

Gunther Teubner

CONSTITUTIONNALISME SOCIÉTAL :
NEUF VARIATIONS SUR UN THÈME DE DAVID SCIULLI *

U*bi societas, ibi constitutio* – telle est la thèse centrale du pluralisme constitutionnel transnational. Partout où apparaissent des entités sociales dans la société mondiale – systèmes fonctionnels, organisations formelles ou régimes transnationaux –, des constitutions propres se forment qui disputent la préention des constitutions étatiques au monopole¹. Chris Thornhill caractérise ce courant de la théorie constitutionnelle de la manière suivante :

En tant qu'antithèse à la doctrine soutenant un rapport indispensable entre la constitution et l'État, cette doctrine soutient une théorie sur le pluralisme constitutionnel transnational, selon laquelle tous les systèmes de communication se séparent tendanciellement des centres de décision politico-juridiques et produisent, par-delà les frontières géographiques régionales, un tissu normatif, plus ou moins spontané, s'autorégulant de façon interne. Les frontières régionales et les frontières de l'État-nation sont ainsi remplacées par des frontières fonctionnelles qui représentent les points de référence du processus constituant et de la validité constitutionnelle².

Au fondement du pluralisme constitutionnel transnational se trouve une triple critique qui vise la pensée constitutionnelle traditionnelle³. Le pluralisme constitutionnel transnational critique la place centrale qui est réservée au droit parce que les constitutions sont réduites à être de simples normes juridiques de rang supérieur. À l'opposé, cette théorie affirme la priorité d'une auto-fondation [*Selbstkonstituierung*] sociétale⁴. Elle s'oppose à la place centrale qui est réservée à l'État parce que les constitutions ne sont re-

* La version originale de cet article a été publiée dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 76, 2016, p. 1-25. Traduction d'Isabelle Aubert, Maître de conférences en philosophie du droit, Directrice adjointe de l'UFR de philosophie, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

¹ G. THOMPSON « Review Essay: Socializing the Constitution ? », *Economy and Society*, n° 44, 2015, p. 480 offre une vue d'ensemble de cette littérature récente sur le constitutionnalisme sociétal.

² C. THORNHILL, « Politische Macht und Verfassung jenseits des Nationalstaats », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n° 32, 2011, p. 205, p. 212.

³ J. DE MUNCK, « From Orthodox to Societal Constitutionalism », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, London, Routledge, 2016, p. 135 ; A. FEBBRAJO, « Constitutionalism and Legal Pluralism », in A. FEBBRAJO et G. CORSI (dir.), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Ashgate, Abingdon, 2016, p. 68.

⁴ P.F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, London, Routledge, 2014, p. 122 sq.

pérées que dans le secteur « public⁵. » En effet, on trouve tout aussi bien et de manière croissante des constitutions dans les entreprises, les marchés, les universités privées, les fondations, la presse, les intermédiaires de l'Internet et d'autres institutions « privées »⁶. Cette critique du nationalisme méthodologique révèle en même temps comment le pluralisme constitutionnel transnational élargit son champ de vision en s'intéressant à des processus de constitutionnalisation globaux et en identifiant des phénomènes constitutionnels dans les régimes transnationaux aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé⁷.

Pourquoi cet « oubli de la société⁸ » dans le constitutionnalisme traditionnel ? Pourquoi est-il aveugle aux constitutions qui se forment au-delà de l'État ? L'explication historique est la suivante. Après l'effondrement du féodalisme, toutes les instances intermédiaires perdirent leur légitimité et la constitution établit exclusivement les rapports entre l'État et les citoyens ; de son côté, le domaine social fut considéré comme la sphère des activités individuelles, laquelle fut protégée de l'intervention étatique par les droits fondamentaux mais sans être soumise à des exigences constitutionnelles. Le droit privé, qui encadre les relations horizontales entre les individus, fut considéré comme suffisant. Des analyses socio-historiques montrent aujourd'hui comment cette explication sociologique de l'époque était inadéquate. La révolution organisationnelle et la croissance dramatique de la différenciation fonctionnelle donnèrent naissance à des institutions autonomes non étatiques de grande échelle – les nouveaux pouvoirs intermédiaires – et soulevèrent à leur tour de sérieux problèmes constitutionnels qui ne pouvaient être résolus de façon satisfaisante par les constitutions étatiques⁹.

⁵ J. BROQUET, « Une approche épistémologique de la notion de couplage structurel : l'exemple de la constitution économique », in L. SOSOE (dir.), *Le droit – un système social. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Hildesheim, Georg Olms Verlag, 2015, p. 157, p. 166 sq. (sur la constitution économique) ; J. PRIBÁN, « The Concept of Self-Limiting Polity in EU Constitutionalism: A Systems Theoretical Outline », in J. PRIBÁN (dir.), *Self-Constitution of European Society : Beyond EU Politics, Law and Governance*, 2016, p. 37 (sur les constitutions sociétales).

⁶ P. GUIBENTIF, « Societal Conditions of Self-Constitution », in J. PRIBÁN, *Self-Constitution*, op. cit., p. 274 ; T. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, 2015, p. 99 sq., p. 114 sq.

⁷ L. VIELLECHNER, « Verfassung als Chiffre : Zur Konvergenz von konstitutionalistischen und pluralistischen Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 75, 2015, p. 231 ; K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p. 714 sq. V. CHAMPEIL-DESPLATS émet des objections critiques contre le constitutionnalisme sociétal dans V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, op. cit., p. 157.

⁸ C. MENKE, *Kritik der Rechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 2015, p. 327.

⁹ C. PINELLI, « Constitutionalism and Globalisation: A Disputed Relation », in A. FEBBRAJO et G. CORSI, *Sociology of Constitutions*, op. cit., p. 125, p. 130 sq. ; P. F. KJAER, « From Corporatism to Governance: Dimensions of a Theory of Intermediary Institutions », in P. F. KJAER et E. HARMANN (dir.), *The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2015, p. 11 ; P. F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm*, op. cit., p. 17 sq. ;

Avec les vagues plus récentes de la globalisation, les problèmes constitutionnels se sont renforcés dans différents secteurs de la société mondiale¹⁰. Ces évolutions forment le contexte dans lequel des institutions non étatiques ont été soumises à des processus de constitutionnalisation et dans lequel un constitutionnalisme sociétal transnational est devenu un problème structurel central pour la société mondiale¹¹.

Le défi constitutionnel posé par la globalisation actuelle est celui de la possibilité même et de la forme que pourraient prendre des institutions, qu'elles soient aujourd'hui caractérisées de « privées » ou de « publiques », dont le fonctionnement soit démocratique et qui soient tenues de respecter les droits des individus¹².

Tandis que le constitutionnalisme traditionnel se concentre toujours encore exclusivement sur les États-nations, des organisations internationales et des régimes transnationaux ont depuis longtemps commencé à développer des constitutions propres. L'Organisation mondiale du commerce (OMC), la gouvernance de l'Internet, l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), des régimes transnationaux hybrides, tels que la *lex mercatoria*, la *lex finanziaria*, la *lex sportiva*, la « constitution d'une gouvernance privée » pour les réseaux contractuels¹³, mais aussi la réglementation globale du secteur de la santé, de la protection environnementale et la protection de la culture sont des exemples significatifs de ce que s'opère actuellement une constitutionnalisation des institutions transnationales¹⁴. Un

P. FEMIA, « Against the “Pestilential Gods” », *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, n° 40, 2011, p. 260.

¹⁰ S. FRERICHS, « The Rule of the Market: Economic Constitutionalism Understood Sociologically », in P. BLOKKER & C. THORNHILL (dir.), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 241, p. 248 sq. ; S. PINON, « Les visages cachés du constitutionnalisme global », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 108, 2016, p. 927.

¹¹ Sur une « cartographie du constitutionnalisme global », voir G. TUSSEAU, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 179, p. 185 sq.

¹² J.-P. ROBÉ, « Les multinationales, vecteur d'un nouveau constitutionnalisme », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, n° 56, 2013, p. 337, p. 354 sq.

¹³ Sur l'OMC, voir E. COMTOIS-DINEL, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *Lex Electronica*, 11, 2006, p. 15 sq. ; D.Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; sur l'ICANN : M. RENNERT, *Zwingendes transnationales Recht: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2011 ; sur la *lex finanziaria* : J. HORST, « *Lex Financiaria*: Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association », *Archiv des Völkerrechts*, n° 53, 2015, p. 461 ; sur la *lex sportiva* : A. DUVAL, « The Olympic Charter as Constitution: Faster, Higher, Stronger », *Journal of Law and Society*, n° 45, 2018 (à paraître) ; sur la « constitution de la gouvernance privée », voir H. MUIR WATT, « L'émergence du réseau et le droit international privé », in L. D'AVOUT, D. BUREAU et H. MUIR-WATT (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, 2014, p. 535, p. 550.

¹⁴ Sur les régimes IP, voir D. WIELSCH, « Private Governance of Knowledge: Societally Crafted Intellectual Properties Regimes », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 907 ; sur le secteur de la santé : A. KRAJEWSKA, « Bioethics and Human Rights in the Constitutional Formation of Global Health », *Laws*, 2015, p. 771 ; sur la « république de

phénomène très controversé est enfin le « *corporate constitutionalism* », c'est-à-dire la constitutionnalisation d'entreprises multinationales¹⁵.

La constitutionnalisation au-delà de l'État-nation peut être observée comme un processus évolutionnaire qui a lieu dans deux directions différentes : dans les processus politiques transnationaux au-delà des constitutions étatiques ; et, en même temps, en dehors de la politique internationale, dans les secteurs « privés » de la société mondiale¹⁶. Une théorie constitutionnelle qui analyse de tels processus prend ses distances par rapport à l'application réductrice du droit constitutionnel à l'État-nation et se focalise sur les constitutions sociétales dans l'espace national et l'espace transnational.

Cette vue « étendue » du constitutionalisme observe l'émergence au niveau social d'une multiplicité de constitutions civiles pour lesquelles le seul dénominateur serait le système du droit, au lieu de la politique et le droit, désormais le droit et l'économie, le droit et la science, le droit et internet¹⁷.

Une triple mission se présente alors : 1) examiner des processus de constitutionnalisation se déroulant réellement en dehors des États-nations, 2) élaborer une théorie du constitutionalisme sociétal transnational et 3) développer des perspectives normatives pour la politique constitutionnelle et le droit constitutionnel¹⁸.

la science » : B. HURLBUT, « A Science that Knows no Country: Pandemic Preparedness, Global Risk, Sovereign Science », *Journal of Law and Society*, n° 45, 2018 (à paraître) ; sur la protection de l'environnement : L. J. KOTZÉ, « Arguing Global Environmental Constitutionalism », *Revista Opinião Jurídica*, n° 17, 2015, p. 398 ; J. ELLIS, « Constitutionalization of Nongovernmental Certification Programs », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 1035 ; sur la protection de la diversité culturelle, voir C. ROMAINVILLE, « Le droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel comparé », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, n° 30, 2014, p. 567 ; sur la religion, voir I. AUGSBERG, « Canon Law as a Transnational Regime », *Journal of Law and Society*, n° 45, 2018 (à paraître) ; sur la justice transitionnelle, voir F. KASTNER, « Fabricating Lex Transitus: On the Constitutionalisation of a New Global Legal Regime of Transitional Justice in World Society », *Journal of Law and Society*, n° 45, 2018 (à paraître).

¹⁵ Sur ce point particulier, voir les contributions de John Ruggie et de Jean-Philippe Robé dans l'ouvrage collectif J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, op. cit., p. XI, p. 157 ; L.C. BACKER, « The Concept of Constitutionalization and the Multi-Corporate Enterprise in the 21st Century », *Working Papers Coalition for Peace & Ethics*, n° 6, 2014 ; J.-P. ROBÉ, « L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir », in R. BAUDOIN (dir.), *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, Paris, Lethielleux, 2012, p. 281 ; A. LYON-CAEN, « Enquête juridique de l'entreprise », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Paris, Dalloz, 2012, p. 3.

¹⁶ D. WIELSCH, « Private Governance of Knowledge », art. cité, p. 922 sq.

¹⁷ J. BROQUET, « Une approche épistémologique de la notion de couplage structurel », art. cité, p. 168.

¹⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? », art. cité, développe une typologie instructive des différentes versions du constitutionalisme sociétal – 1) structurelle, 2) institutionnelle, 3) contractualiste et 4) axiologique – qui met en lumière des différences pertinentes. Ma propre version semble proche des variantes institutionnelle et structurelle, mais aucune des deux ne lui correspond entièrement. Je suggère un cinquième type de constitutionalisme sociétal : une version socio-juridique. Cette dernière in-

Toutefois, au sein du constitutionnalisme sociétal, on constate qu'une controverse à plusieurs voix est en cours qui concerne la question de savoir qui sont les sujets des constitutions non-étatiques, quelle est l'origine de celles-ci, leur légitimation, leur portée et leur structure interne. Quels sont ces processus sociaux qui produisent le pluralisme des constitutions sociétales ? De quelle manière les constitutions construisent-elles des ordres pour d'authentiques processus sociaux ? Au lieu de prendre parti de façon hâtive dans cette controverse, il semble plus fructueux de ne pas la réduire à un conflit entre des positions incompatibles mais de la comprendre comme un « thème avec des variations ». On peut donc considérer les différentes positions en débat comme des tentatives pour élucider en détail le potentiel du « thème » dans ses « mises en œuvre » plus ou moins fructueuses. Les questions directrices suivantes doivent être posées aux nombreuses variations :

1. Quel est le « principe de composition » correspondant de chacune des variations ?
2. Quels sont les problèmes qui apparaissent dans leurs « mises en œuvre » ?
3. Quels sont leurs « motifs » qu'il s'agit de conserver ?

C'est en ce sens que le thème du constitutionnalisme sociétal composé par David Sciulli doit d'abord être présenté brièvement. Ensuite on exposera six variations par rapport au thème de Sciulli qui emprunteront deux séries de direction. Une première série de variations comprend la constitutionnalisation comme l'expansion d'une rationalité unique dans les domaines sociaux. Une deuxième série tient au motif de l'unité de la constitution malgré la pluralité du constitutionnalisme sociétal. Dans la « partie finale », trois variations supplémentaires reprennent et développent à nouveaux frais les motifs à conserver en accueillant d'une nouvelle manière le « thème initial ».

THÈME INITIAL DE DAVID SCIULLI

C'est au sociologue américain David Sciulli que l'on doit le mérite d'avoir proposé le thème du constitutionnalisme sociétal¹⁹. Il est vrai qu'il y a eu des éléments précurseurs dans la conception de la constitution économique de Hugo Sinzheimer et de Franz Böhm, la théorie du *private government* de Philip Selznick ou encore le concept de constitution sociale de

siste sur la co-originarité des processus sociaux et juridiques à l'intérieur d'une constitution, leur autonomie et séparation strictes, en même temps que leur relation mutuelle dans un processus « hybride » ou « co-évolutionnaire ». Sur ce point, voir G. TEUBNER, « La question constitutionnelle au-delà de l'État-nation : pour une approche sociologique du phénomène constitutionnel », *Revue de droit public et de science politique*, 2018 (à paraître).

¹⁹ D. SCIULLI, « Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality », *British Journal of Sociology*, n° 39, 1988, p. 377 ; *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992 ; *Corporate Power in Civil Society. An Application of Societal Constitutionalism*, New York, New York University Press, 2001.

Reinhart Koselleck²⁰. Mais Sciulli a été le premier à exposer une théorie aboutie du constitutionnalisme sociétal. En partant du dilemme de la rationalisation de la modernité présenté par Max Weber, il cherche à savoir s'il peut y avoir des forces opposées à la dérive massive de l'évolution actuelle qui implique la propagation croissante d'un autoritarisme au sein de la société. La seule dynamique sociale qui, dans le passé, a effectivement freiné une telle dérive et qui peut lui opposer une résistance à l'avenir est à trouver, selon Sciulli, dans les institutions d'un « *societal constitutionalism* ». L'institutionnalisation de « *collegial formations* », que l'on peut reconnaître dans des formes d'organisation spécifiques des professions et dans d'autres institutions délibératives productrices de normes, est décisive.

PREMIÈRE SÉRIE DE VARIATIONS : L'EXPANSION DES RATIONALITÉS PARTIELLES

Variation I : le bras long de la constitution étatique

Au sein de la tradition constitutionnelle se trouve encore une conception qui essaie de concevoir les constitutions sociétales sectorielles comme des expansions de la constitution étatique et qui essaie de concentrer les normes relatives aux divers secteurs de la société dans une institution juridique. Rupert Scholz soutient que, dans la constitution de l'État allemand, on trouve – en particulier dans la partie des droits fondamentaux et dans la réglementation sur les compétences législatives – les éléments d'une constitution économique, d'une constitution de la culture, d'une constitution des médias, d'une constitution de l'armée, d'une constitution de l'environnement, dont les structures fondamentales données encadrent ces secteurs sociaux suivant la perspective de l'État. En tant que principes juridiques de droit objectif, les droits fondamentaux étatiques « organisent » les secteurs sociaux. Ce serait la tâche du droit constitutionnel d'agencer ces éléments en un système cohérent de constitutions sociétales sectorielles étatiquement organisées et d'en déduire d'autres normes constitutionnelles²¹.

Une autre tentative, de plus grande ampleur, s'efforce d'étendre la constitution étatique au-delà de la politique et de réinterpréter la constitution de l'ensemble de la société. Selon Karl-Heinz Ladeur, de tout temps, même dans le constitutionnalisme primitif, la constitution politique aurait toujours été en même temps la constitution de la société²². Ulrich Preuss défend une

²⁰ H. SINZHEIMER, « Das Wesen des Arbeitsrechts » [1927], in O. KAHN-FREUND et T. RAMM (dir.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Frankfurt, EVA, 1976, p. 108 ; F. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, ORDO, n° 17, 1966, p. 75 ; P. SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, Russell Sage, 1969 ; R. KOSELLECK, « Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung », in R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten : Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt, Suhrkamp, 2006, p. 365.

²¹ R. SCHOLZ, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, München, Beck, 1971 ; *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978.

²² K.-H. LADEUR, « Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht : "Verfassungsprivatrecht" als Kollisionsrecht », in G.-P. CALLIES *e. a.*, *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift G. Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 2009, p. 543.

vue semblable bien qu'un peu plus prudente. Les principes de la constitution politique, en particulier les droits fondamentaux, ne seraient pas seulement formulés pour le processus politique de formation de la volonté : « Ils incarnent des principes normatifs, envers lesquels la société même s'engage, et qui doivent pénétrer tous les rapports sociaux²³ ».

Les auteurs qui essaient de ramener les constitutions sociétales existantes dans l'espace transnational à des constitutions étatiques affrontent de grandes difficultés. Certains auteurs désireux d'expliquer l'existence indiscutable de la constitutionnalité transnationale soutiennent l'idée selon laquelle il y a une expansion de la zone d'influence des constitutions étatiques au-delà des frontières nationales. Tous les problèmes constitutionnels qui apparaissent en dehors des États-nations, telles les questions concernant les droits fondamentaux des usagers de l'Internet ou celles relatives aux garanties de l'État de droit dans les procédures d'arbitrage, seraient résolus par le fait que les principes des États nationaux se sont « étendus » aux espaces transnationaux²⁴. Marcelo Neves développe des arguments similaires lorsqu'il propose un « transconstitutionnalisme²⁵ », car s'il admet que des problèmes constitutionnels apparaissent aussi de façon massive sur le plan transnational, il insiste sur le fait qu'ils ne seront pas résolus par des constitutions d'institutions transnationales mais grâce à l'« interdépendance » des constitutions étatiques²⁶. Une autre manière de reconduire en dernière instance les constitutions sociétales transnationales au monde des États consiste à les considérer comme étant incorporées de façon légitime dans l'ordre néowestphalien des États nationaux et à leur reconnaître simplement de la sorte une autonomie restreinte²⁷.

Toutes les versions de cet étatisme constitutionnel qui étend ses principes aux constitutions sociétales sous-estiment cependant de façon systématique le potentiel constitutionnel particulier des institutions sociales. Il y a une explication théorique à leur autoconstitutionnalisation : la différencia-

²³ U.K. PREUSS, « La garantie des droits : “les droits horizontaux” », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. III, Paris, Dalloz, 2012, p. 233 ; O. BEAUD, « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », *Jus Politicum*, 2014, <http://juspoliticum.com/L-histoire-du-concept-de.html> 10.

²⁴ K.-H. LADEUR et L. VIELLECHNER, « Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes », *Archiv des Völkerrechts*, n° 46, 2008, p. 42.

²⁵ M. NEVES, *Transconstitutionalism*, London, Hart, 2013.

²⁶ Dans toutes les versions, une question reste obscure : celle de savoir comment cette expansion quelque peu mystérieuse se fait dans le détail, et en particulier celle de savoir quelles institutions décident de l'expansion par un acte de production de normes qui sélectionne, il est vrai, régulièrement parmi différentes alternatives. Si les cours constitutionnelles des États nationaux ne sont pas les seules à décider, et si les tribunaux internationaux et les tribunaux d'arbitrage jouent également un rôle, alors les deux versions doivent admettre que le droit constitutionnel transnational apparaît indépendamment du droit constitutionnel national.

²⁷ K.D. WOLF, « The Non-Existence of Private Self-Regulation in the Transnational Sphere and Its Implications for the Responsibility to Procure Legitimacy: The Case of the *lex sportiva* », *Global Constitutionalism*, n° 3, 2014, p. 275.

tion fonctionnelle de la société n'est pas une question fondamentale de décision politique mais un processus évolutif complexe d'où il ressort progressivement des distinctions directrices qui forment des institutions spécialisées selon leur logique propre. Dans ce processus, des systèmes fonctionnels se « constituent » [*verfassen*] eux-mêmes en déterminant leur identité propre à partir des sémantiques élaborées de l'auto-donation de sens, de la réflexion et de l'autonomie²⁸. Il en va de même, dans le cadre d'autres processus de différenciation, des organisations formelles et des régimes transnationaux²⁹.

L'élément à retenir, somme toute, des variations étatiques du constitutionnalisme sociétal est que les constitutions étatiques demeurent le grand modèle historique des processus de constitutionnalisation. Elles ont produit un riche réservoir d'institutions de droit constitutionnel – de façon proéminente : la séparation des pouvoirs, l'État de droit, la démocratie et les droits fondamentaux – auquel d'autres constitutions sociétales peuvent se rapporter tout en procédant à leur généralisation et leur respécification³⁰. Ce sont des modèles surtout parce qu'elles ont réussi de façon paradoxale à limiter efficacement, dans les processus de pouvoir, l'apparition de formes totalisantes du pouvoir politique qui soient immanentes à ce dernier et cela en usant précisément du pouvoir politique contre lui-même. Quant à savoir si une telle autolimitation peut réussir aussi dans d'autres sous-systèmes sociaux qui présentent des tendances semblables à la totalisation, c'est l'une des questions les plus importantes du constitutionnalisme sociétal³¹.

Variation II : l'expansion du politique

Les analyses qui repèrent de façon empirique l'indépendance des constitutions sociétales par rapport à l'État renoncent aux tentatives douteuses qui cherchent à sauver le monopole étatique de la constitution en interprétant le phénomène de la constitution sociétale comme une « expansion » plus ou moins mystérieuse de la constitution étatique. Selon elles, l'apparition des constitutions sociétales est due à une dissociation de la politique et de l'État : dans le processus de globalisation le système politique s'est étendu au-delà du domaine étatique vers la politique internationale et en même temps vers des domaines mondiaux. Poul Kjaer observe la production d'un « type transnational spécifique du politique qui, dans son orientation, dans son auto-compréhension et dans sa configuration institutionnelle, est substantiellement différente de la forme du politique qui tend à dominer dans les contextes nationaux³² ». D'après Thornhill, on peut identifier empirique-

²⁸ N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, p. 745 ; H. RABAULT, *Un monde sans réalité ? En compagnie de Niklas Luhmann : épistémologie, politique et droit*, Québec, Presses de l'Université, 2012, ch. 2 et 3 ; sur la constitution de la science voir B. HURLBUT, « A Science that Knows no Country », art. cité.

²⁹ P. F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm*, *op. cit.*, p. 21 sq.

³⁰ R. PRANDINI, « The Morphogenesis of Constitutionalism », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 309, p. 311.

³¹ H. LINDAHL, « We and Cyberlaw : The Spatial Unity of Constitutional Orders », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 697, p. 725 sq.

³² P. F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm*, *op. cit.*, p. 83 sq., p. 97.

ment des micro-constitutions dans la société mondiale, structurée de façon plurielle, qui formalisent des processus de pouvoir à l'intérieur de la société et qui ne sont pas en réalité des constitutions étatiques mais bien des constitutions du pouvoir politique dans la société. Ces micro-constitutions accroissent la sensibilité de différents domaines sociaux et parviennent à les inclure dans le pouvoir politique³³. On peut résumer les idées de Thornhill par cette belle formule : *Ubi potestas, ibi constitutio*. Tant que l'on ne communique pas par le médium du pouvoir, la société n'a pas besoin de constitution. Dès lors que l'on communique par le médium du pouvoir, la société a besoin d'une constitution.

Le problème ensuite est de devoir néanmoins opérer un « rétrécissement », en repérant les constitutions sociétales uniquement dans les processus du pouvoir politique. Il y a lieu de se demander si l'on doit, comme Thornhill, comprendre la « politisation » de la société qui s'effectue dans les processus de globalisation comme une expansion du système politique, expansion à travers laquelle les processus de pouvoir sont démis de leur lien étroit avec l'État et la politique institutionnalisée et se déroulent en divers endroits de la société mondiale et donc aussi dans d'autres sous-systèmes. En réalité, il serait plus approprié de maintenir le concept de système politique en le définissant clairement comme l'édification d'un pouvoir politique pour la production de décisions collectives, et cela pas seulement dans l'État national mais aussi dans la politique internationale³⁴. En parallèle à cela, mais de manière institutionnelle et fonctionnelle, des processus « politiques » se déroulent à l'intérieur des autres sous-systèmes, qui sont exposés de leur côté à une constitutionnalisation autonome. Cette dernière ne norme donc bien entendu pas simplement des processus de pouvoir mais également, à l'intérieur des sous-systèmes, les processus de communication qui leur sont spécifiques. Le désaccord sur la « politisation » de la société ne devrait donc pas être seulement une question de terminologie. On ne devrait pas, comme le fait Thornhill, postuler la nouvelle unité d'un système politique étendu où la communication se fait par le pouvoir, mais identifier des réflexions politiques autonomes et variées dans différents contextes qu'il s'agit de constitutionnaliser. Celles-ci ont effectivement, comme Thornhill le note à juste titre, un « caractère public catégorique³⁵ », mais ce caractère public n'est pas nécessairement lié à des processus de pouvoir politique. Dans le contexte transnational, le droit privé, et même des formations d'ordre autonome privé, assume souvent des fonctions publiques³⁶. La « po-

³³ C. THORNHILL, « Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions », *Journal of Classical Sociology*, n° 10, 2010, p. 1 ; voir aussi, J. PRIBÁN, « Asking the Sovereignty Question in Global Legal Pluralism: From “Weak” Jurisprudence to “Strong” Socio-Legal Theories of Constitutional Power Operations », *Ratio Juris*, n° 28, 2015, p. 31, p. 47 sq.

³⁴ N. LUHMANN, « Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft », in U. BECK (dir.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998, p. 345, p. 375 sq.

³⁵ C. THORNHILL, « The Sociological Origin of Global Law », in A. FEBBRAJO et G. CORSI (dir.), *Sociology of Constitutions*, op. cit., p. 99, p. 100.

³⁶ H. MUIR WATT, « Conflicts of Laws Unbounded: The Case for a Legal-Pluralist Revival », *Transnational Legal Theory*, n° 7, 2016, p. 1 ; B. KINGSBURY, « International Law as Inter-Public Law », in H. R. RICHARDSON et M. S. WILLIAMS (dir.), *Nomos XLIX : Moral*

litique » des banques centrales, celles des organisations scientifiques et des cours constitutionnelles ne peuvent pas être conçues simplement comme des processus partiels prenant place au sein du processus d'édification du pouvoir politique (dont le but est la production de décisions collectives) ; elles doivent être considérées comme les politiques de réflexion d'institutions sociales qui décident au moyen de formes de communication propres de leur fonction sociale et de leurs performances sur d'autres secteurs sociaux.

Il y a cependant un motif dans les variations du thème de Thornhill qui devrait être absolument conservé et développé. Selon Thornhill, les constitutions, et telle est leur action propre, formalisent le médium de communication du pouvoir. La formalisation est la « condition auto-générée de l'autonomie positive et différenciée du pouvoir³⁷ ». C'est une pensée extrêmement importante qui doit maintenant être généralisée. Les constitutions formalisent les médias de communication de façon très différente dans la médialité du droit³⁸. Lors des divers processus autonomes de constitutionnalisation, il n'y a pas que le médium du pouvoir qui est formalisé dans la politique, le sont également les médias de l'argent, du savoir, du droit, de l'information dans leurs domaines d'activité correspondants. Une constitution économique se limite-t-elle donc à formuler simplement des normes fondamentales lorsque des phénomènes du pouvoir économique se manifestent, ou bien réglemente-t-elle aussi précisément la communication monétaire en tant que telle, indépendamment du fait qu'elle soit « traduite » ou non dans la communication de pouvoir des hiérarchies d'entreprises ou des monopoles de marché ? Qu'est-ce qui formalise la constitution de la science ? Des luttes de pouvoir à l'intérieur des institutions scientifiques, ou bien des opérations épistémiques ? Et la constitution de la religion ? La constitution de l'Internet ? Et la réponse est : ce ne sont pas simplement les processus de pouvoir du système politique qui formalisent les constitutions mais aussi des processus de communication indépendants du pouvoir qui se déroulent *via* d'autres médias spécifiques aux systèmes.

Variation III : Rational Choice Everywhere

Par rapport aux variations mentionnées jusqu'ici, les théories de la constitution économique développent une version plus radicale du constitutionnalisme sociétal. Elles désolidarisent définitivement les constitutions de l'État, de la politique, du pouvoir ou de la politique internationale et les saisissent comme des ordres sociaux autonomes, en particulier dans le cas des organisations économiques et des marchés. En un sens étroit, le concept de constitution est appliqué aux normes fondamentales de l'agir économique authentique. C'est ce que fait la version ordolibérale d'une constitution économique mondiale, laquelle, pour protéger la concurrence, fait du combat

Universalism and Pluralism, 2009, n° 167 ; R. WAI, « The Interlegality of Transnational Private Law », *Law & Contemporary Problems*, n° 71, 2008, p. 107.

³⁷ C. THORNHILL, « Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions », art. cité, p. 14.

³⁸ F. STEINHAEUER, *Medienverfassung: Untersuchung zur Verfassungswissenschaft nach 1990*, Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft, 2015, p. 41 sq.

contre le pouvoir économique la mission de la constitution³⁹. Un concept semblable de constitution est conçu également, bien que sous des traits idéologiques opposés, par les représentants d'un « *new constitutionalism* », qui analysent de manière critique les institutions du consensus de Washington comme une constitution économique globale⁴⁰. En un sens large en revanche, des constitutions sont repérées dans tous les groupements sociaux, même non économiques, qui sont dits obéir à la logique économique du *rational choice*⁴¹.

En parallèle à la critique dénonçant l'expansion du système politique, on doit mener une critique aussi de ces conceptions pour leur impérialisme, quoi qu'il soit de type économique cette fois. Il n'est pas besoin d'une explication plus ample pour comprendre que tout effort prétendant soumettre les structures internes de la religion, de l'art, des médias de l'information aux principes d'une constitution économique, ou prétendant les évaluer uniquement à l'aide des critères du *rational choice*, causerait une violence insupportable à leur rationalité propre aussi bien qu'à une orientation sociale commune.

Mais les théories de la constitution économique laissent transparaitre un motif qui mérite d'être conservé, lorsqu'elles insistent sur le fait que des constitutions ne se rencontrent pas que dans des configurations politico-juridiques mais aussi dans le domaine économique et, au-delà, dans toutes les institutions de la société. Il est à noter également à quel point elles insistent sur l'indépendance des constitutions sociétales par rapport à l'État, c'est-à-dire sur le fait que l'auto-organisation des secteurs sociaux débouche sur leur autoconstitutionnalisation.

Variation IV : summum ius

Si le principe de composition des variations présentées jusqu'ici consistait à rapporter les constitutions sociétales à l'expansion soit du politique soit de l'économique, une autre variation en fait de même avec l'expansion du juridique et plus généralement de l'institutionnel-normatif. Avec la définition des institutions comme ensembles de normes, on repère donc des « constitutions sectorielles » sociétales, lorsque des ordres juridiques non étatiques commencent à institutionnaliser des normes de rang supérieur⁴². Cette variation prolonge ainsi l'héritage de l'institutionnalisme qui a égale-

³⁹ W. FIKENTSCHER et J. DREXL, « Der Draft International Antitrust Code: Zur institutionellen Struktur eines künftigen Weltkartellrechts », in W. FIKENTSCHER et U. IMMENGA (dir.), *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 35.

⁴⁰ G.W. ANDERSON, « Societal Constitutionalism, Social Movements and Constitutionalism from Below », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 881 ; D. SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

⁴¹ J.M. BUCHANAN, *Constitutional Economics*, Oxford, Blackwell, 1991 ; V. VANBERG, « Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy », *Journal of Institutional Economics*, n° 1, 2005, p. 23.

⁴² A. PETERS, J. KLABBERS et G. ULFSTEIN (dir.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 211 sq.

ment accordé un caractère juridique aux normes des institutions sociales⁴³. Et elle poursuit cela au niveau constitutionnel en identifiant des autoconstitutionnalisations dans des institutions non étatiques. Des juristes de droit international travaillent également dans cette perspective institutionnelle et définissent la production de normes juridiques de rang supérieur dans des organisations internationales et dans des « *self-contained regimes* » comme un pluralisme constitutionnel au-delà de l'État national⁴⁴. Ils soulignent ainsi à juste titre la normativité juridique incontournable des constitutions que l'on ne peut pas réduire au simple fait de la « constitutionnalité » des ordres sociaux, comme cela arrive dans certaines analyses constitutionnelles de sciences sociales.

En dépit des nombreux mérites dont bénéficie l'institutionnalisme en reconnaissant ainsi l'autonomie juridique du pluralisme constitutionnel transnational par rapport aux réductions du nationalisme méthodologique, il n'est lui-même pas exempt de tendances réductionnistes, bien que d'un tout autre type. Le danger d'une vue institutionnelle tient à ce qu'elle restreint de façon formaliste la perspective en se focalisant sur les normes juridiques, de type étatique ou non étatique, et qu'elle néglige la dynamique sociale qui anime la constitutionnalisation sociétale. Même les constitutions étatiques ne sauraient être saisies de façon satisfaisante lorsque, comme le font de nombreux juristes dans la tradition de Hans Kelsen, on les conçoit comme de simples ensembles de normes juridiques en masquant ainsi la dynamique constitutionnelle du processus politique⁴⁵. Cela vaut d'une manière analogue pour les constitutions sociétales : il ne faut pas négliger qu'elles se fondent d'abord sur l'auto-fondation d'un système social et seulement ensuite sur des normes juridiques. Une vue institutionnelle, qui n'identifie le constitutionnalisme sociétal qu'avec les normes juridiques régulant les différents domaines sociaux, réduit les constitutions à de simples hiérarchies de normes. Ce qui importe est la liaison singulière grâce à laquelle les hiérarchies de normes entrent dans le droit en même temps que des processus de réflexion dans les systèmes sociaux⁴⁶. En effet, leurs principes constitutionnels matériels qui sont d'un intérêt particulier ne peuvent pas être entendus simplement comme des normes de rang supérieur dans une institution ; ils sont d'abord des produits issus de conflits entre constitutions sociétales qui sont ensuite juridicisés.

⁴³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1918 ; M. HAURIUO, *La théorie de l'institution et de la fondation : Essai de vitalisme social*, in M. HAURIUO, *Aux sources du droit*, Paris, Bloud & Gay, 1986 (1933), p. 89.

⁴⁴ N. WALKER, *Intimations of Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁴⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 224.

⁴⁶ G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels : le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Garnier, 2016, p. 177 sq. ; P. GUIBENTIF, « Pour une société-monde durable par l'auto-constitutionnalisation des grands domaines sociaux », *Droit et Société*, n° 93, 2016, p. 455 ; H. RABAULT, « *Ius cosmopoliticum* : la constitution du droit global », *Nunctranseamusadobligationes*, <https://nunctranseamusadobligationes.wordpress.com/2016/01/10/ius-cosmopoliticum-la-constitution-du-droit-global/>

Par conséquent, le motif à conserver de l'institutionnalisme est sa manière d'aiguiser le regard pour identifier avec précision l'endroit de la liaison entre le droit et le système social correspondant. En effet, en tant qu'ensembles de normes, les institutions permettent l'existence d'un contact étroit entre des normes sociales fondamentales et des normes juridiques constitutionnelles et elles permettent de comprendre le processus de constitutionnalisation comme une « traduction » s'effectuant dans les deux sens, plus exactement comme une dynamique co-évolutive du système social constitutionnalisé et du droit constitutionnel⁴⁷.

Le principe de composition de toutes ces variations consiste à identifier le sociétal du constitutionnalisme sociétal non pas avec l'ensemble de la société, mais avec des secteurs sociaux différents qui donnent forme chaque fois à une constitution sectorielle autonome. Mais si les variations reconduisent seulement les constitutionnalisations sociétales à l'expansion d'une rationalité sociale unique dans tous les domaines sociaux, elles essaient bien de trouver dans l'inquiétante diversité des constitutions sociétales un principe d'ordre homogène, que ce soit à travers l'expansion du politique, de l'économique ou du juridique. Ces variations n'épuisent largement pas quand même le potentiel du thème de Sciulli. Le constitutionnalisme sociétal de ce dernier vise précisément à préserver et à favoriser, face à la « rationalité instrumentale » unidimensionnelle, la pluralité d'orientations « non rationnelles ». En fin de compte, les quatre variations discutées jusqu'ici remplacent seulement chaque fois l'ancien monisme d'une constitution étatique par le nouveau monisme d'une rationalité qui doit être à la base de toutes les constitutions sociétales. Ces variations thématiques ne peuvent pas rendre compte de la fonction des constitutions sociétales, qui consiste précisément à institutionnaliser conjointement des rationalités totalement hétérogènes et incompatibles entre elles et, en même temps, à limiter leurs tendances totalisantes avec lesquelles elles se nuisent les unes les autres⁴⁸.

DEUXIÈME SÉRIE DE VARIATIONS : LA CONSTITUTION GLOBALE

Variation V : la constitution sociétale holiste

Les variations suivantes du thème de Sciulli ont donc besoin d'un autre principe de composition pour la constitutionnalisation sociétale – l'unité prétendue indissoluble de la constitution. À l'origine, ce principe fut développé pour la constitution de l'État national. Les constitutions nationales prétendent soumettre catégoriquement et complètement toutes les activités de l'État à leur exigence de régulation⁴⁹. Neil Walker voit dans le caractère « holiste », c'est-à-dire dans leur exigence de régulation complète, un trait caractéristique des constitutions⁵⁰. Cela est dû à la fonction d'intégration de

⁴⁷ À ce sujet, voir G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels*, op. cit., p. 187 sq.

⁴⁸ J. BROQUET, « Une approche épistémologique de la notion de couplage structurel », art. cité, p. 172 sq. parle de la « logique polycontextuelle » des constitutions sociétales.

⁴⁹ D. GRIMM, « The Constitution in the Process of Denationalization », *Constellations*, n° 12, 2005, p. 447.

⁵⁰ N. WALKER, « Beyond the Holistic Constitution? », in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, op. cit., p. 291.

la constitution étatique qui donne une orientation commune, malgré leurs conflits, aux groupements politiques et aux institutions de diverses sortes⁵¹.

Ces idées sont donc transposées aux constitutions sociétales en ayant pour conséquence que l'on postule, à l'inverse d'un pluralisme constitutionnel transnational, une constitution homogène qui n'est désormais plus simplement celle de l'État mais de l'ensemble de la société – ou même encore une constitution homogène de la société mondiale. Déjà à l'époque de l'État national, l'historien Koselleck faisait état d'une réalité historique en constatant qu'il n'existait pas seulement une constitution de l'État mais également une constitution plus complète de la société qui, à côté des activités politico-étatiques, soumettait aussi les institutions économiques, sociales et culturelles à des exigences constitutionnelles⁵². Des questions d'ordre social, religieux, économique ou financier ne devaient pas être traitées simplement comme des problèmes relevant de la législation ordinaire mais comme les problèmes d'une « constitution sociale » authentique. Dans la transnationalisation actuelle cela devrait valoir de la même manière ; l'une des conséquences importantes étant que la constitution d'entreprises transnationales soit à considérer comme une partie d'une constitution sociétale globale.

En droit international comme en philosophie politique, divers auteurs défendent l'idée selon laquelle la constitutionnalisation du droit international que l'on observe à l'heure actuelle est en mesure de produire un ordre constitutionnel cosmopolitique, soit une constitution homogène pour l'ensemble de la société mondiale⁵³. Il est vrai qu'ils refusent un État mondial en tant que substrat d'une constitution homogène en le considérant irréaliste ; mais à sa place, ils érigent la « communauté internationale » en référence d'un droit constitutionnel mondial émergent et ils ne l'appréhendent plus simplement comme une communauté d'États souverains, ce qui était le cas du droit international traditionnel, mais à la fois comme un ensemble d'acteurs politiques et sociétaux et comme une communauté juridique d'individus⁵⁴.

Que ces représentations d'une constitution globale compréhensive soient désespérément idéalistes et soient plus portées par des rêves que par

⁵¹ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Duncker & Humblot, 1928, chap. 7.

⁵² R. KOSELLECK, « Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung », art. cité, p. 369 *sq.*

⁵³ B. FASSBENDER, « “We the People of the United Nations”: Constituent Power and Constitutional Form in International Law », in N. WALKER et M. LOUGHLIN (dir.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, *op. cit.*, p. 281 *sq.* ; O. HÖFFE, *Vision Weltrepublik: Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung*, in D. RULOFF, C. BERTRAM et B. FREY (dir.), *Welche Weltordnung?*, Zürich, Rütger, 2005, p. 33.

⁵⁴ I. de la Rasilla del Moral offre une analyse approfondie des différentes variantes d'une constitution mondiale cosmopolitique dans « At King Agramant's Camp: Old Debates, New Constitutional Times », *International Journal of Constitutional Law*, n° 8, 2011, p. 580.

des analyses réalistes n'a pas besoin d'être justifié davantage⁵⁵. Mais ces exagérations cosmopolitiques cherchent à réaliser aussi un motif qui mérite quand même d'être conservé – celui de l'intégration grâce à la constitution. Certes le constitutionnalisme sociétal n'a pas besoin de chercher en vain l'unité institutionnelle d'une constitution sociétale mondiale, mais il doit se poser la question de l'intégration ou de la coordination d'une pluralité d'ordres constitutionnels différents. S'il est exact que dans l'État national la fonction intégratrice des constitutions joue un rôle décisif, à côté de leur fonction constitutive et de leur fonction limitative, alors la question se pose de savoir s'il y a, dans l'extrême fragmentation des constitutions transnationales, des institutions qui assument cette intégration.

Variation VI : la constitution comme imagination collective

Sauver l'unité indissoluble d'une constitution de l'ensemble de la société est finalement aussi l'objectif de théories qui mettent la fonction symbolique des constitutions au premier plan en lieu et place de leur réalité institutionnelle. Face à la pluralité incontestable des régimes juridiques publics et privés et face à l'impossibilité de créer pour ceux-ci des institutions constitutionnelles mondiales homogènes, on tient contrefactuellement à l'idée d'une unité de la constitution même si elle doit se réduire à exister simplement comme le mythe fondateur d'un collectif, que ce soit la nation ou la communauté internationale. « La constitution est indissociablement en relation dans sa dimension symbolique avec des institutions comme la langue, les médias, la culture, le savoir commun, la mémoire culturelle, et à travers cette dimension, elle seule peut leur donner une unité » et elle « dépend d'un espace symboliquement plein, d'un texte culturel », qui lui permet de fixer normativement une identité collective recouvrant des fragmentations variées⁵⁶. Cette constitution unitaire, purement fictionnelle et pourtant efficace, est donc considérée comme absolument compatible avec une quantité de « constitutions dérivées » qui sont institutionnalisées dans les secteurs sociaux mais se rapportent toujours au mythe fondateur de la constitution unitaire.

Qu'un tel texte culturel sans institutionnalisation dure puisse encore valoir comme constitution en un sens étroit paraît tout à fait problématique. Car sans institutions réelles qui ne font pas que symboliser l'unité mais qui la produisent aussi pratiquement dans des processus de discussion et de décisions permanentes, l'unité constitutionnelle demeure une simple fiction. Ce n'est que dans les « constitutions dérivées », telles que Vesting les nomme, c'est-à-dire dans les constitutions fragmentées des secteurs, que l'interaction entre le « *nomos* » et le « récit » peut être réalisé.

⁵⁵ Une critique détaillée est présente dans K. BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme*, op. cit., p. 713 sq. et A. FISCHER-LESCANO, *Globalverfassung: Die Geltungsbe-gründung der Menschenrechte*, Weilerswist, Velbrück, 2005, p. 247 sq.

⁵⁶ T. VESTING, « Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne », in S. KORIOTH et T. VESTING (dir.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 95.

Deux éléments sont à retenir de cette théorie fictionnelle de la constitution. En premier lieu, l'idée selon laquelle, avec leurs constitutions, les ordres sociaux ne font pas que produire du droit positif et régler des conflits, mais se reconnaissent en même temps grâce à leurs constitutions comme un collectif uni par un mythe fondateur. Les constitutions sont en effet des processus vivants d'auto-identification d'un système social qui s'expriment dans la forme juridique. En plus des fonctions constitutive, limitative et intégratrice de la constitution, la théorie fictionnelle souligne à juste titre l'importance de sa fonction symbolique, que des théories « réalistes » de la constitution tendent à négliger. En second lieu, cette théorie élabore une architecture à deux niveaux du phénomène constitutionnel – présentant une constitution symbolique compréhensive et des constitutions dérivées institutionnalisées –, qui devrait être exploitée dans des réflexions ultérieures. La question simplement est : comment ?

PARTIE FINALE : UNITAS MULTIPLEX

Pour cette dernière partie, il reste à tester trois autres variations du thème de Sciulli. Elles doivent accueillir, réunir et poursuivre les motifs qui ont été mis en évidence dans les variations précédentes et qui valent la peine d'être conservés.

Tels sont les motifs évoqués dans les variations qui sont apparus comme devant être conservés :

- la formalisation du médium de communication qu'est le pouvoir en tant que noyau de la constitution politique – ce motif doit être généralisé ;
- la fonction intégratrice des constitutions, qui sous-tend la recherche de l'unité de la constitution dans l'espace national aussi bien que dans l'espace transnational ;
- la conception des constitutions comme mythe fondateur où se réfléchit la fonction symbolique des constitutions, laquelle dépasse leurs fonctions constitutive, limitative et intégratrice ;
- l'interaction entre des éléments constitutionnels de niveaux différents qui mettent en relation multiplicité et unité de la constitution ;
- la conception de l'autoconstitutionnalisation d'un sous-système qui se comporte de façon critique contre l'octroi de constitutions sociales par la politique ou le droit ;
- le rôle fondamental de l'institutionnalisation, parce que seules des institutions en tant qu'ensembles de normes parviennent à établir, pour les constitutions, un contact permanent caractéristique entre des normes juridiques et des normes extra-juridiques ;
- les constitutions étatiques comme le grand modèle historique des constitutions sociétales, en particulier pour leur paradoxe fonctionnel, du fait qu'elles limitent efficacement, à l'aide du pouvoir politique lui-même, des totalisations du pouvoir politique issues de façon immanente aux processus de pouvoir.

Variation VII : constitutions sectorielles et méta-constitution

Les variations du deuxième groupe ont souligné à juste titre que c'est précisément l'existence d'une pluralité de constitutions sectorielles qui suscite l'interrogation sur l'unité de la constitution – aussi bien de façon empirique que normative⁵⁷. Le pluralisme s'émousse-t-il dans cette situation où des constitutions coexistent sans relation entre elles ou bien se forme-t-il ici, d'une manière ou d'une autre, une unité constitutionnelle – et cela précisément aussi pour la société mondiale ? Aussi légitime que soit cette question, les réponses apportées, qui s'obstinent à adopter des positions extrêmes, demeurent insatisfaisantes. L'une des positions s'oppose aux réalités sociétales mondiales lorsqu'elle déclare que les Nations Unies sont le noyau d'une constitution institutionnalisée de la société mondiale. À l'autre extrémité du spectre, la position la plus opposée rêve de mondes fictifs en réduisant la constitution mondiale à une imagination collective, à un mythe fondateur, à un récit sans *nomos*. La position d'un « transconstitutionnalisme » devrait au contraire être réaliste et en même temps exigeante sur le plan normatif – par différence nette d'ailleurs avec le concept du même nom de Neves⁵⁸ – ; elle se compose de quatre éléments :

1) Une constitution mondiale homogène prend en réalité forme comme « méta-constitution » au-delà des constitutions transnationales.

2) Celle-ci n'établit aucun principe constitutionnel substantiel mais se contente d'établir, en sa qualité de *constitution de collisions*, des principes et des règles pour les conflits entre les constitutions sociétales sectorielles.

3) Plus important encore, la méta-constitution ne se constitue pas de façon hiérarchique comme une institution autonome, qui, telle une instance tierce au-dessus des constitutions sectorielles, résoudrait leurs conflits, mais de façon hétérarchique dans les décisions des constitutions sectorielles elles-mêmes. La méta-constitution « coordonnerait paradoxalement de manière accrue l'intérieur des sphères globales⁵⁹ ».

4) Ces décisions se réalisent soit dans des activités de coopération et de négociation des constitutions sectorielles soit dans des normes de collision, lesquelles développent elles-mêmes les constitutions sectorielles particulières.

L'expression « transconstitutionnalisme », dans sa double signification, définit exactement cette situation : le particularisme des constitutions sectorielles est transcendé et en même temps ces dernières sont traversées sans qu'un nouveau niveau institutionnel ne soit établi.

Ces tendances peuvent s'observer empiriquement sous la forme d'une constitution de collisions dans la célèbre « *war of judges* », qui présente les conflits entre les constitutions des États-nations et la constitution de l'Union européenne comme un « *judicial dialogue* » entre la Cour de justice euro-

⁵⁷ I. AUBERT, « Préface de la traductrice », in G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels*, *op. cit.*, p. 11, p. 23.

⁵⁸ M. NEVES, *Transconstitutionalism*, *op. cit.*

⁵⁹ E. COMTOIS-DINEL, « La fragmentation du droit international », art. cité, p. 18.

péenne et les cours constitutionnelles des États nationaux⁶⁰. Les décisions sur les collisions sont toujours prises par l'un des tribunaux concernés. Mais ils réagissent les uns aux autres et accueillent les arguments des autres tribunaux de la même manière qu'en *common law*. Des tendances analogues se trouvent dans les collisions de normes des régimes transnationaux, ce qui est particulièrement évident dans le cas de l'OMC, laquelle dans la jurisprudence relative au « *free trade and...* » développe un droit autonome de collision qui reçoit à partir de sa propre perspective des exigences normatives d'autres régimes⁶¹.

D'un point de vue historique, une telle méta-constitution transnationale peut faire écho à la riche tradition du droit international privé. Dans des situations analogues où des ordres juridiques nationaux se trouvent en collision sans instance tierce, les ordres juridiques concernés ont développé chacun pour soi une foule de normes de collision. Quant à savoir s'il convient d'utiliser le potentiel du droit international privé pour les conflits entre les constitutions transnationales et le modifier pour la nouvelle situation historique, cela fait aujourd'hui l'objet d'une discussion intense⁶². Horatia Muir Watt réfute toutes les tentatives de légitimer les ordres juridiques transnationaux en ayant recours à une constitution compréhensive et fait

[...] des interactions elles-mêmes le point de départ à partir duquel se posent des questions de légitimité. Cela implique de renoncer à décider de la question de la légitimité – en d'autres termes renoncer à trier entre des revendications concurrentes *ex ante* – et de la traiter *ex post* et dans des termes relatifs. Cette idée semble parfaitement en accord avec la réflexivité instable du droit global. Elle suggère que la question de la légitimité se présente en des termes différents selon le type de revendication – collaboratif, conflictuel, concurrent – qui est émise par rapport aux autres systèmes juridiques⁶³.

Horatia Muir Watt montre clairement qu'une constitution transnationale de collisions doit généraliser les méthodes « hétérarchiques » du droit inter-

⁶⁰ G. MARTINICO, « The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law », *German Law Journal*, n° 16, 2015, p. 1343 ; M. ARDEN, « Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe », *Yearbook of European Law*, n° 29, 2010, p. 3.

⁶¹ D. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, *op. cit.*, p. 197.

⁶² H. MUIR WATT, « Empire Through Contract: A Private International Law Perspective », in C. CUTLER et T. DIETZ (dir.), *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, New York, Routledge, 2017, p. 277 ; J. BOMHOFF, « The Constitution of the Conflict of Law », in H. M. WATT et R. MICHAELS (dir.), *Private International Law as Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 262 ; A. FISCHER-LESCANO et G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit global », *Revue Internationale du Droit Économique*, 2013, p. 187, p. 204 *sq.* ; R. MICHAELS et J. PAUWELYN, « Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law », in T. BROUDE et Y. SHANY (dir.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 19 ; C. JOERGES, « A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation », in C. JOERGES et J. FALKE (dir.), *Karl Polanyi: Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, Hart, 2011, p. 465.

⁶³ H. MUIR WATT, « Conflicts of Laws Unbounded », art. cité, p. 17 *sq.*

national privé – renvoi, questions préliminaire et qualification *lege causae* – et les respécifier pour les régimes transnationaux. Il s’agit également de formuler à nouveaux frais les deux principes fondamentaux opposés du droit privé pour la relation existant entre les constitutions transnationales – reconnaissance mutuelle et ordre public.

Le principe de la reconnaissance mutuelle ne signifie pas seulement que les constitutions transnationales se tolèrent réciproquement les unes les autres, tel que c’est décrété par le principe de la « *constitutional rance*⁶⁴ ». La demande supplémentaire consiste en ce que les constitutions réalisent le principe de la « *constitutional responsiveness* » et développent des normes matérielles qui combinent sous la forme d’un compromis des demandes de constitutions qui sont en conflit les unes avec les autres⁶⁵.

L’ordre public national délimite en revanche, c’est bien connu, les frontières de la reconnaissance d’un ordre juridique étranger : elles sont atteintes lorsque l’application d’une norme d’un ordre juridique étranger enfreint les normes fondamentales du droit propre. Appliqué à notre contexte, cela signifie que, dans de telles circonstances, une constitution transnationale devrait aussi refuser de reconnaître les normes d’une constitution étrangère qui contreviennent à son ordre interne.

Variation VIII : nomos et récit

Par distinction d’avec cette signification traditionnelle de l’ordre public national, le concept juridique d’ordre public transnational s’est entretemps établi comme principe d’un droit de collision, qui doit aussi être appliqué dans le cadre du pluralisme constitutionnel transnational⁶⁶. Le principe n’a pas pour but, comme l’ordre public national, de protéger les fondements d’ordres juridiques domestiques d’intrusions étrangères. L’ordre public transnational régleme le rapport qu’entretiennent les constitutions sectorielles avec l’ensemble de la société. La caractéristique de ce principe est que chacune des constitutions concernées acquiert, à partir de sa perspective, un ordre public transnational. C’est donc la tâche de chacun des régimes transnationaux de combiner entre elles deux exigences contraires. Il ne s’agit pas seulement, comme c’était le cas dans la variation précédente, de chercher à les rendre compatibles de façon singulière avec les normes concurrentes des autres constitutions. Chacune des constitutions sectorielles concernées doit en outre acquérir à partir de sa propre perspective les principes d’un ordre public transnational valable pour l’ensemble de la société – les principes d’une méta-constitution unitaire – à l’aune duquel il mesure ses propres normes.

⁶⁴ M. 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, p. 528 *sq.*

⁶⁵ L. VIELLECHNER, « Responsiver Rechtspluralismus: Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts », *Der Staat*, n° 51, 2012, p. 559. Sur une « explication idéaliste » du dialogue transconstitutionnel voir G. TUSSEAU, « Un chaos conceptuel qui fait sens », art. cité, p. 206 *sq.* et sur une « explication moins idéaliste », p. 208 *sq.*

⁶⁶ Là-dessus, M. RENNER, « Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law? », art. cité ; *Zwingendes transnationales Recht*, *op. cit.*, p. 88 *sq.*

Deux motifs, présents dans les cinquième et sixième variations de Sciulli, sont repris ici et liés entre eux : l'unité de la constitution et, en même temps, le caractère fictionnel de cette unité. Toutes les constitutions sectorielles supposent l'unité d'une méta-constitution dans des points de référence communs et dans un horizon de sens nécessairement abstrait auquel elles se rapportent par leur production de normes. Cette supposition rend évident le caractère fictionnel de cette unité. Car il faut toujours rappeler qu'il n'« existe » pas un tel horizon commun de sens mais qu'il est une simple fiction que chaque constitution sectorielle produit à partir de sa vision du monde. Supposer contrefactuellement un noyau de validité commun à la méta-constitution permet donc d'établir, dans des contextes constitutionnels différents, une référence – chaque fois différente – avec des formes de bien commun qui se répercutent dans des normes concrètes⁶⁷.

Thomas Vesting est proche de ces idées lorsqu'il décrit le rapport entre les constitutions sectorielles et la constitution compréhensive de telle sorte que les constitutions sectorielles fragmentées produisent institutionnellement une force obligatoire normative, mais qu'elles s'attachent en même temps dans leur image d'elle-même à des « rétrofictions » qui créent la « croyance dans leur unité », à savoir l'unité imaginaire d'une constitution compréhensive. En s'aidant des catégories forgées par Robert Cover, Vesting formule les choses ainsi pour la constitution compréhensive : « La constitution dispose d'un *nomos* unique mais celui-ci produit sans cesse des récits différents⁶⁸ ». Il saisit ainsi à juste titre le rapport difficile entre les constitutions sectorielles institutionnalisées et la méta-constitution fictive, et cela précisément non pas comme une structure à deux niveaux mais comme leur interpénétration à un niveau unique – le niveau des constitutions sectorielles.

Il convient toutefois d'apporter deux corrections à cela. D'une part, la fiction de l'unité ne doit pas être entendue comme si la méta-constitution contenait elle-même des principes substantiels. La méta-constitution globale ne concerne que les procédures et les principes de la collision, de la coopération et de la confrontation. D'autre part, la fiction de l'unité n'est pas seulement créée par des récits mais aussi par le *nomos* lui-même, dans les pratiques de décision institutionnelles des constitutions sectorielles, quand elles tranchent sur les collisions. On doit enfin saisir autrement la formule de Cover, et cela non pas au sens où elle oppose un *nomos* aux nombreux récits, mais au sens où se développe chaque fois, dans les constitutions sectorielles aussi bien que dans la méta-constitution de collisions, un rapport autonome entre *nomos* et récit. Tandis que le *nomos* des constitutions sectorielles expulse les récits variés des normativités sectorielles substantielles, le récit d'une intégration par la procédure se forme dans le *nomos* de la constitution de collisions. Cela vaut aussi bien pour la méta-constitution que pour les

⁶⁷ À ce sujet, voir G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels*, op. cit., p. 257 sq., p. 262 sq.

⁶⁸ T. VESTING, *Die Medien des Rechts*, op. cit., p. 100.

constitutions sectorielles réelles : « *For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture*⁶⁹. »

Variation IX : communication autosubversive

La double formule « *nomos* et récit » met à juste titre l'accent sur le fait que chaque système social développe ses propres autodescriptions qui contextualisent sa constitution. Ce sont des processus de réflexion d'ordre cognitif et en même temps normatif sur l'identité propre. Ici aussi le modèle historique est la constitution étatique. De même que les théories politiques ont un impact sur la réalité empirique du pouvoir et sur les projets normatifs de la politique dans les constitutions étatiques, de même des récits autonomes sont formulés dans d'autres domaines sociaux, à savoir des descriptions de la réalité et des conceptions normatives en tant que fondements de leur constitution propre⁷⁰.

On arrive néanmoins au noyau interne de la constitution que dans une dernière variation du thème de Sciulli, lorsque, comme Thornhill⁷¹, on reconnaît la formalisation du médium de communication comme étant le critère décisif de la constitutionnalisation⁷². Formalisation d'un médium – cela veut dire que ce ne sont pas seulement des processus de réflexion cognitifs et normatifs qui produisent une constitution mais également des processus de réflexion médiaux. En effet, la formalisation n'est pas atteinte simplement par la production de formes juridiques, mais ce qui est plus important encore est qu'un rapport autoréférentiel est produit, qu'un médium de communication s'applique à lui-même. « En ce sens, la forme est *autoréférence déployée*⁷³ ». La réflexivité d'un médium signifie que des opérations orientées par un médium sont appliquées au médium lui-même. Dans le domaine de la politique, cela veut dire l'application du pouvoir au pouvoir (séparation des pouvoirs, droits fondamentaux), dans le domaine du droit l'application des normes juridiques à des normes juridiques (procédures législatives, règles d'organisation judiciaire), en économie l'application d'opérations monétaires à des opérations monétaires (mesures de la Banque centrale), en science l'application d'opérations épistémiques à des opérations épistémiques (méthodologie, épistémologie, théorie de la connais-

⁶⁹ R.M. COVER, « The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, n° 97, 1983, p. 4.

⁷⁰ M. KOSKENNIEMI, « The Politics of International Law. 20 Years Later », *European Journal of International Law*, n° 29, 2009, p. 7, p. 12 sq. ; J.L. DUNOFF, « A New Approach to Regime Interaction », in M. YOUNG (dir.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 136, p. 150 sq.

⁷¹ C. THORNHILL, « Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution », art. cité, p. 14.

⁷² Le terme « médium » est employé ici dans le sens technique que l'on trouve dans la théorie des systèmes. Les médias de communication – argent, pouvoir, droit, vérité – font que les motifs des communications sont acceptés, à l'intérieur d'un système social. Ils ont « la fonction de rendre prévisible l'acceptation d'une communication dans les cas où le refus est probable » (N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 143).

⁷³ *Ibid.*, p. 61.

sance⁷⁴). Seul ce type de formalisation – avec les normes juridiques correspondantes – produit des constitutions (constitution étatique, constitution économique, constitution de la science et autres constitutions sociétales).

La formalisation a des effets constitutifs sur les institutions constitutionnelles, et en même temps, de façon paradoxale, des effets autolimitatifs – et même autosubversifs. Et ces effets paradoxaux de la réflexivité médiale importent aujourd’hui, en particulier dans la crise écologique actuelle⁷⁵. Car si les effets expansionnistes du pouvoir, de l’argent, des technologies et du droit doivent être limités, une particularité de la réflexivité médiale joue alors un rôle central comme contre-institutions face aux tendances expansionnistes des systèmes⁷⁶ – sa capacité à l’autosubversion⁷⁷. Pour les constitutions, c’est une formulation inhabituelle, surtout si l’on songe que les constitutions donnent des garanties de stabilité à des institutions durables dans chaque domaine social. Mais le paradoxe des constitutions consiste en ceci qu’elles contribuent activement à se transcender elles-mêmes. La théorie constitutionnelle orthodoxe minimise bien sûr ces tendances autosubversives. Les « *constitutional moments* » (Bruce Ackerman⁷⁸) sont des moments forts de l’histoire constitutionnelle lors desquels la réflexivité médiale déclenche une dynamique interne autosubversive. Lors des moments constitutionnels, un système social proteste contre sa propre clôture. Et ainsi il ne s’agit pas seulement de grands événements comme la Révolution française ou la révolution copernicienne mais aussi de bouleversements beaucoup moins spectaculaires qui transforment les constitutions étatiques et sociétales⁷⁹.

L’effet paradoxal de la réflexivité médiale est l’un des messages les plus importants de la sociologie constitutionnelle. Cette dernière critique la ten-

⁷⁴ N. LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000, p. 64.

⁷⁵ N. LUHMANN, *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986.

⁷⁶ C. ROMAINVILLE, « Le droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel comparé », art. cité, p. 590.

⁷⁷ P. FEMIA, « Infrasystemische Subversion », in M. AMSTUTZ et A. FISCHER-LESCANO (dir.), *Kritische Systemtheorie*, transcript, Bielefeld, 2013, p. 305, p. 310 sq. ; G. TEUBNER, « *Quod omnes tangit*: Transnational Constitutions Without Democracy? », *Journal of Law and Society*, n° 45, 2018, à paraître ; *id.*, « Selbstsubversive Gerechtigkeit : Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts? », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n° 29, 2008, p. 9 ; *id.*, « Le paradoxe de la justice : Niklas Luhmann et la formule de contingence du droit », in I. AUBERT et E. DEBRAY (dir.), *Situer Niklas Luhmann : Dialogues avec les sciences sociales et la philosophie*, Paris 2018, (à paraître).

⁷⁸ B. ACKERMAN, *We the People*, vol. 2, *Transformations*, New Haven, Harvard University Press, 2000.

⁷⁹ Sur les nombreux aspects de ces bouleversements dans la constitution économique après la dernière crise financière, voir les contributions dans P.F. KJAER, G. TEUBNER et A. FEBBRAJO (dir.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart, 2011 ; P. GUIBENTIF, « Societal Conditions of Self-Constitution », art. cité, p. 292 insiste sur la nécessité de ne pas thématiser seulement la présence d’une autosubversion constitutionnelle dans les constitutions des grands systèmes fonctionnels, mais aussi, étant donné leurs développements pathologiques, dans les constitutions d’organisation des entreprises et dans d’autres grandes organisations sociales.

dance toujours plus forte – en particulier dans les relations internationales – qui consiste à laisser la constitutionnalisation politique et sociétale uniquement au droit et à marginaliser, par contraste, la part des processus sociaux. Des recherches empiriques sur la constitutionnalisation transnationale actuelle arrivent à la conclusion que leurs acteurs principaux sont moins des acteurs sociaux collectifs que des instances juridiques : cours constitutionnelles, tribunaux nationaux, tribunaux internationaux, tribunaux d'arbitrage transnationaux⁸⁰. En revanche, les pouvoirs constituants classiques, à savoir les révolutions sociales, les bouleversements politiques, les assemblées constituantes, seraient relégués à l'arrière-plan, et même ne joueraient (presque) plus aucun rôle. La thèse précise est la suivante : *from demos to rights*. Le pouvoir constituant se serait transformé de processus politiques externes en processus juridiques internes.

Mais c'est là une tendance problématique. Les fonctions constitutives et limitatives des constitutions ne sont pas fournies en priorité par des normes juridiques mais par la réflexivité des médias sociaux de communication. Le droit n'est efficace ici que de façon subsidiaire, en soutenant cette réflexivité et dans le meilleur des cas en l'imposant⁸¹. Sa contribution consiste à institutionnaliser la réflexivité médiale vraiment décisive à l'intérieur de domaines sociaux différents dans la mesure où il stipule des procédures d'autolimitation et reconstruit des normes sociales comme des normes de droit constitutionnel. Sur la voie de la société mondiale, le droit entreprend – comme Niklas Luhmann l'a formulé de façon lucide – la fonction politico-constitutionnelle de soutenir la réflexivité médiale des sous-systèmes, si l'idée s'ensuit

[...] qu'au niveau de la société mondiale en train de se consolider, ce ne sont plus des normes (sous la forme de valeurs, de prescriptions, de fins) qui guident la présélection à reconnaître, mais qu'à l'inverse le primat structurel revient à une adaptation fondée sur l'apprentissage de telle sorte que les normes doivent soutenir dorénavant les conditions structurelles de la capacité d'apprentissage de tous les sous-systèmes⁸².

De la même manière, la politique et les mouvements sociaux, qui, à l'aide de la constitutionnalisation, cherchent à limiter les tendances expansionnistes de l'économie, de la technologie, de la médecine ou des nouveaux médias de l'information, doivent s'adapter à cette situation. Ils sont incapables de mettre en place la limitation recherchée en usant d'interventions externes – ils dépendent pour cela de la contrainte salutaire à l'autosubversion.

Gunther Teubner

⁸⁰ C. THORNHILL, « A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 551, p. 554 sq.

⁸¹ C. MENKE, *Kritik der Rechte*, op. cit., p. 329 ; G. TEUBNER, « Autocontrainte exogène : comment les systèmes sociaux externalisent le paradoxe de leur fondation », *Droit et Société*, n° 95, 2017, p. 105.

⁸² N. LUHMANN, « Die Weltgesellschaft », in N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, vol. 2, *Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975, p. 51, p. 63.

Gunther Teubner est professeur émérite de l'Université Goethe de Francfort-sur-le-Main en droit privé et en sociologie du droit, et chercheur principal dans le pôle d'excellence « Normative Ordnungen » de Francfort.