

2011

Les Forms Changeants des Contrats dans une Société aux Réseaux Transnationaux

Richard R. Weiner

Rhode Island College, rweiner@ric.edu

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.ric.edu/facultypublications>



Part of the [Political Science Commons](#)

Citation

Weiner, Richard R., "Les Forms Changeants des Contrats dans une Société aux Réseaux Transnationaux" (2011). *Faculty Publications*. 268.

<https://digitalcommons.ric.edu/facultypublications/268>

This Article is brought to you for free and open access by Digital Commons @ RIC. It has been accepted for inclusion in Faculty Publications by an authorized administrator of Digital Commons @ RIC. For more information, please contact digitalcommons@ric.edu.

Richard R. Weiner

Professeur de science politique au Collège de Rhode Island <rweiner@ric.edu> et affilié au centre Minda de Gunzberg des études européennes à l'Université Harvard

Article présenté à la conférence TELOS de 2011 à New York (15 janvier 2011),
« Rituals of Exchange and States of Exception : Continuity and Crises in Politics and Economics »

(« Le rituel de l'échange et les cas d'exception : continuité et crises en politique et en économie »). Traduit de l'anglais par Omer Moussaly (chercheur affilié au CEIM et membre fondateur du GETC)

Les formes changeantes des contrats dans une société aux réseaux transnationaux

Alors qu'au nouveau millénaire on soulignait les « règles de collision » au sein des gouvernances globale et corporative, les crises économiques qui émergeas en 2008, ont déplacé l'accent sur l'échec des pratiques régulatrices. Les crises actuelles mettent au défi non seulement l'hégémonie néo-libérale mais aussi le modèle étatique de coordination du New deal/grande société, étant donné que nous avons passé de la société des individus à la société des organisations. Nous vivons présentement, dans une société au réseau transnational de pratiques de gouvernances corporative et contractuelle. Cette société de réseaux ne peut désormais être clairement associée aux conceptions traditionnelles de l'État, du marché ou de la société civile, ni du public versus le privé. Dans cette crise, les institutions et les routines rituelles du laisser-faire libéral ne parviennent plus à relever les défis légaux émergents. Le présent article vise à remettre au point le style de contrat de plus en plus détaché de la solution de conflit au sein de régimes multi-poliars et multi-rationnels de régulation de conflit. Nous jugeons primordial de tenir la compréhension de la façon dont le libellé des « contrats de l'administration » fait, continuellement et irréversiblement, partie prenante dans l'évolution d'un réseau de relations hétérarchiques privées et d'institutions publiques.

Mots clés : rationalité restreinte; contrat de réseau relationnel; régime de gouvernance privé [RGP]; logique polycontextuelle [LPC]; normes de réciprocité auto-appliquée.

Vers 1930, les penseurs de la Weimar tels que Franz Neumann (gauche) et Carl Schmitt (droite) posèrent comme questions de base du nouveau 20^e siècle, l'hétérogénéité dans sa complexité, et l'hétérarchie versus la hiérarchie. Dans la tradition anglo-américaine, Harold Laski prit en charge cet argument. Succinctement, le défi légal et politico-économique relève des « institutions complémentaires ». Les « institutions complémentaires » prêtèrent leur appui aux « institutions principales » sous forme de partenariat, de contrat d'entreprise ou individuel ayant initialement l'intention d'étoffer et de servir par le biais d'interprétations et de pratiques légales auxiliaires.

Les crises actuelles mirent au défi non seulement l'hégémonie néolibérale, mais également le modèle étatique du New Deal/ grande société; étant donné que nous avons passé de la société des individus à celle des organisations. Présentement nous vivons dans

une société au réseau transnational de pratiques de gouvernance corporative et contractuelle. La société de réseaux n'est plus clairement associée aux concepts traditionnels de l'État, au marché ou à la société civile publique versus privée. Jusqu'à quel point sommes-nous les témoins d'une vague de normes cosmopolites et de protocolisme vouée à l'auto-régulation de l'acteur non étatique du capital global? Au centre de cette crise, les institutions et les routines rituelles du laisser-faire libéral, du libéralisme et du néolibéralisme ne parviennent plus à relever les défis légaux émergents et ce, à la suite d'une vague de protocolisme pour l'auto-régulation rattaché essentiellement aux modes du fordisme national d'accumulation.

Il y a un aspect encore plus important. Là où l'auto-régulation a pour effet de mettre les employés à la merci de la gestion en fournissant les garde-fou institutionnels disponibles en ce qui a trait aux conventions du travail quotidien, la chaîne de commande transnationale qui en émane accuse des déficiences. En effet, on peut se demander jusqu'à quel point le réseau de gouvernance a besoin d'être complété par le gouvernement? Et comment les réseaux des protocoles sociaux négociés agissent en tant qu'institution complémentaires plutôt qu'organes d'emboîtement?

Le présent article vise à remettre au point une forme de contrat de plus en plus détachée de la solution de conflit au sein de régimes multipolaires et multinationaux de régulation. Nous jugeons primordial de tenir la compréhension de la façon dont le discours des « contrats de l'administration » fait, continuellement et irréversiblement, partie prenante dans l'évolution du réseau des relations hétérarchiques privées d'institutions publiques.

En l'absence d'un régime de main-d'œuvre internationalement reconnu, les pratiques courantes d'encadrement transnational standard, spécialement dans l'établissement des normes légales du travail, impliquent essentiellement la privatisation des auto-régulations (Peer Zumbansen, « The TransNational Laws of Corporate Governance and Labor Rights, » 2005; and Bob Hepple, « Labor Laws and Global Trade, » 2005.) Un bon nombre d'institutions et d'acteurs transnationaux associent les droits internationaux du travail aux initiatives libérales. L'encadrement transnational standard en est devenu essentiellement un code de conduite inter/trans-corporatif.

Notre préoccupation porte sur « le multi-niveau de gouvernance » (MNG) que constituent les contrats relationnels. Ceux-ci sont des hétérarchies qui résistent aux prises de décision de haut en bas; ils constituent des structures d'auto-régulation multilatérale qui dotent le réseau de parties contractantes de normes de réciprocité et d'objectif relationnel par le biais de pratiques telles que la médiation, l'arbitrage, le protocolisme, le partenariat social, la loi réflexive et de repérage.

Au tournant du 20^e siècle, Max Weber, nota qu'à l'opposé de la « loi dure » de l'ordre étatique constitué, il a émergé, de la capacité créative des lois des associations autonomes collectives, un *nouveau domaine de « loi douce »* qui sert en tant que normes constituées. En plus, Philip Selznick commença vers 1969 à utiliser l'expression *loi réflexive* pour désigner la « régulation de la régulation » nécessaire aux réseaux ouverts de coordination procédurale interdépendante et ayant une complexité réciproque. (Voir la théorisation en

cours de Charles Sabel qui soulève la question suivante : comment les normes de repère et la loi autonome réflexive sont-elles toujours liées?)

Les codes privés de gouvernance, à une époque de capitalisme global ne sont pas, grosso modo, le résultat d'une négociation, mais découlent de l'ultime action discrétionnaire des corporations. Ainsi, le cadre transnational standard lance un défi grandissant à la capacité traditionnelle de la loi interne du travail; c'est-à-dire, la loi conçue à l'intérieur des frontières nationales. (Se référer au travail, en cours, de Harry Arthurs, en particulier son « Reinventing Labour Law in a Globalized Economy », *J. of Interntl. Econ. Law* : 2005.) Aussi, il est à noter que l'Organisation Internationale du Travail (OIT) promeut à présent un noyau de droits de travail auquel tous les États doivent se conformer à titre de loi internationale dure.

Si l'on peut bâtir sur le Kant du *Groundwork for Perpetual Peace* et sa reformulation par John Rawls; il en découle que le capital fait l'objet d'une adaptation et d'un changement continus. La loi douce se prête à une exploration en tant que mode de régulation co-évoluant avec le mode capitaliste de production. En se basant sur la mobilité grandissante du capital et d'autres processus de dissociation, Karl Polanyi dans *The Great Transformation* relève la signification de l'érosion des pouvoirs régulateurs, spécialement dans leur rôle de garants de la justice sociale. Polanyi met l'accent sur le besoin d'étudier, non seulement la loi douce de gouvernance auto-régulatrice, mais ce qui s'appelle désormais la loi réflexive du travail social.

En se déplaçant vers la grande dépression (*The Great Depression*), on avait tendance à croire que la racine des calamités actuelles résidait dans les excès et les revers des appareils régulatoires ... et la science politique s'est repliée sur son rôle architectonique de dessein institutionnel se mettant à réparer un système qui a cessé d'exister. Le cadre-standard institutionnel et les lois privées transnationales ne servent pas uniquement à faciliter les transactions, mais jouent un rôle compensatoire dans le redressement des torts et fournissent du même coup, un sens de solidarité dans la régulation du comportement transnational. William Scheuerman et Thomas Pogge y voient une nouvelle forme du *Lex Mercatoria* de Hugo Grotius. A quel point ce type de contrat transnational s'est départi des systèmes normativement fermés qui gouvernent les systèmes nationaux et fonctionnels pour le diriger vers une gouvernance entre les systèmes sociaux?

Le cadre-standard transnational et la loi privée transnationale se construisent en dehors de la législation gouvernementale formelle en tant que *normes de réciprocité auto-appliquées* (NRAA). De telles pratiques transnationales incluent des standards de performance, des standards d'interopérabilité, des standards de travail à cliquet des standards écologiques. Les partenaires des négociations multiples construisent un régime de préférence contextuelle.

Le cadre-standard transnational traite, dans le cadre de notre nouvelle époque de capitalisme global – une époque de prolifération d'espaces transnationaux à des fins de création normative et d'arbitrage - des codes volontaires de la conduite corporative, les

codes de gouvernance corporative, des codes des droits humains et des noyaux de standards de travail.

La loi transnationale représente l'émergence d'un sous-système semi-autonome, autorégulé à l'intérieur d'une société différenciée d'États et de réseaux. Cette société compliquée d'États et de réseaux équivaut à un ordre hétérarchique plutôt qu'hierarchique avec de nouveaux modes de contrôle, de représentation d'intérêt et de garantie de transparence. Cette loi transnationale représente aussi l'émergence de normes sociales auto-appliquées de réciprocité qui transcendent les frontières de l'État-nation; Elénor Ostrom l'assimile à un réputé contexte de confiance en vue d'établir des préférences et de conclure des contrats. Les économistes français considèrent ces normes comme *normes de réciprocité auto-exécutoires et forgent un nouveau concept qu'ils désignent par le terme, les réciproqueteurs*. Il s'agit des normes associées aux traditions de *mutualité* et de *solidarisme* en France: Hegel les considère comme reconnaissance mutuelle et nécessaire de « droitures sociales » et de relations intersubjectives d'équité.

Une telle trace durable de pratique caractérise la transition du capitalisme de laissez-faire au capitalisme organisé du début du 20^e siècle. On désigna par le terme « protocolisme » : un mode collaboratif, sinon corporatiste afin de convertir manufacturiers et syndicats à un système mutuellement constitué d'auto-régulation, de contrôle mutuel et d'évaluation : « rendant constitutionnels un commerce et son marché de travail ». « Le protocolisme » était un terme employé par Louis Brandeis en vue d'obtenir une entente mutuelle contre les sales coups assésés dans l'industrie de la confection des vêtements à New York en 1910. C'était un traité de paix : un régime de régulation de conflit, constitué de normes de réciprocité auto-appliquées et des lois internes de gouvernance commerciale, qui spécifiait les modes d'arbitrage, de médiation et d'interprétation relatifs à un accord collectif négocié. C'était le début des mécanismes légaux de résolution de conflit et du système autonome de loi privée, un système de gouvernance et de rationalité obligatoire définissant les pratiques équitables du négoce, la mise en vigueur des ententes négociées, le cadre-standard et légifération relative aux conditions d'emploi.

Dans la ville de New York, l'administration relevait d'un tribunal impartial composé de personnes telles que Felix Frankfurter et Louis Marshall représentant la communauté; William Julius Cohen, la gestion; et Morris Hillquit, les syndicats. Un tel protocolisme devint le modèle de la démocratie industrielle pour la Commission des relations industrielles de 1912 à 1915 ... et ce que Gerhard Lehmbuch a décrit comme étant « la démocratie négociée » néocorporatiste/tripartite de la démocratie sociale. L'avocat du ILGWU, Morris Hillquit élargit le protocolisme dans le cadre de l'acte national de recouvrement durant le premier New Deal de Franklin Roosevelt. Hillquit s'en est inspiré du plan du social-démocrate allemand Carl Legian, un des fondateurs de la république de Weimar (cf. Legian Aus Amerikas Arbeiterbewegung [1914])... voir aussi ses propres études avec les Webbs et G.D.H. Cole à la London School of Economics... En fait un Hillquit, agonisant, livra et appuya les codes à Washington en 1933. Cependant, en agissant de la sorte, le protocolisme se distança du mode volontariste AF de L de Samuel Gompers et des syndicalistes pour s'approcher du mode fonctionnel en tant qu'appareil

de régulation étatique... tout en se servant des institutions légales complémentaires de l'État afin d'inciter les associations commerciales et les syndicats à planifier et à maintenir leurs propres institutions légales autonomes d'auto-régulation de la loi privée.

Dans son adresse APSA présidentielle de 1998, Ostrom considérait SERN comme une famille de stratégies suggérées dans la documentation relative à la théorie du jeu susceptible d'être employée coopérativement par des égoïstes rationnels à des dilemmes sociaux comportant

- (1) Un effort pour identifier les autres individus impliqués
- (2) Une évaluation du bien-fondé que d'autres individus sont des coopérateurs conditionnels ou réciprocaturs
- (3) Une décision de coopérer initialement avec d'autres individus réputés fiables faisant d'eux des réciprocaturs conditionnels
- (4) Un refus de coopérer avec ceux qui ne respectent pas la réciprocité
- (5) Punitons et sanctions pour abus de confiance

SERN renvoie aux conditions d'équilibre de Nash où aucun acteur ne peut faire mieux en déviant unilatéralement des stratégies coopératives. SERN trace les stimulants de la coopération dans les conditions différenciées, de plus en plus complexes, qui requièrent la coopération productive des biens collectifs pour tous les acteurs concernés. L'équilibre de SERN représente la reconnaissance mutuelle de la solidarité, mise en évidence pour des raisons de sécurité mutuelle.

Les pratiques de cadre-standard national équivalent à un nouveau protocolisme transfrontières de normes réciproques auto-appliquées où de multiples partenaires établissent un degré de préférentialité contextuelle en dehors de la législation gouvernementale formelle qui inclut : des standards de performance, de qualité, de « meilleures pratiques », de « repères », de compatibilité, d'interopérabilité, de travail, de règles et de droits humains, d'anti-discrimination et d'écologie. A titre de standards poly-contextuels, Teubner note comment ces pratiques de codes de gouvernance privée et les systèmes autonomes de lois privée tombent en cascade dans un pluralisme légal de sous-systèmes différenciés avec des standards de négociation respectifs. Et Sabel cherche à persuader que le code complémentaire soutenu et la législation aident à promouvoir les chaînes critiques d'approvisionnement dans un capitalisme globalisant.

Dans les conditions de globalisation, les régimes autonome de gouvernance augmentent. Les lieux du discours et de la loi décentralisée prennent de l'extension. Au fur et à mesure que la décentralisation prend de l'ampleur, une complexité de logiques plurielles s'accroît. Par delà le 20^e siècle, la reconnaissance des droits sociaux appelés à soutenir et à protéger les relations de diversité (le multiculturalisme), il y a les nouveaux droits sociaux destinés à soutenir et à protéger la complexité polycontexturale nécessaire au bassin de l'information équitable et à la surveillance mutuelle dans une société aux réseaux globaux (Voir Daniello Zolo Democracy & Complexity (1992; 3-7; cf. Manuel Castells qui indique comment les hétérarchies du discours les normes spécifiques et les contextes institutionnels développent une sorte de complémentarité nécessaire à l'assemblage de logiques apparemment incommensurables et conflictuelles. Castells note

que cette complémentarité est non-linéaire; c'est essentiellement une organisation circulaire sur le modèle des réseaux neuraux plutôt que sur n'importe quel modèle d'organisation hiérarchique.)

Là où la complémentarité institutionnelle, aussi bien que l'interdiscursivité et l'interopérabilité du procéduralisme de SERN prédominent, nous sommes bien avisé de considérer la notion de l'institutionnalisme réticulaire d'Ansell (2006) qui résiste à l'administration centralisée ou dirigée. Une telle notion d'institutionnalisme de réseaux fait valoir que leurs interactions sont plus diffuses que discrètes, plus sociales qu'impersonnelles. Contrairement à l'approche néolibérale simpliste enracinée dans le caractère des marchés, l'institutionnalisme réticulaire met l'accent sur la signification de l'engagement normatif, de la confiance et de la crédibilité. Les réseaux d'argumentation impliquent un peu plus que du marchandage. Ils mettent l'accent sur la persuasion et la justification par le biais d'assertions corroborées et de normes généralisables. Ils encouragent la surveillance mutuelle et l'apprentissage des participants en les dotant d'un sens de responsabilité et de dévouement pour améliorer leur performance.

Au sein d'un tel institutionnalisme réticulaire polycontextuel, Teubner décrit la gouvernance réflexive comme un nouveau stade évolutif où la loi d'un sous-système autonome particulier tient compte de ses limites eu égard la culture légale et le repérage par un autre sous-système autonome. La complémentarité institutionnelle se comprend, dans une telle gouvernance réflexive, comme façon dont les institutions compensent réciproquement les déficiences les unes les autres. La complémentarité des institutions, qui se renforcent les unes les autres comme si elles étaient un ensemble de pratiques autonomes institutionnelles, devient visible et inspire la confiance aux institutions autonomes.

Ainsi l'époque du capitalisme global s'ouvre-t-il sur une nouvelle forme de protocolisme avec une prolifération et une hybridation des espaces de normalisation créative, telles que « apprendre en surveillant » et « cours » d'arbitrage privées. La loi du travail et la loi sociale se dissocient des régimes constitutionnels, nationaux et s'appliquent en tant que partie d'une gouvernance régionale d'économie politique avec « ses protocoles déclaratoires au sujet de ses propres standards » enchâssés dans les initiatives transnationales de la loi douce ou dans les conventions et les traités internationaux tels que le Traité international sur l'économie, les droits sociaux et culturels, les TRIPS : les aspects relatifs au commerce des droits de propriété; l'accord sur le textile et les vêtements; les 4 standards/ les 8 conventions de l'Organisation internationale du travail (ILO).

De telles gouvernances multilatérales décentralisées lancent un défi aux concepts traditionnels des cadres de référence constitutionnels propres à l'État-nation, en transférant les visions constitutionnelles de la régulation interne de l'environnement socio économique au niveau transnational. A ajouter à cela la loi de l'emploi, la loi de solvabilité et la régulation de sécurité. Le centre de gravité de la loi du travail comparée à la loi sociale aussi bien qu'à la loi de régulation économique prend ses distances par rapport aux systèmes constitutionnels de l'État-nation. Avec l'hégémonie de l'idéologie

politico-économique néolibérale depuis la fin des années 1970, il y eut d'un côté un affaiblissement de la capacité des États à agir et, de l'autre, un manque de leur volonté d'intervenir dans les marchés de travail et la régulation socio-économique. Le déplacement du centre de gravité s'est étendu de la législation formelle au niveau de l'État-nation jusqu'aux sous-systèmes d'auto-régulation des réseaux régionaux flottants et globaux. Les codes de gouvernance promulgués, mais non négociés, les standards transnationaux et les « meilleures pratiques » ont progressivement prévalu ... tout comme les codes commerciaux uniformes établis par l'institut autonome de la loi américaine ont prévalu dans la loi américaine des contrats relatifs aux usages commerciaux équitables.

Comme Harry Arthurs l'a noté à un congrès de la loi comparée tenu à l'UCLA (Collège universitaire de Los Angeles) – paraphrasant le commentaire d'un général français témoin de la charge de la Brigade légère à Sébastopol durant la guerre de Crimée : « C'est magnifique mais est-ce de la guerre? » Le cadre transnational standard est irrésistible, mais est-ce de la loi? Outre leurs confrères médicaux, les professionnels de la loi sont-ils devenus de plus en plus des avocats sans frontières? Si tout est polycontextuel, n'importe quoi serait-il de la loi? Dans une table ronde sur la constitution et la démocratie, sommes-nous confrontés à nous déplacer au-delà de l'ombre de la loi étatique vers une loi a-nationale en dehors des cours nationales?

Il y a eu renaissance de la loi du Mercator [Lex Mercatoria] : la loi coutumière des marchands opérant à l'extérieur – et plus spécifiquement, l'arbitrage international ou transnational ayant une certaine justification auprès des cours d'États-nations. Lex Mercatoria implique, à un degré avancé de sens commun, les pratiques d'affaires de « bonne foi » et des standards employés à régler ou à résoudre des conflits commerciaux. En tant que telle Lex Mercatoria est un système de rechange confidentiel non formel de résolution de litige centrée sur des cours d'arbitrage – mettant l'accent sur l'éthique commerciale enchâssée à un libéralisme global du consensus du libre échange conclu à Washington en 1945.

Les avocats perçoivent Lex Mercatoria non d'une perspective d'hommes d'affaires, mais d'une perspective de conflits de loi qui, semblable à la loi de l'impôt, est le domaine le plus lucratif de plaidoirie. Le défi émergent au constitutionalisme et à la démocratie est au delà de l'approche traditionnelle des conflits de la loi dans les systèmes fédéral ou de confédération. C'est complètement en dehors du cadre des lois nationales et même des conventions des traités internationaux.

Les nouveaux conflits de la loi et la nouvelle Lex Mercatoria se retrouvent dans les codes d'arbitrage et d'interprétation ainsi que dans les règlements discrétionnaires non formels. A part l'appât du gain, qui motive les avocats dans les systèmes fédéral et de confédération, a-t-on une nouvelle forme de « magasinage de lois ou de cours »?

La chambre internationale de commerce rapporte 550 de cas classés et 300 sentences arbitrales sous le UCC de la loi commerciale transnationale : UNIDROIT... c'est-à-dire les « principes des contrats commerciaux internationaux. » Cela a commencé informellement dans les années 1970 et devenu codifié en 1994. On rapporte aussi

l'accroissement, dans les cours privées d'arbitrage, des résolutions de litiges commerciaux transnationaux : 10 en 1910; 100 en 1985; au dessus de 150 en 2005.

Les maisons d'arbitrage transnational prennent la place des cours constitutionnelles nationales. On s'adresse à l'autorité arbitrale et à son application à des fins de certitude légale et des résultats susceptibles d'être prédits. Les pratiques arbitrales sont consolidées dans les procédures et les règles de la loi transnationale : comme l'avait prédit Philip Jessop dans ses conférences à l'école de droit de Yale. Dans certains cas, les arbitres sont portés à maximiser des valeurs autres que le droit privé des parties à conclure des contrats. « La loi et mouvement économique » font partie, d'après Richard Posner, de la jurisprudence.

La tendance vers l'improvisation de la loi transnationale résulte-t-elle d'un penchant néolibéral à se défaire d'une bureaucratie non nécessaire qui empêchait l'expérimentation, l'innovation et la livraison d'une meilleure performance?

Les professionnels légaux transnationaux sont-ils des réciprocaturs ou des opportunistes?

Dans le sillage de la transnationalisation du travail et de l'encadrement social standard, le mode et la norme de création de l'Organisation internationale du travail (ILO) doivent-ils être réformés? Transformés d'une façon draconienne?

La loi transnationale devrait-elle être universalisée à la Kant? Crainte éprouvée par Karl Neumann et Otto Kahn-Freund dans les années de Weimar de déboucher sur une loi discrétionnaire non formelle.

Bienvenue au brave monde nouveau du règne de la loi et de la démocratie.

De plus en plus et d'une façon interorganisationnelle, les réseaux de négociation des régimes globaux privés (GPRs) produisent des lois substantielles, de l'auto-régulation privée, des standards transnationaux et une solution de rechange à la résolution des litiges sans le recours à l'État ni à la législation de l'État-nation ni aux traités internationaux. Il y a un ordre privé inhérent à une société globalisante de réseaux. La loi autonome de la légifération positive dans un État souverain se constitue sur le modèle de la « Lex Mercatoria » ou de la vieille loi coutumière. Pourtant Gunther Teubner (2004) perçoit la « Lex Mercatoria » comme une forme légale corporatiste : une hiérarchie fonctionnelle préférentielle.

Teubner estime que nous nous dirigeons vers une société globale hétérarchique/multilatérale : Là où il y a une coordination cybernétique (« couplage structurel ») entre une adaptation exogène spontanée et l'évolution des pressions endogènes encapsulées. A la différence avec la société de création spontanée de la loi privée à la Friedrich von Hayek, Teubner évite la séparation artificielle entre, d'un côté, la législation spontanée, la convention des us et coutumes et, de l'autre, la réfection constructiviste de la loi publique par des gouvernements et de la loi sociale autonome par le biais de systèmes fonctionnellement différenciés.

Nous allons d'une hiérarchie de la loi vers une polyarchie ou hétérarchie de pluralisme légal. Luhmann et Teubner désignent en termes de cybernétique la logique polycontexturale (PCL). En annulant les routines traditionnelles de production de normes, Gunther Teubner (2004) affirme le déclin de la légitimité en ce qui concerne l'autorité de la loi : il y a érosion de ce qu'Habermas considère en tant que revendications fondamentales valides de la loi. Teubner voit dans rétrécissement du potentiel de la politique de l'État-nation vis-à-vis l'économie, une auto-déconstruction globalisante du processus de promulgation des lois. Il en résulte des régimes de loi autonome.

Dans le capitalisme globalisant, la loi autonome privée est transformable en gouvernance de la loi sociale autonome qui dépasse les idées de « loi sociale » tenues par les avocats de travail de la Weimar. La différenciation fonctionnelle de la société décrite d'une façon croissante par Durkheim, Parsons, Eisenstadt et Luhmann inclut maintenant des régimes de création de norme et de loi dans le domaine du sous-système différencié de la science, de la technologie, de la médecine, de l'éducation, des médias, de l'internet et du transport.

Les droits fondamentaux de ICANN sur l'internet ne font pas un retour au constitutionalisme de l'État-nation. Plutôt, les standards et les droits spécifiques à l'internet ont été développés en termes de revendications en faveur de la validité globale. Teubner (2010 :15) y ajoute

Les corporations multinationales formées selon les règles de la loi de compagnie nationale sont en train de développer selon les codes de conduite relatifs aux litiges, de concert avec des organisations locales, des mouvements sociaux, des organisations non-gouvernementales (NGOs), qui agissent comme l'équivalent transnational des constitutions corporatives nationales. Elles produisent des règles de représentation aux corps nationaux, aux experts, aux groupes d'intérêt, aux normes du processus exigible et au discours institutionnalisé, ainsi qu'aux principes de prise de décision matérielle. Et dans la *lex Mercatoria*, la loi auto-créée de l'économie globale, s'est développée graduellement une hiérarchie de normes [au sein d'une hétérarchie d'acteurs de réseau], des principes procéduraux, des droits et des standards fondamentaux.

Les régimes réglementaires du capitalisme organisé et leur état de bien-être social créé dans les années 1930 ont manifesté leur fragilité constitutionnelle et administrative; et sont en voie d'être démantelés face aux sociétés complexes de plus en plus différenciées et à une économie globalement intégrante. L'expérience des néo-corporatistes en capitalisme organisé a été limitée par la capacité des agrégats démographiques, le commerce, les professions et les mouvements sociaux à s'organiser en tant qu'associations susceptibles de passer à l'action, à l'auto-régulation et à la coordination avec d'autres secteurs organisés. Cependant, en autant que l'organisation des décideurs et auto-régulateurs associatifs et inter-organisationnels est achevée, des sous-systèmes autonomes de la loi sociale se sont développés.

A la différence de la social-démocratie néo-corporatiste européenne, le libéralisme social américain n'a jamais reconnu ce que Teubner appelle les « sous-constitutions sociales autonomes ». La décision de Schechter *Sick Chicken* de la cour suprême des É.U. mit fin aux protocoles des codes NRA. Des sous-systèmes ont été soit incorporés à l'appareil d'État ou l'ont colonisé comme Theodore Lowi le décrit d'une manière qui ne tient pas compte des dispositions de la loi. Parallèlement à l'hégémonie du Néolibéralisme depuis la récession des années 1970, la privatisation de la loi ainsi que la loi privée avaient le vent dans les voiles. Teubner (2010 :3-4) note

Même aux commencements de l'État-nation, il [le libéralisme] faisait face à une question restée sans réponse, à savoir si et comment la constitution politique serait à même d'incorporer les secteurs non-étatiques de la société. Les activités sociales telles que l'économie, la science, l'éducation, la médecine respectent-elles les paramètres normatifs de la constitution de l'État? Ou les institutions sociales doivent-elles agir d'une façon autonome pour développer leur propres [sous] constitutions?

Les institutions de gouvernance de la loi sociale doivent-elles être assimilées au processus de prise de décision ou être rendues politiquement capables comme le prévoient Harold Laski et les sociologues-critiques de la Weimar, de Hugo Sinzheimer à Otto Kahn-Freund? (voir Wedderburn, 1995; and Kettler, 1998 et 2001).

Sous le déguisement des droits individuels et de la personnalité légale de l'individu, le libéralisme social du New Deal cache la question des droits sociaux et la gouvernance de la loi sociale « même si la prérogative individuelle à conclure des contrats et les précédents de la « common law » relatifs au rapport maître/serviteur avaient cédé la place au contrat marchandé. Ce que le libéralisme social cherchait à réaliser est un équilibre entre un constitutionalisme d'État progressivement élargi aux sphères sociales alors qu'il répond à l'intérêt sociétal des groupes de pression.

Les contrats sont « des arrangements qui rendent visibles et négociables des rationalités et des intérêts conflictuels » (Zumbansen, 2007 : i). Sous l'hégémonie du néolibéralisme, la conclusion de contrats a été interprétée formellement, mais non sociologiquement comme les Réalistes légaux du New Deal l'on fait. La gestion d'expert appliquée fonctionnellement a été extraite de sa coquille progressive/social-démocrate. L'accent est mis localement sur la privatisation et la responsabilité individuelle, alors que les régimes globaux privés sont construits à part.

Ce n'est plus le gouvernement géré par des agences administratives qui constitue le concept réglementaire central mais plutôt la gouvernance par des contrats relationnels et réticulaires. La gouvernance par contrats pourvoit à l'arrangement des échanges et veille à la régulation des échanges.

On ne voit plus la société comme ayant soit un centre, soit un sommet. La société ne se comprend pas à travers une conscience collective, mais comme des constructions

multiples non encore unifiées d'une réalité sociale institutionnalisée : des rationalités multiples. Multinationales/transnationales. Multilatérales/multipolaires. Multirationnelles/subsystémiques/subculturelles.

Les institutions complémentaires/ la complémentarité institutionnelle se comprennent uniquement par le biais de l'oscillation impériale du raisonnement économique néoclassique orienté vers la régularité du marché au caractère prédictif plutôt que vers le couplage structural du constitutionalisme social subsystémique/gouvernance de la loi sociale parmi des trajectoires hétérarchiques réticulaires et des concepts d'aptitudes et de dignité humaine.

En conclusion. Zumbansen (2007 :45), tout comme Teubner, considèrent la loi sous l'angle normatif d'une manière pluralistique ou polycontexturale. Le contenu de la loi n'est pas singulièrement défini par le rationalisme du marché, le fondamentalisme religieux, ou par la justice sociale. Les lois reflètent et règlent le contentieux sociétal en se basant sur les codes internes impliqués subsystématiquement ou subculturellement.

Elle [la loi] est par conséquent toujours exposée et impliquée dans ces conflits [sociaux]. A ce titre, il est permis de dire que, au lieu de refléter les valeurs de l'individualisme, du collectivisme ou du communautarisme dans leur totalité, la loi reflétera en partie ces valeurs sociétales.

Le contrat implique l'obligation, non pas seulement l'échange. L'obligation ne se définit pas en fonction des marchés, des relations de propriété ou d'échange de biens. Zumbansen et Teubner offrent une solution de rechange à l'assimilation du contrat à un « couplage structural » et une « réconciliation » entre sous-systèmes sociaux et leurs normes et valeurs : le contrat comprend aussi une réciprocité intersubjective et une reconnaissance mutuelle au sein d'unités de sous-systèmes sociaux. La complémentarité et la polycontextualité immanentes au sein de la gouvernance de la loi sociale deviennent alors plus durables.