

Le droit comme système social*

Droit et Société 11/12-1994
(p. 53-67)

Niklas Luhmann **

Résumé

La science du droit et la sociologie ont des rôles différents. La science du droit décrit le système juridique de l'intérieur et suggère la façon d'interpréter et d'appliquer les normes juridiques. La sociologie décrit le système juridique de l'extérieur. La mesure dans laquelle une description externe peut influencer la structure et les problèmes internes dépend de ses instruments conceptuels. Cet article propose d'utiliser la théorie des systèmes autopoïétiques autoréférentiels pour reconstituer l'autodescription des systèmes juridiques, en particulier son concept de normes, son raisonnement et sa doctrine juridiques.

Summary

Jurisprudence and sociology have different tasks. Jurisprudence describes the legal system from within and suggests how to interpret and apply legal norms. Sociology describes the legal system from the outside. To what extent an external description can touch upon the internal structure and internal problems depends upon its conceptual instruments. The present paper proposes to use the theory of self-referential autopoietic systems to reconstruct the self-description of legal systems, particularly its concept of norms, its ways of legal reasoning and its legal doctrine.

La division classique du travail entre la science du droit et la sociologie veut que la science du droit ait à s'occuper de normes et la sociologie, par contre, de faits. Le juriste aurait à interpréter et appliquer des normes. Le sociologue ne pourrait avoir affaire qu'au contexte factuel du droit, à ses conditions et à ses effets sociaux. Cependant, dès l'époque où Kelsen donna à cette conception sa formulation la plus explicite, elle était déjà dépassée, sinon devenue anachronique. La pression conjuguée de l'« Interessenjurisprudenz » et du « social engineering » avait renvoyé l'application

L'auteur

Il est né en 1927 à Lüneburg en Allemagne. Depuis 1968, il est professeur de sociologie à l'Université de Bielefeld. Son intérêt se porte sur la théorie des systèmes sociaux et la théorie de la société. Il a publié beaucoup d'articles et plusieurs ouvrages, notamment *Grundrechte als Institution*, Duncker & Humblot, 1965, 1986 ; *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, 1969, réédition Suhrkamp, 1983 ; *Soziologische Aufklärung*, vol. 1-4, Westdeutscher Verlag, 1970, 1975, 1981, 1987 ; *Rechtssoziologie*, vol. 1-2, Westdeutscher Verlag, 1983 ; *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, vol. 1-3, Suhrkamp, 1980, 1981, 1989 ; *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, 1981 ; *Liebe als Passion*, Suhrkamp, 1986 ; *Soziale Systeme : Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, 1984 ; *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1988. À consulter également : Dirk Baecker, Jürgen Markowitz, Rudolf Stichweh, Hartmann Tyrell et Helmut Willke (eds.), *Theorie als Passion : Niklas Luhmann zum sechzigsten Geburtstag*, Suhrkamp, 1987.

* Traduit de l'allemand par Michel van de Kerchove.

** Université de Bielefeld, R.F.A.

même du droit à des faits qui n'avaient pas été préalablement formulés dans les normes, mais devaient être découverts au-delà de leur texte. Le pragmatisme avait postulé que toute application du droit devait, pour cette raison, apprécier le résultat possible des différentes constructions et décisions juridiques ; et, par là, ne se trouvait pas seulement visée la prévision des décisions ultérieures au sein du système juridique, mais aussi le contrôle des conséquences factuelles dans la réalité sociale.

La dissolution des délimitations précises qui en résulte a fait surgir, depuis le début de ce siècle, des espoirs à l'égard d'une contribution de la sociologie à l'administration de la justice. Par le fait même, cependant, la fonction de la sociologie était toujours considérée du point de vue du droit plutôt comme une science auxiliaire. À un petit nombre d'exceptions près (notamment à propos du concept d'institution), la sociologie n'avait aucune influence sur la théorie du droit et guère d'effets sur la dogmatique juridique. Des doutes subsistaient également quant à la question de savoir s'il devait exister une discipline spécifique – la « sociologie du droit » – ou si la sociologie ne devait pas plutôt être à la disposition du droit pour lui fournir des renseignements dans tous ses domaines de recherche. Et, à plus forte raison, il n'existait aucune sociologie adéquate de la dogmatique juridique, pas plus que de la théorie du droit ¹.

Sur toutes ces questions, les choses n'ont pas beaucoup évolué ces deux dernières décennies. On peut tout au plus constater que les attentes bien optimistes à l'égard d'une contribution de la sociologie à l'administration de la justice se sont affaiblies et se sont adaptées aux réalités. Des impulsions en faveur d'un changement radical de ces interrogations ne doivent être attendues actuellement ni du côté de la science du droit ni de celui de la sociologie. D'une manière surprenante, elles viennent aujourd'hui, pour les deux disciplines, de l'extérieur : à partir de recherches qui, sous des dénominations telles que la théorie générale des systèmes, la cybernétique (de la troisième ou quatrième génération), la logique polyvalente, la théorie des machines, la théorie de l'information, attirent récemment l'attention d'une manière croissante, en tant qu'elles offrent une théorie générale des systèmes « autopoïétiques » autoréférentiels.

Actuellement, ce détour par la théorie générale engendre plus de confusion que de clarté et plus de problèmes et de questions ouvertes que de réponses. Ceci, en définitive, est sans rapport avec le fait que les propositions théoriques en présence ont une origine mathématique, biologique ou neurophysiologique et qu'elles ne prennent pas en considération les particularités des faits psychiques et sociaux. Il n'y a jusqu'ici dans cette discussion aucune place pour des systèmes qui réalisent leurs opérations par l'intermédiaire du « sens ». La nouvelle découverte réside précisément

1. Cf., pour quelques travaux théoriques récents, mais non intégrés, Erk Volkmar Heyer (ed.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft, Ius Commune*, Sonderheft 26, Frankfurt, 1986.

dans le mode de fonctionnement circulaire, récursif et autoréférentiel des systèmes biologiques, voire physiques tout simplement. De cette manière, le « sujet » se trouve détrôné de ses prétentions exclusives à l'autoréférence. Par contre, ceci ne signifie pas nécessairement que les systèmes psychiques et sociaux doivent être interprétés désormais sur le modèle des systèmes biologiques. Une simple analogie serait aussi erronée qu'une acception exclusivement métaphorique des termes biologiques ou sociologiques. Il s'agirait davantage de construire une théorie générale des systèmes autopoïétiques qui puisse se référer à des fondements différents, comprendre et assimiler des expériences qui se trouvent transmises à partir de domaines aussi différents que la vie, la conscience et la communication sociale. L'incertitude actuelle est avant tout conditionnée par le fait qu'une telle théorie générale n'existe pas et que l'on travaille donc souvent trop directement sur la base d'emprunts aux mathématiques ou à la biologie, sans contrôler la transposition.

En ce qui concerne l'application de la théorie des systèmes autopoïétiques au droit, s'ajoute un problème plus spécifique. Lorsqu'on veut concevoir le droit comme un système social, on ne peut le faire qu'en ayant égard à ce que ce système est un sous-système du système qu'est la société, à côté duquel existent d'autres sous-systèmes. Lorsqu'on veut comprendre la société elle-même comme un système social différencié, cela présuppose l'existence d'une théorie générale des systèmes sociaux qui puisse traiter non seulement de ce système global, mais encore d'autres, comme par exemple les interactions entre les personnes ou les organisations. Les choix des théories doivent ainsi être répartis sur plusieurs plans et être contrôlés en conséquence sur le point de savoir si ce que l'on affirme pour le droit ne vaut pas aussi pour la société dans son ensemble ou même pour tout système autopoïétique.

Les développements qui suivent se concentrent sur le système juridique et doivent donc faire abstraction, dans une large mesure, de ces problèmes d'articulation sur plusieurs plans². Cette lacune prend ainsi, dans le traitement d'une situation relativement concrète, la forme d'une abstraction excessive. Il convient ni de s'en effrayer, ni de la considérer comme une preuve de scientificité. Ce n'est que de cette façon qu'il est possible de confronter les théories générales aux réalités des domaines concrets de recherche, afin d'apercevoir si et, le cas échéant, avec quelles modifications, elles sont opérationnelles.

Il y a, avant tout, deux innovations pouvant être mises à profit par une sociologie du droit qui se veut fondée d'un point de vue théorique : (1) la théorie de la différenciation des systèmes qui, sous l'impulsion de la théorie générale des systèmes, conçoit la différenciation comme l'établissement de relations entre le système et son environnement ; et (2) l'hypothèse qu'une telle différenciation

2. Voir à ce sujet Niklas Luhmann, *Soziale Systeme : Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984.

externe n'est possible que par l'établissement d'une clôture autoréférentielle des systèmes qui se différencient, parce que ceux-ci n'ont aucune autre possibilité de distinguer leurs propres opérations de celles de leur environnement. À l'aide de ces deux hypothèses, on peut (1) parvenir à comprendre la dimension sociale du droit et (2), en même temps, mieux comprendre qu'auparavant le travail de réflexion réalisé par le système juridique lui-même, qu'il s'agisse de la dogmatique ou de la théorie du droit, conçu comme le produit de l'autoréférence du système. Ceci exige, de toute façon, une démonstration soumise au contrôle d'une théorie systématisée qui soit beaucoup plus précise qu'elle ne l'a été habituellement jusqu'ici.

Avant tout, l'on doit écarter des formules comme celle selon laquelle il existerait des relations entre le droit et la société (ce qui laisse entendre que le droit est un phénomène extérieur à la société). Le système juridique est un système fonctionnel qui se différencie à l'intérieur de la société. Au moyen de ses propres opérations, il assure donc toujours aussi l'autoreproduction (autopoïèse) du système social. Il utilise, à cette fin, des moyens de communication que l'on ne peut jamais totalement dissocier d'un sens intelligible normal, quel que soit l'ésotérisme qui puisse découler de leur caractère abstrait. Cela signifie non seulement que le système juridique remplit une fonction pour la société, qu'il est à son « service », mais aussi qu'il participe à sa construction réelle, de telle façon qu'en droit, comme partout dans la société, le sens usuel des mots (les noms, les chiffres, les signes désignant des objets ou des actions, etc.) peut et doit être présupposé. Monsieur Müller est également Monsieur Müller dans le système juridique et quand il se contente de l'alléguer et que cette question doit être examinée au sein du système juridique, l'existence d'une langue généralement intelligible est également indispensable.

Par ailleurs, le système juridique se distingue lui-même de l'environnement intrasociétaire (et naturellement aussi extrasociétaire) du droit. Il ne s'identifie ni à la politique, ni à l'économie, ni à la religion, ni à l'éducation, il ne produit aucune œuvre d'art, ne guérit aucune maladie, ne diffuse aucune nouvelle, bien qu'il ne puisse exister sans que tout cela ait lieu. Il est et reste donc, dans une grande mesure, dépendant de son environnement comme tout système autopoïétique, et « l'artificialité » de la différenciation fonctionnelle du système social accroît encore cette dépendance. Par ailleurs, il est, en tant que système clos, totalement autonome sur le plan de ses propres opérations. Seul le droit peut dire ce qui est juridiquement légal et illégal et, pour trancher cette question, il faut toujours prendre en considération les résultats des opérations propres du système et des conséquences qui en découlent pour des opérations suivantes. Il doit nécessairement reproduire sa propre capacité opérationnelle à travers chacune de ses propres opéra-

tions. Il acquiert sa propre stabilité structurelle comme résultat de cette récursivité et pas du tout à partir d'un input avantageux ou d'un output méritoire.

À l'encontre de l'expression usuelle d'« autonomie relative », l'on souligne ainsi davantage aussi bien la dépendance que l'indépendance du droit. En d'autres termes, la théorie sociologique montre, lorsqu'elle est formulée comme théorie du système juridique, beaucoup plus de liens de dépendance et beaucoup plus de liens d'indépendance que ne le suggère l'opinion juridique courante, et elle doit précisément, pour cette raison, renoncer à la formule malléable de l'« autonomie relative ». À partir de la notion de différenciation externe se dégage une relation accrue de dépendance et d'indépendance, parce que la différenciation conduit à un degré plus élevé de complexité dans les relations entre le système et son environnement. Le concept d'autonomie du système juridique ne peut, pour cette raison, être formulé au niveau des relations (causales) de dépendance et d'indépendance. Il ne décrit rien d'autre que la clôture opérationnelle du système comme condition d'ouverture de celui-ci³. Une telle théorie ne peut cependant convaincre que si elle parvient à déterminer précisément en quoi consiste la clôture spécifique du système et comment elle conditionne son ouverture. Ce résultat peut être atteint en décrivant de manière plus précise en quoi consistent les opérations élémentaires du droit (qui ne se produisent nulle part ailleurs qu'en droit) et comment elles se reproduisent en se référant les unes aux autres.

Le droit traite d'une façon différente de tout autre système des attentes normatives qui sont dotées d'une capacité de résistance en cas de conflit⁴. Le droit, en effet, ne peut pas garantir que les attentes correspondantes ne seront pas déçues, mais il peut garantir qu'elles seront maintenues en tant qu'attentes, même dans le cas où elles sont déçues et que l'on peut le savoir et le faire savoir d'avance. La normativité n'est donc, d'un point de vue sociologique, rien d'autre qu'une stabilité contre les faits ou une forme particulièrement exigeante de facticité. Pour dire les choses en d'autres termes : le droit, dans la mesure où il protège des attentes, dispense de la prétention de connaître les conflits et de s'y adapter. Il laisse ainsi entrevoir la solution des conflits (et assure en même temps la possibilité d'enquêter sur les conflits et d'en venir à bout), car il décide au préalable à ce sujet (comme toujours dans les cas particuliers douteux) qui doit et qui ne doit pas les connaître.

En ce qui concerne le traitement de ces attentes, l'existence d'un code binaire s'avère nécessaire, qui comprenne une valeur positive (légal) et une valeur négative (illégal), et exclut par un procédé aussi bien les contradictions (le légal est illégal, l'illégal est légal) qu'une troisième valeur (comme l'utilité ou l'opportunité politique). Le codage possède une signification décisive pour la diffé-

3. Cf. à cet égard Edgar Morin, *La Méthode*, vol. 1, Paris, 1977, *passim* et, en ce qui concerne la biologie, Francisco Varela, *Principles of Biological Autonomy*, New York, 1979.

4. Pour approfondir ce sujet, cf. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2^e éd., Opladen, 1983.

renciation du système juridique car il lui fournit une contingence propre et intrinsèquement constitutive. Tout ce qui pénètre dans le domaine de pertinence du droit peut être considéré comme légal ou illégal et ce qui ne se conforme pas à ce codage ne ressort du droit que s'il est considéré comme en relevant à titre de question préalable, et à l'issue de décisions relatives à ce qui est légal et illégal.

Au terme d'une analyse plus approfondie, il apparaîtrait que ce codage remplit une double fonction. Il sert, d'une part, à simuler le problème de la déception des attentes, en ce qu'il prévoit que se réalise soit l'attente soit le comportement qui la déçoit, c'est-à-dire ce qui fait l'objet d'une appréciation soit positive, soit négative. Dans cette mesure, le code est lié à la fonction du droit. Simultanément, il sert également à contrôler la cohérence interne permanente du système, c'est-à-dire l'actualisation de sa mémoire. La mémoire n'est, en effet, rien d'autre qu'un contrôle de cohérence et présuppose, pour cette raison, vraisemblablement déjà à un niveau neurophysiologique⁵, un codage binaire qui puisse constater aussi bien les cohérences que les incohérences et les utiliser en connexion avec des opérations ultérieures. La première fonction du codage est de permettre la différenciation du système en rapport avec la mission spécifique du droit. Sa deuxième fonction est d'assurer la reproduction autopoïétique du système, c'est-à-dire la clôture de la cohérence dans la reproduction. Il permet de placer tout traitement des attentes normatives sous l'angle dominant de savoir s'il est compatible ou non avec le traitement des attentes réalisé jusqu'ici.

À partir du moment où cette double fonction et, par le fait même, l'autopoïèse du droit, sont assurées, le système peut développer des processus réflexifs et, en définitive, également une autoréflexion, c'est-à-dire régler la régulation et donc aussi régler juridiquement la transformation du droit et évaluer l'ensemble du système à partir de points de vue qui lui sont propres, tels que l'idée de justice.

Dans les pages qui suivent, nous traiterons de quelques conséquences découlant de ce point de départ théorique. Ce qu'il faut particulièrement prendre en considération, ce sont les aspects sous lesquels cette théorie conduit à des interprétations qui, jusqu'ici, ont été conçues autrement ou ont été entièrement négligées.

Avant tout, la conséquence résultant de la théorie de l'autopoïèse en droit réside en ce que les frontières du système sont tracées autrement qu'elles ne l'étaient habituellement jusqu'ici (y compris d'ailleurs dans la façon dont la sociologie traitait le droit d'un point de vue théorique et systématique). Jusqu'ici, l'on avait traité le système juridique soit d'un point de vue juridique comme un ensemble de normes ou comme un système de connaissances dans lequel on s'abstrait de la réalité sociale. Le système juridique

5. Cf. Heinz von Foerster, « What is Memory that it may have Hindsight and Foresight as well ? », in Samuel Bogoch (ed.), *The Future of the Brain Sciences*, New York, 1969, p. 19-64.

était conçu par les juristes comme un macrotexte. Ou bien l'on visait, comme c'est habituellement le cas en sociologie, les institutions qui s'occupent le plus officiellement du droit, que ce soit une organisation (comme c'est en particulier le cas pour les juridictions), ou la profession des juristes. De ce point de vue, l'on pouvait alors traiter empiriquement des problèmes comme « l'accès au droit ». En même temps, il était difficile de distinguer le système juridique de l'État en tant que représentant de l'organisation et source de pouvoir. L'influence politique exercée sur le droit était comprise comme une sorte d'input (du droit dans le droit ?), ou bien même le système juridique global était conçu dans la perspective du système politique comme « implémentation » de la politique. Ambivalente comme toujours, cette perspective a manifestement marqué également l'attitude des juristes à l'égard du droit et de la politique ⁶.

L'hypothèse d'une clôture autoréférentielle conduit à des propositions tout à fait différentes au sujet des frontières du système. Elles se trouvent définies non à un niveau institutionnel, mais opérationnel et même, selon l'interprétation des observateurs sociologiques, par le système juridique lui-même à l'aide de la référence récursive des opérations aux résultats (ou à l'attente) des opérations du même système. En conséquence, toute communication qui avance ou écarte une proposition juridique constitue une opération du système juridique – même si celle-ci se réalise toujours à l'occasion d'un litige avec un voisin, lors d'un accident de la circulation, lors d'un contrôle policier ou à quelque autre occasion. Il suffit que la communication s'adapte au système et cela se produit déjà par l'usage du code légal/illégal. Il existe naturellement aussi une observation externe du droit, par exemple dans les comptes rendus assurés par la presse ; et il existe aussi dans le système d'enseignement un traitement pédagogique du droit, qui se contente de simuler les cas juridiques et ne contribue ainsi à aucune décision. Toute référence au droit n'a donc pas la nature d'une opération interne au système juridique. Cependant, chaque fois qu'une communication intervient dans le contexte d'une application du droit, de la prise en considération d'un conflit juridique, d'une modification du droit, et donc dans le traitement des attentes normatives de nature juridique, il s'agit d'une opération interne au système juridique définissant simultanément les frontières du système juridique par rapport au contexte quotidien qui fournit l'occasion de soulever une question de droit.

À ces frontières du système, on peut particulièrement bien étudier l'effet de filtrage du système juridique. On aperçoit clairement, par exemple, combien il peut être difficile, dans des relations vécues qui se prolongent (mariage, relations de travail, relations de voisinage) de se référer en général au droit, afin d'insister sur les aspects qui lui sont propres. La rigidité du code binaire, à savoir le

6. Cela a notamment pour conséquence que l'on doit trouver chez les juristes une compréhension plus grande que dans les autres professions du contexte politique de leur propre pratique. Cf. Elmar Lange/Niklas Luhmann, « Juristen – Berufswahl und Karrieren », *Verwaltungsarchiv*, 64, 1974, p. 113-162 (157 et suiv.).

fait que la désignation des opinions contraires comme illégales soit liée à l'affirmation de la position spécifique du droit, fait apparaître clairement la raison de cette difficulté ; et un regard sur les cultures juridiques d'Extrême Orient montre également que la référence au droit peut être caractérisée comme une perspective centrée sur l'idée de conflit et qu'elle se trouve, pour cette raison, institutionnellement dissuadée.

Il est certain qu'il existe une relation entre la complexité du droit, le manque évident de transparence qui en résulte et le niveau de ce seuil de dissuasion. Une corruption du droit (considérée comme normale dans le cadre d'une étude comparée des civilisations) peut également agir de manière dissuasive. On doit en conclure, dans une perspective réaliste, que le droit s'adapte aux intérêts dominants et que, socialement, il ne pourrait pas se maintenir ni s'appliquer autrement (ce qui, du reste, ne signifie pas nécessairement que cette situation soit efficace en termes de politique juridique, ni qu'elle soit entretenue consciemment). De ce point de vue, l'étonnant est plutôt le degré que peut malgré tout atteindre la diminution de la corruption du droit. Afin que le seuil de dissuasion diminue, on s'en remet à un juge objectif. Par ailleurs, cet allègement accroît précisément la complexité du droit, le nombre et la diversité des affaires et, par le fait même, les besoins de régulation augmentent et le seuil de dissuasion se déplace de la corruption vers la complexité. Il acquiert ainsi une forme contre laquelle le système juridique lui-même est impuissant et qui, pour cette raison, accompagne l'histoire du droit comme une plainte constamment reproduite⁷.

Si l'on accepte cette prémisse, il n'y a plus de sens à accepter l'idée que les structures du système juridique qui règlent, pour leur part, la production de ses opérations, puissent être spécifiées en termes d'input et d'output. La spécification des structures pré-suppose toujours des opérations de système. Ceci ne contredit pas l'hypothèse d'une proximité normale du droit par rapport aux intérêts. Cela n'exclut pas non plus qu'un observateur extérieur puisse décrire le système juridique à l'aide d'un modèle conçu en termes d'input, de transformation et d'output. Seulement, une telle description doit nécessairement désigner cette transformation sous la forme d'une « boîte noire » et doit prendre en considération le fait que le droit adapte ses réactions à sa situation propre du moment, que celle-ci peut se transformer, même lorsque les intérêts extérieurs ne se modifient pas, et qu'il ne fonctionne donc pas comme une « machine ordinaire ». Cependant, dans la mesure où ces données sont prises en considération, il est indiqué de se passer d'un modèle en termes d'input/output à la théorie des systèmes autoréférentiels⁸. Celle-ci convient mieux à la situation telle qu'elle se présente en fait.

7. Cf., à titre d'exemple, le discours préliminaire in Simon-Nicolas-Henri Linguet, *Théorie des lois civiles ou Principes fondamentaux de la société*, Londres, 1767, vol. 1, p. 1-177.

8. Cf. aussi la distinction entre couplage par input et couplage par clôture faite par Francisco Varela, « L'auto-organisation : de l'apparence au mécanisme », in Paul Dumouchel/Jean-Pierre Dupuy (eds.), *L'auto-organisation : de la physique au politique*, Paris, 1983, p. 147-164.

L'avantage peut-être le plus important de cette théorie d'un système juridique clos et autoréférentiel réside dans sa proximité par rapport aux représentations des juristes présentes dans la dogmatique juridique et la théorie du droit, proximité qui, une fois encore, surprend et irrite par son effet d'étrangeté⁹. La théorie sociologique s'efforce de reconstruire non seulement les comportements, mais encore les représentations des juristes ou, du moins, la façon dont le système juridique engendre des auto-observations et des autodescriptions. En cela, il ne s'agit pas davantage d'une « critique des idéologies » que d'une sociologie de la connaissance de style classique, qui se serait efforcée de rapporter les manières de penser à des intérêts ou à des positions sociales et, ainsi, de les expliquer.

Le point de départ consiste dans la thèse qu'un système autoréférentiel ne peut relier et reproduire ses propres opérations que sur la base d'une auto-observation et d'une autodescription l'accompagnant. Pour dire les choses très simplement, l'on a besoin de « raisons » pour pouvoir traiter de manière sélective l'infinité de relations internes possibles et contrôler leur consistance ou leur inconsistance. Il en résulte que tout traitement des attentes s'accompagne toujours aussi d'une observation du contrôle, qui permet de voir comment le monde est observé, c'est-à-dire que l'on communique ainsi de quelle manière il est pertinent ou non, dans le système, de communiquer. Les juristes qualifient cela d'« argumentation ». Dans un contexte sociologique, on parlerait plutôt de « redondance », c'est-à-dire d'une réduction de l'effet de surprise des opérations isolées¹⁰.

Chaque système complexe doit équilibrer la variété, c'est-à-dire le nombre et la diversité de ses éléments de base, avec la redondance. Il ne peut pas opérer dans un environnement complexe dépourvu de toute surprise et de manière totalement rigide, mais doit s'attendre à des perturbations qui interrompent la pratique habituelle. Par contre, si le droit doit assurer la sécurité, cette ouverture ne peut pas être poussée trop loin. Il faut prévoir de la redondance, c'est-à-dire aboutir à ce que la connaissance d'un ou de quelques éléments (par exemple, la connaissance des décisions judiciaires importantes ou la connaissance des décisions relatives aux lois) permette des déductions concernant le comportement du système dans des cas concrets.

Cette question de choix entre une variété et une redondance relativement plus élevées est en rapport étroit avec les relations que le système établit avec d'autres systèmes et avec son environnement. On peut partir du fait que, dans des interactions entre des systèmes élastiques et rigides, les systèmes élastiques s'adaptent à ceux qui sont rigides, tout comme le sable s'adapte à la pierre, mais non l'inverse. Une culture de l'argumentation en droit, qui produit de la variété dans une mesure importante, souligne peut-

9. Un problème rigoureusement parallèle se pose en ce qui concerne le rapport à la théologie et il existe déjà à ce sujet une discussion plus circonstanciée. Cf. Wolfhart Pannenberg, « Die Allgemeingültigkeit der Religion », *Evangelische Kommentare*, 11, 1978, p. 356-357 ; Fritthard Scholz, *Freiheit als Indifferenz : Alteuropäische Probleme mit der Systemtheorie Niklas Luhmanns*, Frankfurt, 1982 ; Detelef Pollack, *Die Religionstheorie Niklas Luhmanns und ihre systemtheoretischen Voraussetzungen*, Diss. Leipzig, 1984 ; Hans Moritz, « Religion und Gesellschaft in der DDR », *Theologische Literaturzeitung*, 110, 1985, p. 573-588 ; Michael Welker (ed.), *Theologie und funktionale Systemtheorie : Luhmanns Religionssoziologie in der theologischen Diskussion*, Frankfurt, 1985.

10. Au sujet de la reconstruction de l'argumentation comme traitement de la redondance, cf. aussi Niklas Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt, 1986, p. 31 suiv. ; cf. aussi Giorgio Lazzaro, *Entropia della legge*, Torino, 1985.

être la particularité de chaque cas individuel et se contente de formules générales dépourvues de signification telles que « proportionnalité » ou « équilibre des intérêts », tendra à ouvrir le système de droit à une adaptation à des systèmes environnants relativement rigides tels que de grandes organisations technologiques ou d'investissement de capitaux, tandis qu'un système juridique rigide, hautement redondant, peut s'imposer lui-même, avec quelles conséquences sociales que ce soit, contre les systèmes plus élastiques qui font partie de son environnement et adopter surtout des moyens de communication hautement élastiques tels que l'argent ou le pouvoir politique comme modes d'intervention.

Ceci ne constitue que l'un des nombreux exemples de ce que l'analyse sociologique, par le biais d'une compréhension particulière de la façon dont les systèmes s'observent et se décrivent eux-mêmes, produit en même temps un effet de mise à distance. La reconstruction de l'argumentation comme traitement de la redondance ne conçoit pas l'argumentation comme elle est entendue par ceux qui la développent. Elle la conçoit, non comme la recherche d'arguments raisonnables et convaincants, mais comme dépassement de la contingence et renforcement de la cohésion du système. La description sociologique décrit l'autodescription du système d'une manière telle qu'elle ne puisse pas rentrer dans cette auto-description (bien que, en ce qui concerne cette question-ci, on n'ait pas dit le dernier mot). Elle observe par conséquent toujours le système juridique à l'aide du schéma manifeste/latent, et voit donc aussi que le système ne voit pas, qu'il ne voit pas ce qu'il ne voit pas. Mais, ce faisant, à la différence de la critique des idéologies, aucun effet de démystification ni de rationalisation ne se trouve recherché. Cette manière de voir résulte plutôt impérativement de l'hypothèse que chaque système autopoïétique différencie ses propres opérations à l'aide de ses propres distinctions et que, pour cette raison, s'il veut maintenir la différenciation, il est dorénavant empêché de s'écarter à son tour de ces différences.

Jusqu'à quel point cette impossibilité se manifeste-t-elle dans la dogmatique ? Cette question peut rester ouverte. Elle dépend en tout cas du code lui-même. Le traitement de la question, à savoir si la distinction du légal et de l'illégal est utilisée à tort ou à raison, conduirait le système à des paradoxes ou, à tout le moins, bloquerait les opérations qui se rattachent à cette question. L'observation et la description, en théorie du droit, de l'unité du système juridique, doivent présupposer l'acceptabilité du code. Elles ne peuvent partir ni d'une tautologie (le droit est ce que le droit est) ni d'un paradoxe (le droit est ce que le droit n'est pas). Elles doivent élucider cette possibilité de déterminer l'unité du système dans le système lui-même ; elles doivent dépouiller la description du système de toute tautologie et de tout paradoxe et doivent en même temps rendre invisibles les opérations par lesquelles cela se réalise ¹¹. Le

11. Cf. à ce sujet également Yves Barel, *Le paradoxe et le système : essai sur le fantastique social*, Grenoble, 1979 ; (idem), *De la fermeture à l'ouverture en passant par l'autonomie*, in Dumouchel-Dupuy, *op. cit.*, (1983), p. 466-475 ; cf. en outre, comme étude de cas dans une perspective d'histoire de la théorie du droit, Niklas Luhmann, « Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte », *Rechtshistorisches Journal*, 3, 1984, p. 133-149.

sociologue peut, quand il lui importe de le faire, observer les efforts de la théorie du droit pour dépouiller le système de toute tautologie et de tout paradoxe à l'aide du schéma latent/manifeste ; il identifie alors les fonctions latentes de l'intention manifeste du discours juridique, qui s'ordonne différemment. La théorie générale des systèmes a, à cet effet, à sa disposition la distinction entre nécessités naturelle et artificielle¹² : ce qui permet de se défaire de la tautologie et du paradoxe apparaît au regard du système lui-même comme une nécessité naturelle. Un observateur peut, au contraire, identifier les fonctions de ces performances sémantiques et, pour cette raison, en plus d'autres, réfléchir à des possibilités équivalentes d'un point de vue fonctionnel ; chaque solution sémantique particulière de ce problème lui apparaît comme liée aux circonstances et comme contingente, comme dirigée vers l'achèvement d'une vraisemblance dans des situations sociales déterminées.

À l'aide d'une théorie générale des systèmes autopoïétiques et autoréférentiels, on peut enfin mieux qu'autrefois relier la théorie des systèmes à la théorie de l'évolution. En définitive, cela conduit à un affaiblissement du concept d'« adaptation » à l'environnement, dans lequel on ne peut expliquer adéquatement ni la constance des formes dans l'évolution naturelle, ni la cadence simultanée des innovations. Cela vaut déjà pour la théorie de l'évolution des systèmes vivants mais, à plus forte raison encore, pour la théorie de l'évolution sociale.

Des évolutions spécifiques deviennent possibles quand la différenciation de systèmes autopoïétiques particuliers réussit ; car, dès qu'il en est ainsi, un système peut varier ses structures, pour autant que cela soit conciliable avec la continuation de sa propre reproduction. Des systèmes autopoïétiques peuvent profiter non seulement des impulsions accidentelles, événementielles et contingentes issues de l'environnement, mais encore des défauts de reproduction dans leurs propres opérations, afin d'établir et de modifier des structures. En même temps, les possibilités sont souvent plus fortement limitées par des exigences de consistance interne que par des problèmes de capacité de survie dans l'environnement ; en d'autres termes, très souvent un système n'utilise pas le degré de liberté que lui laisse l'environnement et limite sa propre évolution davantage qu'il ne le serait nécessaire d'un point de vue écologique¹³. Malgré cette modification de l'appareil théorique classique du darwinisme, il reste cependant exact de caractériser l'évolution par une différence non programmée (non coordonnée et, en ce sens, utilisant les aléas) de variation, de sélection et de rééquilibrage.

Une théorie de l'évolution du droit doit dès lors élucider deux questions : 1) quel problème conduit à la différenciation d'une évolution juridique particulière dans le cadre d'une évolution géné-

12. Cf. Lars Löfgren, « Some Foundational Views on General Systems and the Hempel Paradox », *International Journal of General Systems*, 4, 1978, p. 243-253.

13. Cf. également à ce sujet, en ce qui concerne un concept d'organisation entendu au sens large, Karl Weick, *The Social Psychology of Organizing*, 2e éd., Reading, Mass. 1979.

rale de la société et 2) de quelle manière l'autopoïèse du droit est-elle de nature à pouvoir se poursuivre en cas de changements de structure ? La réponse à ces questions doit être fournie à la lumière du principe de variation, car ce n'est que lorsque la variation présente des propriétés particulières que peut se développer un mécanisme spécifique de sélection.

Le problème que suscite une évolution particulière du droit pourrait résider dans l'incertitude quant au fait de savoir si des attentes – et lesquelles – s'imposent en cas de conflit ou au moins apparaissent comme fondées d'un point de vue empirique. Ce problème gagne donc alors en actualité, sinon de prime abord, parce que, au sein de la structure sociale segmentaire, il définit et établit qui doit se trouver de quel côté, qui doit vérifier le bien-fondé des prétentions, prêter serment et se battre en cas de nécessité. L'évolution du droit commence par la décongestion des structures sociales segmentaires, et avant tout par l'introduction d'une incertitude suffisante dans les conflits sociaux. C'est en effet alors qu'il importe de savoir comment cette incertitude se trouve éliminée et c'est à cette fin que des critères de sélection se développent alors. Une certaine indépendance des rôles religieux ou politiques par rapport aux liens de parenté ou de voisinage qui seraient invoqués, pourrait avoir été décisive à cet égard. Quoi qu'il en soit, la mise en route d'une évolution juridique ne dépend pas de ce que des compétences aient été instituées en vue de prendre des décisions ayant une force juridique obligatoire (« judiciaire »). Une telle organisation est encore inconcevable pour des sociétés archaïques tardives dont le développement est considérable, voire même probablement pour la culture mycénienne. Elle présuppose une quantité critique de règles juridiques, déjà existantes et évoluées, qui permettent de se représenter une telle compétence comme dépendant du droit. Ou, selon une formulation théorique : l'autopoïèse du droit, la production du droit par le droit, doit déjà être possible pour que l'institution centrale qu'est une juridiction ayant un pouvoir de décision obligatoire qui la rend possible, soit elle-même possible. L'évolution n'agit pas directement mais par épigénèse. Ce n'est qu'ainsi que peuvent apparaître des innovations qui se présupposent elles-mêmes. Les observateurs contemporains donnent cependant au paradoxe de l'asymétrie découlant de la formation d'un cercle une signification mythique ou religieuse. L'aréopage fut institué par une intervention divine. Le droit est posé par Dieu en cachette. Ou bien alors, plus tard et d'une manière plus civilisée, il se trouve créé par Dieu sous forme de nature humaine.

C'est seulement lorsqu'une différenciation suffisante dans la variation et la sélection est assurée et que toute prétention juridique n'est plus considérée en même temps comme légale et illégale mais bien comme l'une ou l'autre selon le cas, que les critères de la sélection peuvent se développer. Ce n'est qu'après une longue pra-

tique juridique et par l'observation des changements dans le temps que se dégage la possibilité de distinguer entre sélection et stabilisation. Le système juridique qui est déjà évolué développe des possibilités de réflexion, met en question sa propre « justice », a recours (comme dans la limitation des réclamations et des recouvrements de dettes, ou comme dans la « réforme de Solon ») à des idées morales pour assurer la protection de l'économie de subsistance¹⁴. La religion et la morale apportent des limites à la structure argumentative qui sert de fondement au droit et aussi à la possibilité de donner au droit la stabilité de la tradition. À cela s'ajoute le fait que le droit, grâce aux particularités de sa pratique organisationnelle, spécialement à Rome, peut devenir à ce point complexe que la connaissance juridique ne peut plus être considérée normalement comme une connaissance aristocratique. Le besoin se fait jour d'organisations particulières de formation. Nous en connaissons le résultat sous le concept (désignant, à l'origine, l'enseignement) d'institution. La stabilisation du droit est transformée en une dogmatisation et une systématisation qui, de son côté, survit alors au changement social grâce à sa propre capacité d'innovation dans les concepts.

Si l'on considère les particularités du droit positif moderne à partir de cet arrière-plan, il apparaît alors qu'à de nombreux égards cette forme d'évolution ne joue plus. Peut-être est-elle trop lente pour notre situation. Quoi qu'il en soit, le choc des variations ne réside plus dans la prévention de conflits prévisibles, mais le droit pose des lignes de conduite qui, pour leur part, sont elles-mêmes dotées d'une capacité conflictuelle. Le droit engendre les conflits dont il a besoin pour sa propre évolution et perfectionne même ainsi sa propre autopoïèse. Il décrète que seule une quantité limitée de vin est susceptible d'être subventionnée et il résout ainsi les problèmes dérivés qui, pour leur part, sont de nouveau assimilés par le système juridique sous la forme de problèmes juridiques¹⁵. En conséquence, le droit évolue si vite – il ne peut être question de régularité ! – que les moyens traditionnels de stabilisation ne sont plus d'aucune utilité. Le droit échappe au contrôle dogmatique. Il n'est plus possible de le caractériser comme système de normes ni, à plus forte raison, comme système de « connaissances », mais uniquement encore comme un système social déterminé par un code qui lui est propre. La stabilisation ne réside plus maintenant que dans la positivité de la validité juridique, c'est-à-dire dans le fait que des normes déterminées ont été mises en vigueur par des décisions (qu'elles émanent du législateur, du juge ou de l'opinion dominante des commentateurs) et *n'ont pas encore été modifiées*. La stabilité du droit doit, pour cette raison, être conçue d'une manière conséquente dans le temps et les questions circonstancielles n'interviennent que sous l'angle de la complexité. Elles rendent les changements difficiles et il en résulte que le droit, malgré un

14. À ce sujet, d'un point de vue moderne voir E.P. Thompson, « The Moral Economy of the English Crowd in the 18th Century », *Past and Present*, 50, 1971, p. 76-136 ; James C. Scott, *The Moral Economy of the Peasant : Rebellion and Subsistence in Southeast Asia*, New Haven, 1976.

15. Ou, pour montrer que le phénomène n'est pas entièrement nouveau, on peut citer encore un exemple emprunté au XVIII^e siècle : le droit décrète, pour le bien du fabricant de boutons, que les boutons ne peuvent pas être fabriqués dans la même matière que le vêtement (voir Victor de Riqueti, *Marquis de Mirabeau, l'ami des hommes*, cité dans l'édition parue à Paris en 1883, p. 90).

16. Note de discussion dans Peter Koslowski (ed.), *Die religiöse Dimension der Gesellschaft : Religion und ihre Theorie*, Tübingen, 1985, p. 45.

17. Adaptation dans le sens visé par Philippe Nonet/Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, London, 1978 ; cf. aussi Gunther Teubner, « Substantive and Reflexive Elements in Modern Law », *Law and Society Review*, 17, 1983, p. 249-284.

18. Cf. à ce sujet Klaus Krippendorff, « Paradox and Information », in Brenda Dervin/Melvin J. Voigt (eds.), *Progress in Communication Sciences*, 5, 1984, p. 45-71. Cette hypothèse de la fécondité des paradoxes se dégage en général d'une vieille tradition de la rhétorique qui consiste, en érigeant en paradoxes des opinions et des préférences courantes, à démontrer que le contraire est également susceptible d'être vrai – une entreprise qui peut, dès lors, aussi s'ériger elle-même en paradoxe. Cf. par exemple les deux ouvrages de Ortensio Lando, *Paradossi, cioe sententie fuori del comun parere...*, Vinegia, 1545, et de même, *Confutatione del libro de paradossi nuovamente composta, in tre orationi distinta*, s.l. s.d.

19. Mais se présentent aussi chez beaucoup d'autres, afin de justifier des distinctions reconues. C'est ainsi, par exemple, que toute justification théorique transcendantale du droit se trouve exposée à la question de savoir si la distinction entre transcendantal et empirique est elle-même transcendantale et si ce qui est empirique doit être qualifié de transcendantal ou d'empirique, comme Kant l'a suggéré personnellement à la fin du XVIII^e siècle.

rythme de changement fort accéléré, demeure en gros et d'une façon générale ce qu'il est. On pourrait aussi ajouter ce qu'Odo Marquard fait remarquer pour le concept fonctionnel de religion et pour la possibilité de conversion d'une religion en quelque équivalent fonctionnel : il n'y a aucun souci à se faire, cela durerait trop longtemps en raison de la complexité de ce processus, de telle sorte que nous mourons toujours avant que la conversion ne réussisse¹⁶.

La théorie du droit a eu jusqu'ici (et peut-être pour toujours ?) du mal à concevoir cette positivité du droit comme remplaçant toute idée de fondement externe (avant tout moral). La tendance du XIX^e siècle à concevoir le droit comme une garantie de la liberté (c'est-à-dire de la liberté d'un comportement irrationnel et immoral) et à mettre en œuvre la décomposition de l'unité traditionnelle de la raison et de la morale n'a pas pu s'imposer. Même Kelsen utilise encore une norme fondamentale, bien que ce soit avec le statut ambivalent d'une hypothèse de théorie de la connaissance. Et pour le juriste ordinaire, doit demeurer tout à fait inacceptable l'idée que des arguments, même bons et pertinents, ne mènent à rien d'autre qu'à la validation de l'argumentation, c'est-à-dire à la consolidation de sa redondance. Dans ces conditions, la théorie des systèmes autopoïétiques offre au moins la possibilité d'une description adéquate. Quant à savoir si cette description peut être présentée dans le système juridique lui-même, c'est-à-dire si elle peut être utilisée comme autodescription de ce système, nous devons souvent laisser (et cela signifie abandonner) la réponse à l'évolution. La théorie des systèmes autopoïétiques, dans ces conditions, ne peut qu'utiliser de la manière la plus claire possible sa propre autopoïèse.

La question du fondement et de la justification de la validité juridique est aussi liée à l'hypothèse d'un rapport d'accroissement en termes de clôture et d'ouverture. Ce n'est que comme système clos autoréférentiel que le système juridique peut développer une « adaptation » aux intérêts sociaux¹⁷. En la considérant ainsi, l'évolution (au niveau des organismes comme au niveau des systèmes sociaux) assure la sélection des formes qui donnent la possibilité d'une complexité plus élevée dans la combinaison entre clôture et ouverture. Cependant, cela ne signifie précisément pas une meilleure adaptation à des intérêts sociaux préexistants ; et, par conséquent, pas non plus une plus grande corruption du droit.

Un deuxième point de vue qui est lié à ces considérations concerne la création de paradoxes¹⁸. Par « paradoxe », on vise un phénomène d'observation ou de description qui consiste en ce que l'acceptation d'une description entraîne l'acceptation de la description contraire. L'observation de paradoxes, comme ils résultent par exemple de l'application du code à lui-même¹⁹, fait obstacle à l'observation et à la description du système, bien que l'observateur

doive concéder simultanément que le système ne se trouve pas bloqué par les paradoxes dans sa propre autopoïèse. Le système, en d'autres termes, en tant que système paradoxal, en même temps se laisse et ne se laisse pas observer. L'observateur doit donc transformer cette autocréation paradoxale en une particularité de son objet, et cela en posant la question de savoir comment le système dissout lui-même ces paradoxes²⁰.

Ces considérations valent aussi bien pour l'observation externe que pour l'auto-observation. Elles suscitent, par conséquent, un problème sur lequel la sociologie et la théorie du droit peuvent travailler de concert. Pour la théorie du droit, cela supposerait, il est vrai, qu'elle rompe avec les évidences admises jusqu'ici concernant les fonctions remplies par la dissolution des paradoxes et qu'elle passe ainsi des nécessités naturelles aux nécessités artificielles²¹. Et cela ne sera, certes, possible que si la sociologie est en mesure d'offrir, pour franchir ce pas dans l'inconnu et pour expliquer ainsi ce qui est latent, beaucoup plus de certitudes théoriques qu'elle ne l'a fait jusqu'ici.

20. Cf. à ce sujet les références *supra*, note 10.

21. Cf. note 12.