

La Revue juridique Thémis

Volume 39, numéro 3 (2005)

On peut se procurer le présent ouvrage à:

Les Éditions Thémis
Faculté de droit, Université de Montréal
C.P. 6128, Succ. Centre-Ville
Montréal (Québec) H3C 3J7
Canada

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

Internet : www.themis.umontreal.ca

Téléphone : (514) 343-6627

Télécopieur : (514) 343-6779

Constitutionnalisme sociétal et globalisation : alternatives à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État*

Gunther TEUBNER**

Résumé

Comment la théorie constitutionnelle réagit-elle aux trois grandes tendances contemporaines (numérisation, privatisation et globalisation) en ce qui a trait au problème de l'inclusion/exclusion de secteurs entiers de la population dans la communication globale ? C'est ainsi que la « question constitutionnelle » devrait se poser aujourd'hui, comparativement à la question posée aux 18^e et 20^e siècles à l'époque des États-nations. Alors que les constitutions de jadis libéraient simultanément le dynamisme de la démocratie tout en disciplinant les pouvoirs politiques par la loi, le problème aujourd'hui consiste à libérer et à discipliner des dynamiques sociales très différentes. La question est de savoir comment la théorie constitutionnelle réussira à généraliser sa tradition de nation-

Abstract

How is constitutional theory to respond to the challenge arising from three current major trends – digitisation, privatisation and globalisation – for the problem of inclusion/exclusion of whole segments of the population in processes of global communication? That is how today's "constitutional question" ought to be formulated, by contrast with the 18th and 19th century question of the constitution of nation-states. While the old constitutions were simultaneously liberating the dynamics of democratic politics and disciplining repressive political power by law, the point today is to liberate and to discipline quite different social dynamics. The question is how constitutional theory will manage to generalise its nation-state tradition in contemporary terms and re-specify it.

* Traduction de Wanda Capeller, Professeur des Universités IEP de Toulouse.

** Professeur de droit privé et de sociologie juridique à l'Université Johann Wolfgang Goethe à Frankfurt et « Centennial Visiting Professor » à la London School of Economics.

état dans des termes contemporains et à la redéfinir.

La thèse principale veut que, dans une société globale, une multiplicité de constitutions civiles apparaisse hors des univers politiques institutionnalisés. La constitution de la société mondiale ne se fait pas exclusivement dans les institutions créées en vertu de la politique internationale, pas plus qu'elle ne se manifeste dans une constitution globale unitaire recouvrant tous les domaines de la société; cette société mondiale devrait plutôt émerger graduellement, par la constitutionnalisation de multiples sous-systèmes autonomes.

Ces changements importants rendent plausible un pluralisme constitutionnel planétaire. Premièrement, le constitutionnalisme sociétal est une conséquence normative du dilemme de la rationalisation sociétale. La dérive évolutionniste des procédés de rationalisation planétaire exige que soient institutionnalisées des sphères d'autonomie propices à la réflexion. Deuxièmement, la globalisation polycentrique a notamment pour conséquence de permettre à la politique internationale de poursuivre sa propre constitutionnalisation, mais non celle de toute la société mondiale. Troisièmement, la relation nécessaire entre juridification et constitutionnalisation implique que des secteurs autonomes de la société planétaire disposent d'une certaine capacité d'avoir leur propre constitution.

Quelles caractéristiques fondamentales doivent exister pour démontrer les éléments constitutionnels des divers secteurs mondiaux? En fait, la constitution politique de l'État-

The main thesis is that within global society a multiplicity of civil constitutions outside institutionalized politics is emerging. The constitution of world society is coming about not exclusively in the representative institutions of international politics, nor can it take place in a unitary global constitution overlying all areas of society, but will emerge incrementally in the constitutionalisation of a multiplicity of autonomous subsystems of world society.

Three major changes render a global constitutional pluralism plausible. First, societal constitutionalism is a normative consequence of the dilemmata of societal rationalisation. The evolutionary drift of global rationalisation processes makes it necessary to guarantee institutionally spheres of autonomy for reflection. Second, it is a consequence of polycentric globalisation that international politics can at best pursue its own constitutionalisation, but not that of the whole world society. Third, the necessary connection between juridification and constitutionalisation implies that autonomous sectors of global society possess the potential for constitutions of their own.

What basic features must be present for demonstrating constitutional elements in the various global sectors? In fact, the political constitution of the nation-state may serve as the great historical model for civil constitutions. Here a stock of historical experience, of procedures, terms, principles, and norms, is available as an analogy for the present situation. Yet analogies must be handled with extreme caution, since they can be over-hastily transposed, ignoring

nation peut servir de grand modèle historique pour les constitutions civiles. Voilà un bagage d'expérience historique, de procédures, de termes, de principes et de normes, susceptible de servir d'analogie pour la situation contemporaine. Et pourtant, toute analogie doit être abordée avec beaucoup de prudence, dans la mesure où on risque de transposer trop vite des situations, en ignorant les caractéristiques des secteurs sociaux globalisés. L'article porte sur les éléments fondamentaux suivants des constitutions civiles: (1) le raccord structurel entre un secteur social et la loi; (2) la hiérarchie des normes: droit constitutionnel vs droit ordinaire; (3) l'étude juridique des normes; (4) la double constitution des secteurs organisés et des secteurs spontanés.

the specific features of globalised social sectors. The lecture focuses on the following basic features of civil constitutions: (1) structural coupling between a social sector and law; (2) hierarchy of norms: constitutional versus ordinary law; (3) judicial review of norms; (4) dual constitution of organised and spontaneous sectors.

Plan de l'article

I. Verba docent, exempla trahunt	441
II. Effets en théorie constitutionnelle	443
III. La thèse principale: constitutionnalisation sans l'État	445
IV. Trois tendances de développement	447
A. Diagnostic I: Le dilemme de la rationalisation	447
B. Diagnostic II: Globalisation polycentrique	450
C. Diagnostic III: Constitutionnalisme rampant.....	451
V. Les traits fondamentaux des constitutions civiles (l'exemple de l'Internet)	452
A. Premier trait: le couplage structurel entre sous-système et droit.....	452
B. Deuxième trait: la hiérarchie des normes – droit constitutionnel versus droit ordinaire	455
C. Troisième trait: le test judiciaire des normes.....	456
D. Quatrième trait: la constitution duelle du secteur organisé et du secteur spontané	457

I. *Verba docent, exempla trahunt*

Un groupe de critiques de la globalisation poursuit en justice un fournisseur d'accès commercial sur l'Internet. Dans le prolongement du célèbre arrêt *Cubby c. Compuserve*¹, ils font appel à la liberté de l'Internet pour faire valoir juridiquement le droit d'accès auquel ils prétendent. Les offres du fournisseur d'accès rassurent les fournisseurs sur la possibilité de créer des sites Web sur ses ordinateurs. Le fournisseur d'accès fut longtemps pris dans les imbroglios des juristes et des actions collectives engagées parce que certains des sites Web contenaient de la pornographie pédophile et de la propagande Nazie. Le facteur décisif est venu de la décision récente du Tribunal de grande instance de Paris, ordonnant à Yahoo d'interdire aux utilisateurs français l'accès aux ventes aux enchères d'objets Nazis². Le coup final a été donné quand le fournisseur d'accès a alors interdit l'accès électronique à tous les sites Web où il considérait comme trop élevé le risque d'actions criminelles ou civiles³. Ont été aussi affectés des groupes politiques considérés par Compuserve comme politiquement radicaux ou trop proches des campagnes de protestation violentes. Ces groupes cherchent maintenant à contraindre Compuserve par une action civile.

Le cas regroupe en un seul point central une série de problèmes fondamentaux que relance la digitalisation de la communication. Il ne s'agit pas seulement d'un débat sur l'ensemble des questions techniques juridiques relatives à l'obligation pour des fournisseurs privés de conclure un contrat, sur le droit d'accès à Internet, la validité et la mise en œuvre de normes nationales dans un Internet transnational, ou l'effet sur les tiers de droits fondamentaux dans l'espace virtuel, mais la question plus fondamentale d'un droit politique

¹ 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

² Trib. gr. inst. Paris, Ordonnance de référé du 20 nov. 2000, disponible sur Internet à l'adresse : [http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.html]; Trib. gr. inst. Paris, Ordonnance de référé du 22 mai 2000, disponible sur Internet à l'adresse : [http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.html].

³ États-Unis: *Protection of Children from Sexual Predators Act*, 1990 42 U.S.C. § 13032; *Digital Millenium Copyright Act*, 1998 17 U.S.C. 512 (C); Europe: Directive 2000/31.

universel d'accès à la communication digitale⁴. En fin de compte, ce sont les problèmes d'exclusion du processus de la communication globale qui sont levés. Ce qui se cache à l'arrière-plan, c'est la question théorique de savoir si, de la dynamique évolutive de différenciation fonctionnelle, il s'ensuit que les divers codes binaires des systèmes mondiaux sont subordonnés à une différence d'inclusion/exclusion⁵. L'inclusion/exclusion deviendra-t-elle le méta-code de notre temps, servant d'intermédiaire à tous les autres codes? Ne risque-t-elle pas de saper en même temps la différenciation fonctionnelle elle-même et d'avoir un impact sur d'autres problèmes socio-politiques en raison de l'exclusion de groupes de population entiers?

La question centrale est la suivante : Comment la théorie constitutionnelle est-elle à même de répondre au défi résultant des trois tendances majeures actuelles – digitalisation, privatisation et globalisation – face au problème énoncé en termes d'inclusion/exclusion ?

C'est ainsi que doit être aujourd'hui formulée la « question constitutionnelle », en contraste avec les 18^e et 19^e siècles où la question de la constitution se posait en termes d'État-nation. Tandis que cela concernait la libération du pouvoir politique démocratique et en même temps l'encadrement du pouvoir politique répressif par le droit, la question aujourd'hui est de discipliner des dynamiques sociales différentes. La théorie constitutionnelle réussira-t-elle à

⁴ Benoît FRYDMAN et Isabelle RORIVE, «Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA», (2002) 23 *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 41; Bernd HOLZNAGEL, «Meinungsfreiheit oder Free Speech im Internet: Unterschiedliche Grenzen tolerierbarer Meinungsäußerungen in den USA und Deutschland», (2002) 9 *Archiv für Presserecht* 128; Bernd HOLZNAGEL, «Responsibility for Harmful and Illegal Content as well as Free Speech on the Internet in the United States of America and Germany», dans Christoph ENGEL et Kenneth H. KELLER (dir.), *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, Baden-Baden, Nomos, 2000; dans le même volume : Bernd HOLZNAGEL, «Responsibility for Harmful and Illegal Content as well as Free Speech on the Internet in the United States of America and Germany»; David J. GOLDSTONE, «A Funny Thing Happened on the Way to the Cyber Forum: Public vs. Private in Cyberspace Speech», 69 *Colorado L. Rev.* 1 (1998).

⁵ Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, p. 582 et suiv.

généraliser sa tradition d'État-nation en termes contemporains et à la re-spécifier⁶ ?

II. Effets en théorie constitutionnelle

La généralisation contemporaine et la re-spécification, c'est un problème qu'ont retourné en vain plusieurs tentatives ambitieuses de postuler une constitution mondiale universelle au-delà de l'État-nation. Cela est vrai des efforts juridiques pour faire reconnaître la Charte des Nations Unies comme constitution mondiale mise en vigueur par un souverain mondial et légitimant l'exercice d'un pouvoir politique mondial⁷. Cela est, cependant, également vrai d'un certain nombre d'efforts philosophiques dans la tradition kantienne pour concevoir une constitution mondiale universelle où l'introduction mondiale de nouvelles institutions et procédures est supposée être utilisée pour fonder un centre fédératif et un forum de politique interne commune au monde entier (Tenu, Habermas, Rawls)⁸.

Il y a plus de réalisme dans les tentatives de dissocier clairement État et constitution, et de concevoir explicitement une constitution mondiale sans un État mondial. Cette construction innovatrice a plus récemment été échafaudée en détail dans le débat sur la constitution européenne, mais à un niveau mondial la tentative a été faite aussi pour traquer des éléments constitutionnels dans le processus

⁶ P. ZUMBANSEN, « Spiegelungen von Staat und Gesellschaft: Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte », dans Michael ANDERHEIDEN, Stefan HUSTER et Stephan KIRSTE (dir.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts: Vorträge der 8. Tagung des jungen Forums Rechtsphilosophie, 20. und 21. September 2000 in Heidelberg*, Stuttgart, Steiner, 2000.

⁷ B. FASSBENDER, « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », 37 *Colum. J. of Transnat'l L.* 529 (1998) ; P. DUPUY, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », 1 *Max Planck Y.B.U.N. Law* 1 (1997).

⁸ Otfried HÖFFE, « *Königliche Völker* »: *Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 2001 ; Jürgen HABERMAS, *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998 ; John RAWLS, « The Law of Peoples », dans Stephen SHUTE et Susan L. HURLEY (dir.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books (1993).

actuel d'une politique internationale qui n'a aucun corps central comme le sujet/objet d'une constitution⁹.

La faille vient du point de départ, lequel repose sur des positions qui transforment explicitement des acteurs non traditionnellement reconnus comme des sujets de droit international, en sujets constitutionnels¹⁰. Ces acteurs sont, d'une part, des organisations internationales, des entreprises multinationales, des syndicats internationaux, des groupes d'intérêt et des organisations non gouvernementales en tant que participants au processus décisionnel mondial et, d'autre part, des individus, non définis par le droit international comme des personnes juridiques, mais en tant que porteurs de droits fondamentaux et des droits de l'homme¹¹. Implicitement, de telles conceptions reconnaissent que les processus de digitalisation et de gestion de réseau globaux sont incontestablement portés par des acteurs non gouvernementaux, dont devrait tenir compte une constitution mondiale.

Enfin, un pas supplémentaire est accompli avec les théories de l'effet horizontal des droits fondamentaux, qui n'affirment plus des positions de droits fondamentaux exclusivement contre des corps politiques, mais aussi contre des institutions sociales, en particulier vis-à-vis des centres de pouvoir économique¹². Les Nations

⁹ De l'Europe: Christian JOERGES, Yves MENY et J.H.H. WEILER (dir.) *What Kind of Constitution for What Kind of Policy? Responses to Joschka Fischer (Florence: Robert Schuman Centre, 2000)*, Firenze, Robert Schuman Centre, 2000; Udo DI FABIO, «Eine europäische Charta», 55 (2000) *Juristenzeitung* 737; Armin von BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform: Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Baden-Baden, Nomos, 1999; sur la constitution mondiale: Robert UERPMANN, «Internationales Verfassungsrecht», 56 (2001) *Juristenzeitung* 565; Christian TOMUSCHAT, «Obligations Arising for States Without or Against Their Will», (1993) *Recueil des Cours* 195.

¹⁰ Neil WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism», (2002) 65 *Mod. L. Rev.* 317; C. WALTER, «Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law», 44 (2001) *German Y.B. Internat'l L.* 170.

¹¹ Andreas FISCHER-LESCANO, «Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft», 88 (2002) *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 349.

¹² Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001; Hans D. JARASS, «Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung»,

Unies sont supposées avoir à leur égard des obligations protectrices correspondantes pour combattre les menaces aux droits fondamentaux dans des secteurs éloignés de l'État¹³.

III. La thèse principale : constitutionnalisation sans l'État

Les desseins d'une constitution mondiale mentionnés ci-dessus se présentent comme des extensions assez impressionnantes de la tradition constitutionnelle, encore que, en fin de compte, ils ne puissent pas se libérer de la fascinante architecture de l'État-nation en cherchant simplement à compenser ses inadéquations évidentes par toute sorte de pièces, accessoires, reconstructions, fouilles et ravalements – qui ne font que complexifier la construction au lieu de faire du neuf. Mais l'erreur de conception se trouve déjà dans le fait de centrer la constitution sur l'État¹⁴. En dépit de leur courage pour repenser la constitution dans la direction d'un globalisme politique, à la lumière d'un processus intergouvernemental, par l'inclusion d'acteurs dans la société et en termes d'effets horizontaux des droits fondamentaux, ils restent néanmoins collés à une observation de la constitution liée à l'action politique étatique.

Ma thèse principale est la suivante : on assiste à l'apparition d'une multiplicité de constitutions civiles. La constitution d'une société-monde ne se produit pas exclusivement dans les institutions représentatives de la politique internationale. Elle ne peut avoir lieu non plus dans une constitution mondiale englobant tous les

dans Peter BADURA et Horst DREIER (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001 ; K. PREEDY, « Fundamental Rights and Private Acts: Horizontal Direct or Indirect Effect? – A Comment », (2000) *Eur. Rev. Private L.* 125.

¹³ De l'Europe : Dierk SCHINDLER, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten: Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und Drittwirkungslehre*, Berlin, Duncker-Humblot, 2001 ; Andrew CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Oxford University Press, 1996 ; Jordan J. PAUST, « Human Rights Responsibilities of Private Corporations », 35 *Vand. J. Transnat'l L.* 801 (2002) ; Peter T. MUCHLINSKI, « Human Rights and Multinationals: Is There a Problem? », 77 (2001) *Internat'l Affairs* 31.

¹⁴ N. WALKER, *loc. cit.*, note 10.

secteurs de la société. Elle se développe plutôt de manière progressive dans la constitutionnalisation d'une multiplicité des sous-systèmes autonomes de la société-monde.

Les batailles qui font rage autour de la cyberanarchie de l'Internet, de la réglementation gouvernementale et de la commercialisation sont en première ligne des conflits de politique constitutionnelle, dont le cours chaotique dessine graduellement la forme de ce qui n'est pas autre chose que la loi organisationnelle d'une constitution digitale¹⁵. L'un des problèmes soulevés par les droits fondamentaux dans une constitution digitale se présente sous la forme juridique d'un cas où cette proposition a été ouverte¹⁶. Qu'il existe ou non un droit d'accès vis-à-vis d'un fournisseur d'accès à Internet est une question qui doit être tranchée sur la base des principes d'inclusion de la communication digitale. Ce qui est le lieu adéquat de normes digitales constitutionnelles, ce ne sont pas les principes d'une constitution politique externe (laquelle ? La constitution des États-Unis ? Une autre constitution nationale ? Une constitution transnationale ?), qui viseraient à l'accumulation de pouvoir et à la formulation d'une politique pour l'Internet, mais les principes d'une constitution propre de l'Internet, visant à la liberté de la communication digitale et à la délivrance des menaces électroniques qui y sont faites. Mais ces principes doivent encore être mis au point et validés au cours d'une constitutionnalisation de l'Internet¹⁷.

L'extension du secteur de combat, de Seattle à Gênes, ce qui a lieu dans les halls de conférence et dans la rue, ce sont des batailles relatives à une constitution de l'économie globale, dont le résultat donnera une impulsion constitutionnelle à la Banque Mondiale, au FMI et à l'OMC. Une constitution du secteur mondial de la santé

¹⁵ Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books (1999) ; David R. JOHNSON et David G. POST, «The New "Civic Virtue" of the Internet: A Complex System Model for the Governance of Cyberspace », disponible sur Internet à l'adresse suivante: [<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Newcivicvirtue.html>], 1998.

¹⁶ LG Bonn MMR 2000, 109 ; OLG Köln MMR 2001, 52 ; Karl-Heinz LADEUR, «Rechtsfragen des Ausschlusses von Teilnehmern an Diskussionforen im Internet: Zur Absicherung von Kommunikationsfreiheit durch netzwerkgerichtetes Privatrecht », 5 (2002) *Multimedia und Recht* 787.

¹⁷ Vaïos KARAVAS et Gunther TEUBNER, «<http://www.CompanyNameSucks:Grundrechte> gegenüber "privaten" im autonomen Recht des Internet? », dans W. HOFFMAN-RIEM et Karl-Heinz LADEUR (dir.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 272.

prend forme dans les débats ardents qui sont menés au sein et à l'extérieur de la science, sur la recherche sur l'embryon et la médecine de la reproduction aussi bien que dans la chasse aux génériques des droits traditionnels fondamentaux liés à l'État.

IV. Trois tendances de développement

Quelles circonstances justifient le rejet du modèle lié à l'État-nation d'une constitution exclusivement politique, qui semble avoir fait ses preuves à travers les siècles ? Très schématiquement et de façon préliminaire, je souhaite esquisser trois tendances séculaires renversant la pensée constitutionnelle centrée sur l'État, et montrant l'émergence d'un constitutionnalisme sociétal à un niveau global empiriquement et normativement plausible.

A. Diagnostic I: Le dilemme de la rationalisation

Ici la théorie du constitutionnalisme sociétal développé par le sociologue américain David Sciulli fournit les premiers jalons pour ce projet de recherche¹⁸. En partant du dilemme du processus de rationalisation de la modernité analysée en détail par Max Weber, il pose la question de savoir quelles contre-forces peuvent exister pour faire face à une dérive évolutive massive manifestée sur quatre axes : (1) la fragmentation des logiques d'action, avec pour conséquence une différenciation fortement avancée, la pluralisation et la compartimentalisation sectorielle de sphères sociales séparées ; (2) la prédominance du calcul instrumental comme la seule rationalité permettant une reconnaissance à travers les sphères ; (3) le remplacement compréhensif d'une coordination informelle par une organisation bureaucratique ; et (4) l'emprisonnement croissant dans « la cage de fer d'une servitude à venir », particulièrement dans les sphères sociales. Cette dérive finirait inévitablement par placer la « grande société » dans une situation de compétition intensive pour

¹⁸ David SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992 ; voir aussi : David SCIULLI, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York, New York University Press (2001) ; David SCIULLI, « The Critical Potential of the Common Law Tradition », 94 *Colum. L. Rev.* 1076 (1994) ; David SCIULLI, « Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality », (1988) 39 *British Journal of Sociology* 377.

l'acquisition des positions de pouvoir et d'influence sociale, de contrôle social fortement formalisé et d'autoritarisme politique et social¹⁹.

La seule dynamique sociale qui ait efficacement œuvré contre cette dérive évolutionniste dans le passé et qui puisse opposer une résistance dans le futur sera trouvée, selon Sciulli, dans les institutions « de constitutionnalisme sociétal ». La question décisive est de savoir comment institutionnaliser les procédures de normes non rationnelles (au sens de « *rational choice* ») ce qui peut être empiriquement identifié par ce qu'il appelle « des formations collégiales », c'est-à-dire des formes organisationnelles particulières aux professions et autres institutions productrices de normes et délibératives²⁰.

Cette théorie du constitutionnalisme sociétal peut être reliée directement aux approches post-Rawlsiennes pour une théorie délibérative de la démocratie qui cherche à identifier le potentiel démocratique dans des institutions de la société et à en tirer des conséquences normatives et institutionnelles²¹. L'important, ici, est que l'on ne considère pas la démocratisation délibérative comme confinée à des institutions politiques, mais qu'on la considère explicitement dans son extension aux acteurs sociaux dans le contexte national et international²². Plus importants encore sont les parallèles avec la théorie constitutionnelle de la sociologie des systèmes, qui dépeint un développement tout à fait similaire de l'expansion du système et de sa restriction concomitante. D'un point de vue systémique, le rôle historique de la constitution, particulièrement quand il s'agit des droits fondamentaux, ne s'épuise pas dans l'organisation normative étatique (l'édition de normes) et les droits individuels juridiques, mais consiste principalement dans la garantie de la mul-

¹⁹ D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, op. cit., note 18, p. 56.

²⁰ *Id.*, p. 80.

²¹ Philip SELZNICK, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley, University of California Press, p. 229 et suiv. (1992); Philip SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, Russell Sage (1969); Jürgen HABERMAS, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Cambridge, Polity, 1992.

²² Michael C. DORF et Charles Frederick SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », 98 *Colum. L. Rev.* 267 (1998); Joshua COHEN et Charles SABEL, « Directly-Deliberative Polyarchy », 3 (1997) *Eur. L.J.* 313.

tiplicité de la différenciation sociale contre le déluge des tendances²³. Considérées historiquement, les constitutions apparaissent comme une contrepartie de l'apparition de sphères autonomes d'action typique dans les sociétés modernes. Aussitôt que des tendances expansionnistes surgissent dans le système politique, menaçant de ruiner le processus de différenciation sociale lui-même, des conflits sociaux se produisent, comme conséquence de l'institutionnalisation de certains droits fondamentaux en tant que contre-institutions sociales, là où précisément la différenciation sociale est menacée par les tendances à l'autodestruction qui y sont inhérentes.

Dans la constitutionalisation, la question est de libérer le potentiel de dynamique hautement spécialisée en les institutionnalisant et, en même temps, d'institutionnaliser les mécanismes d'auto-restriction contre l'expansion d'un secteur social hégémonique. Ces tendances à l'expansion se sont manifestées dans des situations historiquement très diverses, d'abord principalement dans la politique, aujourd'hui plutôt dans l'économie, la science, la technologie et d'autres secteurs sociaux. Renforcer l'autonomie des sphères d'action comme un contre-mouvement par rapport aux tendances de différenciation semble être la réponse générale à l'œuvre à la fois dans les constitutions politiques traditionnelles et dans les constitutions civiles émergentes. Si c'est la tâche centrale des constitutions politiques de soutenir l'autonomie d'autres sphères d'action contre l'expansion du politique, alors dans les constitutions civiles contemporaines on doit vraisemblablement garantir les chances d'articulation de logiques d'action prétendues non rationnelles contre la tendance de rationalisation sociale dominante. Cela se fera en conquérant des aires d'autonomie pour la réflexion sociale dans des conflits durables et en les institutionnalisant²⁴.

²³ Oliver GERSTENBERG et Charles SABEL, « Directly Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe? », dans Christian JOERGES et Renaud DEHOUSSE (dir.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, p. 289 (2002); Joshya COHEN, « Can Egalitarianism Survive Internationalization? » in Wolfgang STREECK (dir.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt, Campus, 1998.

²⁴ Gunther TEUBNER, « Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors? », dans Karl-Heinz LADEUR (dir.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Ashgate, Aldershot 2004, 71; Gunther TEUBNER, « Contracting Worlds: Invoking Discourse Rights in Private Governance Regimes », 9 (2000) *Social and Legal Studies* 399; Gunther TEUBNER, « After Privatisation? The Many Autonomies of Private Law », 51 (1998) *Current Legal Problems* 393; Graf-Peter CALLIESS, « Reflexive Transnational Law: The

B. Diagnostic II : Globalisation polycentrique

La société-monde s'édifie non pas sous la houlette de la politique internationale, mais accompagnée de manière la plus réactive qui soit par cette dernière – comme l'a récemment montré la globalisation du terrorisme. Au lieu de cela, la globalisation est un processus polycentrique dans lequel simultanément les différents secteurs de la vie transgressent leurs limites régionales, chacun constituant en soi un secteur autonome global²⁵.

Une remarque décisive est que la globalisation de la politique, en comparaison avec d'autres sous-systèmes, est restée relativement à la traîne et continuera sans nul doute à l'être dans un avenir prévisible. Vu la faiblesse notoire des institutions des Nations Unies, la politique mondiale demeure au fond une politique internationale, c'est-à-dire un système d'interactions entre des États-nations autonomes vers lequel l'organisation internationale est aussi graduellement attirée, sans que le monde des États-nations soit remplacé ni même repoussé au second rang. Cette asymétrie de sous-systèmes sociaux entièrement globalisés et de politiques purement internationalisées est au fondement de la situation où les institutions politiques avec leurs propres constitutions pourraient en même temps être aussi la constitution de la société tout entière. En laissant persister les vieux concepts d'une société politique hiérarchique dans laquelle le monarque était le chef de la société, l'État-nation a pu continuer à laisser croire que le sous-système politique a constitué la nation entière au travers de la constitution étatique, même si la fragilité de cette construction était déjà claire. Cela est démontré par l'émergence répétée de l'idée d'une constitution indépendante économique, tout comme d'autres constitutions dans des sous-secteurs sociaux, avec les concepts de l'effet horizontal des droits

Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law», 24 (2002) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 185; Peer ZUMBANSEN, «The Privatization of Corporate Law? Corporate Governance Codes and Commercial Self-Regulation», 3 (2002) *Juridicum* 32.

²⁵ John W. MEYER, John BOLI, George M. THOMAS et Francisco O. RAMIREZ, «World Society and the Nation-State», 103 *Am. J. of Sociology* 144 (1997); Boaventura de Sousa SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995; Rudolf STICHWEH, *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000; Klaus GÜNTHER, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, 2001; Martin SHAW, *Civil Society and Media in Global Crisis: Representing Distant Violence*, New York, Pinter (1996).

fondamentaux dans la société civile, prévalant sur leur ordonnancement par l'État²⁶. Pour la société-monde, cependant, une telle revendication ne peut plus tout simplement être affirmée. C'est une illusion que de percevoir les Nations Unies comme un souverain du monde à l'œuvre donnant non seulement aux organisations de l'ONU, mais aussi à la politique internationale, et même aux systèmes non gouvernementaux de la société mondiale, une constitution avec une revendication d'obligatorité, de légitimité et de contrainte – comme quelques juristes internationaux cherchent à l'imaginer.

C. Diagnostic III : Constitutionnalisme rampant

Il y a un important rapport entre juridicisation et constitutionnalisation. L'hypothèse est que chaque processus de juridicisation contient en même temps des processus latents de normativisation constitutionnelle. Au bout du compte, cela établit la qualité constitutionnelle de l'émergence de n'importe quel système juridique, qui mène directement aux questions épineuses des fondements non essentiels du droit, autour desquelles tournent les principales théories juridiques de notre temps. Les problèmes techniques qui doivent être traités sont : l'autojustification du droit ; les paradoxes consécutifs qui bloquent le processus du droit ; et les « solutions » pratiques de ces paradoxes, qui restent toujours aussi problématiques, en raison des qualités autologiques de la constitutionnalisation. Ces qualités ont été définies dans des variations nombreuses, par Hans Kelsen dans la relation de la norme fondamentale avec les normes constitutionnelles les plus élevées, par Herbert Hart dans la théorie de règles secondaires et la règle suprême de reconnaissance, par Niklas Luhmann dans le rapport entre le paradoxe juridique et la constitution et par Jacques Derrida dans la violence paradoxale qui est le fondement non essentiel du droit²⁷. La question continue à être celle de la compréhension du processus para-

²⁶ N. WALKER, *loc. cit.*, note 10 ; P. BEHRENS, « Weltwirtschaftsverfassung », 19 (2000) *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 5.

²⁷ Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, p. 116 et suiv. (1946) ; Herbert Lionel A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, p. 77 et suiv. ; Niklas LUHMANN (dir.), *Political Theory in the Welfare State*, Berlin, de Gruyter, 1990 ; Jacques DERRIDA, *Otobiographies : l'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre*, Paris, Galilée, 1984 ; Jacques DERRIDA, « Force of Law: The Mystical Foundation of Authority », 11 *Cardozo L. Rev.* 919 (1990).

doxal selon lequel n'importe quelle création de droit présuppose toujours déjà des éléments rudimentaires de sa propre constitution tout en les constituant en même temps uniquement par leur mise en œuvre.

Dans notre contexte, il n'est plus possible, maintenant, de confiner à la communauté politique le rapport problématique entre juridicisation et constitutionnalisation. La proposition célèbre de Hugo Grotius *ubi societas ibi ius* doit être reformulée dans les conditions de différenciation fonctionnelle de la planète de telle manière que, partout où des secteurs autonomes sociaux se développent, du droit autonome est produit en même temps, avec une relative distance par rapport à la politique. La création du droit a aussi lieu à l'extérieur des sources classiques du droit international, dans des conventions entre des joueurs globaux privés, dans la régulation du marché privé par les multinationales, les réglementations internes des organisations internationales, les systèmes de négociation inter-organisationnels et les processus de standardisation mondiaux qui débouchent en partie en marchés, et en partie en processus de négociation parmi les organisations²⁸.

V. Les traits fondamentaux des constitutions civiles (l'exemple de l'Internet)

Plus concrètement, la question se pose : Quels traits fondamentaux doivent exister pour l'édification d'une constitution civile dans les divers secteurs globaux²⁹ ?

A. Premier trait : le couplage structurel entre sous-système et droit

Des constitutions civiles ne sont pas de simples textes juridiques et ne sont pas non plus les structures *de facto* de systèmes

²⁸ Mathias ALBERT, *Zur Politik der Weltgesellschaft: Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung*, Weilerswist, Velbrück, 2002 ; Jean Philippe ROBÉ, « Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order », dans Gunther TEUBNER (dir.), *Global Law Without A State*, Aldershot, Dartmouth Gower, 1997 ; B.de S. SANTOS, *op. cit.*, note 25.

²⁹ N. WALKER, *loc. cit.*, note 9 ; C. WALTER, *loc. cit.*, note 10, 188 et suiv.

sociaux³⁰. On peut parler d'éléments d'une constitution civile au sens strict seulement lorsque se produit une interaction de processus autonomes sociaux d'un côté et des processus autonomes juridiques de l'autre. Dans le langage de la théorie de systèmes : quand sont établis des liens structurels à long terme entre structures spécifiques des sous-systèmes et normes juridiques³¹.

La constitution, par là, dans la mesure où on l'institutionnalise comme un couplage entre deux sphères de signification, répond à un problème qui surgit dans toute construction normative autonome dans la société : le problème de la corruption structurelle. Ainsi en va-t-il de la question très discutée aujourd'hui de savoir si, comment et par quels acteurs l'Internet doit être régulé³². La réglementation nationale a tendance à échouer en raison des problèmes de mise en œuvre soulevés par la nature transnationale de la communication digitale. Cette régulation d'Internet que souhaitent aujourd'hui tous les hommes de bonne volonté, au moyen de la législation internationale légitime, menace, hélas, d'échouer à son tour à cause des difficultés qu'il y a à parvenir à un consensus intergouvernemental. Cela n'exclut pas, bien sûr, la possibilité de continuer à essayer l'un et l'autre, avec, même, quelque chance de succès. Encore les difficultés *de facto* avec l'une et l'autre forme de régulation font que cette autorégulation de l'Internet comme système autonome prend infiniment plus de valeur. Le droit autoproduit par l'Internet tire profit non seulement des problèmes rencontrés avec les deux autres formes de régulation, mais en plus des avantages techniques que l'architecture du code offre pour une régulation hautement efficace. Grâce aux moyens électroniques de contrainte, il peut en grande partie le faire sans une régulation contrôlée par des attentes socio-juridiques, mais les moyens électroniques sont à leur tour contrôlés

³⁰ P. BEHRENS, *loc. cit.*, note 26.

³¹ Gunther TEUBNER, « Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and Legal Institutions in the Varieties of Capitalism », dans Michal WHEELER, John ZIMAN et Margaret A. BODEN (dir.), *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, Oxford, Oxford University Press, 2002 ; N. LUHMANN, *op. cit.*, note 5, p. 440 et suiv.

³² B. HOLZNAGEL, « Sectors and Strategies of Global Communications Regulation », 23 (2002) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 3 ; COMMITTEE TO STUDY GLOBAL NETWORKS AND LOCAL VALUES, *Global Networks and Local Values: A Comparative Look at Germany and the United States*, Washington, National Academy Press, 2001 ; L. LESSIG, *op. cit.*, note 15 ; D.R. JOHNSON et D.G. POST, *loc. cit.*, note 15.

par des normes méta-juridiques³³. La tendance alors va clairement dans la direction d'une *lex electronica* autonome, en parallèle avec la *lex mercatoria* autonome du droit économique autonome³⁴. Par exemple, les cours d'arbitrage de l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), qui décident sur la base de la norme juridique autonome non nationale du paragraphe 12a de la politique ICANN sur l'attribution de domaines, qui lie juridiquement et a force exécutoire électronique, sont un exemple remarquable d'une législation autonome digitale³⁵. Mais, dans un parallèle exact avec le droit global économique, la *lex electronica* apporte avec elle le problème de la corruption structurelle, c'est-à-dire de l'influence massive et non filtrée d'intérêts « privés » sur la production du droit. C'est là que surgit la question constitutionnelle de l'Internet³⁶.

À la dépendance diffuse de loi prémoderne par rapport aux pressions politiques, à la terreur politique et aux positions de pouvoir social et économique, on a donné une double réponse par les institutions de couplage structurel. Ainsi la corruption pourrait-elle non pas, bien entendu, être évitée, mais néanmoins réduite efficacement : en rendant illégal le trafic d'influence, d'une part, et en augmentant l'irritabilité légitime de l'autre. Une réponse réaliste aux problèmes de corruption structurelle du cyber-droit doit, de la même façon, ne provenir que de la propre constitution de l'Internet, tant qu'il y a un couplage structurel fonctionnant entre des structures fondamentales digitales et des normes juridiques. Tout à fait différente est la question de savoir si et dans quelle mesure cette sorte de constitution autoproduite l'est politiquement de l'extérieur, si elle l'est unilatéralement par le gouvernement des États-Unis ou selon une convention internationale, ou si elle prend forme comme un processus d'organisation autonome interne de l'Internet, au travers d'institu-

³³ L. LESSIG, *op. cit.*, note 15, p. 43 et suiv.

³⁴ Henry FARRELL, « Hybrid Institutions and the Law: Outlaw Arrangements or Interface Solutions », 23 (2002) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 25.

³⁵ Dirk LEHMKUHL, « The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems », 23 (2002) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 61 ; Beth G. THORNBURG, « Going Private: Technology, Due Process and Internet Dispute Resolution », 34 *U. Cal. Davis L. Rev.* 151 (2000).

³⁶ D. LEHMKUHL, *loc. cit.*, note 35, 67 et suiv. ; Michael GEIST, « Fair.com? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP », 2001, disponible sur Internet à l'adresse suivante : [http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf].

tions comme l'ICANN, des cours d'arbitrage internes, des organisations de standardisation comme le Consortium du World Wide Web ou l'Internet Engineering Task Force et des mouvements digitaux civils³⁷. Cela ne change cependant rien au besoin d'une constitution digitale autonome pour un lien structurel efficace entre droit et communications digitales.

B. Deuxième trait : la hiérarchie des normes – droit constitutionnel versus droit ordinaire

En plus de la qualité de norme juridique et de son couplage structurel avec un système social doit exister un rapport spécifique autologique, une hiérarchisation entre normes de « très haute » qualité constitutionnelle et celles de qualité « inférieure » de droit ordinaire. En premier lieu, il y a les règles d'autoproduction, c'est-à-dire les normes constitutionnelles qui rencontrent l'exigence paradoxale de régler la production de normes juridiques primaires, mais en même temps régler aussi leur propre production et se référer comme fondation à un acte révolutionnaire de violence, un contrat social, une fondation divine ou quelque autre mythe fondateur. Le défi pour une constitution civile se trouve dans l'identification de règles d'autoproduction séparées qui dépassent le cercle étroit de l'exercice d'une production du droit centrée sur la politique. Il y a eu trente années de débats vigoureux pour ce qui concerne la *lex mercatoria*³⁸ ; dans le cas de la *lex electronica*, cela commence seulement à s'échauffer graduellement³⁹. Le problème est de savoir comment des normes secondaires donnent une réponse non seulement à la question cognitive « Qu'est-ce que du droit valide ? », mais aussi à la question

³⁷ H. FARRELL, *loc. cit.*, note 34.

³⁸ K. BERGER, « Understanding International Commercial Arbitration », dans CENTER OF TRANSNATIONAL LAW (dir.), *Understanding International Commercial Arbitration*, Münster, Quadis, 2000 ; Dirk LEHMKUHL, « Commercial Arbitration – A Case of Private Transnational Self-Governance? », *Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 2000* ; Gunther TEUBNER, « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », dans G. TEUBNER (dir.), *op. cit.*, note 28 ; Ursula STEIN, *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt, Klostermann, 1995.

³⁹ D. LEHMKUHL, *loc. cit.*, note 35 ; M. GEIST, *loc. cit.*, note 35 ; A. Michael FROOMKIN, « Semi-private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process », 2000, disponible sur Internet à l'adresse suivante : [http://personal.law.miami.edu/~froomkin/articles/TPRC99.pdf].

normative plus complexe « Quels sont les acteurs légitimes et quelles sont les procédures légitimes pour la production du droit ? ».

Quelles sont les normes secondaires qui définissent la transformation de la *nétiquette*, c'est-à-dire des bonnes manières sur l'Internet (pas de *spamming*, etc.) en droit coutumier digital avec une prétention à la validité universelle? De quelle habilitation constitutionnelle peuvent se prévaloir les organisations de standardisation de l'Internet lorsqu'elles dictent les règles de communication digitale et les mettent simultanément en œuvre dans l'architecture de l'Internet? Quelles règles de reconnaissance guident les cours d'arbitrage privées de l'Internet qui décident sur les affaires de domaine avec une revendication d'obligatorité juridique et les met en vigueur directement par des moyens électroniques une fois écoulé un bref délai pour l'appel devant des cours nationales? Quelles normes secondaires régissent la qualité juridique des *click wrap rules*, les clauses d'affaire générales des fournisseurs d'accès et des hôtes, qui, comme dans notre cas initial, décident d'une façon qui lie, du mode d'accès aux institutions juridiques?

C. Troisième trait : le test judiciaire des normes

Hierarchie des normes ne signifie pas seulement des règles pour l'autoproduction, mais aussi pour le test du droit par lui-même. Le droit lui-même déclare juridiquement posées des normes illégales si elles sont substantivement en contradiction avec des normes constitutionnelles supérieures. Dans des constitutions politiques hautement développées cela a conduit, nous le savons, à la différenciation entre la juridiction constitutionnelle et la juridiction ordinaire, et entre le droit constitutionnel et le droit commun. Si une différenciation aussi explicite ne peut pas être trouvée dans les divers sous-secteurs sociaux, cela signifie-t-il qu'il n'y a aucune hiérarchie de normes, ou qu'aucun test des normes n'a lieu? Le test judiciaire des contrats d'affaires standard, de la standardisation par des associations privées, des décisions de cours d'arbitrage dans la sphère à la fois nationale et internationale constituent autant d'exemples d'un test constitutionnel *de facto* du droit non législatif.

Dans sa relation avec le politique, le test juridique constitutionnel de législation n'a jusqu'ici fonctionné que de manière rudimentaire par rapport à d'autres sous-systèmes. Dans quelle mesure la loi doit-elle s'adapter à la rationalité intrinsèque des autres sous-

systèmes et dans quelle mesure faut-il résister aux influences qui corrompent le droit? Où sont les combinaisons de libération et de contrainte s'agissant des secteurs a-politiques de la société, quand des mécanismes de création du droit non législatifs sont à l'œuvre comme ici? Évidemment, les critères de test et les mécanismes d'ajustement de la constitution politique doivent être remplacés par ceux de chaque constitution spécifique. Des standards technologiques mondiaux supposent un test juridique différent, des critères différents et des procédures différentes, provenant, disons, des clauses générales internationales du commerce ou des codes de conduite globaux d'associations professionnelles.

D. Quatrième trait : la constitution duelle du secteur organisé et du secteur spontané

Si le droit constitutionnel politique doit *de facto* assurer la régulation de deux grands secteurs de la politique – l'organisation juridique de l'État et les droits fondamentaux des citoyens – comment cela sera-t-il être généralisé et spécifié de manière appropriée? Mon hypothèse est ici que la question est toujours celle de la *normativisation d'un secteur formellement organisé et d'un secteur spontané à l'intérieur d'un sous-système, et en particulier celle du rapport précaire qui existe entre eux*⁴⁰. Le caractère démocratique d'une constitution semble dépendre de ce qu'on puisse institutionnaliser avec succès un dualisme de rationalité formellement organisée et de spontanéité informelle comme une interaction dynamique – sans la primauté de l'un ou l'autre.

Dans l'espace virtuel, nous voyons se produire à nouveau des événements similaires. Lessig craint un développement de l'Internet vers une densité intolérable pour un contrôle par une coalition d'intérêts économiques et politiques⁴¹. Tandis que, dans ses débuts anarchiques, l'Internet a été créé sur les principes de l'inclusion de tous, de l'anonymat, de la liberté face au contrôle et d'hétérarchie, aujourd'hui une tendance politiquement et économiquement motivée à l'apparition de prétendus intranets – c'est-à-dire des réseaux fermés, basés sur l'exclusion, le contrôle, la hiérarchie et la stricte

⁴⁰ G. TEUBNER, « Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomus Sectors? », *loc. cit.*, note 24.

⁴¹ L. LESSIG, *op. cit.*, note 15.

orientation vers un but précis – devient fortement croissante. Le même développement, cependant, peut aussi être interprété différemment, à savoir comme une différenciation interne de l'espace virtuel dans un secteur anarchique spontané (l'Internet) et divers secteurs spécialisés hautement organisés (l'intranet). Le parallèle avec d'autres systèmes sociaux où s'est développé un rapport de contrôle mutuel entre le secteur formellement organisé et le secteur spontané, est clair. Politiquement, la question serait non pas, comme Lessig et d'autres le pensent, de combattre un développement vers le cybercorporatisme, mais de stabiliser et de garantir institutionnellement la différence spontané/organisé comme telle. La constitution de l'Internet distinguerait entre des secteurs publics spontanés (semblables à la section des droits fondamentaux de la constitution, ou au droit constitutionnel du marché) et des secteurs organisés fortement formalisés (ressemblant au droit organisationnel de l'État, ou au droit des entreprises), l'un et l'autre stabilisés dans leur logique intrinsèque, et se verrait attribuer comme tâche principale celle de les voir mettre en place un contrôle mutuel.