

POUR UNE SOCIÉTÉ-MONDE DURABLE – PAR L'AUTO-CONSTITUTIONNALISATION DES SYSTÈMES SOCIAUX DIFFÉRENCIÉS

Pierre Guibentif, Lisbonne, Dinâmia'CET - ISCTE-IUL

Lisbonne, mai 2016

À propos de ...

TEUBNER, Gunther, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*. Paris : Classiques Garnier, 2016, 326 pages, traduction¹ par Isabelle Aubert de *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Berlin : Suhrkamp, 2012, 291 p.

Que peut la recherche face aux scandales de notre époque ? La réponse de Gunther Teubner est : participer à l'intelligence de la société contemporaine dans toute sa complexité. Complexité dont il faut tenir compte aussi bien dans l'analyse des causes de ces scandales, que dans la conception des réponses à leur opposer. Atteintes à l'environnement, accidents nucléaires, fraudes scientifiques, spéculation financière : autant de phénomènes qu'il est possible d'interpréter comme résultant de dynamiques sociétales typiques de la modernité tardive, qu'il s'agit de mieux comprendre et maîtriser. L'argument principal est le suivant : on a longtemps considéré que c'était aux États de réagir à ces dynamiques, les États jouissant de la légitimité et des moyens d'action nécessaires ; or cette appréciation, déjà discutable dès les origines des États modernes, a perdu sa pertinence avec la globalisation. Les initiatives de la communauté des États coexistent désormais avec les activités autonomes d'autres systèmes sociaux – l'économie, la science, les médias, etc. Les pathologies de notre époque exigent des remèdes multiples qui doivent être générés, non seulement par les États, mais par l'ensemble de ces systèmes. Et ces remèdes, ce sont des constitutions – dans le sens très exigeant qui est donné ici à ce terme – ou plutôt, en l'absence d'une

¹ Dans l'ensemble, la traduction fournit un bon accès à la pensée de Gunther Teubner, malgré de sérieuses difficultés dues à l'habileté de cet auteur à tirer parti des ressources propres à la langue allemande. Par rapport à l'édition originale de 2012, différentes références ont été mises à jour et la bibliographie a été adaptée au public francophone. Outre une préface de la traductrice, le volume comprend, à l'instar de la traduction en anglais, un « index des noms de personnes » et un « index des notions », deux outils absents de l'original en langue allemande.

constitution d'ensemble, inconcevable dans le monde social polyarchique issu de la différenciation fonctionnelle, des fragments de constitution. C'est-à-dire des dispositifs qui, à la fois, assureraient l'autonomie de chaque système social différencié et le dompteraient de l'intérieur, afin de l'empêcher de porter atteinte à son environnement et donc à ses propres conditions de subsistance. Une bonne compréhension du mécanisme constitutionnel – à laquelle *Fragments constitutionnels* se propose de contribuer – pourrait inspirer des initiatives décentralisées d'amélioration des conditions de fonctionnement des systèmes sociaux, et augmenter la probabilité d'ajustements entre eux, au bénéfice de leurs environnements naturel et humain.

Genèse et contexte du projet

Fragments constitutionnels est un temps fort dans une entreprise de très longue haleine. Après une série de travaux consacrés à la globalisation², Teubner développe le thème des constitutions des systèmes sociaux autres que le système politique pour la première fois dans un article de 2000³. Il passera désormais au premier plan de l'agenda intellectuel de l'auteur. Cet engagement est rattaché par Teubner lui-même à un ensemble d'« impulsions » (p. 30 s.) qu'il n'hésite pas à attribuer à la sociologie, considérant ne pas pouvoir abandonner la problématique constitutionnelle aux « constitutionnalistes » et aux « philosophes politiques ». Plus spécifiquement, ses références sont : la sociologie de la différenciation fonctionnelle ; la sociologie des constitutions, à laquelle travaille en particulier Chris Thornhill, qui publie en 2011 *Sociology of Constitutions*, ouvrage discuté en de nombreux endroits de *Fragments constitutionnels*⁴ ; la théorie du *private government* et, enfin, une inspiration fréquemment rappelée, la théorie du « constitutionnalisme sociétal » de David Sciulli⁵. À ces « impulsions », il faut ajouter la dette que Teubner reconnaît dans

² Gunther TEUBNER, « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society », in Gunther TEUBNER (dir.), *Global Law Without A State*. Londres: Dartmouth, 1996, p. 3-28 (référence de la publication en allemand p. 306) et Gunther TEUBNER, « The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy », *Law and Society Review*, vol. 31, 1997, p. 763-787; traduction : « Les multiples corps du roi: l'auto-destruction de la hiérarchie du droit », in Marie-Jeanne CAMPANA et al. (dir.), *Philosophie du droit et droit économique: Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris : Frison-Roche, 1999, p. 309-329.

³ Gunther TEUBNER, « Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft », in Dieter SIMON et Manfred WEISS (dirs), *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiros Simitis*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 437-453 (réf. de la traduction en français, « Un droit spontané dans la société mondiale? », p. 306).

⁴ Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Voir aussi, parmi d'autres, Marcelo Neves, *Tranconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009 (trad. anglaise: *Transconstitutionalism*. Londres : Hart, 2013). Signalons, à propos de cette ligne de travail, qu'il s'est créé, tout récemment, en 2015, un nouveau *working group* du *Research Committee on Sociology of Law* de l'Association internationale de sociologie, qui lui est consacré. Voir aussi Grahame THOMPSON, « Review Essay : Socializing the Constitution », *Economy and Society*, 44, p. 480-493.

⁵ Voir aussi Gunther TEUBNER, « Societal Constitutionalism : Nine Variations on a Theme by David Sciulli », in Paul Blokker et Chris Thornhill (dirs), *Sociological Constitutionalism*. Cambridge : Cambridge University Press (sous presse).

l'avant-propos envers Rudolph Wiethölter (p. 26), qui lui aurait fait découvrir le potentiel du droit moderne, capable par lui-même de composer de multiples théories de la société⁶.

Teubner est encouragé dans sa démarche, d'un côté, par les réactions critiques de ses collègues, dont certains sont nommés dans l'« Avant-propos » (p. 25)⁷. D'un autre, par l'actualité : des scandales impliquant des entreprises multinationales, évoqués en ouverture de l'ouvrage (p. 27), puis, surtout, la crise financière qui éclate en 2007. Gunther Teubner s'engage d'ailleurs dans l'organisation, en mars 2010 à Francfort, d'une rencontre consacrée à la discussion de cette crise dans la perspective d'une théorie systémiste des constitutions sociétales⁸. Assez curieusement, en raison sans doute des différents calendriers de publication, cette initiative est à peine mentionnée dans *Fragments constitutionnels*, et la contribution de Teubner lui-même⁹ n'y est pas citée, même si on y retrouve (p. 43, 148) son argument principal : les conditions les plus favorables pour un processus constitutionnel sont réunies lorsqu'un domaine différencié de la société se trouve au bord d'une catastrophe (*hitting the bottom*).

Un livre et ses suites

L'importance des enjeux intellectuels et, sans doute aussi, de politique juridique, convainc Teubner de la nécessité de traiter le thème du constitutionnalisme sociétal dans le format d'un livre. Cette décision, commentée dans l'« Avant-propos », est importante. En effet, auteur très productif, Teubner a toujours privilégié la publication d'articles. Depuis sa *Habilitationsschrift*, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*¹⁰, ses livres sont presque tous des recueils d'articles. Même *Le*

⁶ L'expression de Wiethölter citée dans Gunther TEUBNER, « Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter », in Oren PEREZ et Gunther TEUBNER (dirs), *On Paradoxes and Inconsistencies in Law*. Oxford : Hart, 2006, p. 41-64 (publication originale en allemand en 2003), section V, est celle-ci : le droit pourrait devenir lui-même un « *Gesellschaftstheoriendesign* ». Isabelle Aubert, dans sa préface, insiste justement sur cet apport de Wiethölter (p. 21).

⁷ Les échanges avec les auteurs mentionnés à cet endroit sont documenté notamment par le volume Petra DOBNER et Martin LOUGHLIN (dirs), *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford : Oxford University Press, 2010. Teubner lui-même y contribue : « Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State » (p. 327-341).

⁸ Voir Poul F. KJAER, Gunther TEUBNER et Alberto FEBBRAJO (dirs), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 9-51.

⁹ Gunther TEUBNER, « A Constitutional Moment? The Logics of 'Hitting the Bottom' », in Poul F. KJAER et al., *The Financial Crisis, op. cit.*, p. 9-51.

¹⁰ Tübingen : Mohr und Siebeck, 1978. Une exception à la règle : *Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just- in- time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht*. Baden-Baden : Nomos, 2004.

*droit, un système autopoïétique*¹¹, son autre livre de sociologie systémiste du droit, est composé pour une part importante de textes déjà publiés, certes retravaillés en profondeur, mais pouvant chacun être lu comme un fragment d'une thématique d'ensemble qui n'est pas présentée en tant que telle. Plus récemment, il est vrai, il publie avec Andreas Fischer-Lescano *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*¹², dont le thème est étroitement lié à celui de *Fragments constitutionnels*. Mais ce livre, rédigé à deux mains, se laisse moins aisément inscrire dans l'œuvre de Teubner et sa construction est moins systématique que celle des *Fragments*. Paradoxalement, Teubner consacre aux « fragments de constitutions » son ouvrage le plus fortement intégré, par un plan clairement hiérarchisé – pyramidal, oserait-t-on presque dire – et par un jeu complexe de renvois.

Ce traitement plus ample de la thématique constitutionnelle par ce livre ne signifie cependant en aucune manière un aboutissement du travail théorique¹³. Celui-ci se poursuit, en même temps que se multiplient les débats critiques¹⁴, stimulés par la publication de traductions¹⁵.

Construction de l'argument

Avant d'aborder l'exposé de cette construction, rappelons le concept de constitution qui est ici mis en œuvre. Le point de départ est le constat de la différenciation fonctionnelle qui marque la société moderne. Celle-ci suppose l'existence de mécanismes assurant les différents domaines sociétaux d'une consistance durable ; des mécanismes qui, à la fois, garantissent la différenciation du domaine sociétal en question, et imposent des limites à son fonctionnement ; qui contrecarrent son potentiel destructeur. Ces mécanismes sont qualifiés de constitutions. La justification de cette terminologie est celle-ci : historiquement, les systèmes qui se sont le plus visiblement constitutionnalisés – au point que le phénomène n'a été bien identifié et

¹¹ Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*. Paris : PUF, 1993, traduction de *Rechts als autopoietisches System*. Francfort-sur-le-Main: Suhrkamp, 1989.

¹² Francfort-sur-le-Main: Suhrkamp, 2006. Dans ce livre, voir notamment le bref chapitre « Konstitutionalisierung : Autokonstitutionelle Regimes » (p. 53-56).

¹³ Voir not. Gunther TEUBNER, « Exogene Selbstbindung: Wie gesellschaftliche Teilsysteme im Konstitutionalisierungsprozess ihre Gründungsparadoxien externalisieren », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 35, 2015, p. 69-89, ou encore le numéro spécial de la revue *Indiana Journal of Global Legal Studies* (20, 2013), que Teubner organise avec Anna Beckers, sous le titre *Transnational Societal Constitutionalism*.

¹⁴ Voir notamment le volume organisé par Jiří PŘIBÁŇ, *Self-Constitution of European Society. Beyond EU Politics, Law and Governance*, Londres et New York : Routledge, 2016, ainsi que d'autres références critiques citées ci-après.

¹⁵ En anglais, la même année que la publication originale en allemand (Berlin : Suhrkamp, 2012) : *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012 ; en italien : *Nuovi conflitti costituzionali: Norme fondamentali dei regimi transnazionali*. Rome : Mondadori, 2012. Des traductions sont également en préparation au Brésil, en Chine et au Japon.

nommé que dans ce contexte spécifique – sont les systèmes politiques. En effet, les systèmes politiques actuels sont le produit d'une évolution qui connaît notamment deux moments constitutionnels – de garantie de leur différenciation et de limite à leur potentiel destructeur – la Révolution française et la reconstitution du monde des États après la Seconde Guerre mondiale (p. 149). Moments constitutionnels comprenant l'élaboration d'instruments juridiques consacrant à la fois la différenciation des systèmes politiques, et des limitations à l'activité politique, par la reconnaissance des droits fondamentaux des personnes. L'intuition du « constitutionnalisme sociétal » est qu'il existe des mécanismes qui constituent de manière analogue des domaines d'activité sociétale autres que les systèmes politiques.

Partant de ce concept, les cinq étapes de l'exposé, annoncées méthodiquement dans le premier chapitre, sont les suivantes :

- Le deuxième chapitre rappelle que, déjà à l'époque où les États-nation représentaient encore les principales structures de la réalité sociale, d'autres domaines sociétaux se constituaient parallèlement à ceux-ci, dont les dynamiques étaient tout aussi nécessaires à la société dans son ensemble que celles des États. L'effondrement des régimes totalitaires aurait été la conséquence de stratégies menées à partir de l'État en vue subordonner la constitution de ces autres domaines sociaux à la sienne (p. 58 s.). Le relatif et temporaire succès des États-providence de l'Après-guerre tiendrait à des techniques de gouvernement reconnaissant dans une certaine mesure les spécificités des autres domaines sociétaux (p. 81 s. : « Arrangements néo-corporatistes »). Nous n'aurions cependant jamais bien pris la mesure du degré d'autonomie atteint, déjà dans les espaces nationaux, par les domaines différenciés autres que les systèmes politiques, raison pour laquelle le néo-corporatisme a conduit à la crise des États-providence. Par ailleurs, les États, au cours de la même période, ont perdu de leur capacité d'action, tandis que d'autres domaines différenciés ont réussi à s'établir à une échelle globale.
- Le troisième chapitre aborde la première question qui se pose à partir de ce constat : où chercher les forces nécessaires à la constitutionnalisation de la société-monde, si ce n'est du côté des États ? Quels sont les possibles « sujets constitutionnels transnationaux » ? La réponse avancée, assortie d'un prudent point d'interrogation, est celle-ci : ce processus pourrait être porté par des « régimes transnationaux » (p. 114), c'est-à-dire des réseaux d'organisations de différente nature (étatique et non-étatique), soutenant à l'échelle mondiale le fonctionnement des systèmes fonctionnels différenciés.
- Après les possibles sujets de la constitutionnalisation, le quatrième chapitre approfondit l'objet, donc la mécanique constitutionnelle elle-même. Chapitre central, donc, et le plus rigoureusement structuré (voir sa présentation, p. 137). Il complète l'énoncé des fonctions constitutionnelles (garantie de la différenciation ; limitation) par une réflexion sur les manières et moyens de réaliser ces fonctions : en garantissant un équilibre entre la composante organisée-professionnalisée d'un domaine d'activité sociétale et sa composante spontanée ; par le couplage entre des processus de réflexivité propres au domaine sociétal en question et des processus de réflexivité juridique ; par l'introduction d'un nouveau codage – « constitutionnel / inconstitutionnel » (p. 187) – se superposant au codage (au sens luhmannien du concept)

identifiant le domaine en question ; – par l'établissement de rapports complexe avec les systèmes politiques, car la constitutionnalisation d'un domaine sociétal exigerait sa politisation interne.

- Le cinquième chapitre discute cette composante centrale de tout dispositif constitutionnel : les droits fondamentaux. Notre notion des droits fondamentaux s'étant formée plus particulièrement dans des dynamiques politiques, il importe de saisir la fonction des droits fondamentaux au-delà de ce contexte spécifique. Teubner défend une généralisation du concept sur deux axes. D'une part, il s'agissait jusqu'ici de protéger les personnes humaines face aux excès du pouvoir politique. Désormais, il faut, d'une part, se donner les moyens de limiter les effets possibles du fonctionnement de systèmes autres que le système politique. Or le « pouvoir », sur lequel le constitutionnalisme classique fixe notre attention, n'est que l'un des « médiums de communication » produits par la différenciation fonctionnelle. Les droits fondamentaux doivent aujourd'hui être repensés en fonction des effets des autres médiums de communication, qui peuvent, aussi bien que le pouvoir, être utilisés de manière excessive (le savoir scientifique, par exemple). D'autre part, le fonctionnement des différents systèmes fonctionnels peut porter préjudice, non seulement aux êtres humains pris individuellement, mais au-delà de ceux-ci, en tant que corps et consciences vulnérables, aux processus communicationnels ; ceux formant les autres systèmes sociaux, et ceux qui se tissent autour de la référence à une personne désignée individuellement. Cette analyse prend appui sur le modèle théorique des rapports entre systèmes sociaux et systèmes psychiques proposé par Luhmann, un modèle qui fascine Teubner depuis ses premiers écrits de sociologie du droit¹⁶. D'où la distinction proposée entre « droits fondamentaux institutionnels », « droits fondamentaux personnels » et « droits humains » (p. 237 s.).
- Trois chapitres ont ainsi été consacrés à ce que peut être la constitutionnalisation d'un domaine sociétal. Le point de départ étant la pluralité des domaines d'activité sociétale qui ont étendu leur fonctionnement à l'échelle globale, l'ouvrage devait se conclure par un chapitre consacré aux rapports entre différents domaines sociétaux. Y est développée la notion, inspirée de Rudolph Wiethölter, de collision entre différentes constitutions. Le livre se termine donc sur la défense d'une notion ambitieuse de collision constitutionnelle¹⁷, prétendant prendre en compte aussi bien du pluralisme des systèmes sociaux différenciés fonctionnellement, que du pluralisme des cultures.

¹⁶ Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, op. cit., chap. 3, point VI.

¹⁷ Pour une appréciation de l'apport de ce concept à la théorie du droit international privé, voir Horatia Muir Watt *Conflicts of Laws Unbounded: The Case for a Legal-Pluralist Revival*, présenté à Sciences-po Paris, le 25 septembre 2015, dans le cadre du *PILAGG program 2015*.

L'apport à la politique du droit

Teubner, qui propose ailleurs une théorie des « dogmatiques réflexives » (« *Reflexions-Dogmatiken / reflection dogmatics* »)¹⁸ des différents systèmes sociaux, entend contribuer, avec la publication de *Fragments constitutionnels*, à une évolution de la « dogmatique réflexive » du droit, donc de la conception que le droit se fait lui-même de sa place dans la société. Le droit ne devrait plus se concevoir comme entretenant un lien privilégié avec les systèmes politiques des États, mais comme devant participer aussi à la réflexivité¹⁹ d'autres domaines sociétaux différenciés. Cette participation devrait accroître la sensibilité de chacun de ces domaines aux irritations en provenance de leur environnement et au développement, de l'intérieur de chacun d'entre eux, des mécanismes propres à contrôler leur propre fonctionnement et à les empêcher de porter atteinte à leur propre intégrité et à celle de leur environnement. Teubner prend ainsi le contrepied d'auteurs qui plaident pour le renforcement de structures politiques dont la fonction serait d'imposer, au nom des droits fondamentaux des personnes, des limites aux activités fonctionnellement différenciées. Que ce soit au plan national – dans le débat allemand, notamment Dieter Grimm chez les constitutionnalistes, Wolfgang Streeck chez les sociologues – ou mondial – notamment Mattias Kumm chez les théoriciens du droit international, en philosophie et en sciences sociales Jürgen Habermas, ou encore Hauke Brunkhorst.

En même temps, Teubner se distancie des options néo-libérales. Celles-ci donneraient une trop grande importance au système économique par rapport aux autres domaines sociétaux différenciés et ne prendraient pas en compte le potentiel destructeur des dynamiques économiques (not. p. 77 s.). Hayek ne saurait avoir raison qu'« exceptionnellement » (p. 200). Ce qui n'empêche cependant pas des auteurs d'inspiration néo-libérale de se réclamer de travaux de Teubner. Ainsi, au Portugal, le Tribunal constitutionnel de ce pays ayant jugé inconstitutionnelles certaines mesures d'austérité prise en application du Mémorandum conclu entre le gouvernement portugais et la « troïka » (Commission européenne, BCE et FMI), un groupe de juristes publie un ouvrage critiquant cette jurisprudence²⁰, en invoquant à l'appui de son argumentation les raisonnements présentés dans *The Dark Side of Functional Differentiation*²¹.

¹⁸ Gunther TEUBNER, « Recht und Sozialtheorie : drei Probleme / Law and Social Theory: Three problems », *Ancilla Juris*, n° 135, 2014, p. 182-221, not. p. 215 s.

¹⁹ Par ce motif de la réflexivité, *Fragments constitutionnels* prolonge un raisonnement déjà travaillé par Teubner au début de sa carrière : Gunther TEUBNER et Helmut WILLKE, « Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 6, 1984, p. 4-35. Pour une application récente du concept de droit réflexif, voir Ralf ROGOWSKI, *Reflexive Labour Law in the World Society*. Cheltenham / Northampton (RU) : Edward Elgar Publishing, 2013.

²⁰ Gonçalo de Almeida RIBEIRO et Luís Pereira COUTINHO (dirs), *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014; voir p. 263-288, la contribution de Rui MEDEIROS, « A Jurisprudência portuguesa sobre a crise. Entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentativa de um novo dirigismo constitucional ».

²¹ Poul Kjaer *et al.*, *The Financial Crisis, op. cit.*

L'avenir serait donc aux débats internes aux différents domaines sociétaux différenciés – dans lesquels les juristes devraient s'impliquer –, qui pourront conduire au développement de mécanismes internes à ces domaines, les préservant d'évolutions pathologiques. Au moment de la crise financière, Teubner donne une particulière importance au thème de la constitution du système économique et, mettant en pratique, déjà dans le livre lui-même, son option de politique du droit, il s'engage dans la discussion du concept de « monnaie pleine » (*Vollgeldreform*) ouverte par des économistes allemands (not. p. 168 s.). Une discussion qui vient de prendre un nouvel élan avec le dépôt, en Suisse, en décembre 2015, d'une initiative populaire demandant l'introduction de la « monnaie pleine »²².

L'apport à la théorie des systèmes

Mais *Fragments constitutionnels* n'est pas seulement une contribution à des débats de politique juridique, fondée sur un diagnostic ambitieux de notre époque. C'est aussi une proposition imaginative de développement de la théorie des systèmes, qui comprend en particulier trois complexes d'arguments.

Le premier concerne le concept de constitution lui-même. La constitutionnalisation est ici pensée comme un stade évolué de la différenciation fonctionnelle. Dans la discussion de ce stade, cependant, Teubner introduit trois hypothèses qui, sans être incompatibles avec la théorie des systèmes telle que développée par Luhmann, s'en éloignent pourtant. La première hypothèse correspond au « côté obscur » de la différenciation fonctionnelle : celle-ci entraînerait un risque d'accoutumance du système à ses propres produits, et donc d'accélération – de dynamique – incontrôlée de son fonctionnement – tendance que la constitutionnalisation devrait contrer²³. Les deux autres hypothèses correspondent à certaines évolutions récentes encourageantes du processus historique de différenciation fonctionnelle, dont Teubner lui-même est témoin ces dernières années. D'une part, il serait possible – et nécessaire à la « constitutionnalisation » d'un système – que s'établissent, entre deux systèmes fonctionnels, non seulement des « couplages structurels », mais des « institutions de liaison », propres à permettre la « coévolution institutionnalisée » de deux systèmes (p. 181) – la constitutionnalisation d'un système supposant l'établissement de telles institutions de liaison avec le système juridique. D'autre part, il pourrait se construire, dans les différents systèmes fonctionnels, une référence à la société dans son ensemble, référence nécessaire à sa constitutionnalisation. Il devrait être possible, dans chaque système, de se poser la question de savoir si « l'accomplissement de sa fonction et de ses prestations est adéquat à la société » (p. 133).

²² Vor l'information officielle concernant cette initiative : <https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis453t.html> (consulté en mai 2016).

²³ Cet argument est décliné à propos des systèmes fonctionnels ; on peut se demander – considérant des expériences récentes dans les mondes de la justice, de la science, ou encore de la santé – s'il ne mériterait pas d'être étendu aux organisations. Voir Pierre GUIBENTIF, « Societal Conditions of Self-Constitution: The Experience of the European Periphery », in: Jiří PŘIBÁŇ (dir.), *Self-Constitution of European Society*, op. cit., p. 274-313.

Le second complexe d'arguments innovateurs se déploie autour du concept de « régime »²⁴. Luhmann distinguait nettement les organisations, qui ont une matérialité, sont localisables, et peuvent donc agir, des systèmes fonctionnels, qui s'étendent mondialement comme des tissus de communications d'un certain type nettement différencié, mais ne s'actualisent que dans des actions d'organisations, étant incapables d'agir eux-mêmes. Or Teubner cherche une réalité qui ne correspond à aucun de ces deux phénomènes : une entité qui soit d'une certaine manière coextensive à un système fonctionnel, mais qui soit dotée, elle, de la capacité d'agir, *in casu* de porter le processus qui pourrait conduire à la constitutionnalisation de ce système. Une entité qui, pour atteindre cette extension et pour assumer une telle fonction, ne pourrait guère se réduire à un acteur singulier, mais devrait nécessairement résulter de la composition de nombreux acteurs. Cependant, ce qui distingue cette réalité autant des organisations que des systèmes fonctionnels tels que les aborde Luhmann, c'est encore une autre caractéristique : celle de se réaliser, non par un simple fonctionnement, mais par un mouvement, par une dynamique : précisément la dynamique constituante.

Le troisième complexe d'arguments concerne ce que l'on pourrait appeler la dynamique interne ordinaire des systèmes. Il est ébauché dans des pages particulièrement stimulantes où Teubner nous propose une analyse des « arcanes de la différenciation fonctionnelle » (p. 61), une thématique que le terme allemand désigne de manière très parlante : son *Betriebsgeheimnis* (éd. orig., p. 44), son « secret de production ». Celui-ci résiderait dans la différence, au sein de chaque système fonctionnel, entre secteur spontané et secteur organisé-professionnel. Ce que cette différence rend possible, ce sont des stimulations imprévues – donc génératrices de changement et, plus important encore, génératrices d'énergie – entre les consciences individuelles et les communications qui font la réalité sociale (p. 120).

Dans chacun de ces trois complexes d'arguments, on retrouve un motif de pensée très présent dans les textes de Teubner : celui des dynamiques, des énergies et forces sociales. Luhmann, pour sa part, a esquivé délibérément ce thème et construit sa sociologie sur le pari que la réalité sociale mérite d'être abordée sous l'angle de son fonctionnement, sous l'angle des instances sociales. Une manière d'entrer dans cette démarche consiste à considérer qu'il accepte de la sorte un « point aveugle » : l'agir. Teubner lui-même a avancé naguère cette idée : il faudrait composer cette théorie avec une autre, le point aveugle de l'une compensant celui de l'autre²⁵. La proposition théorique qui lui apparaît en définitive comme se prêtant le mieux à cet exercice est la déconstruction de Jacques Derrida²⁶. Or, si cet auteur est bien cité occasionnellement dans *Fragments constitutionnels*, l'idée d'un dispositif théorique qui jouerait méthodiquement sur une collision de théories – ce qui ne serait pas si mal venu pour saisir des collisions de constitutions²⁷ – n'est pas reprise. Ce pourrait être un chantier

²⁴ Pour une critique du concept de « régime » chez Teubner, voir Roman Guski, « Autonomy as sovereignty : On Teubner's constitutionalisation of transnational function régimes », *J•CON*, 2013, p. 523-536, p. 530 s.

²⁵ Gunther TEUBNER, « In the Blind Spot: The Hybridization of Contract », *Theoretical Inquiries in Law*, 8, 2007, p. 51-71 (publication originale en allemand en 1997)

²⁶ Gunther TEUBNER, « Self-subversive Justice : Contingency or Transcendence Formula of Law? », *Modern Law Review*, 2009, p. 1-23 (publication originale en allemand en 2008).

²⁷ Dans ce sens, Grahame THOMPSON, « Socializing the Constitution », *op. cit.*, p. 490.

à rouvrir. L'enjeu serait double. D'une part, naturellement, pousser plus loin le développement d'un appareil conceptuel qui soit à la hauteur de la complexité du monde contemporain. D'autre part, conserver à la théorie des systèmes – mais cette réflexion s'applique probablement aussi à la déconstruction – la cohérence qui lui donne cette impressionnante virtualité de se développer elle-même, en circulant entre des imaginaires individuels qu'elle stimule sans les contraindre.

Un septième chapitre ?

Une thèse centrale de *Fragments constitutionnels* est donc que les systèmes fonctionnels devraient eux-mêmes « se constituer », mais ce en réaction aux signes leur parvenant de leur environnement. Or le principe de « soutenabilité » (il aurait aussi été envisageable de traduire « *Nachhaltigkeit* » par « durabilité »), présenté en fin de l'ouvrage (p. 276), qui devrait orienter ces efforts, ne pourrait être développé sans référence à l'environnement des systèmes sociaux, « dans le sens le plus large possible, qui se rapporte aux environnements naturel, social et humain des régimes transnationaux » (*ibidem*). Or cet environnement – ironie de la traduction : en français, c'est sur ce mot que le livre se conclut – n'est traité que marginalement au long de *Fragments constitutionnels*.

Au fond, la construction de l'ouvrage reste radicalement systémiste, ce qui a permis d'écrire qu'elle offre une « vision du monde clôturée par la théorie des systèmes »²⁸. L'autre des systèmes sociaux, l'autre de la société, pour reprendre un motif de Derrida auquel il est ici fait allusion (p. 243)²⁹, n'est pas discuté pour lui-même. Un chapitre aurait mérité de lui être consacré. Il ne s'agirait pas de tenter l'opération impossible d'une communication qui sortirait de la communication (p. 242), mais de réserver un espace d'analyse propre aux différents phénomènes sociétaux s'affirmant contre le fonctionnement des grands systèmes différenciés (et non seulement aux « cultures », introduites un peu abruptement dans le sixième chapitre), et pouvant éventuellement entrer en résonance avec les processus de politisation interne de ceux-ci. On pense évidemment aux manifestations et mouvements sociaux qui sont évoqués en de nombreux endroits du livre (voir l'entrée « pression de la société civile » dans l'index des notions). Mais ce pourrait aussi être le lieu d'aborder certains phénomènes irréductibles à ce fonctionnement, que l'actualité postérieure à l'édition originale de *Fragments constitutionnels* (2012) a imposé à notre attention, de la violence terroriste

²⁸ Oliver LEPSIUS, recension de *Verfassungsfragmente*, *Juristenzeitung*, 68, pp. 886-887.

²⁹ Motif qui hante Teubner depuis ses premières discussions de la pensée de Derrida : voir Gunther Teubner, « Les multiples corps du roi », *op. cit.*

aux flux incontrôlables de réfugiés³⁰ ; donc de traiter de plus complètement « le rôle joué par les humains »³¹.

Une impulsion puissante à des débats indispensables

Par la pertinence des intuitions qui l'alimentent, par la rigueur de sa construction d'ensemble, par sa créativité conceptuelle, *Fragments constitutionnels* ne devrait pas manquer de donner un nouvel élan, dans l'espace francophone aussi, aux débats sur les transformations récentes des conditions de l'action collective³². Des mutations de la constellation post-nationale à l'évolution des modes de fonctionnement des grandes organisations, ces transformations imposent des révisions en profondeur de l'outillage conceptuel des sciences sociales et des modes de coopération entre ces disciplines³³ ; deux fronts sur lesquels Teubner s'est engagé à la fois en rénovant la théorie des systèmes et en essayant un nouveau type de travail juridique. Et ces transformations mettent les sciences sociales au défi de participer à l'imagination de nouveaux modes d'action ; Teubner y répond par une proposition d'autant plus stimulante qu'elle est discutable : parions sur le potentiel réflexif des systèmes sociaux, sans en privilégier aucun, et sur leur capacité d'institutionnaliser une coévolution qui ménage leurs environnements. *Last but not least*, *Fragments constitutionnels* pourrait aussi nous encourager à travailler à la constitution (re-constitution ?) de la science, avec le souci de cette responsabilité particulière qui nous incombe : de repenser le rôle des sciences de l'Homme et de la société dans cette constitution³⁴.

³⁰ Roman GUSKI, « Autonomy as sovereignty », *op. cit.*, p. 533, note que, dans *Fragments constitutionnels*, les rapports entre constitution et violence physique sont « *consistently ignored* ».

³¹ Richard Nobles et David Schiff, « Pulling Back from the Edge ? », *Modern Law Review*, 2013, p. 620-638, p. 638; ces auteurs relèvent par ailleurs le coût humain exorbitant des catastrophes qui ont poussé à la constitutionnalisation des systèmes politiques, mettant ainsi en question le pari de Teubner sur le moment constitutionnel du « *hitting the bottom* » (p. 629).

³² S'inscrivant dans ces débats, en particulier Mireille Delmas-Marty, citée en différents endroits des *Fragments constitutionnels*, Alain Supiot – voir notamment « Quelle justice sociale internationale au XXI^e siècle ? », *Le débat*, n° 189, 2016, p. 169-183 – ou encore Jean-Guy Belley – voir notamment « Droit et non-droit du gouvernement de soi : une conjonction démocratique ? », *Droit et Société*, n° 92, p. 245-251, not. p. 250.

³³ Ce par quoi Teubner rejoint André-Jean ARNAUD, *La gouvernance. Un outil de participation*, Paris, Lextenso-LGDJ, 2014, une rencontre qui a d'ailleurs bien eu lieu lors de la préparation du numéro spécial de *Droit et Société* (n° 47) consacré à Niklas Luhmann en 2001.

³⁴ Dans la ligne des réflexions engagées par Jacques Commaille et Françoise THIBAUT (dirs). *Des sciences dans la science*. Paris : Alliance Athena, 2014.