentaux comme valides et obligatoires à l'intérieur d'un régime transnational. Or, au lieu de cela, Ladeur et Viellechner nous amènent seulement

1 Sur la situation de la théorie des sources juridiques aujourd'hui, voir K. F. Röhl et H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, op. cit., p. 519 sqq.

2 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 338 sqq.

3 S. Gardbaum, « Human Rights and International Constitutionalism », art. cité, p. 243 sqq.

4 Daniel Klösel, *Prozedurale Unternehmensverfassung : Zur Rekonstruktion der privatrechtlichen Kontrollvorbehalte für eine private Regelsetzung im Fall von Compliance-Richtlinien multinationaler Konzerne*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 62. Cela met à nouveau au premier plan la décision de positivisation au sein du régime.

dans l'obscurité mystérieuse de l'« interlégalité<sup>1</sup> ». En somme, le terme d'« expansion » pourrait valoir seulement comme une sémantique confortable de transition, qui certes perçoit l'effet horizontal des droits fondamentaux dans les régimes transnationaux, mais qui ne peut pas encore admettre la prestation constitutionnelle propre aux régimes. On a été familiarisé déjà à cette sémantique de transition grâce au débat sur le rôle législateur du droit jurisprudentiel dans l'État-nation démocratique<sup>2</sup>. Cette sémantique emploie, comme palliatif efficace, le droit constitutionnel national qui est incontestablement en vigueur et dont l'« expansion » au-delà des frontières – des sphères nationales et privées – promet de ne déclencher aucune grande inquiétude.

La même objection vaut pour des entreprises théoriques analogues qui veulent faire reposer la validité transnationale des droits fondamentaux sur la validité universelle des principes généraux du droit (des peuples civilisés ?). La conception exigeante d'un « pluralisme constitutionnel cosmopolitique » postule également une validité transnationale des principes constitutionnels généraux ; cependant, elle demeure assez indéterminée sur la question de savoir quels processus de production juridique soutiennent leur positivation et elle ne sépare pas clairement les chaînes d'argumentation de celles de la décision<sup>3</sup>. La « méthode de droit comparé », si appréciée, s'expose de même à cette objection, dans

- 1 K.-H. Ladeur et L. Viellechner, « Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte », art. cité, p. 45. Le concept introduit par Santos désigne davantage le problème que représente le rapport difficile entre des ordres de droit pluriels que sa solution : « différents espaces juridiques se sont surimposés, interpénétrés et mélangés dans nos esprits aussi bien que dans nos actions, soit à l'occasion de sauts qualitatifs ou de crises radicales, soit lors de la routine ennuyeuse de la vie quotidienne banale », Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense : Law, Globalization and Emancipation*, Northwestern University Press, Evanston, 2003, p. 437. À ce sujet, Marc Amstutz et Vagios Karavas, « Rechtsmutation : Zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum », *Rechtsgeschichte*, n° 8, 2006, p. 14-32 ; M. Amstutz, « In-Between Worlds : Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning », *European Law Journal*, n° 11, 2005, p. 766-784.
- 2 Malgré l'œuvre pionnière de Josef Esser, la sémantique de la transition (« connaissance du droit », droit jurisprudentiel comme « droit coutumier ») n'est pas encore morte, bien qu'elle vive ses derniers moments. Les formulations indécises de K. F. Röhl et H. C. Röhl sont significatives dans *Allgemeine Rechtslehre, op. cit.*, p. 571 sq. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts : Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1956.
- 3 M. Kumm, « The Best of Times and the Worst of Times : Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia », art. cité. Sur l'« application » des principes juridiques

la mesure où elle sert à fonder la validité de normes transnationales<sup>1</sup>. Ces trois conceptions ne distinguent pas assez nettement la fonction de modèle qu'endossent indéniablement les principes, d'un côté, et le processus juridique qui décide de leur validité, de l'autre.

#### LA COLÈRE PUBLIQUE\* GLOBALE

Cela signifie-t-il donc que la colère publique, que Durkheim déclare être la source du droit, rend immédiatement valides les droits fondamentaux<sup>2</sup> ? Dans le cadre des rapports mondiaux agités et face à la perte de pertinence de l'agir étatique, Luhmann définit ainsi le « paradoxe moderne » : dans l'espace global, les droits fondamentaux ne sont pas posés d'abord comme des normes, comme à l'ordinaire, avant de pouvoir être violés, c'est précisément l'inverse, ils sont rendus valides précisément à travers leur violation et l'indignation qui s'ensuit<sup>3</sup>. L'existence réelle de ce paradoxe est confirmée par une pratique qui est désormais bien rodée : les scandales exposés par les mouvements de protestation et les ONG mettent au jour les pratiques douteuses des entreprises multinationales et les signalent de façon médiatique comme des violations des droits de l'homme avant qu'elles ne soient ensuite sanctionnées par les tribunaux<sup>4</sup>.

Ladeur et Viellechner ont bien entendu raison, lorsqu'ils objectent, à l'idée d'un droit créé en réponse à des scandales dépassant le droit international étatique, que les simples « attentes normatives de la société mondiale » ne

---

généraux dans la *lex mercatoria*, Ursula Stein, *Lex mercatoria : Realität und Theorie*, Francfort, Klostermann, 1995, p. 171 *sqq.*

- 1 Cette méthode doit apporter les preuves de la validité universelle d'un ordre public transnational où les droits fondamentaux jouent un rôle important, mais elle tait le rôle législatif de l'instance de résolution de conflits qui met en vigueur la norme concrète après avoir examiné divers ordres juridiques ; voir ainsi Pierre Lalive, « Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration », in Pieter Sanders (dir.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Antwerpen, Kluwer, 1987, p. 257-318, ici : p. 295.
- 2 É. Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 43 *sqq.*
- 3 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 581. Gert Verschraegen offre une analyse approfondie des paradoxes des droits fondamentaux dans « Systems Theory and the Paradox of Human Rights », in Michael King (dir.), *Luhmann on Law and Politics : Critical Appraisals and Applications*, Oxford, Hart, 2006, p. 223-245.
- 4 K.-H. Ladeur et L. Viellechner, « Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte », art. cité. À ce sujet, voir par exemple le cas des mères argentines étudié par A. Fischer-Lescano, *Globalverfassung*, *op. cit.*, p. 31 *sqq.* Pour d'autres études détaillées, voir p. 188, note 3.

sauraient déjà être dotées d'une force créatrice de droit : il faut que ces attentes soient assurées au préalable par une institutionnalisation qui ne peut être attribuée seulement à la colère publique<sup>1</sup>. C'est exprès, toutefois, que Luhmann définit cette pratique comme paradoxale. Seule la dissolution de ce paradoxe pourrait faire que le droit émerge de la mise au jour de scandales. Il convient donc d'examiner la pratique juridique qui se forme précisément aujourd'hui. On doit voir comment elle résout ce paradoxe et avec quelles distinctions institutionnalisées elle rend valides les droits fondamentaux dans ces processus causés par les scandales. Ici aussi, le droit valide n'apparaîtra que si la condamnation (guidée par le code du droit) des pratiques douteuses portant atteinte aux droits de l'homme est observée de façon réflexive par les opérations qui sont guidées par le code du droit et est intégrée à la récursivité des opérations du droit<sup>2</sup>.

#### LES STANDARDS DE DROITS FONDAMENTAUX SPÉCIFIQUES AUX RÉGIMES

Il est plus vraisemblable de s'appuyer sur les décisions concrètes qui établissent une validité juridique dans les institutions des régimes spécifiques, comme le fait Renner dans ses analyses minutieuses des

- 1 Mais leur argument se retourne aussi contre leur propre solution, soit l'expansion étatique des droits fondamentaux, puisqu'ils ne peuvent démontrer que « l'institutionnalisation qui assure les attentes » se trouve dans la simple expansion, mais seulement dans l'acte de poser les normes du régime transnational.
- 2 Les normes sociales deviennent du droit lorsqu'elles sont intégrées dans le système juridique de la société mondiale de telle sorte que des opérations guidées par le code binaire du droit sont, à leur tour, observées par des opérations guidées par le code binaire du droit et accueillies dans le circuit du droit. Pour plus de détails à ce sujet, voir G. Teubner, « Globale Bukowina », art. cité, p. 246 *sqq.* Pour des analyses allant dans le même sens mais développant des nuances différentes, voir : J. Köndgen, « Privatisierung des Rechts : Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 206, 2006, p. 477-525, ici : p. 508 *sqq.* ; Graf-Peter Calliess, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge : Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 182 *sqq.* ; Erich Schanze, « International Standards : Functions and Links to Law », in Peter Nobel (dir.), *International Standards and the Law*, Bern, Staempfli, 2005, p. 83-103. Fischer-Lescano, dans *Globaler Verfassung, op. cit.*, p. 67 *sqq.*, ne met pas non plus d'emblée sur le même pied d'égalité les attentes issues de la colère publique et les normes juridiques, mais fait apparaître la validité juridique seulement dans un processus de création du droit par différents acteurs globaux, qui est contrôlé par des normes secondaires. Et le concept de « règles secondaires » de Hart reste ouvert à l'idée qu'une « règle de reconnaissance » se développe aussi comme droit coutumier et peut servir ainsi comme fondement à un droit authentique. À ce sujet, H. Collins, « Flipping Wreck », art. cité.

régimes globaux privés, que de supposer l'expansion de la validité des droits fondamentaux nationaux ou que de désigner les normes sociales qui deviendront des normes juridiques<sup>1</sup>. Renner montre en détail comment les chaînes jurisprudentielles des tribunaux d'arbitrage de la *lex mercatoria*, les tribunaux d'investissements internationaux et les panels Internet de l'ICANN sont des instances qui mettent en place progressivement des standards de droits fondamentaux concrets dans leur régime respectif, selon un processus réglé par le droit, qui, pour sa part, a été établi par un règlement privé. Et il montre clairement que ni les droits fondamentaux nationaux, ni les règles du droit international privé, ni même encore les simples normes sociales ne fournissent une base de validité qui soit appropriée aux droits fondamentaux dans les régimes. Le développement du réseau communicationnel des tribunaux nationaux, auquel se rapportent Ladeur et Viellechner, n'est pas non plus en tant que tel capable d'établir la validité des droits fondamentaux dans les régimes transnationaux. On comprend, à très juste titre, cette mise en réseau comme ce qui renforce ainsi un système juridique mondial. Mais à l'intérieur du système juridique mondial – il n'en va pas différemment entre les régimes transnationaux et entre les nations –, des frontières internes de validité juridique strictes sont tracées qui ne peuvent être franchies que par un ordre de validité explicite – en l'occurrence, celui des tribunaux d'arbitrage privés.

Ainsi, on ne saurait insister assez clairement sur le fait que seule la pratique même de décision des régimes transnationaux peut rendre valides, à l'intérieur de leurs frontières, les droits fondamentaux. Au-delà de la positivation des droits fondamentaux par les États-nations, leur positivation « sociale » est donc la force motrice de leur universalisation. Une validité transnationale des droits fondamentaux ne survient donc bien entendu dans des régimes établis de droit international que lorsque, comme cela se passe dans les conventions variées sur les droits de l'homme, des accords interétatiques garantissent la protection des droits fondamentaux. Autrement, les conventions sur les droits de l'homme ne valent pas automatiquement par rapport aux organisations ou régimes internationaux<sup>2</sup>. C'est déjà plus difficile, lorsque, comme dans le cas

1 M. Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, *op. cit.*, p. 91 *sqq.*, p. 199 *sqq.*

2 Voir V. Gardbaum, « Human Rights and International Constitutionalism », art. cité, p. 257.

de l'OIT, sur la base d'un accord de droit international, s'institue un processus judiciaire d'autonomisation, où à partir de simples panels de résolution de conflits se forment de véritables institutions judiciaires qui disposent d'une deuxième instance même en organe d'appel. Si les droits fondamentaux sont reconnus ici, ce sont alors ces instances de résolution des conflits qui, selon un processus semblable au *common law*, posent les standards des droits fondamentaux qui doivent valoir à l'intérieur de l'OIT<sup>1</sup>. Et les actes de positivation des droits fondamentaux par les tribunaux d'arbitrage privés de la Chambre de commerce internationale (ICC), du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ICSID) et de la Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet (ICANN) ne doivent pas être évalués différemment. Bien entendu, ils se servent de matériaux d'information variés : de divers ordres nationaux en matière de droits fondamentaux, de principes juridiques généraux, de modèles de la doctrine des droits fondamentaux, et même d'arguments philosophiques. Mais la décision véritable concernant la validité revient aux tribunaux d'arbitrage mêmes, lorsqu'ils ont à choisir dans la sentence arbitrale entre divers standards de droits fondamentaux et lorsqu'ils déterminent, parmi les droits fondamentaux, ceux qui sont juridiquement valables dans les régimes concernés. Les scandales dévoilés par des mouvements de protestation, par les ONG et les médias sont alors effectivement impliqués dans de tels processus de création du droit pour les droits fondamentaux, lorsque les normes issues des scandales sont intégrées, grâce aux normations secondaires, dans le système juridique mondial, lequel s'étend bien au-delà du droit étatique et inclut aussi le droit social.

Dans ce processus de création du droit des régimes, on note que des tribunaux nationaux, qui sont saisis pour la reconnaissance et l'exécution de décisions prises par des tribunaux d'arbitrage, prennent une part déterminante aussi. Ils sont ainsi particulièrement pertinents pour les constitutions de régimes lorsque, en renvoyant à l'ordre public, ils refusent d'exécuter les sentences arbitrales transnationales, parce qu'elles violent les droits fondamentaux<sup>2</sup>. Avec de telles décisions singulières, ils collaborent

---

1 Là-dessus, par exemple, Joel P. Trachtman, « The Constitutions of the WTO », *European Journal of International Law*, n° 17, 2006, p. 623-646, ici : p. 640 *sqq.*

2 P. S. Berman, « Global Legal Pluralism », art. cité, p. 1271. L'exécution de sentences étrangères n'est certes possible que de façon restreinte, toutefois les tribunaux nationaux

également au développement, progressif et tout à fait contradictoire en soi, d'un *common law* transnational des droits fondamentaux.

On ne doit pas ici de nouveau se laisser tenter par le positivisme étatiste, en interprétant à tort le concours des tribunaux nationaux à la création transnationale du droit comme si, « en dernière instance », le droit national devenait la source juridique des droits fondamentaux dans les régimes transnationaux. Cet argument s'est déjà révélé inepte dans le débat sur la *lex mercatoria*, lorsque l'on voulait ancrer celle-ci dans le droit national à partir des décisions d'exécution des tribunaux nationaux<sup>1</sup>. Cet argument repose sur une délimitation erronée du national et du transnational qui ne saisit pas leur interconnexion<sup>2</sup>.

On ne comprend adéquatement le rôle des tribunaux de l'État-nation que lorsque l'on reconnaît que leurs décisions présentent une double appartenance : ils relèvent de deux chaînes distinctes de décisions sur la validité d'ordres juridiques autonomes. Ces sentences judiciaires sont et demeurent des opérations du droit national correspondant dont elles font avancer le développement des normes. Et, elles sont, en même temps, des maillons de la chaîne jurisprudentielle d'un régime, du fait qu'elles prennent part aussi à la création de son droit autonome. Cette double appartenance des décisions à différents enchaînements d'opérations n'est en rien inhabituelle<sup>3</sup>. Elle est pour ainsi dire à l'ordre du jour lorsque les systèmes autonomes développent des couplages structurels et opérationnels. Il en résulte une interconnexion, et non une fusion, des ordres juridiques nationaux et transnationaux. Car les chaînes jurisprudentielles ne se « rencontrent » que brièvement dans les décisions judiciaires singulières, leurs opérations de validité ont sinon chacune des passés et des avenir différents dans leurs ordres juridiques respectifs.

La « *common law constitution* » [constitution selon le modèle du *common law*] – cette expression décrit bien le processus par lequel, dans les régimes

---

contribuent au développement du droit transnational à travers le contrôle de l'ordre public. La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (art. 5, 2 (b), 21 U.S.T. 2517, 2520, 330 U.N.T.S. 38, 42) autorise que le contrôle des tribunaux nationaux soit « contraire à la politique publique de l'État exécutoire ».

- 1 À ce sujet, par exemple, U. Stein, *Lex mercatoria*, *op. cit.*, p. 99, p. 163.
- 2 Des idées plus subtiles sur l'entrelacement des deux sphères sont développées par S. Sassen, *Paradox des Nationalen*, *op. cit.*, p. 249 *sqq.*
- 3 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 440 ; voir aussi, dans un autre cadre théorique, Jean-François Lyotard, *Le différend*, Paris, Minuit, 1983, n° 39 p. 50 *sq.*

transnationaux, les droits fondamentaux sont posés par un processus itératif de décision qui se déroule, d'un côté, entre les décisions des tribunaux d'arbitrage, des tribunaux nationaux, des contrats d'acteurs privés, des normes sociales et, de l'autre, le résultat des scandales mis à nu par les mouvements de protestation et les ONG<sup>1</sup>. En des termes habilement incisifs, Klabber a formulé la réponse appropriée à une voie alternative qui se présenterait ici :

La constitutionnalisation est-elle un processus spontané, un bric-à-brac de décisions qui sont prises par des acteurs dans une position d'autorité et qui répondent aux exigences du moment, ou bien est-ce plutôt le résultat d'un processus descendant, à travers lequel une autorité constituante établit une constitution ? Il est improbable que la deuxième option ait lieu au niveau global ; aussi, par défaut, la première option devrait être plus probable. Il ne s'agit pas de suggérer que la constitution globale sera faite de la somme d'un nombre de constitutions sectorielles ; au contraire, il s'agit de suggérer que la constitution globale sera un patchwork et qu'il est plus probable qu'elle soit identifiée au cas par cas plutôt qu'elle ne prenne une forme écrite : une constitution matérielle plutôt que formelle. Selon les mots de Hurrell, ce sera une « *common law constitution* » plutôt qu'un type continental de constitution<sup>2</sup>.

- 
- 1 C'est en faveur du développement d'une sorte de *common law* des droits fondamentaux transnationaux qu'argumentent aussi M. Kumm, « The Best of Times and the Worst of Times » (art. cité), Vagios Karavas, « Grundrechtsschutz im Web 2.0 : Ein Beitrag zur Verankerung des Grundrechtsschutzes in einer Epistemologie hybrider Assoziationen zwischen Mensch und Computer », in Christoph Bieber *et al.* (dir.), *Soziale Netze in der digitalen Welt : Das Internet zwischen egalitärer Teilhabe und ökonomischer Macht*, Francfort, Campus, 2010, p. 301-326 et C. Walter, « Constitutionalizing (Inter)national Governance », art. cité.
  - 2 Voir J. Klabbers, « Setting the Scene » (art. cité, p. 23) qui fait référence à A. Hurrell, *On Global Order*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 53. Pour éviter des malentendus : contrairement à J. Klabbers, nous défendons la position suivant laquelle une constitution globale se défait dans une multitude de constitutions sectorielles en collision les unes avec les autres.

LES DROITS FONDAMENTAUX  
OBLIGENT-ILS LES ACTEURS PRIVÉS TRANSNATIONAUX ?

*BEYOND STATE ACTION*

Même si les régimes transnationaux posent eux-mêmes leurs standards de droits fondamentaux, la question de savoir si ces droits fondamentaux n'obligent que les acteurs étatiques ou bien aussi les acteurs privés reste ouverte<sup>1</sup>. Dans l'espace transnational, la question du caractère obligatoire des droits fondamentaux pour le privé se pose d'une manière beaucoup plus aiguë que dans l'espace national. Car ici les entreprises multinationales règlent tous les domaines de la vie, de telle sorte que l'on ne peut éviter de se demander ce qu'il en est de la validité des droits fondamentaux à leur égard. Mais, à ce sujet précisément, il s'avère extraordinairement difficile de prendre pour référence la *State action doctrine* [théorie de l'action de l'État], qui est le type de solution le plus connu du droit constitutionnel de l'État-nation<sup>2</sup>. D'après cette théorie, les acteurs privés ne violent les droits fondamentaux d'autrui que si l'on peut identifier dans leurs actions un élément de l'activité étatique, soit que des institutions étatiques soient impliquées dans leurs actions, soit

- 1 Sur l'effet horizontal des droits fondamentaux transnationaux, S. Gardbaum, « Human Rights and International Constitutionalism », art. cité ; Stephen Gardbaum, « The 'Horizontal Effect' of Constitutional Rights », *Michigan Law Review* n° 102, 2003, p. 387-459 ; A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, *op. cit.* ; Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Oxford, University Press, 1996 ; sur la discussion européen-américaine, Andrés Sajó et Renáta Uitz (dir.), *The Constitution in Private Relations : Expanding Constitutionalism*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005.
- 2 À ce sujet, en suivant une perspective de droit comparé, Daniel Friedman et Daphne Barak-Erez (dir.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart, 2001 ; de la discussion internationale sur l'effet à l'égard des tiers des droits fondamentaux, voir pour l'Angleterre : Adam Tomkins, « On Being Sceptical about Human Rights », in Tom Campbell *et al.* (dir.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 1-11, ici : p. 4 ; pour Israël : Aharon Barak, « Constitutional Human Rights and Private Law », *Review on Constitutional Studies*, n° 3, 1996, p. 218-281 ; pour l'Afrique du Sud : Halton Cheadle et Dennis Davis, « The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere », *South African Journal of Human Rights*, n° 44, 1997, p. 39-60, ici : p. 44 *sqq.* ; pour le Canada : Lorraine Weinrib, Ernest J. Weinrib, « Constitutional Values and Private Law in Canada », in Daphne Barak-Erez, Daniel Friedmann (dir.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart, 2001, p. 43-72.

qu'ils exercent eux-mêmes une fonction publique. Mais dans l'espace transnational, il manque l'omniprésence de l'activité étatique qui est habituelle dans l'État-nation, de sorte que l'on ne peut saisir l'action de l'État que dans peu de situations.

Il semble opportun, ici aussi, de recourir à l'approche de la généralisation et de la respécification, que l'on a rencontrée dans les chapitres précédents, et de s'en servir à propos de l'effet horizontal des droits fondamentaux. Une première étape doit consister à ne plus restreindre – ce qui était compréhensible uniquement dans un certain contexte historique – l'application des droits fondamentaux à la protection individuelle contre l'État, à la généraliser en lui donnant la forme d'un principe général qui tienne compte de leur signification pour l'ensemble de la société. Dans une seconde étape, les contenus concrets des droits fondamentaux, leurs destinataires et bénéficiaires, leur structure juridique et leur application doivent être soigneusement orientés en fonction de la logique et de la normativité propres aux contextes sociaux en question.

La doctrine sur l'effet structurel des droits fondamentaux, qui s'est largement répandue et s'est imposée en particulier, sous différentes variantes, en Allemagne, en Afrique du Sud, en Israël et au Canada emploie aussi au fond l'approche de la généralisation et de la respécification<sup>1</sup>. Car elle généralise les droits fondamentaux adressés contre l'État seulement en en faisant des valeurs générales ou des ordres axiologiques objectifs qui doivent aussi « rayonner » dans le droit des domaines non étatiques. Elle respécifie ensuite ces valeurs générales en les adaptant aux particularités de l'ordre de droit privé – grâce aux clauses générales du droit privé ou en menant une interprétation des institutions et des normes singulières du droit privé qui soit sensible aux droits fondamentaux.

D'un point de vue sociologique, cependant, la généralisation aussi bien que la respécification doivent être menées dans des directions différentes. Si le problème consiste à aider les droits fondamentaux à

---

1 Une analyse approfondie de droit comparé sur l'effet horizontal des droits fondamentaux est fournie par S. Gardbaum, « Human Rights and International Constitutionalism », et pour les justificatifs, p. 198 *sq.*, note 31. Sur la doctrine dominante de l'effet à l'égard des tiers en Allemagne, Herdegen in : Maunz / Dürig, Grundgesetz 58. Ergänzungslieferung 2010, art. 1 GG, paragraphes 59-65. Au sujet du simple effet sur les normes étatiques de droit privé et au sujet de la liberté des droits fondamentaux dans des rapports de droit privé, Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht : Eine Zwischenbilanz*, Berlin, De Gruyter, 1999.

devenir effectifs au-delà de la constitution étatique, dans les différents domaines de rationalité ayant des structures sociales propres à chaque fois, et pas simplement dans la société entière, alors il faut s'attendre à ne recevoir que de piètres indications d'orientation d'une généralisation tirée des sciences humaines ou d'une philosophie axiologique. Et il est tout aussi insuffisant d'orienter leur respécification seulement vers les particularités de la doctrine de droit privé. Ni la philosophie axiologique ni la doctrine du droit privé ne donnent une orientation satisfaisante pour réaliser cette tâche.

DONNER UNE DIRECTION À LA GÉNÉRALISATION :  
DES MÉDIAS DE COMMUNICATION  
AU LIEU D'UN ORDRE DE VALEURS

La généralisation devrait, au lieu de cela, prendre pour point de départ la structure sociale spécifique qui est responsable des particularités des droits fondamentaux dans le système politique. *Et il ne s'agit pas de l'État comme acteur collectif, mais du pouvoir politique en tant que médium systémique spécifique dont il faut délier les droits fondamentaux pour les généraliser en direction d'autres médias communicationnels* réellement efficaces dans la société. Pour cela, on devrait partir des fonctions des droits fondamentaux faisant référence au médium du pouvoir, telles qu'elles ont été établies notamment par Luhmann et Thornhill<sup>1</sup>. Formaliser le médium de pouvoir « propre » à la politique est, comme le chapitre précédent l'a montré, l'œuvre des constitutions politiques, lorsqu'elles scellent durablement l'autonomie que la politique a gagné à l'époque moderne par rapport aux sources de pouvoir « étrangères » de la religion, de la famille, de l'économie et de l'armée. Le droit constitutionnel joue un rôle de soutien dans ce processus d'autonomisation dans lequel le médium communicationnel du pouvoir même acquiert des formes propres qui dissolvent le médium général dans des opérations concrètes du système politique. L'extraction de formes du médium fait apparaître

1 Ch. Thornhill, « Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy », art. cité, p. 169 *sqq.* ; N. Luhmann, « Verfassung als evolutionäre Errungenschaft », art. cité ; N. Luhmann, « Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems » ; Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution : Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965. Sur la sociologie des droits fondamentaux de Luhmann, voir Gert Verschraegen, « Human Rights and Modern Society : A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory », *Journal of Law and Society*, n° 29, 2002, p. 258-281.

des positions de pouvoir « fractionnées » et juridicisées : des compétences, des droits subjectifs et – en tant que formes particulièrement renforcées du médium du pouvoir – les droits fondamentaux politiques. Dans ces trois composantes structurelles, le médium du pouvoir trouve ses formes décentralisées. Dans la politique devenue autonome, la communication du pouvoir est mise en scène comme un jeu de positions de pouvoir sous forme de positions juridiques. Les actes de pouvoir, en leur qualité d'éléments opérationnels du processus politique, sont exercés sous la forme de droits, de composantes structurelles du pouvoir. Le médium compact du pouvoir est dissout dans les droits en tant que ce sont ses seules composantes qui sont donc, à chaque fois, de nouveau collectivement agrégées dans le processus de formation du pouvoir.

En tant que formes juridiques du médium du pouvoir, les droits fondamentaux assument un double rôle politique. Mettre seulement l'accent sur la protection individuelle contre la violence étatique n'est pas suffisant. Il est plus exact de dire que les droits fondamentaux exercent, en même temps, une fonction inclusive et une fonction exclusive<sup>1</sup>. Ils servent à inclure l'ensemble de la population dans le processus politique, dans la mesure où ils sont formés comme des droits de participation politique. Tels sont les droits civiques actifs, surtout le droit de vote, mais aussi les droits politiques au sens étroit de la liberté d'expression, de la liberté de réunion et de la liberté d'association<sup>2</sup>. Mais, dans le même temps, les droits fondamentaux servent à exclure du champ politique les sphères sociales de l'autonomie, dans la mesure où ils délimitent la frontière entre politique et société et où ils garantissent la protection des institutions sociales aussi bien que des individus en empêchant leur politisation. Avec cette exclusion, les droits fondamentaux assurent également la capacité fonctionnelle de la politique même, parce qu'ils retirent à la politique des secteurs thématiques déterminés qui la surchargeraient. La dépolitisation ne sert pas seulement à protéger les secteurs autonomes non politiques, mais aussi l'intégrité même de la politique. Cela montre

---

1 Chris Thornhill, « The Future of the State », in Poul F. Kjaer *et al.* (dir.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective : The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart, 2011, p. 381-418, ici : p. 390.

2 De façon remarquable, le droit de vote, qui forme la base par excellence du système politique moderne, n'a pas en Allemagne le statut d'un droit fondamental mais a seulement une valeur équivalente, voir Hans Klein in Theodor Maunz / Günter Dürig, *Grundgesetz*, 58. *Ergänzungslieferung*, Munich, Beck, 2010, art. 38 GG, § 135 *sq.*

clairement que les deux dimensions – inclusive mais aussi exclusive des droits fondamentaux – contribuent ainsi à préserver la différenciation fonctionnelle de la société par rapport à la politique :

La fusion sémantique de la souveraineté et des droits fondamentaux peut être considérée plus largement comme le centre dialectique de l'État moderne et de la société moderne. D'un côté, ces concepts ont permis à l'État de consolider une sphère distincte du pouvoir politique et d'utiliser le pouvoir politique comme une ressource abstraite et inclusive. Mais, d'un autre côté, ces concepts ont permis aussi à l'État de préserver et de délimiter de façon restrictive un domaine fonctionnel du pouvoir politique, et d'amenuiser la pertinence politique de la plupart des thématiques sociales, des interactions et acteurs sociaux<sup>1</sup>.

Pour la suite de l'argumentation, un point est décisif : si l'effet horizontal des droits fondamentaux doit prendre tout son sens dans les domaines sociaux, en dehors de la politique, alors il faut que ce double rôle des droits fondamentaux soit maintenu dans le processus de leur généralisation et de leur respecification. Par rapport à cela, la discussion sur l'effet à l'égard des tiers s'est jusqu'ici trop concentrée sur la simple fonction défensive des droits fondamentaux<sup>2</sup>. *Or, il s'agit tout autant d'inclure toute la population dans les systèmes fonctionnels de la société mondiale que d'exclure les domaines individuels et institutionnels de l'autonomie des systèmes fonctionnels* – la généralisation devrait aller ainsi des droits politiques aux droits sociaux. D'un côté, l'inclusion de toute la population dans chaque domaine social est appuyée par la garantie des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux contribuent ici à la fonction constitutive des constitutions civiles en soutenant l'autonomisation des secteurs sociaux. D'un autre côté, les droits fondamentaux sont aussi fortement impliqués dans la fonction limitative des constitutions sociétales, lorsqu'il s'agit d'autolimiter l'une ou l'autre dynamique systémique. Les droits fondamentaux servent donc à déterminer des limites entre chaque secteur social et ses environnements, en donnant des garanties d'autonomie aux individus et aux institutions en dehors du secteur social, vis-à-vis de ses tendances à l'expansion.

1 Ch. Thornhill, « The Future of the State », art. cité, p. 392.

2 Voir les auteurs mentionnés dans les notes 31 et 32 du présent chapitre qui présentent en principe seulement les droits fondamentaux dirigés à l'égard des tiers comme des droits défensifs.

## LA RESPÉCIFICATION DANS DIFFÉRENTS CONTEXTES SOCIAUX

La respécification ne peut pas vouloir dire, en revanche, comme on l'entend souvent, qu'il faut seulement adapter les droits fondamentaux étatiques aux particularités du droit privé<sup>1</sup>. Une démarche qui suit simplement la doctrine juridique et ne concrétise que l'« ordre de valeurs objectif » dans le système normatif du droit privé passe à côté des particularités des différents contextes sociaux, pour lesquels le droit privé met à disposition ses normes générales. Cette démarche ne rend pas justice à la double réflexivité du droit et du système social que nous avons caractérisé dans le chapitre précédent comme étant le processus constitutionnel central. Car elle considère seulement l'aspect juridique de la constitution et elle néglige son aspect social. Or celui-ci requiert de modifier bien plus fortement – à savoir selon le contexte social – les droits fondamentaux politiques. C'est pour cela que l'exigence « d'adhérer à l'autonomie et à la légalité intrinsèques du droit privé vis-à-vis du système constitutionnel des droits fondamentaux<sup>2</sup> » est certes nécessaire mais pas suffisante. Outre cela, les droits fondamentaux doivent être réajustés chaque fois à la logique sociale et à la normativité propres aux différents secteurs, et être bien entendu également adaptés aux normes de droit qui y sont en vigueur (lesquelles sont le plus souvent, mais pas toujours, des normes de droit privé)<sup>3</sup>.

On peut clarifier cette différence par un exemple. Lorsque le principe d'égalité du droit constitutionnel doit valoir aussi dans des contextes non étatiques, comme c'est le cas dans la législation récente sur l'anti-discrimination, il est tout à fait insuffisant d'appliquer des modifications qui résultent seulement des normes du « principe d'égalité

1 Et donc le plus souvent avec des limitations radicales conformes au droit privé à assurer. Ainsi par exemple, Herdegen in Maunz / Dürig, Grundgesetz 58. Additifs 2010 art. 1, paragraphe 65 *sqq.*

2 Günter Dürig, « Grundrechte und Zivilrechtsprechung », in Theodor Maunz (dir.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung : Festschrift Hans Nawiasky*, Munich, Isar, 1956, p. 156-210, ici : p. 164.

3 La différence est claire lorsque l'on se rend compte à quel point les respécifications sociologiquement orientées des droits fondamentaux pour les organisations économiques vont au-delà de l'effet horizontal des droits fondamentaux qui est uniquement orienté selon le droit privé dans le droit des sociétés. À ce sujet, voir l'étude classique de Ph. Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, *op. cit.*, p. 75 *sqq.*, p. 259 *sqq.* ; plus récemment, J. Schierbeck, « Operational Measures for Identifying and Implementing Human Rights Issues in Corporate Operations », art. cité, p. 168.

de droit privé », dont la validité se réduit pour l'essentiel aux contextes de groupes<sup>1</sup>.

On doit, au contraire, développer des critères pour interdire la discrimination à partir de la normativité propre aux institutions sociales, c'est-à-dire à partir des fonctions sociales des institutions privées. Pour les écoles et les universités privées, les critères résultent de la définition de leurs missions pédagogiques. De tout autres critères d'égalité de traitement, orientés par leur fonction sociale respective, doivent être développés dans les entreprises et dans les communautés religieuses. La législation récente contre la discrimination tend seulement à apprécier ces différences et devrait être corrigée par la jurisprudence qui se déploie maintenant en conséquence<sup>2</sup>. Dit de façon plus générale, si les autres constitutions sectorielles de la société – les constitutions de l'économie, de la science, des médias de masse et de la santé – formalisent aussi par le droit leur médium de communication respectif, et cela aujourd'hui à une échelle globale, alors les droits sociaux fondamentaux doivent s'appuyer sur les formes qui rendent possible la communication dans le médium concerné. Dans chaque constitution sectorielle, le médium communicationnel homogène – l'argent, le droit, le savoir – doit donc être dissout dans des aspects des droits fondamentaux qui sont distribués de manière décentrée.

L'effet à l'égard des tiers est-il direct ou indirect ? Cette différence n'est absolument pas insignifiante, comme certains auteurs veulent le faire croire<sup>3</sup>. La sociologie des constitutions se prononcerait résolument en faveur d'un effet horizontal *indirect* – toutefois, dans un autre sens que celui qui est traditionnellement employé. Parler d'un effet horizontal direct des droits fondamentaux paraît, en revanche, erroné. Ses défenseurs ont certes raison de souligner que l'on ne peut pas atténuer ainsi l'efficacité des droits fondamentaux dans la société, qu'ils sont

- 
- 1 Sur le principe d'égalité en droit privé, voir les études de Ludwig Raiser, « Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht », *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n° 111, 1948, p. 75-101, et de Götz Hueck, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, Munich, C. H. Beck, 1958.
  - 2 Sur les problèmes apparaissant à cette occasion, Peter Badura, « Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten : Die verfassungsrechtliche Problematik der Umsetzung der EG-Diskriminierungsrichtlinien in Deutschland », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 68, 2008, p. 347-358.
  - 3 En particulier, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Francfort, Suhrkamp, 1994, p. 473 *sqq.*

dilués dans des valeurs très abstraites ou qu'ils sont contrecarrés par des normes de droit privé<sup>1</sup>. Mais ils provoquent finalement un court-circuit entre la politique et les sphères sociales<sup>2</sup>. Au lieu d'homogénéiser les effets des droits fondamentaux étatiques et sociaux, ce qui importe est l'effet « indirect » des droits fondamentaux en un sens précis, au sens où désormais leur transformation dépend spécifiquement du contexte.

C'est pourquoi, en définitive, ces conceptions de l'effet à l'égard des tiers qui limitent la validité sociale des droits fondamentaux aux phénomènes du pouvoir économique et social induisent aussi en erreur, parce qu'elles orientent les droits fondamentaux seulement vers l'un des nombreux médias de communication<sup>3</sup>. L'approche sociologique des constitutions de Thornhill commet également cette erreur : elle ne reconnaît des constitutionnalisations sociales que si – et seulement si – la communication se fait à travers le médium du pouvoir dans les différents sous-systèmes. C'est dû au fait que Thornhill présente, en dernier ressort, sa théorie de la constitution comme une théorie du pouvoir et donc qu'il comprend aussi l'effet horizontal des droits fondamentaux comme « des transformations de la constitution corrélées aux transformations internes du pouvoir et adaptées aux nouvelles conditions du pouvoir social<sup>4</sup> ». Ce n'est là cependant qu'une partie de la problématique ; car on thématise bien ainsi le rôle des droits fondamentaux envers les phénomènes de

- 1 C'est l'axe de la défense engagée pour un effet horizontal direct par Gert Brügge-meier *et al.* (dir.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 ; Gert Brügge-meier, « Constitutionalisation of Private Law : The German Perspective », in Tom Barkhuysen, Siewert Lindenbergh (dir.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden, Brill, 2006, p. 59-82.
- 2 C'est le ton de la critique faite par Marc Amstutz *et al.*, *Soziales Vertragsrecht : Eine rechts-revolutarische Studie*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2006.
- 3 La réduction de l'effet à l'égard des tiers des droits fondamentaux au phénomène de « pou-voir social », par analogie au pouvoir politique, est courante dans le droit du travail. On conçoit aisément cela étant donné le phénomène du pouvoir organisationnel. Mais cette vue réduit la question de l'effet à l'égard des tiers à un simple phénomène d'égalisation des pouvoirs et ignore les menaces plus subtiles qui planent sur les droits fondamentaux. Voir par exemple Franz Gamillscheg, « Die Grundrechte im Arbeitsrecht », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 164, 1964, p. 385-445. Des réductions semblables se trouvent dans les concepts explicitement politiques de l'effet horizontal des droits fondamentaux, par exemple, G. Anderson, *Constitutional Rights after Globalization*, *op. cit.*, p. 33 *sqq.* La taxonomie des constitutions plurielles de Tuori considère aussi les relations de pouvoir en se focalisant exclusivement sur les constitutions et les droits fondamentaux ; K. Tuori, « Many Constitutions of Europe », art. cité, p. 11 *sq.*
- 4 Ch. Thornhill, « Constitutional Law from the Perspective of Power », art. cité, p. 247.

pouvoir social, mais pas les prestations plus subtiles de ces droits – ils accordent de réelles opportunités de communication dans les divers secteurs sociaux et protègent l'intégrité des dangers causés par d'autres médias de communication.

L'EFFET D'INCLUSION DES DROITS FONDAMENTAUX :  
LES DROITS D'ACCÈS

La discussion sur l'effet à l'égard des tiers s'est concentrée jusqu'ici, comme on l'a montré, sur la fonction défensive des droits fondamentaux par rapport aux phénomènes sociaux de pouvoir, et elle néglige, en revanche, leur fonction inclusive<sup>1</sup>. Mais c'est précisément un problème structurel des sociétés modernes avancées qui se pose ici : celui-ci n'est devenu visible que dans les dernières phases de la globalisation à travers l'ampleur des dommages sociaux qu'il causait. Le problème tient au *paradoxe de l'inclusion de la différenciation fonctionnelle*. D'un côté, les systèmes fonctionnels sont aménagés de telle sorte qu'ils n'ont pas chacun pour membres des groupes de population strictement circonscrits, comme c'est le cas dans les sociétés stratifiées (états, couches, castes), mais qu'ils incluent chacun l'ensemble de la population – du point de vue strict de leur fonction toutefois. Cette inclusion de toute la population dans chaque système fonctionnel est la « loi fondamentale » de la différenciation fonctionnelle. Mais d'un autre côté, la dynamique interne des systèmes fonctionnels conduit à l'exclusion des groupes entiers de population. De surcroît, ces exclusions liées à une fonction spécifique se renforcent réciproquement, « si l'exclusion étendue de l'un des systèmes fonctionnels (par exemple, l'extrême pauvreté) conduit à l'exclusion d'autres systèmes fonctionnels (par exemple, la scolarisation, la protection des droits, la formation stable d'une famille)<sup>2</sup> ».

Des exclusions sociales de grande ampleur, comme il y en a dans les ghettos des grandes villes américaines par exemple, n'ont pas été héritées

1 Elle n'est pas une seule fois mentionnée dans le commentaire majeur de Herdegen, in Maunz / Düring, Grundgesetz 58. Ergänzungslieferung 2010, art. 1, paragraphe 65 *sqq.*

2 N. Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, *op. cit.* p. 427.

de structures sociales traditionnelles mais sont apparues à l'époque moderne. Cela soulève une question préoccupante : est-ce la logique de la différenciation sociale qui fait que la différence entre l'inclusion et l'exclusion prime sur les codes binaires des systèmes fonctionnels globaux<sup>1</sup> ? La distinction « inclusion / exclusion » devient-elle le métacode du vingt-et-unième siècle qui, à la fois, médiatise tous les autres codes, sape la différenciation fonctionnelle et occupe une place dominante par rapport aux autres problèmes de politique sociale à cause de l'exclusion explosive de groupes entiers de population ?

À cet égard, le constitutionnalisme sociétal fixe d'emblée l'objectif d'établir, dans tous les secteurs sociaux, des contre-institutions garanties par le droit constitutionnel. Les droits fondamentaux n'agissent pas alors seulement pour limiter les systèmes fonctionnels par rapport à l'autonomie des individus mais aussi pour garantir l'inclusion de la population dans chaque système fonctionnel<sup>2</sup>. On voit plus clairement maintenant ce que veut dire orienter la généralisation et la respecification des droits fondamentaux politiques vers les médias spécifiques des systèmes fonctionnels, et non pas vers des valeurs abstraites

Dans le domaine politique, la garantie d'inclusion est largement développée. Le droit de vote universel et les droits civiques actifs doivent permettre que l'accès au médium du pouvoir politique soit ouvert à toute la population. Ce principe politique d'inclusion doit donc être généralisé de manière à ce que, dans tous les systèmes fonctionnels, l'accès aux médias de communication correspondants ne soit pas simplement maintenu ouvert, mais soit factuellement garanti. Mais cela ne peut être obtenu de nouveau en général au niveau de la société, par

---

1 Là-dessus, dans le cadre d'une théorie de la société mondiale, N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 582 sqq. Sur l'exclusion / inclusion dans la perspective d'une théorie des systèmes poststructuraliste, Urs Stäheli et Rudolf Stichweh (dir.), *Exclusion and Socio-Cultural Identities : Systems Theoretical and Poststructuralist Perspectives*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2002. Sur la thématique 'inclusion / exclusion' à partir d'une perspective politique, Amartya Sen, *Social Exclusion : Concept, Application, and Scrutiny*, Manila, Asian Development Bank, 2000.

2 Les premiers pas dans cette direction sont faits par P. Holmes, « The Rhetoric of Legal Fragmentation and its Discontents », art. cité, p. 132 sqq. ; des réflexions similaires pour un statut positif d'Internet dans la constitution qui soit garanti par les droits fondamentaux sont menées par L. Viellechner, « Constitution of Transnational Governance Arrangements », art. cité, p. 453 sqq. ; de même G. Verschraegen, « Differentiation and Inclusion : A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights », art. cité.

exemple à travers une garantie d'accès à toutes les institutions sociales que la politique exprimerait et ferait accepter. Car :

Avec la différenciation fonctionnelle du système de la société, la régulation du rapport entre inclusion et exclusion est cédée aux systèmes fonctionnels, et il n'y a plus d'instance centrale (même si la politique se voit volontiers dans ce rôle) qui supervise les sous-systèmes à cet égard<sup>1</sup>.

C'est, en revanche, la tâche de la respécification que de formuler les conditions spécifiques des systèmes fonctionnels de façon à rendre possible l'accès aux institutions sociales. Les services essentiels dans le système économique, l'obligation d'assurance dans le secteur de la santé et la garantie d'un accès à Internet sont autant de cas où les droits fondamentaux, à travers leur effet horizontal, imposent un accès aux institutions sociales.

La discussion actuelle sur la soi-disant neutralité d'Internet offre un exemple instructif d'un tel droit fondamental à l'inclusion dans les secteurs sociaux<sup>2</sup>. À travers l'organisation technique de l'Internet, on garantit d'abord qu'aucun obstacle n'empêche l'accès général aux marchés pour ses applications. Le droit à un accès libre et égal au bien commun artificiel de l'Internet est en principe technologiquement garanti et n'a pas besoin d'un renforcement normatif supplémentaire. Mais aujourd'hui ce principe est menacé par des instruments digitaux récents qui réunissent différentes applications dans des catégories pour lesquelles les services d'Internet sont ensuite offerts à différentes conditions. La neutralité du réseau est donc enfreinte si les opérateurs différencient des catégories distinctes et donnent la priorité à l'utilisateur qui paye le plus (accès par niveaux). C'est un cas évident de discrimination d'accès. Les manipulations de l'algorithme de recherche par Google ou les mesures de blocage par les opérateurs représentent d'autres cas<sup>3</sup>. Face à cela, la neutralité d'Internet qui a d'abord été assurée seulement de manière technologique a besoin d'une protection supplémentaire garantie par des normes, grâce aux droits fondamentaux à l'inclusion. Un droit d'accès à des institutions non politiques – l'effet horizontal des droits

1 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 630.

2 À ce sujet, D. Wielsch, *Zugangsregeln*, op. cit., p. 249 sqq.

3 Là-dessus, V. Karavas, « Grundrechtsschutz im Web 2.0 » op. cit. ; V. Karavas, *Digitale Grundrechte*, op. cit., p. 164 sqq. ; G. Teubner et V. Karavas, <http://www.CompanyNameSucks.com>, op. cit.

fondamentaux se spécifierait ainsi – devrait contraindre la propriété du réseau, configurée selon le droit privé, à laisser un accès à tous et en particulier à passer des contrats. « Des règles d'accès doivent garantir que tous les utilisateurs du médium possèdent fondamentalement les mêmes libertés (possibilités d'action)<sup>1</sup> ». Il serait ainsi interdit aux opérateurs d'Internet de faire des discriminations entre des applications comparables. L'accès de l'ensemble de la population aux institutions sociales d'Internet serait garanti par les droits fondamentaux.

En fin de compte, de tels droits fondamentaux d'inclusion devraient aussi former une base pour des exigences plus amples de politique sociale. Brunkhorst a indiqué, à juste titre encore, que le projet d'une constitutionnalisation des secteurs de la société mondiale reste partiel tant qu'il n'est pas accompagné par un renforcement des structures démocratiques. Cependant, ces idées en faveur d'une légitimation démocratique renforcée ne portent souvent que sur la manière de relier plus étroitement les processus sociaux à la politique institutionnalisée. Brunkhorst lui-même réclame une liaison plus forte avec les processus politiques de l'Union européenne. D'autres auteurs cherchent la solution dans la politique des États-nations qui est démocratiquement légitime<sup>2</sup>. D'autres encore attribuent à la constitution politique sectorielle un primat par rapport à toutes les autres constitutions sectorielles : il s'ensuit que la légitimité démocratique ne peut provenir que de là<sup>3</sup>.

Nos réflexions empruntent une autre direction. L'objectif du constitutionnalisme sociétal, comme on l'a expliqué dans le chapitre précédent, est de renforcer le potentiel démocratique dans les secteurs sociaux mêmes. Comme le souligne Wiethölter, il s'agit du politique dans la « société en tant que société ». Le politique ne se forme « pas seulement à partir de la somme unifiée et 'démocratique' des citoyens, il 'organise' l'institutionnalisation de processus de décision, de communication et d'éducation ». Et, d'un point de vue normatif, la conséquence est un

---

1 D. Wielsch, *Zugangsregeln*, *op. cit.*, p. 254 ; V. Karavas fait des propositions détaillées pour l'effet des droits fondamentaux sur Internet dans *Digitale Grundrechte*, *op. cit.*, p. 179 *sqq.* ; James B. Speta suit une approche similaire sur les principes du transporteur commun dans « Common Carrier Approach to Internet Interconnection », *Federal Communication Law Journal*, n° 54, 2002, p. 225-279.

2 Par exemple, M. Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, *op. cit.*, p. 244 *sq.*

3 Ch. Joerges et F. Rödl, « Funktionswandel des Kollisionsrechts II », art. cité, p. 777 (« pas pensable autrement »).

effet horizontal des droits fondamentaux en tant que droits de participation : « la part sociale de l'être humain est son "droit de citoyen", qui dépasse la dichotomie traditionnelle entre droit privé – droit public<sup>1</sup> ».

La direction que la politique sociale indique implique de transformer des droits fondamentaux d'inclusion en des droits sociaux actifs du citoyen à l'intérieur des secteurs sociaux. Au sein des État-nations, le mouvement de cogestion est arrivé par exemple à institutionnaliser certains droits sociaux actifs du citoyen dans l'entreprise ainsi que dans d'autres organisations sociales. La question de savoir si, dans les contextes transnationaux, le mouvement des *stakeholders* peut établir des institutions équivalentes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise reste une question ouverte.

#### L'EFFET D'EXCLUSION DES DROITS FONDAMENTAUX

Alors que ces droits sociaux fondamentaux d'inclusion apparaissent seulement au début de leur institutionnalisation, l'effet horizontal des droits fondamentaux est déjà bien plus développé en ce qui concerne leur fonction défensive. Au niveau transnational, de plus en plus de violations des droits fondamentaux, commises par les entreprises multinationales, sont portées devant les tribunaux<sup>2</sup>.

Les droits exclusifs réagissent de la même manière que les droits inclusifs aux problèmes que soulèvent la différenciation des systèmes fonctionnels autonomes et l'autonomisation de leurs médias de communication. Le problème de ces droits se trouve dans les tendances qu'ont les systèmes fonctionnels devenus autonomes à franchir leurs limites fonctionnelles spécifiques, et leur rôle est d'apporter des garanties pour exclure de cette expansion les sphères de l'autonomie. La politique fut la première à s'autonomiser, et cela visiblement partout, et elle fit valoir

1 Rudolf Wiethölter, « Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft* 45, n° 78, 1992, p. 222-240, ici : p. 238.

2 Pour plus de détails sur la fonction de défense des droits fondamentaux sociaux, voir Gunther Teubner, « Die anonyme Matrix : Zu Menschenrechtsverletzungen durch private transnationale Akteure », *Der Staat*, n° 45, 2006, p. 161-188.

des revendications d'inclusion excessives. Elle se délia des conditions morales, religieuses et économiques de la vieille société et accrut les possibilités d'usurpation de son médium spécial, le pouvoir, sans que des conditions immanentes ne lui mirent encore de limites. À travers sa clôture opérationnelle et son autonomisation structurelle, elle se créait de nouveaux environnements à l'égard desquels elle développait des tendances à l'expansion, impérialistes pour ainsi dire. Le pouvoir absolu libéra des forces destructives insoupçonnées : un pouvoir central pour des décisions collectives légitimes qui développait un langage propre et même une rationalité élevée du politique et qui révélait une tendance inhérente à une totalisation sans limite<sup>1</sup>.

L'expansion de la politique prit des directions diverses. Elle franchit, en premier lieu, les limites des autres sphères sociales d'activité. Leur réaction dans les conflits qui en résultèrent consista à réclamer des sphères de communication autonomes qui fussent à l'abri de l'intervention de la politique – que ce soit par des droits fondamentaux institutionnels ou personnels. Les droits fondamentaux délimitèrent par rapport à la politique des espaces d'autonomie, appropriés soit aux institutions sociales soit aux personnes en tant que constructions sociales<sup>2</sup>. Ce fut ici non pas la fonction d'inclusion mais celle d'exclusion qui prit effet. Dans les deux cas, en dépolitisant les sphères sociales d'autonomie, les droits fondamentaux mirent des barrières, de l'intérieur de la société, aux tendances à la totalisation du médium politique du pouvoir.

En second lieu, et avec une violence particulière, la politique s'étendit au-delà des limites sociales en essayant de contrôler la psyché et le corps humains. La résistance de ces derniers n'eut d'impact que lorsqu'elle put être communiquée sous la forme de protestation dans des dénonciations et par la violence, lorsqu'elle put être traduite dans les luttes politiques des opprimés contre leurs oppresseurs et enfin lorsqu'elle déboucha, suite à des compromis historiques, sur des garanties politiques d'autolimitation de la politique vis-à-vis des êtres humains en tant qu'unités psycho-physiques.

---

1 À ce sujet, de façon essentielle à nouveau, N. Luhmann, *Grundrechte als Institution, op. cit.*, p. 24.

2 Sur le rapport entre les droits fondamentaux individuels et institutionnels, Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 77.

Ce modèle défensif des droits fondamentaux vis-à-vis de l'État ne fonctionna qu'aussi longtemps que l'État pouvait être identifié à la société ou du moins que l'État pouvait être considéré comme la forme d'organisation de la société et la politique comme la coordination hiérarchique la société. Ce modèle cessa d'être plausible lorsqu'il devint clair que la société moderne n'est pas appréhendée correctement par l'approche dualiste « individu / communauté » et que l'on prit conscience de la libération et de l'autonomisation d'autres médias communicationnels très spécialisés (l'argent, le savoir, le droit, la médecine, la technologie). C'est exactement à ce sujet que la problématique de l'effet horizontal des droits fondamentaux exclusifs, c'est-à-dire des droits défensifs contre les institutions sociales, devient pertinente. La fragmentation de la société multiplie les zones frontalières entre les médias de communication et les sphères individuelles et institutionnelles de l'autonomie<sup>1</sup>.

Ainsi, il est manifeste également que le problème des droits de l'homme ne se réduit ni au rapport État-individu ni au domaine de la politique institutionnalisée, ni même seulement à des phénomènes de pouvoir au sens large (de Foucault). La menace spécifique que représente un médium communicationnel devenu autonome ne vient pas seulement de la politique, mais en principe de tous les sous-systèmes autonomisés, dans la mesure où ils développent une dynamique expansionniste propre. Marx a montré cela pour l'économie, notamment avec les concepts d'aliénation, de fétichisation, d'autonomie du capital, de marchandisation du monde, d'exploitation de l'homme. Aujourd'hui, on voit que l'intégrité individuelle et institutionnelle subit des menaces semblables – ce que montrent en particulier Foucault, Agamben et Legendre<sup>2</sup> – qui proviennent de la matrice des sciences naturelles, de celles de la psychologie et des sciences sociales, des technologies, de la médecine, des médias d'information (les mots clés sont : docteur

- 
- 1 K.-H. Ladeur insiste sur l'aspect institutionnel : « Les droits fondamentaux peuvent donc contribuer à l'autoréflexion du droit civil lorsque – comme lors de l'effet horizontal des libertés communicationnelles – il s'agit de la protection d'intérêts et de biens non économiques » (*ibid.* p. 64).
  - 2 Giorgio Agamben, *Homo Sacer : Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1998 ; Michel Foucault, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, [1975] 1993, p. 200 *sqq.* ; Pierre Legendre, « L'homme en meurtrier », in Pierre Legendre, *La fabrique de l'homme occidental*, Paris, Mille et une nuits, 1996, p. 31-47.

Mengele<sup>1</sup>, l'assistance médicale à la procréation, la prolongation de la vie par des soins intensifs, l'honneur perdu de Katharina Blum<sup>2</sup>).

C'est pour cela qu'aujourd'hui le problème de la fragmentation de la société est central pour les droits fondamentaux en tant que droits défensifs. Il n'existe pas de frontière unique entre la communication politique et les êtres humains, frontière où les droits de l'homme monte-raient la garde. Les problèmes se présentent, au contraire, dans beaucoup d'institutions sociales qui forment chacune une frontière avec leur envi-ronnement humain : les frontières entre politique et individu, économie et individu, droit et individu, science et individu. Tout dépend donc de l'identification des différents postes-frontières pour pouvoir reconnaître, dans leur spécificité, les violations frontalières qui menacent l'intégrité. Où se trouvent les postes-frontières ? Réponse : dans les constructions variées du terme de « personne » que fournissent les sous-systèmes, à savoir *homo politicus*, *homo oeconomicus*, *homo juridicus*, *homo organisatoricus*, *homo retaliis*, etc. Ce sont certes de simples constructions issues de la communication qui rendent possible l'attribution, mais ce sont aussi, en même temps, des points de contact réels avec les être humains qui sont « au dehors<sup>3</sup> ». À travers le masque de la « personne », les systèmes sociaux sont en contact avec les êtres humains ; ils ne peuvent certes pas communiquer avec eux, mais ils peuvent les irriter massivement et être, à leur tour, irrités par eux. Dans des cycles de perturbation restrictifs, la communication irrite la conscience avec des « demandes » sélectives – conscience qui est conditionnée par des hypothèses de rationalité émises par la personne – et peut être irritée par les « réponses », de nouveau conditionnées de façon très sélective. C'est dans cette récursivité qu'a

- 
- 1 On a pris l'habitude de considérer que les expériences qu'effectuait le Dr. Mengele sur les êtres humains étaient le signe d'une personnalité sadique ou de l'asservissement de la science à la politique totalitaire nazie. Mais des recherches plus récentes montrent précisément qu'on peut également les attribuer aux tendances expansionnistes du système scientifique, qui, sous l'effet de sa dynamique propre, en particulier sous l'effet de la pression de la concurrence internationale, saisit chaque, mais vraiment chaque occasion pour accumuler du savoir, dès lors qu'il n'est pas empêché par une contre-pression sociale externe. À ce sujet, voir Hans-Walter Schmuhl, *Grenzüberschreitungen : Das Kaiser-Wilhelm-Institut für Anthropologie, menschliche Erblehre und Eugenik 1927 bis 1945*, Göttingen, Wallstein, 2005.
  - 2 Heinrich Böll, *L'honneur perdu de Katharina Blum : Comment peut naître la violence et où elle peut conduire*, trad. Solange de Lalène, Georges de Lalène, Paris, Seuil, 1975.
  - 3 Pour des précisions à ce sujet, voir Peter Fuchs, *Der Eigen-Sinn des Bewusstseins : Die Person – die Psyche – die Signatur*, Bielefeld, transcript, 2003, p. 16 sq., p. 28 sq., p. 30 sq., p. 33 sqq.

lieu l'« exploitation » de l'homme par les systèmes sociaux (et pas par l'homme !). Le système social, en sa qualité de processus de communication hautement spécialisé, concentre ses irritations sur les êtres humains sur les constructions sociales de la personne. Pour maintenir sa différence environnementale, il « aspire » leurs énergies psychiques et corporelles. Les mécanismes foucaaldiens de disciplinarisation développent leurs effets particuliers de cette manière d'abord<sup>1</sup>.

#### LA MATRICE ANONYME

Si les violations des droits fondamentaux sont dues systématiquement aux tendances totalisantes des rationalités sociales sectorielles, considérer l'effet horizontal de ceux-là comme s'il s'agissait seulement de relations entre des acteurs privés dont on mettrait en balance les droits fondamentaux n'a alors à l'évidence plus aucun sens. C'est pourtant toujours encore l'opinion dominante<sup>2</sup>. Que faut-il alors voir exactement à l'origine de la violation des droits fondamentaux ? L'image de l'« horizontalité » minimise la problématique des droits de l'homme d'une façon tout simplement intolérable, comme si, dans la question de l'effet à l'égard des tiers, il ne s'agissait que de la violation, par des individus de la société, des droits d'autres individus. La violation de l'intégrité d'êtres humains par d'autres est cependant une problématique complètement différente, qui est apparue longtemps avant la fragmentation radicale de la société d'aujourd'hui et que l'on doit distinguer systématiquement de la véritable problématique des droits fondamentaux<sup>3</sup>. La tradition énonça

1 Des détails sur les constructions de la personne comme point de contact entre la communication et la psyche, Gunther Teubner et Michael Hutter, « Der Gesellschaft fette Beute : Homo juridicus und Homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen », in Peter Fuchs, Andreas Göbel (dir.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft ?*, Francfort, Suhrkamp, 1994, p. 110-145.

2 L'arrêt 89 du Tribunal constitutionnel fédéral, p. 214 *sqq.* et R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 484 sont représentatifs.

3 Les êtres humains peuvent certainement se faire plus de mal les uns aux autres, en transgressant les droits subjectifs du type le plus fondamental (vie, dignité). Mais ce n'est pas une question de droit fondamental, dans le sens entendu ici, mais une question sur les normes fondamentales du droit pénal et du droit de la responsabilité délictuelle. Les

cette dernière dans l'idée que des « droits subjectifs » sont attribués aux personnes. En philosophie, cette idée a été élaborée par la théorie des droits subjectifs dans la tradition kantienne, selon laquelle idéalement les sphères du libre arbitre des citoyens sont délimitées les unes par rapport aux autres, de telle sorte que le droit peut prendre une forme généralisable. En droit, cette pensée est particulièrement marquée dans le droit classique de la responsabilité délictuelle, au centre duquel ne se trouvent pas simplement des dommages, mais la violation des droits subjectifs.

Les « droits fondamentaux », tels que nous les proposons ici, se distinguent des « droits subjectifs » du droit privé en ce qu'ils ne concernent pas la menace réciproque que peuvent représenter les individus les uns par rapport aux autres, c'est-à-dire les relations intersubjectives : ils s'occupent de *la menace que représentent des matrices communicationnelles anonymes (institutions, discours, systèmes) pour l'intégrité d'institutions, de personnes et d'individus*. Par différence avec les droits subjectifs généraux, les droits fondamentaux ne sont définis ni par le caractère fondamental du bien juridique en question, ni par leur privilège dans les textes constitutionnels, mais par leur qualité de contre-institutions sociales et juridiques face aux tendances à l'expansion des sous-systèmes.

La tradition anglo-américaine parle indistinctement, dans les deux cas, de *rights*, et manque ainsi d'emblée la différence fondamentale entre les droits subjectifs et les droits fondamentaux, même si elle peut par ailleurs les traiter librement ensemble. Par contre, le concept de macro-criminalité du droit pénal et la responsabilité pénale des organisations formelles se rapprochent de la problématique envisagée ici<sup>1</sup>. Ces concepts se rapportent à des violations de normes qui ne proviennent pas d'êtres humains concrets mais de processus sociaux impersonnels qui se servent de coupables humains, tels leurs fonctionnaires<sup>2</sup>. Ces concepts sont utilisés cependant, de façon restrictive, pour les menaces qui proviennent d'« acteurs collectifs » assez évidents (les États, les partis politiques,

---

droits fondamentaux au sens moderne ne sont pas dirigés contre les menaces issues des êtres humains mais contre les menaces provenant de la matrice des systèmes.

- 1 À ce sujet, par exemple, Herbert Jäger, *Makrocriminalität : Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Francfort, Suhrkamp, 1989.
- 2 Pour plus de clarté, soulignons qu'ainsi la responsabilité individuelle ne disparaît pas sous la responsabilité collective, mais que toutes deux coexistent toujours, en étant néanmoins soumises à des conditions différentes.

les entreprises, les grands groupes, les associations); ils ne permettent pas d'appréhender les menaces issues de la « matrice » anonyme, des processus communicationnels autonomisés (institutions, systèmes fonctionnels, réseaux), qui ne sont pas précisément personnifiés comme des collectifs. Même les droits de l'homme axés sur l'État ne doivent pas être vus comme des relations entre des acteurs politiques (l'État *versus* le citoyen), c'est-à-dire comme l'expression de relations entre personnes. Il s'agit plutôt de relations entre des processus de pouvoir anonymes, d'un côté, et des corps meurtris et des âmes blessées, de l'autre. Cette idée n'est exprimée dans la communication que façon très imparfaite, pour ne pas dire trompeuse, comme un rapport entre personnes.

On commettrait une erreur de catégorie si l'on comprenait l'effet horizontal des droits fondamentaux comme une pondération des droits subjectifs individuels<sup>1</sup>. On débouche ensuite simplement sur le droit de la responsabilité délictuelle qui est centré sur les relations interpersonnelles. Et l'on est contraint d'appliquer en bloc les droits fondamentaux concrets axés sur l'État aux relations interpersonnelles les plus diverses qui soient – avec des conséquences désastreuses pour les libertés de choix dans l'intersubjectivité. C'est ici que se trouve le dernier noyau rationnel de la protestation excessive – complètement exagérée et ratant la problématique – des juristes privatistes contre l'introduction des droits fondamentaux dans le droit privé<sup>2</sup>.

On évite cette erreur de catégorie si l'on comprend que dans les deux problématiques des droits de l'homme, aussi bien dans l'« ancienne » de type politique que dans la « nouvelle » de type polycontextuel, ce qui est en jeu est que les êtres humains ne sont pas menacés par leurs semblables mais par des processus communicationnels anonymes qui doivent tout d'abord être identifiés. Foucault le voit très clairement

1 K.-H. Ladeur, dans *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik* (op. cit., p. 58 sqq.), se montre très critique envers la pondération des droits subjectifs dans le domaine de l'effet à l'égard des tiers des droits fondamentaux.

2 Uwe Diederichsen, « Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 198, 1998, p. 171-260; *ibid.*, « Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 197, 1997, p. 57-64; Wolfgang Zöllner, « Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht : Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den so genannten Ungleichgewichtslagen », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 196, 1996, p. 1-36; Dieter Medicus, « Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 192, 1992, p. 35-70, ici : p. 35.

lorsqu'il dépersonnalise radicalement le phénomène de pouvoir et considère les relations de micro-pouvoir présentes dans les capillaires de la société comme l'expression de discours / pratiques des « disciplines<sup>1</sup> ».

La question des droits de l'homme au sens étroit doit être comprise aujourd'hui au sens où l'intégrité corporelle et psychique des individus est mise en danger par une multiplicité de processus de communication anonymes, autonomisés et désormais globalisés. La fragmentation de la société mondiale dans des sous-systèmes ne crée pas ainsi seulement de nouveaux postes-frontières à l'extérieur de la société, entre les sous-systèmes et les êtres humains, mais aussi par ailleurs de nouveaux postes-frontières à l'intérieur de la société, sur lesquels agissent les tendances à l'expansion des sous-systèmes d'une manière chaque fois spécifique<sup>2</sup>. On voit donc clairement de quoi doit avoir l'air la nouvelle « équation » de l'effet horizontal des droits fondamentaux qui remplace l'ancienne, celle qui partait d'une relation entre deux acteurs privés – entre l'acteur privé, coupable d'avoir violé les droits fondamentaux, et l'acteur privé, victime de cette violation. D'un côté de l'équation, l'acteur privé n'est plus à l'origine de la violation des droits fondamentaux, c'est la *matrice anonyme d'un médium communicationnel autonomisé*. De l'autre côté de l'équation, on ne trouve plus l'individu compact simplement ; la protection individuelle entendue jusqu'ici de façon homogène se ramifie face aux nouveaux tracés des frontières dans plusieurs directions. De ce côté de l'équation, on doit évaluer systématiquement les droits fondamentaux selon trois dimensions :

- les *droits fondamentaux institutionnels* garantissent une autonomie aux processus sociaux et empêchent qu'ils soient maîtrisés par les tendances totalisantes de la matrice communicationnelle. Les droits fondamentaux ont ici un effet horizontal en leur qualité de « règles de conflit de normes » entre des rationalités sociales

---

1 Le problème, toutefois, est que Foucault se focalise d'une manière presque obsessionnelle sur les phénomènes de pouvoir. En gonflant d'une manière inconsidérée le concept de pouvoir, il ne peut percevoir que de façon sélective les influences plus subtiles exercées par d'autres médias de communication.

2 À ce sujet, des détails dans A. Fischer-Lescano et G. Teubner, *Regime-Kollisionen*, *op. cit.*, p. 25 *sqq.* Martti Koskenniemi partage ce diagnostic, mais non la thérapie, dans « Global Legal Pluralism : Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought », 2005, <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKPluralism-Harvard-05d%5B1%5D.pdf>>.

sectorielles, en cherchant par exemple à protéger l'intégrité de l'art, de la famille, de la religion contre les tendances totalisantes de la science, des médias ou de l'économie<sup>1</sup>.

- les *droits fondamentaux personnels* représentent des sphères de communications autonomes et internes à la société qui ne sont pas dues aux institutions mais aux artefacts sociaux de la « personne ».
- les *droits de l'homme* forment des barrières négatives à la communication sociale, lorsque l'intégrité psychique et corporelle est menacée parce que la matrice communicationnelle franchit les frontières.

Soulignons que les droits fondamentaux concrets ne doivent pas être classés comme s'ils appartaient chacun à l'une ou l'autre de ces dimensions, mais qu'il existe des superpositions diverses. Certains droits fondamentaux relèvent en priorité d'une dimension plutôt que d'une autre (par exemple, la liberté artistique et la propriété relèvent avant tout de la dimension institutionnelle, la liberté d'expression principalement de la dimension personnelle et la liberté de conscience surtout de la dimension des droits de l'homme), certains droits fondamentaux renvoient aux trois dimensions (par exemple, la liberté de religion). Il est donc d'autant plus important de distinguer soigneusement les trois dimensions à l'intérieur des droits fondamentaux particuliers, et de faire attention aux différentes formes de droit qu'ils ont et à leurs conditions de réalisation.

---

1 I. Augsberg, « Wissenschaftsverfassungsrecht », art. cité, p. 197 *sqq.* ; K.-H. Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, *op. cit.*, p. 60, p. 69 *sq.*, p. 71 *sq.* ; Gunther Teubner, « Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften*, n° 83, 2000, p. 388-404 ; Christoph Graber et Gunther Teubner, « Art and Money : Constitutional Rights in the Private Sphere », *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 18, 1998, p. 61-74.

## JUSTICIALISATION ?

Pour les juristes, la question suivante est celle-ci : réussit-on à repenser l'effet « horizontal » des droits fondamentaux en l'exportant des conflits internes à la société (personne *versus* personne) vers des conflits entre système et environnement ? Dit autrement : en l'exportant des conflits interpersonnels ayant lieu entre des individus, titulaires de droits fondamentaux, vers des conflits opposant des processus anonymes de communication à des individus concrets ?

Les difficultés sont énormes. Pour n'en mentionner que quelques-unes : comment un conflit entre un système et son environnement, qui a lieu « entre » le monde de sens de la communication et la conscience, peut-il être « thématiqué » par la communication comme conflit, comme un conflit de société ou même comme un conflit de droit ? C'est un véritable problème lyotardien, si ce n'est comme litige, du moins en tant que différend<sup>1</sup> ? Faute d'une instance de sens supérieure, de deux choses l'une : soit l'expérience psychique est la seule à subir le conflit et celui-ci n'est donc pas entendu. Soit le conflit est 'traduit' dans la communication, et on demande alors, paradoxalement et de façon assez invraisemblable, à ceux qui transgressent le droit (la société, la communication) de sanctionner leurs propres crimes ! Voilà comment le braconnier devient garde-chasse. Mais n'oublions pas : une telle autolimitation – toujours très imparfaite – a réussi à certains États-nations à travers l'institutionnalisation de droits fondamentaux politiques.

Comment le droit peut-il qualifier ce conflit frontalier, s'il ne dispose que du langage des « droits » des « personnes<sup>2</sup> » ? Peut-il vraiment établir une différence, dans ce langage pauvre, entre les conflits des droits fondamentaux qui sont internes à la société (liés aux institutions et aux personnes) et ceux qui sont externes à la société (liés aux êtres humains) ? On se heurte ici non pas seulement aux limites de la doctrine juridique mais aussi aux limites de la procédure judiciaire. Dans ce

---

1 J.-F. Lyotard, *Le différend*, *op. cit.*

2 Une critique avisée de la pauvreté du langage des droits est formulée par Ann Glendon, « Rights Talk : The Impoverishment of Political Discourse », in Don E. Eberly (dir.), *The Essential Civil Society Reader*, Oxford, Rowman Littlefield, 2000, p. 305-316.

cas, un demandeur doit toujours réclamer réparation pour la violation de ses droits contre un défendeur. Dans cette binarisation compulsive d'un conflit entre personnes, les droits de l'homme peuvent-ils vraiment s'opposer juridiquement à la violence structurelle des processus anonymes de communication ?

Il n'en va pas autrement – en tous les cas, dans les procédures judiciaires –, parce que l'on continue tout simplement de faire l'erreur de catégories sévèrement critiquée plus haut – même si, conscient de sa fausseté, on la corrige, autant que faire se peut, de façon immanente, par une différence. C'est donc à l'occasion de plaintes individuelles contre des acteurs privés que les droits de l'homme sont thématiques, c'est-à-dire non pas les droits des personnes contre des personnes, mais les droits des êtres humains en chair et en os contre la violence structurelle de la matrice. Dit dans les termes de la tradition : la véritable confrontation avec des problèmes institutionnels doit avoir lieu à l'intérieur de formes d'action individuelles. On sait déjà que les théories institutionnelles des droits fondamentaux agissent de façon semblable en reconnaissant, à la fois, les personnes et les institutions comme étant titulaires de droits fondamentaux<sup>1</sup>. Celui qui réclame la liberté d'expression politique en tant que droit individuel se mobilise, en même temps, pour l'intégrité du processus politique de formation de la volonté. Seulement, il ne s'agit pas là des droits d'institutions impersonnelles contre l'État mais, selon un renversement multiple de la relation, des droits d'individus extérieurs à la société contre des institutions sociales non étatiques.

Cette distinction, plausible en principe, est-elle précise au point d'être justiciable ? Comme, en définitive, la communication est possible seulement via les personnes, les conflits entre personnes peuvent-ils être distingués, d'un côté, des conflits entre individus et, de l'autre, des conflits entre communication et individu ? Dans le langage de la société et dans celui du droit, ceci se traduit par un problème d'imputation. *Who dunnit ?* [Qui est le coupable ?] Faut-il imputer le danger concret qui menace l'intégrité non pas à des personnes ni à des individus, mais à des processus anonymes de communication ? Si oui, alors un véritable

1 Le plus évident est la conception impersonnelle des droits fondamentaux de H. Ridder, *Soziale Ordnung des Grundgesetzes*, *op. cit.*, p. 85 *sqq.* Là-dessus, voir Karl-Heinz Ladeur, « Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie », *Kritische Justiz*, n° 32, 1999, p. 281-300.

problème concernant les droits de l'homme serait aussi formulé dans le langage pauvre du droit<sup>1</sup>.

Selon une simplification extrême, la problématique « horizontale » des droits de l'homme peut être qualifiée de la façon suivante dans les catégories juridiques connues : la problématique des droits de l'homme dans les contextes de droit privé existe seulement si la mise en danger des individus provient d'« institutions » sociales (et pas simplement d'acteurs individuels, car les normes traditionnelles de droit privé sont alors efficaces). Le terme d'« institution » concerne en principe des organisations formelles privées et des régimes privés. Les exemples les plus importants sont les entreprises nationales et transnationales, d'autres associations privées, ainsi que des standardisations privées et, de la même façon, des normations privées en tant que régimes privés<sup>2</sup>. Il doit être clair cependant que le concept d'institution ne représente qu'imparfaitement les chaînes d'actes communicationnels réelles, caractérisées par un médium spécial, qui mettent en danger l'intégrité – ce qui a été rendu ici par la métaphore de la « matrice » anonyme –, et rend à peine visible leurs dynamiques d'expansion. Toutefois, pour les juristes, qui se déterminent forcément par rapport aux normes et aux personnes, il a l'avantage inestimable de définir l'institution comme un ensemble de normes et de permettre aussi qu'elle soit personnifiée. Dans le concept d'institution se trouverait donc une indication de la direction à suivre pour la respecification des droits fondamentaux dans les secteurs sociaux (l'équivalent, pour ainsi dire, de l'État comme institution et comme personne dans le champ politique). Le résultat serait donné alors par la formule de l'« effet à l'égard des tiers » qui est vraisemblable aussi « pour les juristes en tant que tels » : il n'est pas question d'un effet horizontal des droits fondamentaux entre des acteurs privés comme si des porteurs individuels de droits fondamentaux étaient mis en balance ; il s'agit, au lieu de cela, des droits de l'homme, des droits de la personne et des droits de discussion face aux institutions sociales.

- 1 La problématique est comparable à la délimitation entre les activités relevant de l'exercice de l'autorité publique et les activités fiscales en droit public ou à celle entre les activités d'un organisme et les activités individuelles en droit privé.
- 2 La renaissance du concept d'institution dans les différentes disciplines n'est pas le fruit du hasard. Julia Black discute de sa pertinence en droit dans « New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis : Institutional Approaches to Regulatory Decision Making », *Law & Policy*, n° 19, 1997, p. 51-93.

Ces difficultés de la justiciabilité montrent à quel point l'optimisme juridique selon lequel on pourrait résoudre le problème des droits de l'homme au moyen de la doctrine juridique est pour le moins inopportun. Les droits fondamentaux institutionnels confrontent déjà le droit aux limites d'autres sous-systèmes sociaux. Un discours peut-il rendre justice à un autre ? Lyotard a analysé les dilemmes que soulève ce problème<sup>1</sup>. Mais c'est, au demeurant, un problème interne à la société auquel Luhmann s'est efforcé de réagir en élaborant le concept de justice comme complexité adéquate à la société<sup>2</sup>. La situation des droits de l'homme, qui sont situés à la frontière entre la communication et l'être humain, est encore plus dramatique. Toutes les tentatives tâtonnantes en faveur d'une juridicisation des droits de l'homme ne peuvent occulter le fait qu'il s'agit d'un projet impossible au sens strict. Comment la société peut-elle jamais rendre « justice » aux êtres humains, si les êtres humains n'en font pas partie mais se trouvent en dehors de la communication, si la société ne peut pas communiquer avec eux, ni tout au plus à leur sujet, bref, si elle ne peut même pas les atteindre mais simplement les irriter ou les détruire ? Face aux pratiques sociales inhumaines, la justice des droits de l'homme est un problème brûlant – mais un problème sans perspective de solution. On doit exprimer cela dans toute sa dureté.

Puisqu'établir la justice positivement dans le rapport entre la communication et les êtres humains est définitivement impossible, il ne reste qu'une solution de rechange, si tant est que l'on ne veuille pas s'engager dans un quiétisme poststructuraliste. On devra se contenter, dans la communication juridique, de faire l'expérience du problème système / environnement uniquement à travers les senseurs insuffisants de l'irritation, de la reconstruction et de la *re-entry*. La dimension profonde des conflits entre la communication et les êtres humains peut tout au plus être entrevue par le droit. Et l'interdiction juridique demeure un indicateur de direction à l'aide duquel une autolimitation de la communication paraît possible<sup>3</sup>. Mais même cette interdiction ne

1 J.-F. Lyotard, *Le différend*, *op. cit.*, p. 9 *sqq.*

2 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 214 *sqq.* ; Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts : Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Francfort, Suhrkamp, 1981, p. 374 *sqq.*

3 Ainsi s'explique peut-être la place importante que des auteurs aussi différents que Rudolf Wiethölter et Pierre Legendre reconnaissent justement à l'interdiction juridique : R. Wiethölter, « Recht-fertigungen eines Gesellschafts-Rechts », art. cité, p. 20 *sq.* ; Pierre

saurait décrire la transcendance de l'autre que comme parabole. Ce programme de justice est voué en définitive à l'échec et l'on ne peut même pas se consoler avec Derrida qu'il soit « à venir<sup>1</sup> », car l'on sait qu'il est en principe impossible. La justice des droits de l'homme peut donc au mieux être formulée négativement. Elle vise l'élimination de situations injustes et non pas la perfection de situations justes. Elle est seulement un contre-principe à la violation communicationnelle du corps et de l'âme, une protestation contre l'inhumanité de la communication sans que l'on ne puisse jamais dire positivement ce que seraient les conditions d'une communication « juste pour les êtres humains ».

---

Legendre, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père*, Paris, Fayard, 1994 p. 145 sqq. et en particulier p. 169.

1 Jacques Derrida, *Force de loi : Le fondement mystique de l'autorité*, Paris, Galilée, 1994.



# COLLISIONS ET RÉSEAU DES CONSTITUTIONS TRANSNATIONALES

## LE MANQUE D'INSTANCE TIERCE

Des fragments constitutionnels – telle est, en définitive, l'image qu'offre le constitutionnalisme sociétal dans la globalisation. Les chapitres précédents l'ont montré, des régimes transnationaux font aujourd'hui, en leur qualité de sujets constitutionnels, de la concurrence aux États-nations. Parce qu'ils ne communiquent pas dans le médium du pouvoir de la politique mais dans les médias d'autres systèmes fonctionnels, ils donnent forme à des constitutions propres, dont les normes d'organisation et les droits fondamentaux se distinguent clairement les uns des autres et des États-nations. Dans cette situation, des collisions de constitutions sont inévitables. Et, en effet, les conflits entre les régimes transnationaux dominent le champ de la pratique juridique<sup>1</sup>. Les quatre situations de conflit suivantes occupent sans cesse la pratique juridique<sup>2</sup> :

1. Des normes de deux ou plusieurs régimes de droit internationaux entrent en collision dans les mêmes cas de figure. Exemple : le régime international des droits de l'homme entre en conflit avec le droit international humanitaire de la guerre<sup>3</sup>.

---

1 La discussion incontrôlable sur la fragmentation du droit global, qui a eu lieu entre-temps, résume la position officielle des juristes de profession : International Law Commission, *Fragmentation of International Law : Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 (13 avril 2006) (Martti Koskenniemi).

2 Suivant la typologie de J. Dunoff, « New Approach to Regime Interaction », art. cité, p. 139 *sqq.*

3 Alexander Orakhelashvili, « The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law : Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence ? », *European Journal of International Law*, n° 19, 2008, p. 161-182.

2. L'instance judiciaire d'un régime juridique doit décider si elle applique les normes d'un autre régime. Exemple : un panel de l'OMC est confronté aux normes du droit international de l'environnement<sup>1</sup>.
3. La même question de droit est soulevée devant des institutions de conciliation diverses. Exemple : le cas *Swordfish* qui dépendait de l'OMC et du Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM)<sup>2</sup>.
4. Divers tribunaux internationaux interprètent la même norme juridique de façon différente. Exemple : la Cour internationale de justice et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie se disputent pour déterminer à quelles conditions le comportement d'acteurs non étatiques doit être imputé à un État<sup>3</sup>.

Ces conflits ne peuvent pas se réduire, comme on l'a montré ailleurs, à de simples conflits de normes ou de *policy*<sup>4</sup>. Si les constitutions propres aux régimes sont le résultat d'une double réflexivité – du système fonctionnel et du droit –, elles reproduisent alors toujours aussi, dans les collisions entre leurs constitutions, les conflits de rationalité fondamentaux de la société mondiale. Les théories cosmopolitiques d'une constitution globale réapparaissent ici et cherchent à valoir de nouveau<sup>5</sup>. Leurs espoirs d'un État mondial se sont certes évanouis entre-temps. Et la voie de

1 Voir *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R (29 septembre 2006) (en conflit avec la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Carthagène sur la biosécurité); Petros C. Mavroidis, « No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts? », *American Journal of International Law*, n° 102, 2008, p. 421-474.

2 Marcos Orellana, « The *Swordfish* Dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO », *Nordic Journal of International Law*, n° 71, 2002, p. 55-82.

3 Richard Goldstone et Rebecca Hamilton, « *Bosnia v. Serbia* : Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Leiden Journal of International Law*, n° 21, 2008, p. 95-112.

4 À ce sujet, de façon approfondie, A. Fischer-Lescano et G. Teubner, *Regime-Kollisionen*, p. 10 *sqq.* Kumm non plus n'analyse pas les collisions de régimes simplement comme des conflits entre des ordres juridiques différents, mais explicitement comme des conflits entre des constitutions transnationales différentes : Mattias Kumm, « An Integrative Theory of Global Public Law : Cosmopolitan, Pluralist, Public Reasoned », *Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung*, à paraître, manuscrit, p. 35.

5 Plus récemment, William E. Scheuermann préconise à nouveau un État mondial dans « Review of Hauke Brunkhorst, *Solidarity : From Civic Friendship to Global Legal Community* », *Ethics & International Affairs*, n° 19, 2005, p. 113-115. Pour un droit mondial

l'Union européenne pour résoudre les conflits entre les constitutions économique, politique et sociale à travers une Cour de justice centrale, demeure également bouchée sur le long terme au niveau global, si ce n'est pour toujours<sup>1</sup>. Mais il leur reste une solution de rechange : une constitution mondiale (sans État mondial) qui entreprenne la coordination nécessaire des forces centrifuges<sup>2</sup>. Au lieu d'un État mondial, la « communauté internationale » devient le point de référence d'un droit constitutionnel mondial émergent : celui-ci n'est plus simplement conçu comme une communauté d'États souverains – ce qui était le cas dans le droit international traditionnel – mais, à la fois, comme un ensemble d'acteurs politiques et sociaux et comme une communauté juridique d'individus<sup>3</sup>. Toutes les voix qui considèrent que la tâche qui revient en propre à la politique, si ce n'est de réguler la société, est d'entreprendre au moins de coordonner ses sous-systèmes – et cela dans le monde entier – sont unanimes là-dessus<sup>4</sup>.

Mais l'expérience de la société mondiale et sa théorie parlent des langues différentes. À l'intérieur des sous-systèmes de la société mondiale – dans la politique internationale, l'économie globale, le droit et la science –, les instances de la coordination centrale sont déjà très peu présentes. La coordination entre les systèmes fonctionnels de la société mondiale est encore plus faible. Les « régimes hégémoniques » sont toujours disposés à imposer leur rationalité sectorielle aux autres régimes<sup>5</sup>. Cependant, lors de la dernière crise financière, la tentative ambitieuse d'introniser les marchés financiers comme instances de coordination

---

homogène, Harold J. Berman, « World Law : An Ecumenical Jurisprudence of the Holy Spirit », *Theology Today*, n° 63, 2006, p. 365-374.

- 1 Les collisions entre les « nombreuses constitutions de l'Europe » (les constitutions économique, politique, juridique, sociale de l'Union européenne) sont réglées aujourd'hui par la CJUE ; à ce sujet, voir K. Tuori, « Many Constitutions of Europe », art. cité, p. 28 *sqq.*
- 2 Voir là-dessus les contributions dans l'ouvrage de Mathias Albert et Rudolf Stichweh (dir.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit : Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, Wiesbaden, VS, 2007.
- 3 H. Brunkhorst, « Legitimationskrise der Weltgesellschaft », art. cité ; *ibid.*, « Demokratie in der globalen Rechtsgenossenschaft », art. cité. David Kennedy critique le concept de communauté internationale dans « One, Two, Three, Many Legal Orders : Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream », *New York University Review of Law & Social Change*, n° 31, 2007, p. 641-659.
- 4 W. Scheuerman, « Review of Hauke Brunkhorst, Solidarity », art. cité.
- 5 L'article de M. Koskeniemi, « Hegemonic Regimes » (art. cité) est révélateur des diverses tentatives.

des sous-systèmes de la société mondiale a formidablement échoué. Et force est de constater encore que les tentatives répétées, après la crise, pour parvenir à coordonner la société mondiale par le biais de la politique internationale, ont eu des résultats très restreints. Dans le droit global non plus, on ne voit aucune instance hiérarchique qui dispose du « récit rédempteur », capable de résoudre les conflits de constitutions avec des moyens « jurispatiques », selon le mot de Cover, c'est-à-dire en détruisant l'identité d'un ordre juridique au profit des principes plus élevés d'un autre ordre juridique.

La pratique juridique reflète plutôt la réalité, c'est-à-dire que les cours internationales habitent un monde que les normes juridiques débordent tout simplement, un monde de multiples *nomoi* – qui ne peut pas cependant être jurispatique. L'argument de Cover est pour ainsi dire sens dessus dessous : les cours internationales habitent un monde de *nomos* sans récit<sup>1</sup>.

Dans la société mondiale sans sommet ni centre, il ne reste qu'une manière d'éviter les conflits de constitutions : une résolution des conflits par la voie hétérarchique. Ce n'est pas dû simplement à un manque de pouvoir central que l'on pourrait combler par une intervention politique renforcée ; cela tient aux structures profondes de la société que Max Weber repérait déjà et qualifiait de polythéisme de la modernité<sup>2</sup>. Même les défenseurs engagés de l'« unité de la constitution » sont obligés d'admettre que l'unité de la constitution étatique se dissout immédiatement dans le conflit permanent qui oppose les constitutions civiles à des rationalités étrangères les unes aux autres, dans un « clash de constitutions civiles » qui est désamorcé par un droit de conflit de normes d'un nouveau type. Dans la situation actuelle, on pourrait donc en tout cas miser sur une « interaction [porteuse de conflits] entre des 'cercles de droit constitutionnel' qui se superposent, l'avènement d'un réseau 'interlégal' à partir du droit constitutionnel étatique, les droits locaux des constitutions sectorielles, le droit constitutionnel européen et

1 J. Dunoff, « New Approach to Regime Interaction », art. cité, p. 156. Il fait référence aux thèses célèbres de Robert Cover, « The Supreme Court, 1982 Term – Foreword : Nomos and Narrative », art. cité.

2 Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1968, p. 605 sq. ; trad. fr. « La profession et la vocation de savant », in Max Weber, *Le savant et le politique*, présentation et traduction par Catherine Colliot-Thélène, Paris, La Découverte, [1917] 2003, p. 67-110, ici : p. 96 sq.

le constitutionnalisme transnational<sup>1</sup> ». On ne peut donc encore traiter l'unité de la constitution que comme une « fabrication imaginaire », sur un plan symbolique, située 'derrière' la quantité réellement existante de constitutions ; fabrication qui paraît donc, en tous les cas, répondre à « la nécessité d'une croyance collectivement partagée dans l'"unité" de la constitution<sup>2</sup> ». Tout le reste est collision.

Les questions de collision, contrairement à ce qu'en pensait Kant, ne sont donc pas seulement des questions de casuistique. Ce sont des « questions existentielles dont la recherche de solution met en échec la référence à l'unité (formelle) de la raison<sup>3</sup> ». L'issue, s'il y en a une, ne peut donc être cherchée, encore une fois, que dans la perspective interne des sphères de sens concernées. Pour trouver une solution aux collisions, il n'y a pas de point de vue objectif et neutre ; il ne sera pas révélé, on ne le déduira pas rationnellement. On ne peut trouver une solution que par rapport à un sous-système donné. Le conflit de rationalités n'est pas « supprimé », il doit être « supporté ». On le supportera, grâce à une série de décisions ultimes dont l'objectif n'est pas de l'annuler mais de trouver un compromis conscient qui soit réglé et mis à exécution sans illusion à l'intérieur de la sphère de sens concernée. Les prémisses de rationalité propres à un système sont celles à exposer aux autres. Comme la société moderne n'a pas d'instance centrale, tous les efforts pour trouver une solution aux collisions doivent être concentrés pour amorcer, de façon décentralisée, « la prise en compte plus grande de l'environnement social total par les systèmes fonctionnels sociaux. Car nul ne peut le faire autrement<sup>4</sup> ».

La résolution hétérarchique des conflits prend essentiellement deux formes : ou bien les conflits sont internalisés dans les processus de décision des régimes en collision, ou bien ils sont externalisés vers les négociations entre les régimes. Les conflits sont déplacés soit vers les constitutions

1 T. Vesting, « Ende der Verfassung ? », art. cité, p. 78.

2 *Ibid.*, p. 81.

3 Wolfgang Schluchter, *Religion und Lebensführung*, t. 1, Francfort, Suhrkamp, 1988, p. 286. On trouve un écho de ça en droit dans le pluralisme constitutionnel de Neil Walker, « Idea of Constitutional Pluralism », art. cité, p. 338 *sq.* Il souligne les différences radicales entre des « communautés épistémiques » variées, que ne peut annuler une instance supérieure.

4 C'est l'étape que franchit Luhmann en dépassant Weber : la « chaîne de compromis tragiques » n'est pas seulement abandonnée aux individus mais surtout aux différentes sphères de sens de la société ; Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 186.

particulières des régimes soit vers la coopération qui s'instaure entre eux. Les collisions se règlent sans le forum proprement juridique du régime ou alors dans un forum se tenant entre les régimes et en dehors du droit – les deux cas de figure, encore à leur début, connaissent aujourd'hui une réalité institutionnelle, d'un côté, dans la jurisprudence des tribunaux de régimes et, de l'autre, dans la procédure de coopération entre les régimes. Pour parvenir au moins à un ancrage minimal des droits des régimes, le pluralisme constitutionnel dépend de la sélection de l'une des deux approches de ce « métaconstitutionnalisme<sup>1</sup> ».

Et, les deux situations présentent d'autres perspectives normatives suivant la manière dont les constitutions particulières réagissent aux collisions. En premier lieu, dans le cas de l'internalisation, des éléments d'autres régimes sont reconstruits devant le forum de la constitution particulière. Il semble possible d'envisager ici un nouveau droit de conflit de lois pour les conflits de régimes qui internalise les universalités étrangères dans le droit du régime. Ce qui est gagné ainsi, grâce à la distanciation que produit la reconstruction juridique des conflits et grâce à l'obligation juridique de décider, c'est qu'il devient possible de décider sur les conflits. Mais l'internalisation a l'inconvénient d'accroître la fragmentation du droit. En effet, si les décisions sur les collisions peuvent bien être prises dans les régimes concernés, il n'est pas exclu que l'on se heurte à des normes contradictoires dont l'harmonisation réciproque ne réussira qu'au terme de processus plus longs.

En second lieu, dans le cas de l'externalisation, les collisions sont thématiques, réglées et tranchées au contraire dans les coopérations entre les régimes<sup>2</sup>. Il n'y a pas là d'obligation à décider mais les possibilités

- 
- 1 N. Walker, dans « The Idea of Constitutional Pluralism » (art. cité, p. 358) choisit cette expression pour caractériser des aspects qui sont différents de ceux de la constitution interne des régimes, qui ne s'occupent que de questions internes au régime. Cependant, il devrait être clair que les deux cercles de problèmes ne peuvent pas être surmontés par une instance supérieure mais seulement par les régimes concernés eux-mêmes. J. Trachtman, dans « The Constitutions of the WTO » (art. cité, p. 634 *sqq.*), choisit le concept probablement plus pertinent de « constitutions interfonctionnelles », où ce ne sont pas seulement des normes secondaires qui sont élaborées pour réfléchir sur les normes primaires, mais aussi des « normes tertiaires » pour choisir entre les normes constitutionnelles des régimes fonctionnels.
  - 2 La coopération entre les régimes est analysée en détail comme une alternative aux solutions proposées par le droit de conflit de lois J. Dunoff, « New Approach to Regime Interaction », art. cité, p. 156 *sqq.*

d'un consensus sont accrues. D'autres perspectives s'ouvrent à une constitutionnalisation juridique. Le rôle du droit consiste ici à structurer la procédure de coopération<sup>1</sup>. Comment des normes juridiques peuvent-elles contribuer à la constitution de procédures sociales, non-juridiques de résolution des conflits ? Peuvent-elles assurer la participation d'autres intérêts et d'autres rationalités ? Dans les deux cas, l'orientation normative est celle-ci : l'établissement de contre-institutions dans les régimes sociétaux – règles de conflit de normes ou arrangements par la négociation – peut-elle contrecarrer l'impérialisme de régimes hégémoniques ?

### COLLISIONS DE RÉGIMES

En ce qui concerne les conflits de normes qui ont lieu entre les régimes juridiques transnationaux, un vif débat s'est développé ces derniers temps pour concevoir un droit de conflit de normes spécialement adapté. Après les premières impulsions qui ont mis en évidence les particularités de la nouvelle problématique de la collision, les contours des règles de conflit de normes se profilent maintenant progressivement<sup>2</sup>. Ni le droit public international ni le droit international privé n'offrent de solution appropriée à la nouvelle situation de collision que présentent les conflits interrégimes<sup>3</sup>. Elles sont, dans les deux cas, adaptées aux collisions

- 
- 1 Ch. Joerges, dans « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law », développe des perspectives normatives de grande ampleur pour la constitutionnalisation de ces arrangements coopératifs dans le cadre des processus d'eupérisation (comitologie) et de globalisation (OMC et GAL).
  - 2 Les impulsions les plus importantes pour étendre les théories des collisions au-delà des conflits entre ordres juridiques nationaux proviennent de Rudolf Wiethölter, « Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht : Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm », in Alexander Lüderitz (dir.), *Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort, Metzner, 1977, p. 213-263 ; R. Wiethölter, « Rechtsfertigungen eines Gesellschafts-Rechts », art. cité. Sur la nécessité d'un droit en matière de collision pour les systèmes fonctionnels globaux, Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Francfort, Suhrkamp, 1989, p. 123 *sqq.* (trad. fr. *Le droit, un système autopoïétique*, trad. G. Maier et N. Boucquey, Paris, PUF, 1993, p. 159 *sqq.*) ; Ralf Michaels, « Global Legal Pluralism », *Annual Review of Law & Social Science*, n° 5, 2009, p. 243-262.
  - 3 Ralf Michaels et Joost Pauwelyn, « Conflict of Norms or Conflict of Laws ? Different Techniques in the Fragmentation of International Law », in Tomer Broude, Yuval Shany

entre des ordres juridiques nationaux, mais pas aux collisions entre des régimes transnationaux qui sont radicalement différentes.

Le droit international privé a jusqu'ici perçu de façon inadéquate les conflits entre les droits nationaux et les droits des régimes. Cela vient notamment de ce que le concept de droit du positivisme étatique ne peut saisir les droits des régimes que comme des faits ou des normes sociales. Les collisions entre ceux-ci et les droits nationaux étaient déplacées vers d'autres régions du droit et traitées là avec des concepts peu appropriés – incorporation, délégation, déférence<sup>1</sup>. Les conflits interrégimes de normes eux-mêmes étaient situés en dehors du champ de vision du droit international privé<sup>2</sup>. Néanmoins, sous la pression des problèmes que provoquent les conflits – réellement existants – entre régimes de plus en plus de discussions ont trait à cette problématique aujourd'hui, et l'on se demande si et, le cas échéant, comment les principes du droit international peuvent être utilisés pour les conflits de régimes<sup>3</sup>. Comme des collisions hétérarchiques semblables ont lieu entre les droits nationaux et entre les droits des régimes sans que la solution d'une instance tierce ne soit possible, les outils conceptuels du droit international privé semblent le point de départ approprié à un droit interrégime. Tout dépend cependant des modifications que l'on effectue au droit traditionnel de conflits de lois pour rendre justice aux particularités des droits des régimes.

#### MODIFICATIONS DU DROIT TRADITIONNEL DE CONFLITS DE LOIS

Dans un premier temps, les frontières territoriales des nations, qui sous-tendent en définitive la technique de la référence du droit international privé, sont relayées par les frontières fonctionnelles des régimes. Aussi bien les règles des conflits de juridiction que celles des

---

(dir.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Oxford, Hart, 2011, p. 19-68, ici : p. 19 *sqq.*

- 1 R. Michaels, « The Re-State-ment of Non-State-Law », art. cité, p. 1227 *sqq.*
- 2 On ne les perçoit que pour les délimiter par rapport aux collisions réelles des normes du droit international privé, ainsi Gerhard Kegel et Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9 éd., Munich, C. H. Beck, 2004, p. 36 *sqq.*
- 3 R. Michaels et J. Pauwelyn, « Conflict of Norms or Conflict of Laws ? », art. cité, p. 26 *sqq.*, p. 31 *sqq.* ; G. Teubner et P. Korth, « Zwei Arten des Rechtspluralismus », art. cité, p. 142 *sqq.* ; P. Berman, « Global Legal Pluralism », art. cité, p. 1229 *sqq.*

conflits de lois doivent être transférées des conflits entre des ordres juridiques nationaux vers les conflits entre des régimes sectoriels. Remplacer ainsi la territorialité par l'« appartenance fonctionnelle au régime » signifie donc que l'on ne doit pas inférer des ordres juridiques territoriaux correspondants quelles doivent être la répartition des compétences judiciaires et les directives normatives à suivre en matière de décision<sup>1</sup>. Pour ces deux questions, il n'est plus besoin de s'enquérir du « siège » d'un rapport juridique dans un des territoires impliqués, mais de se demander quel est le régime juridique fonctionnel qui comporte la connexion la plus étroite. Le critère de la « *primary coverage* » [couverture principale], que Trachtman a développé, en suivant l'économie institutionnelle, pour le problème de délimitation que pose le chevauchement des sphères de juridiction, devrait permettre de répondre à cette question<sup>2</sup>.

La question suivante pose plus de difficultés. Il s'agit de savoir si un tel droit interrégime peut adopter sans plus la technique de la référence du droit international privé. Doit-on ici aussi chercher une règle de conflits de lois, qui renvoie chaque fois à l'un des ordres juridiques impliqués dont le droit serait à mettre en application en cas de litige ? Certains juristes spécialistes des conflits de normes, qui ont à traiter également depuis des collisions interrégimes, sont favorables à l'idée que des régimes transnationaux appliquent aussi, selon le centre de régulation, soit le droit propre soit le droit étranger<sup>3</sup>. Toutefois, il semble bien que le meilleur argument soit fourni par d'autres auteurs, qui proposent une *substantive law approach* [approche de droit matériel] en tenant compte des particularités des conflits de régime<sup>4</sup>. Lorsque les différents principes d'ordre pénètrent mutuellement dans un seul espace social, il se forme une hybridité que la décision stricte du « ou bien – ou

1 Paul Shiff Berman, « The Globalization of Jurisdiction », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 151, 2002, p. 311-545, ici : p. 311 *sqq.* ; Graeme B. Dinwoodie, « A New Copyright Order : Why National Courts Should Create Global Norms », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 149, 2000, p. 469-581, ici : p. 469 *sqq.*

2 Joel P. Trachtman, « Institutional Linkage : Transcending "Trade and ..." », *American Journal of International Law*, n° 96, 2002, p. 77-93, ici : p. 90 *sq.*

3 R. Michaels et J. Pauwelyn, « Conflict of Norms or Conflict of Laws ? », art. cité, p. 35 *sqq.*

4 P. Berman, « The Globalization of Jurisdiction », art. cité, p. 311 *sqq.* ; Graeme B. Dinwoodie, « Trademarks and Territory : Detaching Trademark Law from the Nation-State », *Houston Law Review*, n° 41, 2004, p. 885-973 ; G. Dinwoodie, « New Copyright Order », art. cité, p. 469 *sqq.*

bien » du droit international privé traditionnel ne satisfait pas<sup>1</sup>. À sa place, le droit de collision des régimes devrait tirer une leçon des vues du pluralisme juridique et

[...] créer un espace conscient pour le conflit entre plusieurs systèmes de droit se chevauchant. En effet, ce pourrait être une stratégie intelligente que de concevoir de véritables procédures, institutions et pratiques juridiquement pluralistes pour surmonter l'hybridité sans la détruire<sup>2</sup>.

En ce sens, les normes de référence du droit international privé devraient être remplacées par des normes matérielles. Étant donné les particularités des conflits interrégimes, les instances des régimes qui sont saisies devraient développer des normes matérielles qui décident des arguments substantiels sous-jacents aux normes en conflit. Ces normes matérielles conduiront à faire apparaître peu à peu une sorte de droit mixte avec lequel les régimes « appliqueront » pour une bonne part les normes du régime « étranger ».

Ce choix se justifie si l'on tient compte des différences qui existent entre les constitutions des États-nations et les constitutions des régimes fonctionnels. Grimm et Walker n'ont eu de cesse d'attirer l'attention dessus, dans d'autres contextes<sup>3</sup>. Les constitutions nationales sont en effet des ordres compréhensifs ou « holistiques », où des directives très spéciales sont intégrées à un réseau dense de normes nationales à partir des domaines de vie les plus variés qui soient. Un « équilibre interne » est ainsi établi entre des normes très différentes, des principes de droit et des *policies* qui prétendent être valides dans l'État-nation. C'est ce qui justifie que, lorsque les normes juridiques nationales entrent en collision, l'on attribue forfaitairement le conflit à l'un ou l'autre des ordres de droit impliqués. En revanche, les constitutions transnationales, en leur qualité de « régimes autosuffisants<sup>4</sup> » très spécialisés, ne posent

1 Des arguments forts en faveur d'un droit hybride en matière de collision chez P. Berman, « Global Legal Pluralism », art. cité, p. 1196 *sqq.*

2 *Ibid.*, p. 1164.

3 Même si la conséquence qui s'ensuit, à savoir l'absence de « holisme » exclut leur capacité constitutionnelle, est problématique. Voir D. Grimm, « Constitution in the Process of Denationalization », art. cité ; N. Walker est moins affirmatif dans « Beyond the Holistic Constitution ? », art. cité. Voir, à ce sujet, ci-dessus le chapitre 3.

4 Pour le concept de « *self contained regime* », voir par exemple M. Koskenniemi, *Outline of the Chairman of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law : The Function*

le droit que pour un secteur fonctionnel de la société avec lequel elles sont structurellement liées. Leurs normes et principes constitutionnels suivent unilatéralement les critères de rationalité de ce secteur social. Ces critères sont, à la fois, solipsistes et impérialistes<sup>1</sup>. La vision tunnel des régimes fonctionnels fait qu'il est difficile de les orienter en direction du « bien commun » total d'une collectivité, ce qui est plus probable dans le cas des normes contextualisées d'un ordre constitutionnel étatique<sup>2</sup>.

Les débats sur la constitutionnalisation ne font pas souvent la différence entre les constitutions des régimes fonctionnels et les constitutions d'États-nations ; il en résulte un certain droit de collision qui facilite une hégémonie des régimes. Les auteurs qui critiquent l'analogie hâtive entre constitution étatique et constitution de régime ont, à juste titre, exigé qu'en cas de collision les régimes fonctionnels se montrent bien mieux disposés envers les ordres avec lesquels ils entrent en collision. Cela vaut en particulier pour le régime de l'OMC, à qui l'on reproche, non sans raison, des tendances hégémoniques :

Au lieu de présupposer que le texte du traité est animé par le *telos* constitutionnel du libre-échange, ou au lieu de chercher avant tout les principes structurels pertinents à l'intérieur de l'OMC, nous mettons l'accent, dans l'interprétation des traités, sur l'importance des institutions et des normes extérieures à l'OMC, lesquelles incarnent d'autres valeurs que celles du libre-échange. Les organes de résolution des conflits de l'OMC doivent afficher une déférence considérable envers les décisions nationales de régulation mais aussi s'appuyer sur et être déférents envers d'autres régimes internationaux dont les règles, politiques et institutions incarnent et expriment de telles valeurs – que ce soit à l'égard de la santé, des normes du travail, de l'environnement ou des droits de l'homme<sup>3</sup>.

---

*and Scope of the lex specialis Rule and the Question of 'Self-contained Regimes'*, 2003, <[http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation\\_outline.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf)>, p. 9.

- 1 Voir M. Koskenniemi, qui, dans « Hegemonic Regimes » (art. cité, p. 317 *sq.*), emprunte la critique de Kelsen envers la souveraineté illimitée des États et l'adresse aux régimes transnationaux.
- 2 Sur cette vision tunnel des régimes fonctionnels et ses conséquences sur le droit en matière de collision, voir l'étude approfondie de G. Teubner et P. Korth, « Zwei Arten des Rechtspluralismus », art. cité, p. 151 *sqq.*
- 3 Robert Howse et Kalypso Nicolaidis, « Legitimacy through 'Higher Law'? Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far », in Thomas Cottier *et al.* (dir.), *The Role Of The Judge In International Trade Regulation : Experience And Lessons For The WTO*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2003, p. 307-348, ici : p. 308. En détail sur les collisions de normes de l'OMC avec d'autres régimes, Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms*

On doit donc développer des normes constitutionnelles matérielles qui réagissent à ce manque d'« équilibre interne » des régimes fonctionnels. Le droit constitutionnel de collision qui est à développer devra faire attention à cette différence. La manière dont le droit international privé voit les choses uniquement de façon horizontale mène ici à des résultats inadéquats. Si le cas à décider a son « siège principal » dans le régime transnational spécifique qui lui correspond, le droit de conflit de lois, pour compenser cette « vision tunnel », doit s'occuper d'introduire des éléments contextuels qui permettent d'appliquer des principes concurrents ou contraires. Le premier candidat à cela est l'ordre public transnational<sup>1</sup>. Les résultats auxquels on parviendrait avec l'application du droit des régimes consisteraient à vérifier leur acceptabilité à l'aune de l'ordre public international. Mais, par différence avec l'ordre public traditionnel du droit international privé, cet ordre public transnational devrait jouer un rôle non seulement correctif, mais encore prépondérant. Et, par différence avec l'application immédiate du droit international privé plus récent, il ne s'agit pas des *policies* d'un régime ou d'un autre dont il faudrait tenir compte en priorité, mais de l'orientation vers les normes « englobantes » des deux régimes.

On ne saurait trop souligner que de telles normes interrégimes n'existent pas encore aujourd'hui, qu'il n'existe pas pour elles un forum tiers et neutre ayant ses propres critères et procédures, et que ces normes de l'ordre public transnational ne sont rien d'autre que des projections faites par des régimes en conflit visant le « bien commun » de la société mondiale à partir de leur perspective propre. Les idées de Vesting sur la dimension symbolique d'une constitution globale n'ont de sens que si on les interprète de cette manière. Vesting parle sciemment sur le mode du « comme si ». L'« unité » de la constitution doit s'entendre seulement comme une « fabrication de l'imaginaire », qui possède une place déterminée dans l'espace culturel et qui rend présente la « réalité

---

*in Public International Law : How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 327 *sqq.*, 440 *sqq.*

1 C'est ce que défend H. Collins, dans « Flipping Wreck », art. cité. Le pluralisme constitutionnel cosmopolitique parvient à des résultats semblables, en ayant recours aux principes constitutionnels lors des collisions de constitutions  régimes ; voir M. Kumm, « An Integrative Theory of Global Public Law », art. cité, p. 571. Pour des analyses détaillées de sa formation par les régimes privés transnationaux, voir M. Renner, *Zwingendes transnationale Recht*, *op. cit.*, p. 91 *sqq.*, p. 126 *sqq.*, p. 169 *sqq.*, p. 271 *sqq.*

fictionnelle » de l'unité de la constitution<sup>1</sup>. Chacun des régimes concernés développe d'une façon pour ainsi dire « holographique » (c'est-à-dire à partir d'une perspective où le bien commun apparaît différemment selon le point de vue) sa constitution mondiale imaginaire en fonction de laquelle il oriente ses propres opérations et limite ses options.

À la place du *Comitas* de droit international privé, un principe de « tolérance constitutionnelle » s'introduit dans les collisions de constitutions<sup>2</sup>. Cela suppose une reconnaissance réciproque de l'autre constitution, et même l'application directe de l'autre droit constitutionnel, lequel évolue pourtant toujours en interprétant l'ordre public transnational supposé commun à partir d'une perspective constitutionnelle propre. Et cela veut dire aussi, dans le cas contraire, que l'autre ordre constitutionnel n'est pas reconnu « tant que » cette constitution n'est pas conforme à l'ordre public transnational.

#### RÉSEAUX NORMATIFS

Pour l'intégration des ordres juridiques nationaux en Europe, Joerges a développé un modèle de collision qui répond davantage à ces exigences que ne le peut un modèle qui suivrait des principes fédéralistes ou les principes du droit international privé<sup>3</sup>. Tout d'abord, selon Joerges, de la même manière que dans le droit international privé, la responsabilité pour la conciliation des ordres juridiques en conflit ne relève pas d'une super-instance hiérarchique, elle est transférée aux entités en conflit. Mais ses exigences excèdent de beaucoup celles du droit international privé. Comme l'Union européenne présente un ensemble complexe de gouvernance à plusieurs niveaux, toutes les collisions des différents niveaux devraient être admises, selon Joerges, dans le calcul décentralisé des collisions. On ne pourrait pas gérer cela en adoptant la vue « horizontale » du droit international privé, et, aussi paradoxal que cela paraisse, les méthodes hiérarchiques du fédéralisme n'y arriveraient pas non plus. Seul un traitement strictement hétérarchique resterait possible. Les différents

1 T. Vesting, « Ende der Verfassung ? », art. cité, p. 85 *sqq.*

2 Voir l'excellente analyse de M. Kumm, « Beyond Golf Clubs », art. cité, p. 528 *sqq.*

3 Ch. Joerges, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law », art. cité ; Ch. Joerges et F. Rödl, « Funktionswandel des Kollisionsrechts II », art. cité ; Ch. Joerges, « Europarecht als Kollisionsrecht neuen Typs : Wie eine europäische unitas in pluralitate verfasst werden kann », in Martin Führ *et al.* (dir.), *Umweltrecht und Umweltwissenschaft : Festschrift für Eckard Rebbinder*, Berlin, Eric Schmidt Verlag, 2007, p. 719-747.

droits de conflit de lois des États individuels devraient traiter, en plus des collisions « horizontales » entre les droits nationaux, les collisions « verticales » de normes entre les normes du droit européen. Ces droits de conflit devraient en particulier réagir maintenant, avec des moyens normatifs autonomes, à des collisions « obliques » qui surviennent entre les matériaux normatifs distincts des différents niveaux.

Dégageons le modèle de Joerges du contexte de l'intégration européenne ; il fournit aussi des indices pour les conflits entre régimes transnationaux. Car, dans les deux situations, la manière de voir horizontale du droit international privé n'est plus adéquate ; pas plus que ne font effet les contraintes hiérarchiques d'un ordre juridique supérieur. On est renvoyé aux structures en réseau qui sont disponibles, quoique sous des formes différentes, dans le cas de l'Union européenne et dans le cas des régimes transnationaux.

Dans les régimes autosuffisants, la globalisation a donné naissance à de nouvelles formes de réseaux juridiques, qui sont exposées à des collisions « horizontales » mais aussi « verticales » et surtout « obliques ». Ce ne sont pas seulement les ordres juridiques des régimes autonomes et de même rang qui entrent en collision, ni les entités hiérarchiquement agencées d'un fédéralisme global. Il s'agit de relations hétérarchiques entre des niveaux semi-autonomes d'une gouvernance à plusieurs niveaux, à laquelle la théorie des réseaux fournit une terminologie conceptuelle adaptée.

Dans la mesure où ils forment une combinaison particulière de relations individuelles simplement bilatérales et d'un entrelacement multilatéral total, les réseaux paraissent être le résultat d'une coexistence fragile entre des ordres normatifs divers et contradictoires issus de nœuds de réseau<sup>1</sup>, aussi bien dans le cas de l'Union européenne que dans celui des régimes fonctionnels transnationaux. Les réseaux sont une réponse institutionnelle aux conflits de rationalités, qui résultent de la différenciation et de l'autonomisation des systèmes, dans le contexte des régimes fonctionnels transnationaux<sup>2</sup>. Les réseaux peuvent donc donner

1 Dans d'autres contextes, les analyses de Daniel Bieber montrent à quel point cette interaction est précaire dans « Probleme unternehmensübergreifender Organisation von Innovationsprozessen », in Daniel Bieber (dir.), *Technikentwicklung und Industriearbeit : Industrielle Produktionstechnik zwischen Eigendynamik und Nutzerinteressen*, Francfort, Campus, 1997, p. 111-140, ici : p. 116 *sqq.*

2 Sur ces contextes, Michael Bommes et Veronika Tacke (dir.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*, Wiesbaden, VS, 2011.

une réponse institutionnelle aux collisions de normes, s'ils parviennent à transformer ces contradictions externes en des impératifs internes de nœuds de réseau qui peuvent être rendus compatibles les uns avec les autres selon la situation. Une « structure paradoxale » d'entrelacements institutionnels apparaît ainsi, au sens où ceux-ci reposent sur des « exigences contradictoires » qui sont néanmoins « fonctionnelles<sup>1</sup> ». Le principal résultat des mises en réseau consiste dans la traduction de contradictions externes, qui se manifestent dans des collisions de normes, dans la perspective interne de chacun des nœuds, lesquels rendent compte de façon interne des relations entre des niveaux et sous-systèmes divers, entre des nœuds de réseau, des relations nodales et le réseau total<sup>2</sup>. Cela signifie que les nœuds de réseau, respectivement les États-nations en Europe ou les régimes fonctionnels dans la globalisation, à chaque fois développent de façon interne leurs propres droits de collision à partir de la perspective desquels ils tranchent les conflits de normes.

Grâce aux catégories du réseau, on peut saisir précisément ce qui distingue l'eupérisation de la globalisation au sujet des collisions de normes. Elles diffèrent par la manière dont la « verticalisation » de leurs structures essentiellement hétérarchiques est configurée. L'un des secrets de construction en réseaux est qu'elles peuvent établir des asymétries internes, qui renvoient à des relations « verticales » – c'est-à-dire non horizontales, mais néanmoins hétérarchiques. Cette verticalisation est l'une des stratégies les plus réussies d'un « pluralisme ordonné<sup>3</sup> ». L'Union européenne présente un réseau qui a la particularité d'avoir développé un centre, en plus des nœuds de réseau que forment les États-nations, qui produit lui un ordre autonome, le droit européen, sans pour autant fonctionner comme une instance hiérarchiquement supérieure telle l'instance centrale d'un ordre fédéral<sup>4</sup>. Dans la théorie

1 Ainsi pour les réseaux politiques régionaux, Arthur Benz, « Regionalpolitik zwischen Netzwerkbildung und Institutionalisierung : Zur Funktionalität paradoxer Strukturen », *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, n° 1, 1996, p. 23-43, ici : p. 24.

2 Klaus Semlinger, « Effizienz und Autonomie in Zulieferungsnetzwerken : Zum strategischen Gehalt von Kooperation », in Wolfgang H. Staehle, Jörg Sydow (dir.), *Managementforschung* 3, Berlin, De Gruyter, 1993, p. 309-354, ici : p. 332.

3 M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné : Les forces imaginantes du droit II*, *op. cit.*, p. 186 *sqq.* et p. 278 *sq.*

4 K.-H. Ladeur a fait ressortir en particulier le caractère de réseau de l'UE dans « Towards a Legal Theory of Supranationality : The Viability of the Network Concept », *European Law Journal*, n° 3, 1997, p. 33-54.

des réseaux, on décrit ça comme des réseaux centralisés dont la différence avec des organisations hiérarchiques consiste en ce que le centre est toujours seulement *primus inter pares*<sup>1</sup>. Traiter les collisions de normes d'une façon qui soit adéquate au réseau veut donc dire que le centre justement ne les attire pas vers elle mais que les nœuds de réseau eux-mêmes décident de façon décentralisée. Le centre est dans cette mesure seulement l'un de ces nœuds. Chaque nœud de réseau assume donc la responsabilité de devoir accueillir, dans sa perspective interne, aussi bien les normes d'autres nœuds de réseau que celles de l'ordre général. C'est précisément à une telle responsabilité universelle des ordres particuliers qu'aboutit le modèle de collision de Joerges pour la constitution régionale de l'Europe.

Dans le contexte global, il n'y a pas, en revanche, de centre de réseau qui développe un droit communautaire autonome. Toutefois, un niveau englobant se forme ici aussi : celui des nœuds reliant la structure du réseau. Ce niveau apparaît exclusivement dans les interactions décentralisées des nœuds<sup>2</sup>. La construction d'une « communauté internationale » joue ici un rôle, non pas comme structure sociale institutionnalisée (telle l'Union européenne), mais comme « identité narrative », comme une « communauté imaginaire » qui est produite exclusivement dans les ordres sectoriels. La verticalisation de la pluralité constitutionnelle suit donc, dans la globalisation, une autre logique que dans la Communauté européenne, une logique non pas institutionnelle mais symbolique. Elle thématise l'« unité » de beaucoup de constitutions, mais elle les « traitera davantage à un niveau symbolique et ce faisant aussi sur le plan de la théorie culturelle et des médias, alors qu'elle devrait s'impliquer bien davantage, au niveau de l'application, dans la fragmentation et les instabilités des nouvelles constitutions sectorielles des 'constitutions dérivées'<sup>3</sup> ». L'ordre public international, qui, dans l'intégration européenne, est produit pour une bonne part par les instances de la Communauté, ne peut

1 Là-dessus avec précision, Arnold Windeler, *Unternehmensnetzwerke : Konstitution und Strukturierung*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2001, p. 105 *sqq.*

2 Cet aspect est particulièrement souligné par Karl-Heinz Ladeur dans « Die Netzwerke des Rechts », in Michael Bommes, Veronika Tacke (dir.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*, Wiesbaden, VS, 2011, p. 143-171, ici : p. 163 *sqq.*

3 T. Vesting, dans « Ende der Verfassung ? » (art. cité, p. 5, p. 17), révèle comment de telles fictions constitutionnelles ont pour rôle de faire ressortir l'unité constitutionnelle, en permettant aux constitutions sectorielles de s'orienter vers les intérêts de la société dans son ensemble.

être normé dans les réseaux globaux que de façon décentralisée, que dans la perspective interne toujours de chacun des régimes transnationaux.

Cela signifie que des collisions « verticales » et « obliques » ont lieu ici aussi mais qu'il faut les traiter différemment que celles de l'Union européenne. Elles ne disposent pas de processus de production normative qui auraient été institutionnalisés à l'extérieur et qu'elles devraient traduire à l'intérieur. Au contraire, le processus global de formation de normes doit être mis à exécution à l'intérieur des régimes mêmes, des collisions jusqu'à leurs solutions. Chacun des régimes concernés doit acquérir, à partir de sa perspective, un ordre public transnational propre, à l'aune duquel il mesure ses normes. Si l'on suit la logique des réseaux, c'est la tâche de chaque régime transnational que de combiner des exigences contradictoires. D'un côté, on doit chercher à mettre en place la réflexion autonome et décentralisée des nœuds de réseau, le processus formulé de façon autonome qui les rend compatibles avec les normes concurrentes des autres régimes. D'un autre côté, ces réflexions doivent permettre à tous les régimes de pouvoir supposer de manière contrefactuelle des points de référence communs et un horizon de sens nécessairement abstrait, auxquels ils se rapportent lorsqu'ils produisent des normes. Soulignons à nouveau, toutefois, qu'un tel horizon commun de sens n'existe pas, c'est une projection que fait chaque régime juridique.

Supposer de manière contrefactuelle un noyau commun de validité permet donc de maintenir une référence à des formes de vie communes – chaque fois différentes – dans les différents contextes de régimes. Les processus d'auto-organisation des régimes créent des normes propres à chaque fois au *jus non dispositivum* global [droit global non supplétif] qui satisfont aux particularités de leur contexte social et prennent en considération le tout à partir de leur perspective singulière, tout en la transcendant.

Soulignons de nouveau que ces processus ne se font pas de façon spontanée, mais, apparaissent, dans ce contexte, sous l'effet de pressions externes qui sont presque imposées. Des processus totalement différents ont déjà endossé ce rôle : les scandales mis au jour par les espaces publics partiels<sup>1</sup>, les impulsions de la politique internationale<sup>2</sup> et les coopérations

1 Hauke Brunkhorst, *Solidarität : Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Franccfort, Suhrkamp, 2002, p. 212 *sqq.*

2 Voir par exemple : Unterkommission für die Förderung und den Schutz der Menschenrechte, Resolution v. 13. 8. 2003, UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12/

entre les régimes juridiques autonomes<sup>1</sup>. Les idées défendant l'unité d'une formule du bien commun, sur le plan de la politique mondiale, doivent donc céder la place aux conceptions en faveur d'une pluralité de formules sur le bien commun relatives aux régimes.

## COLLISIONS INTERCULTURELLES

### LE POLYCENTRISME CULTUREL

De tout autres collisions de normes apparaissent dans les conflits interculturels, notamment lorsque des régimes transnationaux fonctionnellement différenciés entrent en contact avec les ordres internes des cultures indigènes. Comme dans le cas des collisions de régimes, ce sont des ordres juridiques non étatiques qui se heurtent entre eux ; néanmoins, ils appartiennent à des principes d'ordre sociaux complètement différents. La *bio-piracy* [bio-piraterie] et le *land-grabbing* [appropriation des terres] – ces concepts de lutte mettent en scène les conflits sociaux qui éclatent, ces dernières années, entre les hyperstructures de la modernité et les traditions des cultures régionales. Les groupes pharmaceutiques, les instituts scientifiques et les institutions culturelles ont un très fort intérêt à s'appropriier les stocks de savoir traditionnel des sociétés périphériques en usant des méthodes d'exploration de l'économie, de la science, de la technologie et de la médecine modernes et de l'activité culturelle<sup>2</sup>. L'acquisition de terre à grande échelle dans les pays en voie de développement par des institutions étatiques et des groupes

---

Rev.2 ; sur ce point, voir Julie Campagna, « United Nations Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights : The International Community Asserts Binding Law on the Global Rule Makers », *John Marshall Law Review*, n° 37, 2004, p. 1205-1252.

- 1 Sur *Global Compact* initié par le Secrétaire général de l'ONU Kofi Annan : <<http://www.unglobalcompact.org>> ; Lothar Rieth présente un premier état des lieux dans « Deutsche Unternehmen, soziale Verantwortung und der Global Compact », *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik*, n° 4, 2003, p. 372-391.
- 2 Les problèmes de collision et leurs solutions alternatives sont traités en détail par Gunther Teubner, « Kannibalisierung des Wissens : Schutz kultureller Diversität durch transnationales Recht ? », in Aurelia Ciacchi *et al.* (dir.), *Haftungsrecht im dritten Millenium : Liber amicorum Gert Brüggemeier*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 553-576.

transnationaux a déclenché de graves problèmes sociaux, et elle se heurte de plus en plus à la résistance des communautés indigènes, des associations environnementales et des ONG<sup>1</sup>.

Des groupes issus de la société civile cherchent à combattre l'exploitation des ressources des sociétés périphériques en engageant des procès contre les groupes multinationaux devant les forums juridiques des centres. Si les institutions transnationales doivent dorénavant énoncer, sous la forme d'un problème politique et d'une question juridique, la manière dont les ressources territoriales et cognitives de sociétés indigènes peuvent être protégées de l'intrusion de groupes multinationaux, alors on se trouve ici aussi avant tout devant le problème aigu de la fragmentation du droit international. Sous l'influence de protestations publiques, plusieurs organisations internationales ont pris acte du problème et ont entrepris des opérations de régulation – mais elles ne les perçoivent chaque fois qu'à travers la vision tunnel qui leur est propre.

Le débat sur la fragmentation a ici aussi déplacé l'attention de la simple dimension juridique vers la dimension politique, vers les conflits de *policy* entre régimes internationaux. De nombreuses collisions sont ainsi apparues entre les régimes transnationaux qui s'occupent de protéger le savoir traditionnel : l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) avec son Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, au savoir traditionnel et au folklore, le Programme des Nations unies pour l'environnement (UNEP), la Convention sur la diversité biologique (CBD), l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), le Groupe de travail des Nations unies sur les populations indigènes (WGIP), l'OIT, l'OMS, l'OMC et d'autres encore<sup>2</sup>. Cependant, par rapport à ces tentatives cherchant à soumettre les problèmes du savoir traditionnel à la logique de régulation, idiosyncrasique à chaque fois, des régimes transnationaux, le fait de détacher la fragmentation du droit d'une liaison trop étroite avec

- 
- 1 Thore Prien, « Landgrabbing : Symptom einer postneoliberalen Rechtsordnung ? », *Juridikum*, n° 4, 2010, p. 425-435 ; Joachim von Braun et Ruth Meinzen, « 'Land Grabbing' by Foreign Investors in Developing Countries : Risks and Opportunities », *International Food Policy Research Institute (IFPRI) Policy Brief*, n° 13, 2009, p. 1-4.
  - 2 Christoph Graber, « Using Human Rights to Tackle Fragmentation in the Field of Traditional Cultural Expressions : An Institutional Approach », in Christoph Graber, Mira Burri-Nenova (dir.), *Intellectual Property and Traditional Cultural Expression in a Digital Environment*, Cheltenham, Elgar, 2008, p. 96-120, ici : p. 96 sq.

les *policies* des régimes puis de la rapporter aux conflits de rationalités de la société globalisée elle-même représente une différence importante. Des collisions entre constitutions ont lieu ici qui ne se fondent pas seulement sur des conflits de *policy* mais aussi sur des conflits entre systèmes sociaux. Dans les diverses tentatives cherchant à réguler le problème au niveau global grâce aux régimes transnationaux, des rationalités sectorielles entrent en collision les unes avec les autres : les principes directeurs de l'économie, de la science, de la médecine, de la culture et de la religion rivalisent pour orienter l'accès des institutions occidentales au savoir traditionnel et pour limiter, de façon effective, cet accès.

Les collisions de régimes que l'on vient de mentionner, qui se fondent sur des conflits entre systèmes sociaux, ont lieu ici aussi<sup>1</sup>. Cette perspective – issue du débat sur la fragmentation du droit – qualifie à juste titre le *land-grabbing* et la *bio-piracy* comme un problème de collisions de rationalités au sein de la modernité. Ces collisions s'expriment dans les diverses tentatives s'efforçant de réguler le problème de la fondation des droits d'usage exclusifs du territoire et des stocks traditionnels de savoir au niveau global<sup>2</sup>.

Mais il faut franchir une étape de plus par rapport à l'état actuel de la discussion portant sur la fragmentation du droit. Parler de « collision de rationalités » est satisfaisant pour la fragmentation simple, mais pas pour la fragmentation *double de la société mondiale*. Car, avec cette expression, on montre bien que des perspectives divergentes au sein de la différenciation fonctionnelle mondiale perçoivent différemment l'utilisation de territoires et l'utilisation des stocks du savoir traditionnel, mais on rate la deuxième fragmentation – le polycentrisme culturel de la communication globale, la confrontation entre des cultures mondiales différentes<sup>3</sup>. Or le conflit provient de cette double fragmentation de la

1 Voir S. Sassen, *Das Paradox des Nationalen*, *op. cit.*

2 Voir par exemple Art. 8 (j) et Art. 10 (c) de la Convention sur la diversité biologique, accessible en ligne : <<http://www.cbd.int/convention/convention.shtml>>. Voir aussi l'encadré 19 de la Déclaration ministérielle de Doha du 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1 : <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm)>. Voir également les projets discutés et élaborés par le WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore pour déterminer la protection du savoir traditionnel, WIPO Publication WIPO/GTRKF/INF/1 : <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_iwg\\_3/wipo\\_grtkf\\_iwg\\_3\\_13.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_iwg_3/wipo_grtkf_iwg_3_13.doc)>.

3 Voir Surya P. Sinha, « Legal Polycentricity », in Hanne Petersen, Henrik Zahle (dir.), *Legal Polycentricity : Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot, Dartmouth, 1995, p. 31-69. Tully identifie en outre un conflit entre différentes cultures constitutionnelles qui est

société mondiale : de la fragmentation des systèmes fonctionnels *et* de la fragmentation des cultures régionales<sup>1</sup>. C'est seulement après avoir localisé le conflit que l'on peut fournir des indications sociologiques pour orienter la recherche de normes juridiques qui lui soient adéquates.

La différence entre certains principes fondamentaux de différenciation de la société est décisive : la différenciation fonctionnelle des stocks de savoir « modernes » s'oppose à l'ancrage social du savoir « traditionnel ». Cette différence colore d'une teinte particulière les conflits sur le savoir traditionnel. Lorsque les institutions de la modernité, chaque fois spécifiques à une fonction, se heurtent aux structures diffuses des sociétés segmentaires ou stratifiées en mutation, ces institutions ne peuvent faire autrement que d'arracher la production traditionnelle du savoir à son ancrage social et de la transformer dans leurs métabolismes propres.

Séparer la « science » de la « religion » et retirer le vernis « cosmologique » ou spirituel d'un prétendu noyau « pratique » ébranlera beaucoup de formes du savoir traditionnel<sup>2</sup>.

Les régimes hautement spécialisés de la modernité exploitent des contextes culturels traditionnels « holistiques » à des fins spécialisées, en séparant ceux-ci du contexte de reproduction dont dépend pourtant le savoir traditionnel pour son développement. En bref, la multifonctionnalité des institutions traditionnelles est minée par l'unifonctionnalité des hyperstructures modernes.

La manière dont la science moderne globalisée s'y prend avec le savoir traditionnel montre clairement à quel point, dans leurs besoins croissants d'informations, les maximisations de la rationalité, propre

---

seulement dissimulé par la domination du concept occidental de constitution. Les cultures indigènes disposeraient de constitutions sociétales autonomes qui se distingueraient par leur caractère informel, leur spontanéité et une disponibilité constante au changement : J. Tully, « Imperialism of Modern Constitutional Democracy », art. cité, p. 320.

- 1 Voir Rudolf Stichweh, « Strukturbildung in der Weltgesellschaft : Die Eigenstrukturen der Weltgesellschaft und die Regionalkulturen der Welt », in Thomas Schwinn (dir.), *Die Vielfalt und Einheit der Moderne : Kultur- und strukturvergleichende Analysen*, Wiesbaden, VS, 2006, p. 239-257.
- 2 Rosemary J. Coombe, « Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity : Dilemmas for International Policy-Making Posed by the Recognition of Traditional Knowledge », in Keith Maskus, Jerome Reichman (dir.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 559-614, ici : p. 606.

aux hyperstructures de la société mondiale – aux systèmes fonctionnels, organisations formelles, réseaux et communautés épistémiques –, arrachent les stocks de savoir des cultures régionales à leurs contextes de vie et comment elles les attirent inexorablement dans leurs remous<sup>1</sup>. L'exigence scientifiquement légitime que le savoir appartienne au domaine public perd ici son innocence, car elle passe par la destruction des structures nécessaires au savoir local dans les cultures régionales. Le principe moderne de l'accessibilité universelle au savoir transgresse les sphères du secret motivées par la religion. Des méthodes scientifiques spécialisées dans le contrôle de la vérifiabilité aspirent à éliminer la dépendance des stocks de savoir à l'égard de la religion, de la culture et du monde de la vie qui est pourtant vitale pour ceux-ci.

Les normes de collision traditionnelles, telles qu'elles se sont développées entre le « *Western* » et le « *non-Western law*<sup>2</sup> », ne sont plus appropriées pour ces conflits. Les normes de collision qui sont faites pour le conflit entre des principes sociaux d'organisation doivent mettre des limites à l'expansion des hyperstructures de la société mondiale dans les sphères culturelles régionales, afin de les rendre davantage compatibles avec les conditions du savoir traditionnel. On doit s'adresser aux institutions expansionnistes particulières de la modernité et exiger d'elles qu'elles s'autolimitent en les soumettant à une pression externe. La formule que l'on propose ici veut dire aussi : contraindre de l'extérieur des autolimitations pour empêcher que des interventions unifonctionnelles s'étendent de façon destructive dans les stocks de savoir socialement enracinés. Les hyperstructures de la modernité doivent être contraintes à respecter l'indisponibilité des cultures régionales<sup>3</sup>.

Au sujet de cette collision entre des principes de construction sociale – différenciation fonctionnelle *versus* différenciation segmentaire / stratifiée –,

- 1 Voir, par exemple, les articles 1.1. et 12.3 du Traité international sur les ressources phyto-génétiques pour l'alimentation et l'agriculture <[http://www.planttreaty.org/texts\\_en.htm](http://www.planttreaty.org/texts_en.htm)>. Pour une critique des projets bien intentionnés voulant protéger le savoir traditionnel à travers une « base de données globale » et, en même temps, la soumettre à l'accès du savoir moderne, Erica-Irene Daes, « Intellectual Property and Indigenous Peoples », *American Society of International Law Proceedings*, n° 95, 2001, p. 143-150, ici : p. 144 *sq.*
- 2 Roeland Duco Kollewijn, « Conflicts of Western and Non-Western Law », *International Law Quarterly*, n° 4, 1951, p. 307-325.
- 3 Sur les difficultés qui apparaissent pour saisir les autocompréhensions traditionnelles dans les catégories modernes, en particulier dans les catégories juridiques, R. Coombe, « Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity », art. cité.

la théorie des systèmes aurait également des suggestions à faire. En effet, elle a attiré l'attention sur le fait que certaines tendances destructives de la différenciation fonctionnelle ont été contrecarrées de manière relativement réussie par des contre-institutions sociales. Et c'est vrai, on en a déjà discuté plus haut, dans la mesure où les contre-institutions forcent les systèmes sociaux expansionnistes à s'autolimiter<sup>1</sup>. Toutefois, la théorie des constitutions doit maintenant déplacer son regard et passer de l'étude des conflits qui existent entre les sous-systèmes au sein de la différenciation fonctionnelle aux conflits tout autres qui opposent, d'un côté, la globalisation fonctionnellement différenciée et, de l'autre, le savoir enraciné dans les cultures régionales.

Comme on l'a plusieurs fois indiqué, le rôle historique des constitutions et en particulier des droits fondamentaux ne se réduit pas à protéger des positions juridiques individuelles mais consiste en priorité à garantir l'autonomie des sphères sociales contre des tendances à l'invasion. Dans le chapitre précédent, on a supposé que les constitutions sont apparues en guise de réponse à l'émergence typique de sphères d'action autonomes dans les sociétés modernes, surtout par rapport à la politique autonomisée. Dès que des tendances expansionnistes virent le jour, dans le système politique, qui menaçaient l'intégrité d'autres secteurs sociaux autonomes, des conflits sociaux mouvementés éclatèrent. Les positions conquises dans ces conflits furent formulées comme des droits fondamentaux et institutionnalisées comme des contre-institutions sociales au sein de la politique. De telles tendances à l'expansion se manifestèrent dans des constellations historiquement très diverses, autrefois principalement dans la politique, aujourd'hui plutôt dans l'économie, la science, la technologie et d'autres secteurs sociaux.

Comment la théorie des constitutions peut-elle dorénavant s'accommoder, en plus, des collisions d'un autre type qui opposent la globalisation fonctionnellement différenciée et le savoir enraciné dans les cultures régionales ? À titre d'exemple, dans la bio-piraterie, on peut voir des tendances à l'expansion venant de sous-systèmes spécialisés singuliers qui ne se manifestent pas seulement à l'intérieur de la modernité, mais aussi aux limites problématiques entre la modernité globalisée et les cultures régionales traditionnelles. Il est nécessaire de généraliser

---

1 Les sections IV à VI du chapitre 5 en ont discuté.

encore plus la théorie des constitutions mais en empruntant désormais une autre direction. Si la dynamique de la différenciation fonctionnelle ne menace pas uniquement l'intégrité des sphères de l'autonomie au sein de la modernité, mais aussi l'intégrité du savoir traditionnel dans les cultures indigènes, alors la logique institutionnelle que l'on a décrite doit s'attendre à ce que des conflits externes, des protestations spontanées, la résistance organisée et des mouvements sociaux contraignent les hyperstructures de la modernité, par le biais d'une « juridicisation de la protestation<sup>1</sup> », à limiter leur besoin d'expansion au moyen de garanties constitutionnelles<sup>2</sup>.

#### LA RE-ENTRY DE L'ÉTRANGER DANS LE PROPRE

Ceci conduira un droit en matière de collision à développer des formes juridiques hybrides. Il arrivera à un compromis particulier entre les auto-compréhensions des cultures régionales et les mécanismes juridiques de la modernité. Car si la protection de l'autonomie doit vraiment être efficace, le compromis doit alors trouver une voie médiane entre la sensibilité pour les particularités des cultures régionales et le caractère opérationnel du droit moderne. Une simple prise de position politique en faveur de l'intégrité des cultures indigènes ne suffit pas. Elle ne devient effective que lorsque les normes de collision traduisent ces cultures dans la programmation conditionnelle du droit moderne.

Est-ce que cela veut dire que l'on rend possible la protection du savoir traditionnel dès lors que le droit moderne se réfère largement, à l'aide de normes de collision, au droit coutumier ? C'est en effet ce que réclament certains juristes qui ont été formés en anthropologie<sup>3</sup>.

1 Julia Eckert, « Rechtsaneignung : Paradoxien von Pluralisierung und Entpluralisierung in rechtsppluralen Situationen », in Matthias Kötter, Gunnar F. Schuppert (dir.), *Normative Pluralität ordnen : Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 191-206, ici : p. 203.

2 Thomas Risse *et al.* (dir.), *The Power of Human Rights : International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, développent une argumentation qui va dans le même sens, tout en prenant d'autres points de départ.

3 E.-I. Daes, « Intellectual Property and Indigenous Peoples », art. cité, p. 143, p. 144 *sq.* ; Anthony Taubman, « Saving the Village : Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge », in Keith Maskus, Jerome Reichman (dir.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 521-564 ; R. Coombe, « Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity », art. cité.

Mais l'effort visant à énoncer le rapport entre la modernité globale et les cultures régionales sous la forme d'une collision de constitutions se trouve précisément confronté au problème fondamental de savoir si l'on peut authentiquement reconstruire l'étranger dans le propre.

Si l'on veut conduire les institutions de la modernité à limiter leur expansion grâce à la contre-institution de la constitution, il n'y a qu'une manière de faire : il convient de reconstruire l'étranger dans la conceptualité propre, de façon à pouvoir élever des barrières internes à l'endroit adéquat. Si l'on ne procède pas ainsi, les protestations et les résistances externes élevées au nom des cultures régionales se dérouleront sans avoir d'effet sur les institutions. Mais il existe – et cela en dépend – des types de reconstructions plus ou moins réactives, plus ou moins sensibles à l'environnement : la reconstruction est toujours aussi une « construction », car « en vérité » il n'y a pas du tout de droit indigène qui soit un droit formel au sens moderne. C'est une pure construction de ses inventeurs modernes. Le droit moderne extrait les éléments qui lui conviennent des règles de conduite, des usages et des mœurs culturelles des cultures régionales et les assemble dans un collage qu'il présente comme droit coutumier ou comme étant les positions normatives de propriété et les obligations d'agir créées par la culture en question. Cette lecture du droit moderne repose uniquement sur un grand malentendu – un malentendu créatif dans certaines circonstances. Mais il est créatif à condition de ne pas produire de nouveau une pure invention au petit bonheur la chance, à condition de détecter un matériau culturel étranger qu'il reconstruit dans son matériau propre.

Le droit de conflit moderne comprend mal les communications qui sont systématiquement déterminées à l'intérieur de la culture indigène en les prenant pour des actes de droit formels qui créent des normes juridiques. Il les comprend mal, sans nul doute, en pensant qu'elles devraient agir comme des limitations de la modernité. Muni de cette fiction bien réelle, le droit moderne crée dans le soi-disant droit indigène un nouveau mécanisme pour produire le droit, mécanisme qui avec des interdictions et d'autres sanctions légales peut agir contre les tendances à l'expansion de la modernité. Les chances que peut avoir un discours juridique global d'acquiescer une responsivité envers les cultures indigènes, malgré le hiatus qui existe entre les principes d'organisation, se trouvent ici. La question est : « Comment, sans nier le primat des droits

de l'homme, peut-on surmonter le hiatus et accroître la responsivité du droit moderne par rapport au savoir traditionnel<sup>1</sup> ? »

Ne serait-ce que la tentative visant à clarifier autant que possible l'autocompréhension de la culture indigène, pour la reconstruire à partir de cette compréhension approfondie dans le langage du droit moderne comme une limitation ciblée de l'action, paraît prometteuse. L'autocompréhension des porteurs du savoir traditionnel – « le principe de l'autodétermination indigène<sup>2</sup> » – devrait présenter un centre de gravité normatif pour une protection des droits fondamentaux. Ce n'est donc pas simplement la référence du droit moderne au droit indigène, mais le choix de formes modernes du droit qui peuvent protéger efficacement les processus culturels où le savoir est produit.

Protéger le savoir traditionnel en l'état simplement ne suffit pas. Car l'existence de ce savoir dépend essentiellement du contexte de sa production, c'est-à-dire du maintien des conditions cadres de la culture locale. Comme celles-ci sont diamétralement opposées aux conditions cadres de la production moderne du savoir, le conflit entre le concept de savoir hautement spécialisé de la modernité et le savoir traditionnel holistique se ravive de nouveau, de même que le conflit entre le droit formel de la modernité et le droit socialement intégré des cultures régionales. Le droit moderne peut-il répondre à ce conflit ? « La diversité se globaliserait de manière holistique » – c'est une réponse paradoxale<sup>3</sup>. Concrètement, cela signifie que, dans le cas des cultures indigènes, la protection des droits fondamentaux ne concerne pas simplement les résultats mais aussi le processus de production du savoir dans son ensemble. On exige ainsi l'encadrement juridique du savoir traditionnel aussi bien que celle de son intégration dans la culture régionale elle-même.

Compte tenu de cette exigence, il faut déterminer quelles sont les institutions du droit moderne qui offrent la meilleure responsivité à la culture indigène. Jusqu'à présent, les efforts menés dans cette direction ont envisagé principalement trois institutions : « *intellectual property* », « *cultural heritage* », « *native title law* » [propriété intellectuelle, héritage

1 Ch. Graber, « Using Human Rights to Tackle Fragmentation », art. cité, p. 117.

2 R. Coombe, « Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity » ; A. Taubman, « Saving the Village », art. cité, p. 46 ; E.-I. Daes, « Intellectual Property and Indigenous Peoples », art. cité, p. 146.

3 A. Taubman, « Saving the Village », art. cité, p. 525.

culturel et droit foncier autochtone]<sup>1</sup>. Il est indéniable que ces trois institutions peuvent obtenir des succès solides. Mais elles sont tellement limitées par leurs précompréhensions de la culture et du droit qu'aucune d'entre elles ne peut garantir une protection satisfaisante des cultures indigènes. Une autre approche paraît plus prometteuse : celle-ci renonce à saisir la relation entre le savoir traditionnel, le territoire et le groupe indigène dans un concept étendu de propriété et mise, à la place, sur une *shared sovereignty* [souveraineté partagée]. Elle aspire à faire coexister la domination politique moderne et l'autodétermination indigène interne. Le développement économique, social et culturel des groupes indigènes ne serait pas livré à l'intrusion des institutions modernes. Au lieu de cela, la souveraineté partagée permettrait aux groupes indigènes de choisir eux-mêmes l'organisation de leur vie commune. Le fait que ces groupes forment eux-mêmes des schémas adéquats pour la protection de leur héritage culturel ferait partie de leur auto-organisation.

#### LES NORMES DES CONFLITS INTERCULTURELS

Si les droits fondamentaux de la modernité doivent assimiler les conditions de réalisation du savoir traditionnel, alors leur *ratio legis* ne peut pas se limiter à maintenir en l'état les 'réserves culturelles'. Une politique de 'protection des espèces' viserait simplement à établir une autonomie structurelle et non pas une autonomie processuelle. En revanche, une protection des droits fondamentaux devrait créer le cadre qui permette aux cultures indigènes de se développer de manière autonome, en limitant l'invasion spécifique de la modernité et en prévoyant, en guise de compensation, un transfert de ressources vers le monde indigène. Présentons ici un aperçu d'une série d'approches intéressantes qui offrent les premiers indices pouvant servir à l'organisation ultérieure de la protection globale des droits fondamentaux.

1) *L'attribution de droits communaux-collectifs*. Qui est le bénéficiaire de la protection juridique ? L'auteur du savoir en tant qu'individu – telle est la réponse évidente du droit moderne à laquelle ont sans cesse recours les régimes

1 Pour des détails sur ces formes juridiques et sur les options alternatives, voir Christoph Graber, « Wanjina und Wungurr : The Propertisation of Aboriginal Rock Art Under Australian Law », in Graf-Peter Calliess *et al.* (dir.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 2009, p. 275-297, ici : p. 289 *sq.*, 294 *sq.*

transnationaux de la propriété intellectuelle. Mais à cette compréhension individualiste s'oppose le caractère communal ou collectif du savoir traditionnel, où « communal » et « collectif » sont à leur tour seulement des catégories de la modernité. Dans les procès australiens, où les tribunaux essayaient de saisir la relation qu'entretenaient les groupes indigènes au territoire qu'ils occupaient dans les catégories modernes de la « propriété », la collision entre des précompréhensions de la culture juridique s'avéra dramatique<sup>1</sup>.

Pour avancer, il faut être moins obnubilé par l'idée que l'on a toujours besoin d'un collectif personnifié à qui l'on attribue le savoir traditionnel. On peut, au lieu de cela, avoir recours à toute une série de techniques d'attribution pour permettre la protection juridique de ce savoir<sup>2</sup>. Une théorie sociologique des droits fondamentaux, qui comprend les droits fondamentaux comme une institution, les attribue à des processus de communication impersonnels en tant que tels et pas simplement à des individus ; elle va ainsi un peu plus au devant de l'autocompréhension des cultures régionales, même si c'est avec de tout autres instruments conceptuels. Mais déclarer, en faisant un compromis interculturel remarquable, que des « communautés, des associations, des coopératives, des familles, des communautés d'origine », c'est-à-dire des groupes ou des collectifs sont les titulaires de droit, ne devrait pas encore être suffisant<sup>3</sup>. Il faudrait au contraire comprendre le savoir traditionnel lui-même, pas ses auteurs – ni comme individus, ni comme collectif –, comme le titulaire de ces droits fondamentaux compris institutionnellement. La direction à donner au droit global consisterait à désindividualiser les droits fondamentaux, à reconnaître les processus de communication indigènes eux-mêmes comme les titulaires de droits fondamentaux, et à concevoir une procédure de protection juridique qui leur soit adaptée<sup>4</sup>. Cela fait suite à d'autres conceptions qui attribuent

1 Daniel J. Gervais, « Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, n° 11, 2003, p. 467-495.

2 Voir par exemple l'attribution dans *Onus v. Alcoa of Australia Ltd.*, C.L.R. 27, 1981, p. 149, Mason, J.

3 C'est ce que proposent Thomas Cottier et Marion Panizzon, « Legal Perspectives on Traditional Knowledge : The Case for Intellectual Property Protection », *Journal of International Economic Law*, n° 7, 2004, p. 371-399 ; Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

4 Le droit constitutionnel canadien devrait aller dans le sens de cette conception des droits fondamentaux dans sa compréhension collective et institutionnelle : Constitution canadienne, art. 84 ; voir D. Gervais, « Spiritual but not Intellectual? », art. cité, p. 491.

les droits fondamentaux non pas seulement aux individus ou aux collectifs mais aussi à des processus sociaux déterminés<sup>1</sup>. Les « droits culturels indigènes » devraient donc être reconnus comme une troisième forme, une forme « hybride » de droits, par différence avec les droits individuels et les droits collectifs : *l'érection des processus culturels en sujets de droit* permettrait à la doctrine des droits fondamentaux d'identifier plus facilement le titulaire des droits du savoir traditionnel dans les cultures étrangères.

Cette perspective centrée sur les processus devrait être également en mesure de surmonter les restrictions « culturalistes » qui proviennent d'une dichotomie rigide entre tradition et modernité. Au lieu de se fixer de façon non historique sur un clash des civilisations permanent, elle peut percevoir justement la « coexistence de formes différentes de néo-traditionalisme, de droit étatique, de *unnamed law* [droit sans nom] et de normes juridiques transnationales<sup>2</sup> », lorsque le processus de transformation culturelle est lui-même le titulaire de droits. Elle peut donc mieux répondre aux processus de confrontation et d'appropriation divers et à l'émergence de pratiques culturelles hybrides, et orienter la protection juridique en leur direction précisément<sup>3</sup>.

2) *Des droits de participation*. Le principe directeur consiste à laisser aux groupes indigènes eux-mêmes le soin de décider de l'accès des autres au savoir traditionnel. Il faut garantir, grâce à un « consensus préalable, donné en connaissance de cause », que les groupes locaux sont impliqués dans les processus de décision qui sont pertinents pour eux<sup>4</sup> et qu'ils ont, le cas échéant, le droit d'en refuser l'accès<sup>5</sup>.

1 Helmut Ridder a élaboré le concept de droit fondamental impersonnel qui met le droit fondamental de liberté d'expression directement en rapport avec le processus de formation politique de la volonté, dans *Soziale Ordnung des Grundgesetzes*, *op. cit.*, p. 85 ; à cet égard, K.-H. Ladeur, « Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie », art. cité ; G. Teubner, « Die anonyme Matrix : Zu Menschenrechtsverletzungen durch private transnationale Akteure », art. cité.

2 J. Eckert, « Rechtsaneignung », art. cité, p. 193.

3 Pour des détails sur la critique d'un culturalisme juridique anhistorique et sur la voie alternative d'un changement juridique dynamique conflictuel, *ibid.*, p. 201 *sqq.*

4 *Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Working Group on Indigenous Populations*, 22<sup>e</sup> session, 19-23 juillet 2004, p. 5 : « Un consensus libre, antérieur et informé reconnaît aux peuples indigènes des droits intrinsèques et antérieurs à leurs terres et à leurs ressources, et il respecte leur autorité légitime pour exiger que des parties tierces engagent une relation égale et respectueuse avec eux sur la base de ce consensus informé ».

5 Des détails dans Ulrich Brand et Christoph Görg, *Postfordistische Naturverhältnisse : Konflikte um genetische Ressourcen und die Internationalisierung des Staates*, Münster, Westfälisches

C'est en particulier pour savoir comment doit être organisé l'accord par la procédure et quelle garantie secondaire, prenant la forme de devoirs de pénalisation ou de restitution, doit être appliquée, que deviennent significatives les exigences que chaque communauté épistémique pose au consensus<sup>1</sup>. Une certification d'origine a une importance décisive pour cela<sup>2</sup>. Car le devoir des organisations exploitant le savoir d'en rendre publique l'origine, « d'en divulguer l'origine », ne sert pas seulement à assurer que seules des inventions nouvelles sont attendues mais permet, en même temps, d'identifier les détenteurs de droits lors du contrôle des droits procéduraux établis.

3) *Une compensation monétaire*. Tant que les normes de partage des bénéfices assurent aux groupes indigènes une exploitation économique partagée du savoir traditionnel par rapport au bénéficiaire, à l'usufruitier, les contrats d'exploitation paraissent peu appropriés, car cela reviendrait à protéger l'autonomie culturelle en détruisant les contenus culturels et religieux. D'un point de vue interculturel, des solutions de fonds offrent une meilleure option<sup>3</sup>.

#### LES PRINCIPES DIRECTEURS DES COLLISIONS DE CONSTITUTIONS

Par comparaison avec le droit de conflit traditionnel des États-nations, les collisions mentionnées ici, collisions interrégimes et collisions interculturelles, présentent des particularités qui invitent à développer

---

Dampfboot, 2003, p. 75 *sqq.*

- 1 Ainsi les régimes de responsabilité renvoient en même temps constamment au *customary law*, voir Tracy Lewis et Jerome H. Reichman, « Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries : A Law and Economics Primer », in Keith E. Maskus, Jerome H. Reichman (dir.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 337-366.
- 2 Voir, enfin, CBD, Report of the Meeting of the Group of Technical Experts on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance, 20 février 2007, UNEP/CBD/WG-ABS/5/2.
- 3 *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 3-14 Juin 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I), <<http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>>.

à nouveaux frais des normes de collision qui soient adaptées. Pour l'organisation différente des normes, il est déterminant que les trois ordres constitutionnels impliqués – États-nations, régimes transnationaux et groupes indigènes – soient socialement intégrés à des degrés divers.

Les constitutions transnationales des régimes présentent le plus faible degré d'ancrage social. Elles sont faites exclusivement pour un secteur fonctionnellement différencié de la société mondiale et constituent, en conséquence, un « régime autosuffisant » qui développe des normes spécialisées, lesquelles reflètent la rationalité propre au secteur social qui est couplé avec elles. Les constitutions des régimes sont des constitutions sectorielles qui ne comptent pas sur le soutien des processus de la société entière, c'est-à-dire des processus dirigés vers le « bien commun ».

Les constitutions étatiques, en revanche, sont quand même ancrées dans un ordre juridique national englobant. Elles ne forment, de même que les constitutions transnationales des régimes, certes qu'un secteur du système juridique de la société mondiale ; elles ne constitutionnalisent que le système politique, pas la société dans son ensemble. Mais elles disposent, comme on l'a expliqué ci-dessus avec plus de précisions, d'un « équilibre interne » au sens où leurs normes juridiques, qui peuvent être aussi spécifiques d'un point de vue fonctionnel à chaque cas singulier, se trouvent toujours déjà dans le contexte d'autres normes juridiques, et sont donc les solutions de conflits sociaux divers. Les normes juridiques des constitutions nationales, les droits fondamentaux en particulier, se trouvent dans une relation d'(auto-)limitation réciproque continue.

Les ordres normatifs indigènes, enfin, sont bien plus fortement ancrés dans la société entière que le droit des États-nations. La raison est qu'ils se manifestent dans des domaines de la société où un système juridique fonctionnellement différencié ne s'est pas formé : leurs normes sont, dans leur contenu et leur genèse, indissociablement mêlées aux systèmes d'interaction religieux, politique, économique qui sont reliés au savoir traditionnel.

Dégageons les conséquences, pour la résolution des collisions de constitutions, de ces différences entre les trois ordres. La *substantive law approach* est la mieux adaptée aux conflits interrégimes où les régimes qui entrent en collision exigent à ce que ne soient appliqués chaque fois que leurs propres standards constitutionnels. Cette approche s'empare chaque fois d'éléments des normes constitutionnelles en collision, et elle

les réfléchit dans une nouvelle norme matérielle, qui s'oriente en même temps vers l'ordre public transnational. Cela va dans le sens d'un droit hybride car la norme matérielle internalise, du point de vue du corps de décision judiciaire, des standards constitutionnels étrangers dans son propre droit, tout en laissant intacte l'autonomie de celui-ci. En revanche, dans les collisions interculturelles, la situation se caractérise par l'intervention de normes fondamentales indigènes, qui doivent être reconnues au titre de domaines protégés par les droits fondamentaux et limitant les tendances à l'expansion des régimes fonctionnels.

Malgré toutes ces différences, les collisions de constitutions ont pour point commun de ne pas trouver de réponse appropriée dans la technique de référence du droit de conflit de lois classique. À sa place, il faut développer les normes matérielles d'un droit constitutionnel transnational, du type de l'approche du *common law*. La particularité de ce droit constitutionnel consiste en ce qu'il n'est pas développé par une instance hiérarchique centrale pour l'ordre entier mais par les régimes en collision eux-mêmes.

Le principe de justice, qui est sous-jacent à ces normes de collision de constitutions qui sont produites de façon décentralisée, devrait être une sorte de principe de 'soutenabilité', principe qui a été développé à l'origine pour limiter la croissance économique et protéger l'environnement naturel en vue des conditions de vie à venir. Et le défi d'aujourd'hui est que le principe de soutenabilité doit être généralisé dans deux directions<sup>1</sup>.

*La soutenabilité ne peut plus seulement se limiter au rapport de l'économie à la nature, c'est-à-dire au rapport seulement d'un système social à l'un de ses environnements. Le principe de soutenabilité est à repenser, en sus de l'économie, pour tous les régimes fonctionnels. En même temps, il doit intégrer, en plus de l'environnement naturel, tous les environnements pertinents des régimes. On entend « environnement » ici dans le sens le plus large possible qui se rapporte aux environnements naturel, social et humain des régimes transnationaux.*

Une soutenabilité adaptée à la spécificité d'un régime demande à celui-ci de limiter ses options pour contrecarrer ses tendances autodestructives et éviter les dommages qu'elles causent à l'environnement. On a décrit cela, à plusieurs reprises dans l'ouvrage, comme étant la

1 Sur la responsabilité des institutions sociales pour un développement durable, voir Amartya Sen, « Sustainable Development and Our Responsibilities », *Notizie di Politeia*, n° 26, 2010, p. 129-137.

fonction limitative des constitutions de régimes, lesquelles sont à juste titre aujourd'hui au premier plan du constitutionnalisme sociétal. Un concept constitutionnel de soutenabilité qui, en plus d'encourager l'autolimitation des régimes, aspirerait à défendre et même à promouvoir activement les environnements concernés, serait, en revanche, bien plus ambitieux et bien plus difficile à réaliser. C'est la raison pour laquelle le plaidoyer en faveur d'un tel concept de soutenabilité a été présenté avec prudence dans les chapitres précédents ; les passages sur l'effet horizontal des droits fondamentaux et sur les garanties de l'autonomie des cultures indigènes sont ceux qui l'ont le plus clairement appuyé.

Mais le constitutionnalisme sociétal vise, en dernier ressort, une telle soutenabilité intensifiée. La covariance entre les formes sociales de l'organisation et les principes du droit constitutionnel est toujours sous-jacente. Émile Durkheim pouvait encore affirmer que la division moderne du travail social nécessite une constitution sociétale de la « solidarité organique<sup>1</sup> ». Si l'on passe de la division du travail à la différenciation fonctionnelle, l'autonomie croissante des systèmes fonctionnels globaux met chacun de ces systèmes au défi de développer, dans sa propre constitution, une soutenabilité d'un nouveau type, une nouvelle sensibilité envers ses environnements. Ce n'est pas pour rien si l'on a identifié comme un équilibre délicat la seule forme actuelle possible de rationalité – à égale distance de ses concurrents, le choix rationnel et la rationalité discursive : cet équilibre est à trouver aux frontières de la conservation du système et de la promotion de l'environnement au sens où il doit les prendre également en considération pour penser leurs effets réciproques. Permettre à la rationalité de se réaliser veut dire que « l'irritabilité des systèmes doit être renforcée<sup>2</sup> ». Si la thèse que nous avons défendue est exacte, selon laquelle les constitutions sectorielles de type politique et sociétal produisent une double réflexivité – la réflexivité médiale du secteur social concerné et celle du droit –, alors la tâche véritable des constitutions est de créer les conditions normatives préalables à leur politisation interne. Et une politisation interne suppose de discuter et de décider, à la fois, du rôle du secteur social dans la société entière, des menaces possibles qu'il représente pour les environnements naturel, social et humain, et enfin de ses performances positives pour les environnements.

1 É. Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 79 *sqq.*

2 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 171 *sqq.*, p. 182, p. 185 (citation).



## BIBLIOGRAPHIE

- ABBOTT, Kenneth et SNIDAL, Duncan, « Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance : Overcoming the Orchestration Deficit », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n° 42, 2009, p. 501-571.
- ABELSHAUSER, Werner, *Kulturkampf : Der deutsche Weg in die Neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung*, Berlin, Kadmos, 2003.
- ACKERMAN, Bruce A., *We the People : Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer : Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1998.
- ALBERT, Mathias et STICHWEH, Rudolf (dir.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, Wiesbaden, VS, 2007.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Francfort, Suhrkamp, 1994.
- ALGAN, Yann et CAHUC, Pierre, *La société de défiance : Comment le modèle social français s'autodétruit*, Paris, Éditions rue d'Ulm, 2007.
- ALLOT, Philip, « The Emerging Universal Legal System », *International Law Forum du droit international*, n° 3, 2001, p. 12-17.
- ALVAREZ, José, « Constitutional Interpretation in International Organizations », in Jean M. Coicaud, Veijo Heiskanen (dir.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, United Nations University Press, 2001, p. 104-154.
- AMERASINGHE, Chittharanjan F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- AMSTUTZ, Marc, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht : Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2001.
- AMSTUTZ, Marc, « In-Between Worlds : Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning », *European Law Journal*, n° 11, 2005, p. 766-784.
- AMSTUTZ, Marc, ABEGG, Andreas et KARAVAS, Vagios, *Soziales Vertragsrecht : Eine rechtsevolutorische Studie*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2006.
- AMSTUTZ, Marc, ABEGG, Andreas et KARAVAS, Vagios, « *Civil Society Constitutionalism : The Power of Contract Law* », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 14, 2007, p. 235-258.

- AMSTUTZ, Marc et KARAVAS, Vagios, « Rechtsmutation : Zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum », *Rechtsgeschichte*, n° 8, 2006, p. 14-32.
- AMSTUTZ, Marc et KARAVAS, Vagios, « Weltrecht : Ein Derridasches Monster », in, Grigori Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (dir.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2009, p. 646-672.
- ANDERSON, Gavin W., « Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism », *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n° 17, 2004, p. 31-59.
- ANDERSON, Gavin W., *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, Hart, 2005.
- ANDERSON, Gavin W., « Corporate Constitutionalisme : From Above and Below (but mostly below) », in *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere ? Paper presented at Copenhagen Business School*, Copenhagen, septembre 17-18, 2009, p. 1-14.
- ANDERSON, Gavin W., « Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 881-906.
- AUGSBERG, Ino, « Wissenschaftsverfassungsrecht », in VESTING, Thomas, KORIOTH, Stefan (dir.), *Der Eigenwert der Verfassung : Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung ?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 187-206.
- AUGSBERG, Ino, GOSTOMZYK, Tobias et VIELLECHNER, Lars, *Denken in Netzwerken : Zur Rechts- und Gesellschaftstheorie Karl-Heinz Ladewig*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- AYRES, Ian et BRAITHWAITE, John, *Responsive Regulation : Transcending the Deregulation Debate*, New York, Oxford University Press, 1992.
- BACKER, Larry Catá, « Multinational Corporations, Transnational Law : The United Nations' Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law », *Columbia Human Rights Law Review*, n° 37, 2005, p. 101-192.
- BACKER, Larry Catá, « The Autonomos Global Enterprise : On the Role of Organizational Law Beyond Asset Partitioning and Legal Personality », *Tulane Law Journal*, n° 41, 2006, p. 541-572.
- BACKER, Larry Catá, « Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation », *International Law Students Association, Journal of International & Corporative Law*, n° 14, 2008, p. 1-26.
- BACKER, Larry Catá, « Transnational Corporate Constitutionalism ? », 2009. En ligne : <<http://lbackerblog.blogspot.com/2009/06/gunther-teubner-on-complications-of.html>>.

- BACHE, Ian et FLINDERS, Matthew (dir.), *Multilevel Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- BADURA, Peter, « Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten : Die verfassungsrechtliche Problematik der Umsetzung der EG-Diskriminierungsrichtlinien in Deutschland », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 68, 2008, p. 347-358.
- BAECKER, Dirk, « The Power to Rule the World », in Graf-Peter Callies, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (dir.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2009, p. 673-686.
- BARAK, Aharon, « Constitutional Human Rights and Private Law », *Review on Constitutional Studies*, n° 3, 1996, p. 218-281.
- BARRY, Brian, *Theories of Justice : A Treatise on Social Justice I*, Londres, Harvester Wheatsheaf, 1989.
- BECK, Ulrich et SZNAIDER, Natan, « Unpacking Cosmopolitanism for the Social Sciences : A Research Agenda », *The British Journal of Sociology*, n° 57, 2006, p. 1-23.
- BECKENKAMP, Martin, « The Herd Moves ? Emergence and Self-organization in Collective Actors », *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, n° 14, 2006, p. 1-50.
- BEHRENS, Peter, « Weltwirtschaftsverfassung », *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, n° 19, 2000, p. 5-27.
- BENZ, Arthur, « Regionalpolitik zwischen Netzwerkbildung und Institutionalisierung : Zur Funktionalität paradoxer Strukturen », *Staatwissenschaften und Staatspraxis*, n° 1, 1996, p. 23-43.
- BERMAN, Harold J., « World Law : An Ecumenical Jurisprudence of the Holy Spirit », *Theology Today*, n° 63, 2006, p. 365-374.
- BERMAN, Paul Schiff, « The Globalization of Jurisdiction », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 151, 2002, p. 311-545.
- BERMAN, Paul Schiff, « Global Legal Pluralism », *Southern California Law Review*, n° 80, 2007, p. 1155-1238.
- BIEBER, Daniel, « Probleme unternehmensübergreifender Organisation von Innovationsprozessen », in Daniel Bieber (dir.), *Technikentwicklung und Industriearbeit : Industrielle Produktionstechnik zwischen Eigendynamik und Nutzerinteressen*, Francfort, Campus, 1997, p. 111-140.
- BIELING, Hans-Jürgen, « Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung », in Sonja Buckel, Andreas Fischer-Lescano (dir.), *Hegemonie gepanzert mit Zwang : Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis von Antonio Gramsci*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 143-160.

- BINSWANGER, Hans Christoph, *Die Wachstumsspirale : Geld, Energie und Imagination in der Dynamik des Marktprozesses*, Marbourg, Metropolis, 2006.
- BINSWANGER, Hans Christoph, *Vorwärts zur Mäßigung : Perspektiven einer nachhaltigen Wirtschaft*, Hambourg, Murmann, 2009.
- BINSWANGER, Hans Christoph, « Die deutsche Wirtschaft wächst zu schnell », *Spiegel-Online*, 12 décembre 2010.
- BLACK, Julia, « Constitutionalising Self-Regulation », *Modern Law Review*, n° 59, 1996, p. 24-55.
- BLACK, Julia, « New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis : Institutional Approaches to Regulatory Decision Making », *Law & Policy*, n° 19, 1997, p. 51-93.
- BLOCK, Walter E., « A Critical Look at the Calculus of Consent », *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, n° 8, 2010, p. 433-450.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, « Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes als Grenzbegriff des Rechts », in Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Francfort, Suhrkamp, 1991, p. 90-112.
- BOGDANDY, Armin von, « Constitutionalism in International Law : Comment on a Proposal from Germany », *Harvard International Law Journal*, n° 47, 2006, p. 223-242.
- BÖHM, Franz, *Wettbewerb und Monopolkampf : Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechtes und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin, Heymanns, 1933.
- BÖLL, Heinrich, *L'honneur perdu de Katharina Blum : Comment peut naître la violence et où elle peut conduire*, trad. Solange de Lalène, Georges de Lalène, Paris, Seuil, 1975
- BOMHOFF, Jacco et MEUWESE, Anne C., « The Meta-Regulation of Transnational Private Regulation », *Journal of Law and Society*, n° 38, 2011, p. 138-162.
- BOMMES, Michael et TACKE, Veronika (dir.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*, Wiesbaden, VS, 2011.
- BRAITHWAITE, John, « Enforced Self-regulation : A New Strategy for Corporate Crime Control », *Michigan Law Review*, n° 80, 1982, p. 1466-1507.
- BRAND, Ulrich et GÖRG, Christoph, *Postfordistische Naturverhältnisse : Konflikte um genetische Ressourcen und die Internationalisierung des Staates*, Münster, Westfälisches Dampfboot, 2003.
- BRAUN, Joachim von et MEINZEN, Ruth, « 'Land Grabbing' by Foreign Investors in Developing Countries : Risks and Opportunities », *International Food Policy Research Institute (IFPRI) Policy Brief*, n° 13, 2009, p. 1-4.
- BRÜGGEMEIER, Gert, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus. Band 2 : Vom Faschismus bis zur Gegenwart*, Francfort, Syndikat, 1979.
- BRÜGGEMEIER, Gert, « Constitutionalisation of Private Law : The

- German Perspective », in Tom Barkhuysen, Siewert Lindenbergh (dir.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden, Brill, 2006, p. 59-82.
- BRÜGGEMEIER, Gert, COLOMBI CIACCHI, Aurelia et COMANDÉ Giovanni (dir.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- BRUNKHORST, Hauke, *Solidarität : Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Francfort, Suhrkamp, 2002.
- BRUNKHORST, Hauke, « Demokratie in der globalen Rechtsgenossenschaft », *Zeitschrift für Soziologie : Sonderheft Weltgesellschaft*, 2005, p. 330-348.
- BRUNKHORST, Hauke, « Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft : Global Rule of Law, Global Constitutionalism und Weltstaatlichkeit », in ALBERT, Mathias, STICHWEH, Rudolf (dir.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, Wiesbaden, VS, 2007, p. 63-108.
- BRUNNENGRÄBER, Achim, KLEIN, Ansgar et WALK, Heike (dir.), *NGOs im Prozess der Globalisierung : Mächtige Zwerge - umstrittene Riesen*, Wiesbaden, 2005.
- BUCHANAN, James M., *Constitutional Economics*, Oxford, Blackwell, 1991.
- BUCHANAN, James M., *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994.
- BUCHANAN, Ruth, « Legitimizing Global Trade Governance : Constitutional and Legal Pluralist Approaches », *Northern Ireland Legal Quarterly*, n° 57, 2006, p. 657-672.
- BUCHANAN, Ruth, « Reconceptualizing Law and Politics in the Transnational Constitutional and Legal Pluralist Approaches », *Socio-Legal Review*, n° 5, 2008, p. 21-39.
- BURNICKI, Ralf, *Anarchismus und Konsens : Gegen Repräsentation und Mehrheitsprinzip : Strukturen einer nichthierarchischen Demokratie*, Francfort, Verlag Edition AV, 2002.
- CALLIESS, Galf-Peter, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- CALLIESS, Galf-Peter, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge : Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- CALLIESS, Galf-Peter et ZUMBANSEN, Peer, *Rough Consensus and Running Code : A Theory of Transnational Private Law*, Oxford, Hart, 2010.
- CALLIESS, Galf-Peter, FISCHER-LESCANO, Andreas, WIELSCH, Daniel, ZUMBANSEN, Peer (dir.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunter Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2009.
- CAMPAGNA, Julie, « United Nations Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights : The International Community Asserts Binding Law

- on the Global Rule Makers », *John Marshall Law Review*, n° 37, 2004, p. 1205-1252.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht : Eine Zwischenbilanz*, Berlin, De Gruyter, 1999.
- CARMODY, Chios, « A Theory of WTO Law », *Journal of International Economic Law*, n° 11, 2008, p. 527-557.
- CASS, Deborah Z., *The Constitutionalization of the World Trade Organization : Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- CASSESE, Sabino, « Administrative Law Without the State : The Challenge of Global Regulation », *New York University Journal of International Law and Politics*, n° 37, 2005, p. 663-694.
- CHEADLE, Halton et DAVIS, Dennis, « The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere », *South African Journal of Human Rights*, n° 44, 1997, p. 39-60.
- CHERNILO, Daniel, *A Social Theory of the Nation-State : The Political Forms of Modernity Beyond Methodological Nationalism*, Londres, Routledge, 2007.
- CHRISTODOULIDIS, Emiliós, « Against Substitution : The Constitutional Thinking of Dissensus », in Martin Loughlin, Neil Walker (dir.), *The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 189-208.
- CLAPHAM, Andrew, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- COLLINS, Hugh, « The Constitutionalisation of Private Law as a Path to Social Justice » in Hans Micklitz (dir.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Londres, 2011, p. 133-166.
- COLLINS, Hugh, « Flipping Wreck : Lex Mercatoria on the Shoals of Jus Cogens », in Stefan Grundmann *et al.* (dir.), *Contract Governance*, Amsterdam, Kluwer, 2012.
- COOMBE, Rosemary J., « Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity : Dilemmas for International Policy-Making Posed by the Recognition of Traditional Knowledge », in Keith Maskus, Jerome Reichman (dir.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 559-614.
- COTTIER, Thomas et PANIZZON, Marion, « Legal Perspectives on Traditional Knowledge : The Case for Intellectual Property Protection », *Journal of International Economic Law*, n° 7, 2004, p. 371-399.

- COVER, Robert M., « The Supreme Court, 1982 Term – Foreword : Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, n°97, 1983, p. 4-68.
- CREUTZ, Helmut, « Vollgeld und Grundeinkommen », *Zeitschrift für Sozialökonomie*, n° 133, 2002, p. 14-19.
- CROUCH, Colin, *L'étrange survie du néolibéralisme*, trad. Y. Coleman, Paris, Diaphanes, 2015.
- DAES, Érica-Irene, « Intellectual Property and Indigenous Peoples », *American Society of International Law Proceedings*, n°95, 2001, p. 143-150.
- DAHL, Robert A., *Après la révolution ? L'autorité dans une société modèle*, trad. A. de Mèredieu, Paris, Calmann-Lévy, 1973.
- DAHL, Robert A., « Réalité sociale et économie de marché. Lettre à des amis d'Europe de l'Est », *Le débat*, 1990/5, n° 62, p. 137-142.
- DALHUISEN, Jan H., « Legal Orders and their Manifestations : The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and its Lex Mercatoria », *Berkeley Journal of International Law*, n° 24, 2006, p. 129-191.
- DELMAS-MARTY MIREILLE, *Le pluralisme ordonné : Les forces imaginantes du droit II*, Paris, Seuil, 2006.
- DERRIDA, Jacques, *L'autre cap*, suivi de *La démocratie ajournée*, Paris, Minuit 1991.
- DERRIDA, Jacques, *Force de loi : Le fondement mystique de l'autorité*, Paris, Galilée, 1994.
- DERRIDA, Jacques, *La fausse monnaie : Donner le temps* t. 1, Paris, Galilée, 1998.
- DERRIDA, Jacques, *Otobiographies : L'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre*, Paris, Galilée, 2005.
- DE SCHUTTER, Olivier (dir.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006.
- DE WET, Erika, « The International Constitutional Order », *The International and Comparative Law Quarterly*, n° 55, 2006, p. 51-76.
- DICEY, Albert, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan, 1964 [1889].
- DIEDERICHSEN, Uwe, « Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 197, 1997, p. 57-64.
- DIEDERICHSEN, Uwe, « Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 198, 1998, p. 171-260.
- DILLING, Olaf, HERBERG, Martin  NTER, Gerd (dir.), *Responsible Business : Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Oxford, Hart, 2008.
- DINWOODIE, Graeme B., « A New Copyright Order : Why National Courts Should Create Global Norms », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 149, 2000, p. 469-581.
- DOBNER, Petra, « More Law, Less Democracy ? Democracy and Transnational

- Constitutionalism », in Petra Dobner, Martin Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 141-161.
- DORF, Michael C. et SABEL, Charles F., *A Constitution of Democratic Experimentalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.
- DUNOFF, Jeffrey L., « Constitutional Conceits : The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law », *European Journal of International Law*, n° 17, 2006, p. 647-675.
- DUNOFF, Jeffrey L., RACHTMAN, Joel (dir.), *Ruling the World ? Constitutionalism, International Law and Global Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- DUNOFF, Jeffrey L., « A New Approach to Regime Interaction », in M. Young (dir.), *Regime Interaction in International Law : Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 136-174.
- DUPUY, Pierre-Marie, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n° 1, 1997, p. 1-33.
- DUPUY, Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international », *Recueil des Cours*, n° 297, 2002, p. 9-489.
- DÜRIG, Günter, « Grundrechte und Zivilrechtsprechung », in Theodor Maunz (dir.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung : Festschrift Hans Nawiasky*, Munich, Isar, 1956, p. 156-210.
- DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, Paris, PUF, [1883] 2004.
- ECKERT, Julia, « Rechtsaneignung : Paradoxien von Pluralisierung und Entpluralisierung in rechtspluralen Situationen », in Matthias Kötter, Gunnar F. Schuppert (dir.), *Normative Pluralität ordnen : Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 191-206.
- ELLIS, Jaye, « Sustainable Development and Fragmentation in International Society », in Duncan French (dir.), *Environmental Justice and Sustainable Development*, Leiden, Nijhoff, 2010.
- ENGI, Lorenz, « Gemachtes Recht – gegebenes Recht. Made Law – Given Law », *Ancilla Juris*, n° 2, 2007, p. 48-59.
- ENGLE, Karen, « After the Collapse of the Public / Private Distinction : Strategizing Women's Rights », in Dorinda G. Dallmeyer (dir.) *Reconceiving Reality : Women and International Law*, American Society of International Law, Washington, 1993, p. 143-155.
- ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts : Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1956.
- ESTY, Daniel, « Good Governance at the Supranational Scale : Globalizing Administrative Law », *Yale Law Journal*, n° 115, 2006, p. 1490-1562.

- FASSBENDER, Bardo, « The Meaning of International Constitutional Law », in Douglas M. Johnston, Ronald St J. Macdonald (dir.), *Towards World Constitutionalism : Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p. 837-851.
- FASSBENDER, Bardo, « 'We the Peoples of the United Nations' : Constituent Power and Constitutional Form in International Law », in Neil Walker, Martin Loughlin (dir.), *The Paradox of Constitutionalism, Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 269-290.
- FISCHER-LESCANO, Andreas, *Globalverfassung : Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist, Velbrück, 2005.
- FISCHER-LESCANO, Andreas et TEUBNER, Gunther, *Regime-Kollisionen : Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Francfort, Suhrkamp, 2006.
- FISCHER-LESCANO, Andreas et RENNER, Moritz, « Europäisches Verwaltungsrecht und Völkerrecht », in Jörg P. Terhechte (dir.), *Verwaltungsrecht in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 359-371.
- FISHER, Irving, *100 % Money*, Londres, Pickering & Chatto, [1935] 1997.
- FOERSTER, Heinz von, *Observing Systems*, Seaside, Cal., Intersystems Publications, 1981.
- FOUCAULT, Michel, « Entretien sur la prison : le livre et sa méthode » (entretien avec J.-J. Brochier), in M. Foucault, *Dits et écrits I, 1954-1975*, p. 1608-1621
- FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, [1975], 1993.
- FRIED, Charles, « Constitutionalism, Privatization, and Globalization », *Cardozo Law Review*, n° 21, 2000, p. 1091-1094.
- FRIEDMAN, Daniel et BARAK-EREZ, Daphne (dir.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart, 2001.
- FROWEIN, Jochen A., « Konstitutionalisierung des Völkerrechts », in Klaus Dicke, Waldemar Hummer, Daniel Girsberger, Boele-Woelki, Christoph Engel, Jochen Frowein (dir.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System : Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Heidelberg, Müller, 2000, p. 427-447.
- FUCHS, Peter, *Der Eigen-Sinn des Bewusstseins : Die Person – die Psyche – die Signatur*, Bielefeld, transcript, 2003.
- GALLIE, Walter B., « Essentially Contested Concepts », *Proceedings of the Aristotelian Society*, n° 56, 1956, p. 167-198.
- GAMILLSCHEG, Franz, « Die Grundrechte im Arbeitsrecht », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 164, 1964, p. 385-445.
- GARDBAUM, Stephen, « The 'Horizontal Effect' of Constitutional Rights », *Michigan Law Review* n° 102, 2003, p. 387-459.

- GARDBAUM, Stephen, « Human Rights and International Constitutionalism », in Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman (dir.), *Ruling the World ? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 233-257.
- GERVAIS, Daniel J., « Spiritual but not Intellectual ? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, n° 11, 2003, p. 467-495.
- GIERKE, Otto von, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1863.
- GILL, Stephen, *Power and Resistance in the New World Order*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2003.
- GLENDON, Ann, « Rights Talk : The Impoverishment of Political Discourse », in Don E. Eberly (dir.), *The Essential Civil Society Reader*, Oxford, Rowman Littlefield, 2000, p. 305-316.
- GOLDSTONE, Richard et HAMILTON, Rebecca, « Bosnia v. Serbia : Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Leiden Journal of International Law*, n° 21, 2008, p. 95-112.
- GRABER, Christoph, « Using Human Rights to Tackle Fragmentation in the Field of Traditional Cultural Expressions : An Institutional Approach », in Christoph Graber, Mira Burri-Nenova (dir.), *Intellectual Property and Traditional Cultural Expression in a Digital Environment*, Cheltenham, Elgar, 2008, p. 96-120.
- GRABER, Christoph, « Wanjina und Wungurr : The Propertisation of Aboriginal Rock Art Under Australian Law », in Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (dir.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 2009, p. 275-297.
- GRABER, Christoph et TEUBNER, Gunther, « Art and Money : Constitutional Rights in the Private Sphere », *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 18, 1998.
- GRANDE, Edgar, KÖNIG, Markus, PFISTER, Patrick et STERZEL, Paul, « Politische Transnationalisierung : Die Zukunft des Nationalstaats – Transnationale Politikregime im Vergleich », in Stefan Schirm (dir.), *Globalisierung : Forschungsstand und Perspektiven*, Baden-Baden, 2006, p. 119-145.
- GRAZIANI, Augusto, *The Monetary Theory of Production*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- GRIMM, Dieter, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1987.
- GRIMM, Dieter, « Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen

- Konstitutionalismus », in D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Francfort, Suhrkamp, 1991, p. 31-66.
- GRIMM, Dieter, « The Constitution in the Process of Denationalization », *Constellations*, n° 12, 2005, p. 447-463.
- GRIMM, Dieter, « Gesellschaftlicher Konstitutionalismus : Eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung ? », in Matthias Herdegen, Hans Hugo Klein, Hans-Jürgen Papier, Rupert Scholz (dir.), *Staatsrecht und Politik : Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 2009, p. 67-81.
- GRIMM, Dieter, « The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World », in Petra Dobner, Martin Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 3-22.
- GUNNINGHAM, Neil et REES, Joseph, « Industry Self-Regulation : An Institutional Perspective », *Law and Policy*, n° 19, 1997, p. 363-414.
- HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz : Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Heidelberg, C. F. Müller, 1983.
- HABERMAS, Jürgen, *L'espace public* [1962], trad. M. B. de Launay, Paris, Payot, 1988.
- HABERMAS, Jürgen, *Protestbewegung und Hochschulreform*, Francfort, Suhrkamp, 1969.
- HABERMAS, Jürgen, « La crise de l'État-providence et l'épuisement des énergies utopiques », in Jürgen Habermas, *Écrits politiques*, trad. Ch. Bouchindhomme et R. Rochlitz, Paris, Champs Flammarion, 1990, p. 139-167.
- HABERMAS, Jürgen, *Droit et démocratie : Entre faits et normes* [1992], trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, « Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance ? », in J. Habermas, *Der gespaltene Westen*, Francfort, Suhrkamp, 2004, p. 113-193.
- HAINES, Fiona, « Regulatory Failures and Regulatory Solutions : A Characteristic Analysis of the Aftermath of Disaster », *Law and Social Inquiry*, n° 34, 2009, p. 31-57.
- HALL, Peter A. et SOSKICE, David (dir.), *Varieties of Capitalism : The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- HALTERN, Ulrich, « Internationales Verfassungsrecht ? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende », *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 128, 2003, p. 511-557.
- HALTERN, Ulrich, « Pathos and Patina : The Failure and Promise of Constitutionalism in European Imagination », *European Law Journal*, n°9, 2003, p. 14-44.

- HAMM, Brigitte, *Menschenrechte : Das internationale Normensystem des 21. Jahrhunderts*, Opladen, Leske & Budrich, 2003.
- HARDT, Michael et NEGRI, Antonio, *Multitude : Guerre et démocratie à l'âge de l'Empire*, trad. N. Guilhot, Paris, La découverte, 2004.
- HART, Herbert L. A., *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint Louis, [1961] 2006 (éd. augmentée).
- HARVEY, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- HAURIU, Maurice, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in M. Hauriou, *Aux sources du droit : Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la Nouvelle Journée* 23, Caen, Bloud & Gay, [1933] 1986, p. 89-128.
- HAYEK, Friedrich A., *Denationalization of Money : An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies*, Londres, Institute of Economic Affairs, 1978.
- HAYOZ, Nicolas, *L'étreinte soviétique : aspects sociologiques de l'effondrement programmé de l'URSS*, Genève, Droz, 1997.
- HAYOZ, Nicolas, « Regionale 'organisierte Gesellschaften' und ihre Schwierigkeiten mit der Realität funktionaler Differenzierung », *Soziale Systeme*, n° 13, 2007, p. 160-172.
- HEBEKUS, Uwe, MATALA DE MAZZA, Ethe  PSCHORKE, Albrecht (dir.), *Das Politische : Figurenlehren des sozialen Körpers nach der Romantik*, Munich, Fink, 2003.
- HEGEL, Georg W. F., *Principes de la philosophie du droit*, trad. J.-F. Kervégan, Paris, PUF, [1821] 1998.
- HERBERG, Martin, *Globalisierung und private Selbstregulierung : Umweltschutz in multinationalen Unternehmen*, Francfort, Campus, 2007.
- HERBERG, Martin, « Bringing Professions Back in : A Fresh Look at the Dynamics of Institution-building in (World) Society », in Christian Joerges, Josef Falke (dir.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, Hart, 2011, p. 107-129.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy : The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.
- HIRST, Paul, « Democracy and Governance », in Jon Pierre (dir.), *Debating Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 13-35.
- HÖFFE, Otfried, « Königliche Völker » : Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie , Francfort, Suhrkamp, 2001.
- HÖFFE, Otfried, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C.H. Beck, 2002.
- HÖFFE, Otfried, « Vision Weltrepublik : Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung », in Dieter Ruloff et al. (dir.), *Welche Weltordnung?*, Zürich, Rüegger, 2005, p. 33-53.

- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (dir.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- HOFMANN, Hasso, « Von der Staatsoberhoheit zu einer Soziologie der Verfassung », *Juristenzeitung*, n° 22, 1999, p. 1065-1074.
- HOLMES, Pablo, « The Rhetoric of Legal Fragmentation and its Discontents : Evolutionary Dilemmas in the Constitutional Semantics of Global Law », *Utrecht Law Review*, n° 7, 2011, p. 113-140.
- HORWITZ, Morton J., « The History of the Public / Private Distinction », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 130, 1982, p. 1423-1428.
- HOWARD-GRENVILLE, Jennifer, NASH, Jennifer et COGLIANESE, Cary, « Constructing the License to Operate : Internal Factors and Their Influence on Corporate Environmental Decisions », *Law and Policy*, n° 30, 2008, p. 73-107.
- HOWSE, Robert et NICOLAIDIS, Kalypso, « Enhancing WTO Legitimacy : Constitutionalization or Global Subsidiarity », *Governance*, n° 16, 2003, p. 73-94.
- HOWSE, Robert et NICOLAIDIS, Kalypso, « Legitimacy through 'Higher Law' ? Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far », in Thomas Cottier, Petros C. Mavroidis, Patrick Blatter (dir.), *The Role Of The Judge In International Trade Regulation : Experience And Lessons For The WTO*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2003, p. 307-348.
- HUBER, Joseph, *Geldordnung II : Reform der Geldschöpfung. Vollgeld-Konzept und Seigniorage Reform*, 2009, <<http://www.soziolegie.uni-halle.de/huber/docs/geldordnung-ii-reform-der-geldschoepfungdurch-vollgeld-mai-09.pdf>>.
- HUBER, Joseph, *Monetäre Modernisierung : Zur Zukunft der Geldordnung*, Marburg, Metropolis, 2010.
- HUBER, Joseph et ROBERTSON, James, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand : Weg zu einer gerechten Geldordnung im Informationszeitalter*, Kiel, Gauke, 2008.
- HUECK, Götz, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, Munich, C. H. Beck, 1958.
- HURRELL, Andrew, *On Global Order*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- HUTTER, Michael, « Global Regulation of the Internet Domain Name System : Five Lessons From the ICANN Case », in Karl-Heinz Ladeur (dir.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet : Neues Recht für Kommunikationsnetzwerke*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 39-52.
- JÄGER, Herbert, *Makrokriminalität : Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Francfort, Suhrkamp, 1989.
- JEFFERSON, Thomas, « Thomas Jefferson to John Wayles Eppes, June 24, 1813 », in Ford Paul L. (éd.), *The Works of Thomas Jefferson. Federal Edition*, New York, G.P. Putnam's Sons.

- JOERGES, Christian, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », in Christian Joerges, Ernst-Ulrich Petersmann (dir.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, Hart, 2010, p. 491-528.
- JOERGES, Christian, « A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation », in Ch. Joerges, J. Falke (dir.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, Hart, 2011, p. 465-501.
- JOERGES, Christian, FALKE, Josef (dir.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, Hart, 2011.
- JOERGES, Christian, TEUBNER, Gunther (dir.), *Rechtsverfassungsrecht : Rechtsfertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- JOERGES, Christian, BÖDL, Florian, « Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II : Die kollisionsrechtliche Form einer legitimen Verfassung der postnationalen Konstellation », in Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (dir.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, 2009, p. 765-778.
- JOSEPH, Sarah, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, Hart, 2004.
- KALYVAS, Andreas, « Popular Sovereignty, Democracy and the Constituent Power », *Constellations* n° 12, 2005, p. 223-244.
- KANT, Emmanuel, *La métaphysique des mœurs*, in *Œuvres complètes*, t. 3, Paris, Gallimard, La Pléiade.
- KARAVAS, Vagios, *Digitale Grundrechte : Zur Drittwirkung der Grundrechte im Internet*, Baden-Baden, Nomos, 2006.
- KARAVAS, Vagios, « Grundrechtsschutz im Web 2.0 : Ein Beitrag zur Verankerung des Grundrechtsschutzes in einer Epistemologie hybrider Assoziationen zwischen Mensch und Computer », in Christoph Bieber, Martin Eifert, Thomas Gross, Jörn Lamla (dir.), *Soziale Netze in der digitalen Welt : Das Internet zwischen egalitärer Teilhabe und ökonomischer Macht*, Francfort, Campus, 2010, p. 301-326.
- KEGEL, Gerhard et SCHURIG, Klaus, *Internationales Privatrecht*, 9 éd., Munich, C. H. Beck, 2004.
- KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris, LGDJ, [1960] 1999.
- KENNEDY, David, « Background Noise ? The Underlying Politics of Global Governance », *Harvard International Review*, n° 3, 1999, p. 52-57.
- KENNEDY, David, « One, Two, Three, Many Legal Orders : Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream », *New York University Review of Law & Social Change*, n° 31, 2007, p. 641-659.

- KENNEDY, David, « The Mystery of Global Governance », *Ohio Northern University Law Review*, n° 34, 2008, p. 827-860.
- KEOHANE, Robert et NYE, Joseph, *Power and Interdependence : World Politics in Transition*, Boston, Little Brown, 2001.
- KERBER, Wolfgang et VANBERG, Viktor, « Constitutional Aspects of Party Autonomy and its Limits : The Perspective of Constitutional Economics », in Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill (dir.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, De Gruyter, 2001, p. 49-79.
- KINGSBURY, Benedict, « International Law as Inter-Public Law », in Henry R. Richardson, Melissa S. Williams (dir.), *NOMOS XLIX : Moral Universalism and Pluralism*, New York, New York University Press, 2009, p. 167-204.
- KINGSBURY, Benedict, KRISCH Nico, STEWART, Richard B. et WEINER, Jonathan B., « Symposium : The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems* n° 68, 2005, p. 15-61.
- KJAER, Poul F., « The Metamorphosis of the Functional Synthesis : A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space », *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 489-534.
- KLABBERS, Jan, « Setting the Scene », in Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein (dir.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- KLEIN, Hans, « Global Democracy and the ICANN Elections », *Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications*, 3, 2001, p. 255-257.
- KLÖSEL, Daniel, *Prozedurale Unternehmensverfassung : Zur Rekonstruktion der privatrechtlichen Kontrollvorbehalte für eine private Regelsetzung im Fall von Compliance-Richtlinien multinationaler Konzerne*, Baden-Baden, Nomos, 2012.
- KOLLEWIJN, Roeland Duco, « Conflicts of Western and Non-Western Law », *International Law Quarterly*, n° 4, 1951, p. 307-325.
- KÖNDGEN, Johannes, « Privatisierung des Rechts : Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 206, 2006, p. 477-525.
- KOOIMAN, Jan, « Societal Governance : Levels, Modes, and Orders of Social-Political Interaction », in Jon Pierre (dir.), *Debating Governance*, Oxford, 2000, p. 138-163.
- KOSELLECK, Reinhart, « Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung », in Reinhart Koselleck, *Begriffsgeschichten : Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Francfort, Suhrkamp, 2006, p. 365-401.
- KOSKENNIEMI, Martti, *Outline of the Chairman of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law : The Function and Scope of the lex specialis*

- Rule and the Question of 'Self-contained Regimes'*, 2003, <[http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation\\_outline.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf)>.
- KOSKENNIEMI, Martti, « Global Legal Pluralism : Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought », 2005, <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKPluralism-Harvard-05d%5B1%5D.pdf>>.
- KOSKENNIEMI, Martti, « Constitutionalism as Mindset : Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization », *Theoretical Inquiries in Law*, n° 8, 2007, p. 9-36.
- KOSKENNIEMI, Martti, « The Politics of International Law – 20 Years Later », *European Journal of International Law*, n° 29, 2009, p. 7-19.
- KOSKENNIEMI, Martti, « Hegemonic Regimes », in Margaret Young (dir.), *Regime Interaction in International Law : Facing Fragmentation*, Cambridge, 2011, p. 305-324.
- KRASNER, Stephen D., « Structural Causes and Regime Consequences : Regimes as Intervening Variables », *International Organization*, n° 36, 1982, p. 185-205.
- KRÜGER, Herbert, « Subkonstitutionelle Verfassungen », in *Die Öffentliche Verwaltung*, n° 29, 1976, p. 613-624.
- KUMM, Mattias, « *The Legitimacy of International Law : A Constitutionalist Framework of Analysis* », *European Journal of International Law*, n° 15, 2004, p. 907-931.
- KUMM, Mattias, « *Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics : Why Europe Has a Constitution Properly So Called* », *American Journal of Comparative Law*, n° 54, 2006, p. 505-530.
- KUMM, Mattias, « Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law », *German Law Journal*, n° 7, 2006, p. 341-369.
- KUMM, Mattias, « *Constitutional Democracy Encounters International Law : Terms of Engagement* », in Sujit Choudhry (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 256-293.
- KUMM, Mattias, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism : On the Relationship Between Constitutionalism In and Beyond the State », in Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtmann (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 258-324.
- KUMM, Mattias, « The Best of Times and the Worst of Times : Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia », in Petra Dobner, Martin Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 201-219.
- KUMM, Mattias, « An Integrative Theory of Global Public Law : Cosmopolitan,

- Pluralist, Public Reason Oriented », *Wirtschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, à paraître, manuscrit, p. 35.* 
- KUO, Ming-Sung, « Between Fragmentation and Unity : The Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism », *San Diego International Law Journal*, n° 10, 2009, p. 439-467.
- KUO, Ming-Sung, « (Dis)Embodiments of Constitutional Authorship : Global Tax Competition and the Crisis of Constitutional Democracy », *George Washington International Law Review*, n° 41, 2009, p. 181-242.
- KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- LADEUR, Karl-Heinz, « Abwägung » – *Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Francfort, Campus, 1984.
- LADEUR, Karl-Heinz, « Die Autonomie der Bundesbank : Ein Beispiel für die institutionelle Verarbeitung von Ungewissheitsentscheidungen », *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, n° 3, 1992, p. 486-508.
- LADEUR, Karl-Heinz, « Towards a Legal Theory of Supranationality : The Viability of the Network Concept », *European Law Journal*, n° 3, 1997, p. 33-54.
- LADEUR, Karl-Heinz, « Helmut Ridder's Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie », *Kritische Justiz*, n° 32, 1999, p. 281-300.
- LADEUR, Karl-Heinz, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.
- LADEUR, Karl-Heinz, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.
- LADEUR, Karl-Heinz, *Der Staat gegen die Gesellschaft : Zur Verteidigung der Rationalität der « Privatrechtsgesellschaft »*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- LADEUR, Karl-Heinz, « Methodische Überlegungen zur gesetzlichen 'Ausgestaltung' der Koalitionsfreiheit », *Archiv des Öffentlichen Rechts*, n° 131, 2006, p. 643-667.
- LADEUR, Karl-Heinz, « Die Netzwerke des Rechts », in Michael Bommers, Veronika Tacke (dir.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*, Wiesbaden, VS, 2011, p. 143-171.
- LADEUR, Karl-Heinz et VIELLECHNER, Lars, « Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte : Zur Konstitutionalisierung globaler Privatreimes », *Archiv des Völkerrechts*, n° 46, p. 42-73.
- LALIVE, Pierre, « Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration », in Pieter Sanders (dir.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Antwerpen, Kluwer, 1987, p. 257-318.

- LEGENDRÉ, Pierre, *La fabrique de l'homme occidental*, Paris, Mille et une nuits, 1996.
- LEWIS, Tracy et REICHMAN, Jerome H., « Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries : A Law and Economics Primer », in Keith E. Maskus, Jerome H. Reichman (dir.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 337-366.
- LINARELLI, John, « Analytical Jurisprudence and the Concept of Commercial Law », *Penn State Law Review*, n° 114, 2009, p. 119-215.
- LINDAHL, Hans, « Constituent Power and Reflexive Identity : Towards an Ontology of Collective Selfhood », in Martin Loughlin, Neil Walker (dir.), *The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 9-24.
- LINDAHL, Hans, « A-Legality : Postnationalism and the Question of Legal Boundaries », *Modern Law Review*, n° 73, 2010, p. 30-56.
- LOCKE, Richard, QUIN, Fei et BRAUSE, Alberto, « Does Monitoring Improve Labour Standards ? Lessons from Nike », *Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 24 (John F. Kennedy School of Government, Harvard University)*, 2006, p. 1-47.
- LOUGHLIN, Martin, « *What is Constitutionalisation ?* », in Petra Dobner, Martin Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- LOUGHLIN, Martin et WALKER, Neil (éd.), *The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007,
- LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution : Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965.
- LUHMANN, Niklas, « Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems », *Der Staat*, n° 12, 1973, p. 1-22, p. 165-182.
- LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1972.
- LUHMANN, Niklas, « Die Weltgesellschaft », in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung Band 2 : Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen, 1975.
- LUHMANN, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts : Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Francfort, Suhrkamp, 1981.
- LUHMANN, Niklas, « Subjektive Rechte : Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft », in Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, t. 2, Francfort, Suhrkamp, 1981, p. 45-104.
- LUHMANN, Niklas, « *Der Staat als* historischer Begriff », in Matthias Storme (dir.), *Mijmeringen van een Jurist*, Antwerpen, Kluwer, 1984, p. 139-154.
- LUHMANN, Niklas, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1988.

- LUHMANN, Niklas, *Systèmes sociaux : Esquisse d'une théorie générale*, trad. L. Sosoe, Paris, PUL, [1984] 2012.
- LUHMANN, Niklas, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1988.
- LUHMANN, Niklas, « Grenzen der Steuerung », in Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1988, p. 324-349.
- LUHMANN, Niklas, « Politische Steuerung : Ein Diskussionsbeitrag », *Politische Vierteljahresschrift*, n° 30, 1989, p. 4-9.
- LUHMANN, Niklas, « Zwei Seiten des Rechtsstaates », in The Institute of Comparative Law in Japan (dir.), *Conflict and Integration : Comparative Law in the World Today*, Tokyo, Chuo University Press, 1989, p. 493-506.
- LUHMANN, Niklas, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1990.
- LUHMANN, Niklas, « Steuerung durch Recht ? Einige klarstellende Bemerkungen », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n° 11, 1989, p. 137-160.
- LUHMANN, Niklas, « Verfassung als evolutionäre Errungenschaft », *Rechtshistorisches Journal*, n° 9, 1990, p. 176-220.
- LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1993.
- LUHMANN, Niklas, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen ? Heidelberger Universitätsreden 4*, Heidelberg, Müller, 1993.
- LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1997.
- LUHMANN, Niklas, *Die Politik der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 2000.
- LUHMANN, Niklas, *Organisation und Entscheidung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2000.
- LYOTARD, Jean-François, *Le différend*, Paris, Minuit, 1983,
- MAHLMANN, Matthias, « Varieties of Transnational Law and the Universalistic Stance », *German Law Journal*, n° 10, 2009, p. 1325-1336.
- MARCHART, Oliver, *Die politische Differenz : Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben*, Francfort, Suhrkamp, 2010.
- MASON, Tim W., *Social Policy in the Third Reich : The Working Class and the « National Community »*, Oxford, Berg, 1993.
- MASTRONARDI, Philippe, *Monetäre Modernisierung : Plattform für eine neue Geld- und Finanzmarktverfassung*, 2011, <[http://www.monetative.ch/Veranstaltung\\_Mai\\_13.html](http://www.monetative.ch/Veranstaltung_Mai_13.html)>.
- MATTLI, Walter, WOODS, Ngaire, « In Whose Benefit ? Explaining Regulatory Change in Global Politics », in Walter Mattli, Ngaire Woods (dir.), *The Politics of Global Regulation*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- MAVROIDIS, Petros C., « No Outsourcing of Law ? WTO Law as Practiced by WTO Courts ? », *American Journal of International Law*, n° 102, 2008, p. 421-474.
- MCCORQUODALE, Robert et SIMONS, Penelope C., « State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law », *Modern Law Review*, n° 70, 2006, p. 598-625.

- MICKLITZ, Hans (dir.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham, Elgar, 2011.
- MEDICUS, Dieter, « Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 192, 1992, p. 35-70.
- MENKE, Christoph, « Subjektive Rechte : Zur Paradoxie ihrer Form », in Gunther Teubner (dir.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann : Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Stuttgart, Lucius, 2008, p. 81-108.
- MENKE, Christoph et POLLMANN, Arnd, *Philosophie der Menschenrechte*, Hamburg, Junius, 2007.
- MESTMÄCKER, Ernst Joachim, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- MICHAELS, Ralf, « The Re-State-ment of Non-State-Law : The State, Choice of Law and the Challenge from Global Legal Pluralism », *Wayne Law Review*, n° 51, 2005, p. 1209-1259.
- MICHAELS, Ralf, « Global Legal Pluralism », *Annual Review of Law & Social Science*, n° 5, 2009, p. 243-262.
- MICHAELS, Ralf et PAUWELYN, Joost, « Conflict of Norms or Conflict of Laws ? Different Techniques in the Fragmentation of International Law », in Tomer Brode, Yuval Shany (dir.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Oxford, Hart, 2011, p. 19-68.
- MICHELMAN, Frank, « Constitutional Authorship », in Lamy Alexander (dir.), *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 64-98.
- MÖLLERS, Christoph, *Staat als Argument*, Munich, C. H. Beck, 2000.
- MÖLLERS, Christoph, « Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung : Begriffe der Verfassung in Europa », in Armin von Bogdandy (dir.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Vienne, Springer, 2003, p. 36-46.
- MORIN, Edgar, *La méthode : Tome 3. La connaissance de la connaissance*, Paris, Seuil, 1986.
- MORTENSEN, Jens L., « The Institutional Requirements of the WTO in the Era of Globalisation : Imperfections in the Global Economic Polity », *European Law Journal*, n° 6, 2000, p. 176-204.
- MURPHY, Alexander D., « The Sovereign State System as Political-Territorial Ideal : Historical and Contemporary Considerations », in Thomas Bierstecker, Cynthia Weber (dir.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 81-120.
- MURPHY, Sean D., « Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level », *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 43, 2005, p. 389-431.

- NEYER, Jürgen, *Postnationale politische Herrschaft : Vergesellschaftung und Verrechtlichung jenseits des Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2004.
- NOLTE, Ernst, *Le fascisme dans son époque*, 3 tomes : t. 1 *L'Action Française*, t. 2 *Le fascisme italien*, t. 3 *Le national-socialisme*, trad. P. Stéphane, Paris, Julliard, 1963.
- NOWROT, Karsten, « Die transnationale Verantwortungsgemeinschaft im internationalen Wirtschaftsrecht », in Christian Tietje, Karsten Nowrot (dir.), *Verfassungsrechtliche Dimensionen des internationalen Wirtschaftsrechts*, Stuttgart, 2007, p. 55-101.
- O'BRIEN, Robert, GOETZ, Anne Marie, SCHOLTE, Jan A. et WILLIAMS, Marc, *Contesting Global Governance : Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- OGUS, Anthony L., « Rethinking Self-Regulation », *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 15, 1998, p. 97-108.
- OKRUCH, Stefan, « Verfassungswahl und Verfassungswandel aus ökonomischer Perspektive », in Klaus Beckmann, Jürgen Dieringer, Ulrich Hufeld (dir.), *Eine Verfassung für Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 91-115.
- OLIVER, Dawn et FEDTKE, Jorg (dir.), *Human Rights and the Private Sphere : A Comparative Study*, New York, Routledge, 2007.
- ORAKHELASHVILLI, Alexander, « The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law : Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence ? », *European Journal of International Law*, n° 19, 2008, p. 161-182.
- ORELLANA, Marcos, « The Swordfish Dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO », *Nordic Journal of International Law*, n° 71, 2002, p. 55-82.
- PARSONS, Talcott et ACKERMAN, Charles, « The Concept of 'Social System' as a Theoretical Device » in Gordon J. DiRenzo (dir.), *Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences*, New York, 1966, p. 19-40.
- PAUWELYN, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- PAYNE, Stanley, *Geschichte des Faschismus : Aufstieg und Fall einer europäischen Bewegung*, Berlin, Propyläen, 2001.
- PEREZ, Oren, « Private ENVIRONMENTAL Governance as Ensemble Regulation : A Critical Examination of Sustainable Business Indexes and the New Ensemble Politics », *Theoretical Inquiries in Law*, n° 12, 2011, p. 543-579.
- PETERS, Anne, « Compensatory Constitutionalism : The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law*, n° 19, 2006, p. 579-610.

- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, « The WTO Constitution and Human Rights », *Journal of International Economic Law*, n° 3, 2000, p. 19-25.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, « Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization : Challenges for the World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society », *Leiden Journal of International Law*, n° 19, 2006, p. 633-667.
- PICCIOTTO, Sol, « The WTO's Appellate Body : Formalism as a Legitimation of Global Governance », *Governance*, n° 18, 2005, p. 477-503.
- PIEROTH, Bodo et SCHLINK, Bernhard *Grundrechte : Staatsrecht II*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1998.
- POLANYI, Karl, *La Grande Transformation : Aux origines politiques et économiques de notre temps*, trad. M. Angeno et C. Malamoud, Paris, Gallimard, [1944] 1983.
- POLLACK, Detlef, « Das Ende einer Organisationsgesellschaft – Systemtheoretische Überlegungen zum gesellschaftlichen Umbruch in der DDR », *Zeitschrift für Soziologie*, n° 19, 1991, p. 292-307.
- POST, David G., « Governing Cyberspace », *Wayne Law Review* n° 43, 1997, p. 155-171.
- POST, David G., « The 'Unsettled Paradox' : The Internet, the State, and the Consent of the Governed », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 5, 1998, p. 521-543.
- PRANDINI, Riccardo, « The Morphogenesis of Constitutionalism », in Petra Dobner, Martin Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 23-46.
- PREUSS, Ulrich K., « The German *Drittwirkung* Doctrine and Its Socio-Political Background », in Andras Sajó, Renata Uitz (dir.), *The Constitution in Private Relations : Expanding Constitutionalism*, Utrecht, Eleven International, 2005, p. 23-32.
- PREUSS, Ulrich K., « Disconnecting Constitutions from Statehood : Is Global Constitutionalism a Promising Concept ? », in P. Dobner, M. Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 23-46.
- PREUSS, Ulrich K., « The Guarantee of Rights : Horizontal Rights », in Michel Troper, Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité International de Droit Constitutionnel*, tome 3, Paris, Dalloz, 2012, II<sup>e</sup> section.
- PRIEN, Thore, « Landgrabbing : Symptom einer postneoliberalen Rechtsordnung ? », *Juridikum*, n° 4, 2010, p. 425-435.
- PRIEST, George L., « The New Legal Structure of Risk Control », *Daedalus*, n° 119, 1990, p. 207-227.
- RAISER, Ludwig, « Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht », *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n° 111, 1948, p. 75-101.

- RAISER, Ludwig, « Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht », in Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen (dir.), *Summum ius summa iniuria*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1963, p. 145-167.
- RASILLA DEL MORAL, Ignacio de la, « At King Agramant's Camp : Old Debates, New Constitutional Times », *International Journal of Constitutional Law*, n° 8, 2011, p. 580-610.
- RAWLS, John, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Points Essais, [1971] 1997.
- RENNER, Moritz, « Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law ? », *Journal of International Arbitration*, n° 26, 2009, p. 533-555.
- RENNER, Moritz, *Zwingendes transnationales Recht : Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2011.
- RIDDER, Helmut, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat*, Stuttgart, Fischer, 1960.
- RIDDER, Helmut, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975.
- RIETH, Lothar, « Deutsche Unternehmen, soziale Verantwortung und der Global Compact », *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik*, n° 4, 2003, p. 372-391.
- RISSE, Thomas, ROPP, Stephen et SIKKINK, Kathryn (dir.), *The Power of Human Rights : International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- ROBERTSON, James, *National and International Financial Architecture : Two Proposals, Inquiry into the Banking Crisis. Evidence Submitted to the House of Commons Select Committee on the Treasury*, 2009 <<http://www.goldseiten.de/content/kolumnen/artikel.php?storyid=123602009>>
- RÖDL, Florian, « Constitutional Integration of Labour Constitutions », in Erik Eriksen, Christian Joerges, Florian Rödl (dir.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union*, Londres, Routledge, 2009, p. 152-171.
- RÖHL, Klaus F., *Begriffssoziologie I : Fragmentierung*, <<http://www.rsozblog.de/?p=1424>>.
- RÖHL, Klaus F. et RÖHL, Hans C., *Allgemeine Rechtslehre : Ein Lehrbuch*, Cologne, Heymann, 3<sup>e</sup> éd., 2008.
- ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, trad. P. Gothot et L. François, Paris, Dalloz, [1918] 1975.
- ROSA, Hartmut, *Accélération : Une critique sociale du temps*, trad. D. Renault, Paris, La Découverte, 2013.
- ROSA, Hartmut et SCHEUERMAN, William E. (dir.), *High-Speed Society : Social Acceleration, Power and Modernity*, University Park, Penn State Press, 2009.

- ROSENAU, James, « Change, Complexity, and Governance in Globalizing Space », in Jon Pierre (dir.), *Debating Governance*, Oxford, 2000, p. 167-200.
- ROSENAU, James, « Strong Demand, Huge Supply : Governance in an Emerging Epoch », in Ian Bache, Matthew Flinders (dir.), *Multilevel Governance*, Oxford, 2004, p. 31-48.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, présentation B. Bernardi, Paris, GF, [1762] 2001.
- RÜHL, Giesela, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts : Transatlantic Convergence and Economic Efficiency », in Eckart Gottschalk et al. (dir.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 153-183.
- SACK, Robert D., *Human Territoriality : Its Theory and History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- SAJO, András et UITZ, Renáta (dir.), *The Constitution in Private Relations : Expanding Constitutionalism*, Utrecht, Eleven International, 2005,
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Toward a New Legal Common Sense : Law, Globalization and Emancipation*, Northwestern University Press, Evanston, 2003.
- SAVIGNY, Carl von, *Traité de droit romain*, t. 2, trad. M. Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot, 1841.
- SCHÄFER, Hans-Bernd et LANTERMANN, Katrin, « Choice of Law from an Economic Perspective », in Jürgen Basedow, Toshiyuko Kono (dir.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- SCHANZE, Erich, « International Standards : Functions and Links to Law », in Peter Nobel (dir.), *International Standards and the Law*, Bern, Staempfli, 2005, p. 83-103.
- SCHEPEL, Harm, *The Constitution of Private Governance : Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, Hart, 2005.
- SCHERMERS, Henry G. et BLOKKER, Niels M., *International Institutional Law : Unity within Diversity*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.
- SCHEUERMAN, William E., « Review of Hauke Brunkhorst, Solidarity : From Civic Friendship to Global Legal Community », *Ethics & International Affairs*, n° 19, 2005, p. 113-115.
- SCHIERBECK, Jens, « Operational Measures for Identifying and Implementing Human Rights Issues in Corporate Operations », in Asbjorn Eide, Ole Bergesen, Pia Goyer (dir.), *Human Rights and the Oil Industry*, Antwerpen, 2000, p. 161-177.
- SCHILLER, Friedrich, *Lettres sur l'éducation esthétique de l'homme, 9<sup>e</sup> lettre*, trad. R. Leroux, Paris, Aubier, [1795-1796] 1943.

- SCHLUCHTER, Wolfgang, *Religion und Lebensführung*, t. 1, Francfort, Suhrkamp, 1988.
- SCHMITT, Carl, « Catholicisme romain et forme politique », in C. Schmitt, *La visibilité de l'Église. Catholicisme et forme politique*, Donoso Cortés, trad. A. Doremus et O. Mannoni, Paris, Cerf, p. 153-186 
- SCHMITTER, Philippe C., « Still the Century of Corporatism ? », in Fredrick B. Pike, Thomas Stritch (dir.), *The New Corporatism. Social-Political Structures in the Iberian World*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1974, p. 85-131.
- SCHMUHL, Hans-Walter, *Grenzüberschreitungen : Das Kaiser-Wilhelm-Institut für Anthropologie, menschliche Erblehre und Eugenik 1927 bis 1945*, Göttingen, Wallstein, 2005.
- SCHNEIDERMAN, David, *Constitutionalizing Economic Globalization : Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SCHNEIDERMAN, David, « Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration : A New Self-Restraint ? », *Journal of International Dispute Settlement*, n° 2, 2011, p. 1-25.
- SCHOLZ, Rupert, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, Munich, C. H. Beck, 1971.
- SCHOLZ, Rupert, *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978.
- SCHUMPETER, Joseph A., *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1926.
- SCHÜTZ, Anton, « The Twilight of the Global Polis : On Losing Paradigms, Environing Systems, and Observing World Society », in Gunther Teubner (dir.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth Gower, p. 1997, p. 257-293.
- SCHÜTZ, Anton, « Imperatives without an Emperor », *Law and Critique*, n° 20, 2009, p. 233-243.
- SCIULLI, David, *Theory of Societal Constitutionalism : Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- SCIULLI, David, *Corporate Power in Civil Society : An Application of Societal Constitutionalism*, New York, New York University Press, 2001.
- SEARLE, John R., « Social Ontology : Some Basic Principles », *Anthropological Theory*, n° 6, 2006, p. 12-29.
- SEIDERMAN, Ian D., *Hierarchy in International Law : The Human Rights Dimension*, Oxford, 2001.
- SELZNICK, Philip, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, Russell Sage, 1969.
- SEMLINGER, Klaus, « Effizienz und Autonomie in Zulieferungsnetzwerken :

- Zum strategischen Gehalt von Kooperation », in Wolfgang H. Staehle, Jörg Sydow (dir.), *Managementforschung* 3, Berlin, De Gruyter, 1993, p. 309-354.
- SEN, Amartya, *Social Exclusion : Concept, Application, and Scrutiny*, Manila, Asian Development Bank, 2000.
- SEN, Amartya, « Sustainable Development and Our Responsibilities », *Notizie di Politeia*, n° 26, 2010, p. 129-137.
- SENF, Bernd, *Bankgeheimnis Geldschöpfung*, 2009, <<http://www.monetative.de/wpcontent/uploads/bernd-senfbankgeheimnis-geldschopfung-apr-09.pdf>>.
- SIMMA, Bruno, « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *European Journal of International Law*, n° 20, 2009, p. 265-297.
- SINHA, Surya P., « Legal Polycentricity », in Hanne Petersen, Henrik Zahle (dir.), *Legal Polycentricity : Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot, Dartmouth, 1995, p. 31-69.
- SINZHEIMER, Hugo, « Das Wesen des Arbeitsrechts », in Hugo Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Francfort, Europäische Verlagsanstalt, [1927] 1976, p. 108-114.
- SKINNER, Quentin, « States and the Freedom of Citizens », in Quentin Skinner, Bo Strath (dir.), *States and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 11-27.
- SKORDAS, Achilles, « Self-Determination of Peoples and Transnational Regimes : A Foundational Principle of Global Governance », in Nicholas Tsagourias (dir.), *Transnational Constitutionalism : International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 207-268.
- SOMEK, Alexander, *Individualism : An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- SOMEK, Alexander, « Transnational Constitutional Law : The Normative Question », *Journal of International Constitutional Law*, 2009, p. 144-149.
- SPETA, James B., « Common Carrier Approach to Internet Interconnection », *Federal Communication Law Journal*, n° 54, 2002, p. 225-279.
- STÄHEL, Urs, « Political Epidemiology and the Financial Crisis », in Poul F. Kjaer, Gunther Teubner, Alberto Febbrajo (dir.) *The Financial Crisis in Constitutional Perspective : The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart, 2011, p. 123-142.
- STEFFEK, Jens, « The Legitimation of International Governance : A Discourse Approach », *European Journal of International Relations*, n° 9, 2003, p. 249-275.
- STEIN, Ursula, *Lex mercatoria : Realität und Theorie*, Francfort, Klostermann, 1995.
- STEINHAUER, Fabian, « Medienverfassung », *Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung*, n° 2, 2011, p. 157-171.
- STICHWEH, Rudolf, « Strukturbildung in der Weltgesellschaft : Die

- Eigenstrukturen der Weltgesellschaft und die Regionalkulturen der Welt », in Thomas Schwinn (dir.), *Die Vielfalt und Einheit der Moderne : Kultur- und strukturvergleichende Analysen*, Wiesbaden, VS, 2006, p. 239-257.
- STICHWEH, Rudolf, « Dimensionen des Weltstaats im System der Weltpolitik », in Mathias Albert, Rudolf Stichweh (dir.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit : Beobachtungen globaler Strukturbildung*, Wiesbaden, 2007, p. 25-61.
- STICHWEH, Rudolf, « Einheit und Differenz im Wissenschaftssystem der Moderne », in Jost Halfmann, Johannes Rohbeck (dir.), *Zwei Kulturen der Wissenschaft – revisited*, Weilerswist, Velbrück, 2007, p. 213-228.
- STICHWEH, Rudolf, « Towards a General Theory of Function System Crisis », in Poul Kjaer, Gunther Teubner, Alberto Febbrajo (dir.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective : The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart, 2011, p. 53-72.
- STIGLITZ, Joseph, *La grande désillusion*, trad. P. Chembla, Paris, Fayard, 2002.
- STIGLITZ, Joseph, « Deutschland muss mehr tun », *Spiegel-Online*, 2 avril 2009.
- STONE SWEET, Alec, « What Is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory », *Review of Politics*, n° 56, 1994, p. 441-474.
- STREECK, Wolfgang, *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie : Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Francfort, Campus, 1998.
- STREECK, Wolfgang, « Korporatismus », in Stefan Gosepath, Wilfried Hinsch, Axel Werder (dir.), *Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, t. 1, Berlin, De Gruyter, 2008, p. 655-658.
- STREECK, Wolfgang, *Re-Forming Capitalism : Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- STREECK, Wolfgang et KENWORTHY, Lane, « Theories and Practices of Neocorporatism », in Thomas Janoski, Robert R. Alford, Alexander Hicks, Mildred Schwartz (dir.), *The Handbook of Political Sociology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 441-460.
- STREECK, Wolfgang et SCHMITTER, Philippe C., *Private Interest Government : Beyond Market and State*, Londres, Sage 1985.
- TAUBMAN, Anthony, « Saving the Village : Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge », in Keith Maskus, Jerome Reichman (dir.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 521-564.
- TEUBNER, Gunther, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1978.
- TEUBNER, Gunther, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, [1989] 1993.
- TEUBNER, Gunther, « Le corporatisme d'entreprise : la nouvelle politique industrielle et l'essence de la personne morale », in Gunther Teubner,

- Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ, 1994, p. 207-233.
- TEUBNER, Gunther et HUTTER, Michael, « Der Gesellschaft fette Beute : Homo juridicus und Homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen », in Peter Fuchs, Andreas Göbel (dir.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1994, p. 110-145.
- TEUBNER, Gunther, « Globale Bukowina : Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus », *Rechtshistorisches Journal*, n° 15, 1996, p. 255-290.
- TEUBNER, Gunther, « Nach der Privatisierung ? Diskurskonflikte im Privatrecht », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n° 19, 1998, p. 8-36.
- TEUBNER, Gunther, « Eigensinnige Produktionsregimes : Zur Ko-evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism », *Soziale Systeme*, n° 5, 1999, p. 7-25.
- TEUBNER, Gunther, « Ein Fall von struktureller Korruption ? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften*, n° 83, 2000, p. 388-404.
- TEUBNER, Gunther, « Globale Privatregimes : Neo-spontanes Recht und duale Sozialverfassungen der Weltgesellschaft », in Dieter Simon, Manfred Weiss (dir.), *Zur Autonomie des Individuums : Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 437-453.
- TEUBNER, Gunther, « Rechtsirritationen : Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionregimes », in Günther Dux, Frank Welz (dir.) *Moral und Recht im Diskurs der Moderne : Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*, Opladen, Leske und Budrich, 2001, p. 351-381.
- TEUBNER, Gunther, « Un droit spontané dans la société mondiale ? », in Charles-Albert Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 179-220.
- TEUBNER, Gunther, « Globale Zivilverfassungen : Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 63, 2003, p. 1-28.
- TEUBNER, Gunther, « Codes of Conduct multinationalen Unternehmen : Unternehmensverfassung jenseits des Corporate Governance und Mitbestimmung », in Armin Höland, Christine Hohmann-Dennhardt, Marlene Schmidt, Joachim Seifert (dir.), *Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt : Liber Amicorum Manfred Weiss*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2005, p. 109-117.
- TEUBNER, Gunther, « Constitutionnalisme sociétal et globalisation : Alternatives à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État », *Revue juridique Thémis*, n° 39, 2005, p. 435-458.

- TEUBNER, Gunther, « Die anonyme Matrix : Zu Menschenrechtsverletzungen durch private transnationale Akteure », *Der Staat*, n° 45, 2006, p. 161-188.
- TEUBNER, Gunther, « State Policies in Private Law? Comment on Hanoch Dogan », *The American Journal of Comparative Law*, n° 56, 2008, p. 835-844.
- TEUBNER, Gunther, « Kannibalisierung des Wissens : Schutz kultureller Diversität durch transnationales Recht ? », in Aurelia Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Lesley J. Smith (dir.), *Haftungsrecht im dritten Millenium : Liber amicorum Gert Brüggemeier*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 553-576.
- TEUBNER, Gunther, « Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung privater und staatlicher Corporate Codes of Conduct », in Stefan Grundmann, Hanno Merkt, Peter Mülbert, Marina Wellenhofer (dir.), *Unternehmen, Markt, Verantwortung : Festschrift für Klaus Hopt*, Berlin, De Gruyter, 2010, p. 1449-1470.
- TEUBNER, Gunther, « Réflexions sur la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir », trad. I. Aubert, in Antoine Lyon-Caen, Jean-Philippe Robé (dir.) *L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir*, Paris, à paraître, 2015.
- TEUBNER, Gunther, « L'auto-constitutionnalisation des ETN. Sur les rapports entre les codes de conduite privés et publics des entreprises », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, à paraître, décembre 2015.
- TEUBNER, Gunther et KORTH, Peter, « Zwei Arten des Rechtspluralismus : Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft », in Matthias Kötter, Gunnar Folke Schuppert (dir.), *Normative Pluralität ordnen : Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 137-168.
- TEUBNER, Gunther et KARAVAS, Vagios, « <<http://www.CompanyNameSucks.com>> Drittwirkung der Grerechte gegenüber 'Privaten' im autonomen Recht des Internet », in Wolfgang Hoffmann-Riem et Karl-Heinz Ladeur (dir.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 249-272.
- THORNHILL, Chris, « Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy », *Theory and Society*, n° 37, 2008, p. 161-197.
- THORNHILL, Chris, « Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution », *Journal of Classical Sociology*, n° 10, 2010, p. 1-23.
- THORNHILL, Chris, « Constitutional Law from the Perspective of Power : A Response to Gunther Teubner », *Social and Legal Studies*, n° 19, 2011, p. 244-247.
- THORNHILL, Chris, *A Sociology of Constitutions : Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

- THORNHILL, Chris, « State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms : Outline for a Sociology of Constitutions », in Mikael R. Madsen, Gert Verschraegen (dir.), *Making Human Rights Intelligible : New Theoretical and Empirical Contributions*, Oxford, Hart, 2013, p. 25-60.
- TOMKINS, Adam, « On Being Sceptical about Human Rights », in Tom Campbell, Keith D. Ewing, Adam Tomkins (dir.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 1-11.
- TOMUSCHAT, Christian, « International Law : Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law », *Recueil des Cours*, n° 281, 1999, p. 23-438.
- TRACHTMAN, Joel P., « Institutional Linkage : Transcending 'Trade and ...' », *American Journal of International Law*, n° 96, 2002, p. 77-93.
- TRACHTMAN, Joel P., « The Constitutions of the WTO », *European Journal of International Law*, n° 17, 2006, p. 623-646.
- TULLY, James, « The Imperialism of Modern Constitutional Democracy », in Neil Walker, Martin Loughlin (dir.), *The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 315-338.
- TUORI, Kaarlo, « The Many Constitutions of Europe », in Kaarlo Tuori, Sankari Suavi (dir.), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham, Ashgate, 2010, p. 3-30.
- VANBERG, Viktor, « Market and State : The Perspective of Constitutional Political Economy », *Journal of Institutional Economics*, n° 1, 2005, p. 23-49.
- VERSCHRAEGEN, Gert, « Human Rights and Modern Society : A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory », *Journal of Law and Society*, n° 29, 2002, p. 258-281.
- VERSCHRAEGEN, Gert, « Systems Theory and the Paradox of Human Rights », in Michael King (dir.), *Lubmann on Law and Politics : Critical Appraisals and Applications*, Oxford, Hart, 2006, p. 223-245.
- VERSCHRAEGEN, Gert, « Differentiation and Inclusion : A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights », in Mikael Rask Madsen, Gert Verschraegen (dir.), *Making Human Rights Intelligible : New Theoretical and Empirical Contributions*, Oxford, Hart, 2013, p. 61-80.
- VESTING, Thomas, « Politische Verfassung ? Der moderne (liberale) Verfassungsbegriff und seine systemtheoretische Rekonstruktion », in Graf-Peter Callies, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (dir.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 2009, p. 609-626.
- VESTING, Thomas, « Ende der Verfassung ? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der

- Postmoderne », in Stefan Koriath, Thomas Vesting (dir.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts : Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung ?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 71-93.
- VIELLECHNER, Lars, « Können Netzwerke die Demokratie ersetzen ? Zur Legitimation der Regelbildung im Globalisierungsprozess », in Sigrid Boysen, Ferry Bühring, Claudio Franzius, Tobias Herbst, Matthias Kötter, Anita Kreuz, Kai von Lewinski, Florian Meinel, Jakob Nolte, Sabrina Schönrock (dir.), *Netzwerke : 47. Assistententagung Öffentliches Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 36-57.
- VIELLECHNER, Lars, « The Constitution of Transnational Governance Arrangements : Karl Polanyi's Double Movement in the Transformation of Law », in Christian Joerges, Josef Falke (dir.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, Hart, 2011, p. 436-464.
- VOSER, Nathalie, « Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration », *The American Review of International Arbitration*, n° 7, 1996, p. 319-358.
- WAHL, Rainer, « Der Vorrang der Verfassung », *Der Staat*, n° 20, 1982, p. 485-516.
- WAHL, Rainer, « Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff? », in Carl-Eugen Eberle, Martin Ibler, Dieter Lorenz (dir.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*, Munich, C. H. Beck, 2002, p. 191-207.
- WAHL, Rainer, « Verfassungsdenken jenseits des Staates », in Ivo Appel et Georg Hermes (dir.) *Mensch – Staat – Umwelt*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 135-154.
- WAHL, Rainer, « In Defence of 'Constitution' », in Petra Dobner, Martin Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 220-244.
- WALKER, Neil, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, n° 65, 2002, p. 317-359.
- WALKER, Neil, « Post-Constituent Constitutionalism : The Case of the European Union », in Martin Loughlin, Neil Walker (dir.), *The Paradox of Constitutionalism, Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 247-268.
- WALKER, Neil, « Beyond the Holistic Constitution ? », in Petra Dobner, Martin Loughlin (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 291-308.
- WALTER, Christian, « Constitutionalizing (Inter)national Governance : Possibilities for and Limits to the Development of an International

- Constitutional Law », *German Yearbook of International Law*, n° 44, 2001, p. 170-201.
- WEBER, Marx, « La profession et la vocation de savant », in Max Weber, *Le savant et le politique*, présentation et traduction par Catherine Colliot-Thélène, Paris, La Découverte, [1917] 2003, p. 67-110.
- WEBER, Max, « La profession et la vocation de politique », in Max Weber, *Le savant et le politique*, présentation et traduction par Catherine Colliot-Thélène, Paris, La Découverte, [1919] 2003, p. 113-206.
- WEILER, Joseph H. et WIND, Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- WEINRIB, Lorraine et WEINRIB, Ernest J., « Constitutional Values and Private Law in Canada », in Daphne Barak-Erez, Daniel Friedmann (dir.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart, 2001, p. 43-72.
- WHITE, Harrison C., *Identity and Control : A Structural Theory of Action*, Princeton, Princeton University Press, 1992.
- WIEACKER, Franz, « Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts », in Ernst Forsthoff (dir.), *Festschrift für Ernst Rudolf Hubner zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Schwartz, 1973, p. 339-383.
- WIELSCH, Dan, *Zugangsregeln : Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen, Mohr Siebeck*, 2008.
- WIELSCH, Dan, « Die epistemische Analyse des Rechts : Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft », *Juristenzeitung*, n° 64, 2009, p. 67-76.
- WIELSCH, Dan, « Iustitia Mediatrix : Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz », in Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (dir.), *Soziologische Jurisprudenz : Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, 2009, p. 395-414.
- WIETHÖLTER, Rudolf, « Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht : Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm », in Alexander Lüderitz (dir.), *Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort, Metzner, 1977, p. 213-263.
- WIETHÖLTER, Rudolf, « Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung : Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers », *Kritische Vierteljahrszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n° 3, 1988, p. 1-28.
- WIETHÖLTER, Rudolf, « Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft* 45, n° 78, 1992, p. 222-240.
- WIETHÖLTER, Rudolf, « Zur Argumentation im Recht : Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe ? », in Gunther Teubner (dir.) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe : Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden, Nomos, 1994, p. 89-120.

- WIETHÖLTER, Rudolf, « Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts », in Christian Joerges, Gunther Teubner (dir.), *Rechtsverfassungsrecht : Rechts-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, 2003, p. 1-21.
- WILLIAMSON, Peter J., *Varieties of Corporatism : A Conceptual Discussion*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.
- WILLKE, Helmut, *Ironie des Staates : Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1992.
- WILLKE, Helmut, *Systemtheorie III : Steuerungstheorie : Grundzüge einer Theorie der Steuerung komplexer Sozialsysteme*, Stuttgart, UTB, 1995.
- WIMMER, Andreas et GLICK-SCHILLER, Nina, « Methodological Nationalism and Beyond : Nation State Building, Migration and the Social Sciences », *Global Networks : A Journal of Transnational Affairs*, n° 2, 2002, p. 301-334.
- WINDELER, Arnold, *Unternehmensnetzwerke : Konstitution und Strukturierung*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2001.
- YOUNG, Margaret, « Introduction : The Productive Friction Between Regimes », in Margaret Young (dir.) *Regime Interaction in International Law : Facing Fragmentation*, Cambridge, 2011, p. 1-20.
- ZANGL, Bernhard, « Judicialization Matters! A Comparison of Dispute Settlement under GATT and the WTO », *International Studies Quarterly*, n° 52, 2008, p. 825-854.
- ZARLENGA, Stephen A., *The Lost Science of Money*, New York, Valatie, American Monetary Institute, 2002.
- ZÖLLNER, Wolfgang, « Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht : Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den so genannten Ungleichgewichtslagen », *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 196, 1996, p. 1-36.



## INDEX DES NOMS DE PERSONNES



## INDEX DES NOTIONS



## TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS UTILISÉES . . . . .	9
PRÉFACE DE LA TRADUCTRICE . . . . .	11
AVANT-PROPOS . . . . .	25
LA NOUVELLE QUESTION CONSTITUTIONNELLE . . . . .	27
Le constitutionnalisme moderne est-il en crise? . . . . .	27
La constitution de l'État-nation <i>versus</i>	
la constitution mondiale . . . . .	28
Les impulsions de la sociologie des constitutions . . . . .	30
Des prémisses discutables . . . . .	34
Le constitutionnalisme sociétal,	
un véritable problème de la globalisation? . . . . .	34
Le vide constitutionnel du transnational? . . . . .	37
limiter la gouvernance transnationale	
aux processus politiques? . . . . .	39
Une réduction de l'effet horizontal des droits	
fondamentaux aux devoirs étatiques de protection? . . . . .	44
L'unité d'une constitution cosmopolitique du monde? . . . . .	46
DES CONSTITUTIONS SOCIÉTALES SECTORIELLES	
DANS L'ÉTAT-NATION . . . . .	49
Les institutions sociales dans le constitutionnalisme libéral . . . . .	50
Les sphères, sans constitution, de la liberté individuelle . . . . .	50
Les ordres sociaux autonomes . . . . .	53
Les constitutions totalitaires de la société . . . . .	58
Les constitutions sectorielles dans l'État social . . . . .	62

Les leçons de l'histoire . . . . .	62
Un constitutionnalisme sociétal étatiste . . . . .	64
La politisation des secteurs sociaux . . . . .	66
La constitution économique comme constitution sociétale . . .	73
La constitution ordolibérale de l'économie . . . . .	73
La <i>constitutional economics</i> . . . . .	77
Le pluralisme constitutionnel . . . . .	79
Les arrangements néocorporatistes . . . . .	81
Le <i>societal constitutionalism</i> . . . . .	84
LES SUJETS CONSTITUTIONNELS TRANSNATIONAUX	
Régimes, organisations, réseaux . . . . .	89
Les structures propres au niveau global . . . . .	89
Une constitutionnalisation sociétale grâce au monde des États? . . . . .	93
La Charte de l'ONU . . . . .	93
Le <i>soft law</i> du monde des États . . . . .	95
La constitutionnalisation par le droit international et le <i>global administrative law</i> . . . . .	99
Les constitutions propres aux institutions globales . . . . .	103
La fragmentation constitutionnelle . . . . .	103
Les constitutions des organisations internationales . . . . .	107
Les constitutions des régimes . . . . .	111
Les régimes transnationaux sont-ils des sujets constitutionnels? . . . . .	114
Pouvoir constituant / constitué . . . . .	117
L'identité collective . . . . .	125
LES NORMES CONSTITUTIONNELLES TRANSNATIONALES	
Fonctions, domaines, processus et structures . . . . .	135
Les fonctions constitutionnelles : constitutive et limitative . .	138
L'autofondation des systèmes sociaux . . . . .	138
La constitutionnalisation dans le déséquilibre dynamique . .	142
L'autolimitation des contraintes de croissance . . . . .	147
Les « constitutions capillaires » . . . . .	150
Le diable et Belzébuth . . . . .	154

Les domaines constitutionnels :	
la différenciation interne dans les systèmes sociaux . . . . .	156
La sphère spontanée . . . . .	158
La sphère professionnelle organisée . . . . .	162
La sphère autorégulatrice du médium communicationnel . . .	168
Les processus constitutionnels : une double réflexivité . . . . .	177
La réflexivité du système social . . . . .	177
La réflexivité du système juridique . . . . .	180
Les structures constitutionnelles : des métacodes hybrides . . .	187
Codage et métacodage . . . . .	187
Hybridité . . . . .	189
La politique des constitutions sectorielles . . . . .	193
La politique <i>versus</i> le politique* . . . . .	193
À l'ombre de la politique . . . . .	197
La politisation interne des sous-systèmes sociaux . . . . .	200

#### LES DROITS FONDAMENTAUX TRANSNATIONAUX

L'effet horizontal . . . . .	207
Les droits fondamentaux au-delà de l'État-nation . . . . .	207
Les droits fondamentaux de l'État-nation	
ont-ils un effet en dehors du territoire national ? . . . . .	209
La <i>colère publique</i> * globale . . . . .	212
Les standards de droits fondamentaux	
spécifiques aux régimes . . . . .	213
Les droits fondamentaux	
obligent-ils les acteurs privés transnationaux ? . . . . .	218
<i>Beyond State Action</i> . . . . .	218
Donner une direction à la généralisation : des médias	
de communication au lieu d'un ordre de valeurs . . . . .	220
La respécification dans différents contextes sociaux . . . . .	223
L'effet d'inclusion des droits fondamentaux :	
les droits d'accès . . . . .	226
L'effet d'exclusion des droits fondamentaux . . . . .	230
La matrice anonyme . . . . .	234
Justicialisation ? . . . . .	239

COLLISIONS ET RÉSEAU	
DES CONSTITUTIONS TRANSNATIONALES . . . . .	245
Le manque d'instance tierce . . . . .	245
Collisions de régimes . . . . .	251
Modifications du droit traditionnel de conflits de lois . . . .	252
Réseaux normatifs . . . . .	257
Collisions interculturelles . . . . .	262
Le polycentrisme culturel . . . . .	262
La <i>re-entry</i> de l'étranger dans le propre . . . . .	268
Les normes des conflits interculturels . . . . .	271
Les principes directeurs des collisions de constitutions . . . . .	274
BIBLIOGRAPHIE . . . . .	279
INDEX DES NOMS DE PERSONNES . . . . .	313
INDEX DES NOTIONS . . . . .	315