L'unité du système juridique (*)

Niklas LUHMANN
Université de Bielefeld (RFA)

RÉSUMÉ. — L'auteur résume sa théorie du système juridique conçu comme système auto-créateur. Cela implique que le système soit à la fois clos du point de vue normatif et ouvert du point de vue des informations provenant de l'environnement.

I

Quand on parle de « système », on présuppose à l'ordinaire et sans le dire son unité. Une ancienne tradition épistémologique définissait formellement un système comme une construction faite à partir d'un principe (1). Le néo-kantisme, en particulier, donna à cette notion une forme plus consistante et plus élaborée en y voyant un ordonnancement, dans le cadre de lois, d'objets qui revendiquent, non pas une existence empirique, mais la validité (2). Les juristes sont restés fidèles à cette inspiration, alors que l'unité de la connais-

(*) Traduit de l'allemand par Jacques DAGORY. Nous remercions la revue *Rechtstheorie* et l'auteur de nous avoir autorisé à publier en français cet article, précédemment paru sous le titre de « Die Einheit des *Rechtssystems* », *in Rechtstheorie*,, 14 (1983), pp. 129-154.

(1) Souvent aussi l'unité était conçue, d'après la « Critique de la faculté de juger », comme un « but ». Dans le dictionnaire de Grimm (en allemand, 4e partie, volume 10, Leipzig, 1942, col. 1433), les deux éléments sont juxtaposés dans la définition : « un ensemble ayant une structure significative, dont l'enchaînement des parties est orienté vers un but ou unifié par leur subordination à un principe, une idée ou une loi supérieure ». Mais Schleiermacher s'était déjà nettement écarté de cette conception et avait porté une attention caractéristique au problème de la contingence : « le but s'éloigne d'autant plus de l'idée (c'est-à-dire de l'unité interne de l'œuvre : addition de N.L.) que sa réalisation dépend davantage du libre arbitre (*Herméneutique et critique,* en allemand, éd. par Manfred Frank, Francfort, 1977, p. 175).

(2) V. Arthur LIEBERT, *Le problème de la validité* (en allemand, 2e édition, Leipzig 1920, notamment p. 108 et s.).

sance a maintenant fait place à l'unité de l'Etat et de la nation (3), Coing, par exemple, écrit : « nous entendons par système l'ordonnancement de connaissances sous un point de vue unitaire » (4). Dans toute la mesure où le savoir juridique ne se conçoit pas seulement comme une doctrine du droit, mais comme le science particulière de ce qui est valide, on est incité à relier cette revendication à la théorie de la validité et ainsi à rester attaché à la conception néo-kantienne du système. Mais, comme les juristes en ont bien conscience, rien n'y correspond dans la réalité effective du droit (5). Et les recherches sur la théorie proprement dite des systèmes n'en font pas davantage mention. On présuppose tout simplement l'unité du système sans avoir l'idée de chercher à savoir comment le système acquiert cette unité.

C'est là une situation dont on ne peut se satisfaire. Il en résulte, semble-t-il, que les sociologues laissent aux juristes, et les juristes aux sociologues, le soin de formuler des propositions sur l'unité du droit. Les juristes se contentent essentiellement d'examiner la cohérence logique et comprennent donc l'unité comme l'interdépendance (relative) des décisions. L'unité apparaît alors jusqu'à la limite où un changement dans la réalité juridique entraînerait avec lui un trop grand nombre d'autres changements pour être encore praticable. La sociologie du droit ne s'intéresse qu'aux corrélations entre les facteurs juridiques et extra-juridiques et, de plus, même si elle parle de système juridique, ne considère jamais son unité (6). De la sorte, demeurent obscurs de nombreux problèmes connexes et longuement discutés : ainsi, la délimitation (ou la fusion ?) du droit et de la politique, la portée du technicisme social (« social engineering ») dans le droit, la pertinence du conséquentialisme ou encore cette critique du droit d'un nouveau genre qui se plaint de la place excessive tenue par lui.

(3) Cf. Karl ENGISCH, *L'unité de l'ordre juridique* (en allemand, Heidelberg, 1935). Cette position n'est, du reste, nullement aussi extrême et isolée qu'il pourrait le paraître dans une critique politique faite après coup. La théorie de l'institution utilisée pour définir l'ordre juridique (Durkheim, Duguit, Santi Romano) avait aussi ramené l'unité de celui-ci au fait extra-juridique de la société, et dans la sociologie allemande après 1933 les concepts de société et de peuple furent tout simplement pris l'un pour l'autre.

(4) Helmut COING, *Histoire et signification de l'idée du système dans la science juridique* (en allemand, Francfort, 1956), p. 26.

(5) Par suite, l'idée d'unité s'estompe dans les publications récentes touchant à la théorie juridique et on se préoccupe plutôt de la méthode et de la technique de systématisation. Cf. par exemple (encore sous le titre « l'unité des normes juridiques ») Hans-Martin PAWLOWSKI, *Méthodologie à l'usage des juristes : théorie de la norme et de la loi* (en allemand, Heidelberg, 1981, p. 220 et suiv.), Werner KRAWIETZ, « Système juridique et rationalité dans la doctrine juridique » (en allemand), *in* Aulis Aarnio, Ilkka Niiniluoto et Jyrki Uusitalo (dir.) « Méthodologie et épistémologie de l'argumentation juridique » (en allemand), *in Rechtstheorie*, supp. 2, 1981, p. 299-335.

(6) Cf. Lawrence FRIEDMAN, *Le système juridique : perspective de science sociale* (en anglais, New York, 1975). Vilhelm Aubert, dans *A la recherche du droit : introduction sociologique au droit* (en anglais, Oxford, 1983, p. 28) précise, du reste, explicitement qu'un concept du droit et une détermination précise des limites du système juridique n'ont aucun intérêt sociologique.

Ces problématiques nouvelles, tout autant que les traditionnelles, pâtissent du fait qu'il n'existe pas de concept clair de l'unité du droit et qu'on ne peut pas savoir avec certitude si somme toute il s'agit vraiment (et dans quel sens) d'un problème de concept, ni non plus s'il y a un concept (et un seul et unique concept) à pouvoir exprimer l'unité d'un objet. La théorie des systèmes n'est sans doute pas forcément la seule méthode pour aborder la question de l'unité du droit. Mais, ne pouvant faire sérieusement état d'aucune autre pour le moment, nous allons admettre par principe la nécessité de réaliser l'unité du droit sous la forme de l'unité du système juridique et, par conséquent, nous demander comment on doit comprendre cette dernière.

II

De nouvelles tendances dans la théorie des systèmes cherchent précisément une réponse à cette question. Elles utilisent à cet effet l'idée d'auto-référence, ou des idées qui en dérivent. Le projet aboutit ainsi à une théorie des systèmes auto-référentiels. Ici, on renonce à prendre pour point de départ la liaison traditionnelle qui rattache l'idée d'auto-référence à la conscience. Par là, on rejette la thèse de la conscience propre à un sujet (au sens de « *subjectum, d'hypokeimenon* »), et en même temps la primauté de la différence épistémologique entre le sujet et l'objet. A la place, on distingue deux sortes d'opérations, à savoir l'auto-reproduction et l'observation, cette dernière pouvant être l'observation de soi ou celle d'autrui.

Si l'on rapporte ces recherches, certes encore rudimentaires, à la vieille question de l'unité dans la multiplicité (à laquelle s'efforçait de trouver une réponse possible la théorie du caractère transcendantal de la conscience), on peut définir les systèmes auto-référentiels comme étant « ceux qui produisent eux-mêmes en tant qu'unité toute chose qu'ils utilisent comme unité ». L'extension qu'y gagne la construction théorique se trouve soulignée par le fait que les termes « produire » et « unité » peuvent avoir des significations diverses. Le mot « produire » a des significations bien différentes selon qu'il s'applique à des processus de chimie, de biologie, de conscience ou de communication (c'est-à-dire à des systèmes chimiques, biologiques, psychiques ou sociaux) (7). Quant à l'« unité », elle ne signifie pas seulement l'unité du système lui-même, mais

(7) Cette extension et cette généralisation de la théorie des systèmes auto-référentiels sont sujettes à controverses. On la limitait traditionnellement à la conscience, alors qu'aujourd'hui on l'applique plutôt aux systèmes vivants (ou même aux cellules dans leur contexte génétique). V. Francisco VARELA, *Principes d'autonomie biologique* (en anglais, New York, 1979) ; et *id.*, « Description de la logique du vivant : adéquation et limites de l'idée d'auto-création », *in* Milan Zeleny (dir), *Auto-création : une théorie de l'organisme vivant* (en anglais, New York, 1981, p. 36-49).

aussi et surtout celle des éléments derniers dont il se compose et celle des processus dans lesquels les opérations du système combinent ces éléments.

C'est l'élargissement du concept d'unité englobant la constitution des éléments dont se compose le système qui donne toute sa valeur à la nouveauté de la théorie. Pour confirmer le progrès que celle-ci réalise, on utilise de plus en plus l'expression de « systèmes auto-créateurs », en se référant à la terminologie proposée par Humberto Maturana (8). Il ne s'agit pas seulement d'« existence » ou de « conservation de l'existence » (9), ni de simples problèmes d'« auto-organisation » qui ne concernent que le niveau de la structure (10). Il s'agit des éléments dont se compose le système. L'idée centrale et décisive, c'est que les éléments présupposent une extraordinaire complexité quant à leur base d'énergie et de matière, mais fonctionnent néanmoins dans les systèmes comme des unités indissolubles pour chacun d'eux, par exemple en tant que molécules, cellules, idées ou actions. L'unité indivisible d'un élément « pour le système » ne peut se constituer que « par le système » : elle résulte de sa capacité de liaison, qui est produite « dans le système ». Ainsi donc, un système auto-créateur constitue les éléments dont il se compose par le moyen des éléments dont il se compose, et par là il établit des limites qui n'existent pas dans la complexité de l'infrastructure formant l'environnement du système (11).

Dans le domaine des systèmes d'action, Parsons s'est déjà explicitement posé la question de la constitution de l'« acte-unité », mais il n'a vu que deux réponses

(8) V. Humberto MATURANA, *Pour connaître l'organisation et la concrétisation corporelle de la réalité, choix de travaux sur l'épistémologie biologique* (en traduction allemande, Braunschweig, 1982).

(9) Ni non plus d'un prolongement du dédoublement irréductible de la conservation de soi et de la conscience de soi, dans laquelle Dieter Henrich reconnaît la structure fondamentale de la philosophie moderne. Voir « la structure fondamentale de la philosophie moderne », *in* Hans Ebeling (dir). *Subjectivité et conservation de soi : essai de diagnostic de la modernité* (en allemand, Francfort, 1976, p. 97-143, et surtout 110 et suiv.)

(10) Sur cette discussion soulevée autour des années 1950 et 1960 par les réflexions sur l'auto-programmation des ordinateurs, V. Marshall Jovits et Scott Cameron (dir.), *Systèmes auto-organisateurs* (en anglais, Oxford, 1960) ; Marshall Yovits, Georges Jacobi, et Gordon Goldstein, *Systèmes auto-organisateurs* (en anglais, Washington, 1962) ; Heinz Von FOERSTER et Georges ZOPF (dir.), *Principes d'auto-organisation* (en anglais, Oxford, 1962). Même dans la doctrine actuelle, on perçoit encore principalement l'auto-référence comme une auto-organisation. Voir comme exemple caractéristique Erich JANTSCH, *L'univers de l'auto-organisation, implications scientifiques et humaines de l'émergence d'un modèle d'évolution* (en anglais, Oxford, 1980). Mais, avec l'auto-organisation, il s'agit toujours de la seule capacité pour les systèmes de changer leurs propres structures en se fondant sur leur propre expérience de l'environnement.

(11) Voici une définition semblable formulée par Humberto Maturana : « Selon notre théorie, il y a des systèmes qui se définissent comme des unités, en tant qu'ils sont des réseaux de production de composants qui (1) engendrent et réalisent par récursivité, à travers leurs interactions, le réseau qui les produit et (2) qui constituent, dans le champ de leur existence, les limites de ce réseau comme des composants qui participent à sa réalisation » (« Autocréation », *in* Zeleny, *op. cit.* p. 21-33, sp. 21). Cette formulation, il est vrai, ne met pas en lumière ce qui est notre propos dans le texte ci-dessus : la production de « l'unité » des éléments.

possibles entre lesquelles il a balancé : l'une rattachée à la volonté subjective, l'autre à l'analyse cognitive (12). Plus on voyait clairement, dans le développement de la théorie, que le système lié à la personne ne pouvait contribuer à l'action qu'à titre de simple composante, plus on se trouvait contraint d'adopter une théorie « purement analytique » du système d'action. La dissociation des éléments de l'action et la conception qui, sur cette base, établit l'émergence de l'unité d'action, voilà une opération qui ne restait praticable que pour un observateur extérieur (un analyste). Cette théorie, avec l'obscurité de ses fondements épistémologiques, équivalait ainsi à une sorte de « mariage de circonstance » entre l'analyse et la réalité. C'est ici précisément que la théorie des systèmes auto-référentiels introduit un point de départ nouveau et différent. Un système d'action se compose, lui aussi, des seuls éléments qui sont formés par les opérations des éléments du système lui-même. Il est donc dans l'incapacité de dissocier lui-même ses éléments (comme chez Parsons). Mais (à l'encontre de ce dernier) il est absurde de confier cette tâche à un observateur analyste, parce que, dans chaque opération de dissociation, il méconnaîtrait la réalité, c'est-à-dire le fait que le système se produit et se reproduit lui-même (13).

A la différence de certaines tentatives antérieures pour introduire l'idée d'auto-création dans le domaine de la sociologie, nous ne voyons pas seulement dans cette idée une nouvelle explication de l'individualité des systèmes organiques ou psychiques (14). Elle n'aurait pas alors un grand intérêt pour l'analyse des systèmes sociaux. Bien plutôt peut-on considérer ceux-ci comme des catégories spéciales de systèmes auto-créateurs. C'est le seul moyen d'arriver à expliquer l'unité d'un système social, en l'occurrence celle du système juridique, précisément grâce à l'auto-création de l'unité de ce système.

Cette tendance à entreprendre une théorie des systèmes auto-référentiels a pour résultat peut-être le plus important une nouvelle conception de la « clôture » de ces systèmes. Cette clôture n'implique, cependant, ni une absence d'environnement, ni une entière détermination par soi (15). Elle tient bien plu-

(12) Cf. *La structure de l'action sociale* (en anglais, New York, 1937, p. 43 et s.)

(13) Bien entendu, on rejette ici non seulement un réductionnisme « analytique », mais aussi toute réduction des systèmes auto-référentiels à un autre niveau de réalité. Donc, il n'y a pas de réduction de la communication à la conscience, ni de la conscience à la vie, ni de la vie à des processus chimiques, etc.

(14) V. Peter HEJL, *La science sociale comme théorie des systèmes auto-référentiels* (en allemand, Francfort, 1982) ; id., « La théorie des systèmes auto-créateurs : perspectives sociologiques », *in Rechtstheorie*, 13, 1982 (en allemand, p. 45-88). R. DIAZ, dans « Autocréation et processus judiciaire » (*in Rechsthéorie 11*, 1980, p. 257-282, en anglais) veut appliquer l'idée d'auto-création au processus des décisions judiciaires, mais sa tentative reste dépendante de ses présupposes subjectifs et traite le système juridique comme un simple « domaine du consentement » où prend forme la volonté subjective, mais non pas comme un système auto-créateur de nature particulière.

(15) La théorie ancienne et traditionnelle des systèmes s'était toujours fondée sur cette seule interprétation. Voir, parmi beaucoup d'autres, A. HALL et R. FAGEN, *Définition du système, systèmes généraux* 1 (en anglais, 1956, p. 18-28, sp. 25 et s.)

tôt au fait que toutes les opérations reproduisent toujours le système. Pour les systèmes de signification, on peut aussi l'exprimer en disant que le système, dans chaque opération, contrôle les possibilités de négation qui lui sont « propres » et ainsi agit tout comme le ferait ce que von Foerster appelle « un ordinateur d'ordinateur » (16). En d'autres termes, il faut qu'il dispose du code de la différence entre le oui et le non et qu'il puisse annuler les négations qui lui sont constamment concomitantes et constamment inhérentes. Le code juridique du légal et de l'illégal n'est qu'une application de ce principe très général, et la réalité juridique n'est rien d'autre que le corrélat d'un mode autoréférentiel d'opération qui se reproduit suivant ce code.

III

Quelle est donc cette unité élémentaire, cet « acte unité », cette sorte d'atome indécomposable dont la production, dans un processus fermé et récursif, constitue le système juridique ? Dans une théorie des systèmes auto-créateurs où l'unité du système n'est rien d'autre que la fermeture récursive de la production des éléments du système par les éléments du système, la réponse à cette question commande tout le reste.

Pourtant, nous ne pouvons pas donner immédiatement une réponse dégagée de toute ambiguïté. Il faut commencer par introduire une distinction qui permet de l'éclairer : la distinction entre la « communication » et l'« action » et, par suite, entre, d'une part, la « reproduction » et, de l'autre, l'« auto-observation » et l'« auto-description » du système. La raison de cette difficulté se trouve déjà dans la théorie générale des systèmes sociaux (17). Ceux-ci ne peuvent se reproduire que grâce à une communication (constamment autoréférentielle). Il faut donc tout d'abord qu'ils forment des unités d'une communication compréhensible, en rassemblant et unifiant les informations, les messages et les compréhensions : c'est la compréhension (c'est-à-dire une sorte de « double vue ») qui seule donne à un système de communication le moyen de se reproduire, et ici, comme il s'agit d'ouvrir la situation à une acceptation ou à un rejet, la plus petite unité de signification même susceptible de négation fait fonction d'élément. Mais, en même temps, ce procédé nécessite une réduction à l'action, car celle-ci détermine qui peut entretenir la communica-

(16) Ou simplement un « ordinateur ». Voir « Pour une construction de la réalité », *in* Wolfgang Preiser (dir.), *Recherches d'un modèle d'environnement* (en anglais, vol. 2, Strandsbourg Pen., 1973, p. 35-46). La réalité est alors uniquement ce qui rend possible ce procédé d'auto-limitation.

(17) Cf. encore Niklas LUHMANN, « Auto-création, action et compréhension de la communication » (en allemand), *in Zeitschrift für Soziologie*, 11, 1982, p. 366-379.

tion, avec qui et sur quoi (18). Il faut donc que s'introduise par soi-même dans le système social qui s'auto-reproduit une auto-observation ou auto-description du système fortement simplificatrice, afin de permettre l'établissement suffisamment rapide de liaisons suffisamment simplifiées (partenaires, thèmes, informations, messages, ainsi que toutes les abstentions qui y correspondent) pour la formation d'éléments ultérieurs. Telle est, comme on l'a dit, l'exigence qui commande le cours de l'auto-continuation et sans laquelle le système cesserait tout simplement d'exister.

Si l'on interprète le système juridique comme un système social, on y retrouve les mêmes relations. Le droit n'existe que dans la communication (ou, en termes psychologiques, dans une perspective de communication). Ici encore, la communication signifie la synthèse des informations, des messages et des compréhensions, et non pas uniquement l'activité propre aux messages et prise en elle-même. La différenciation du droit se trouve, par conséquent, tout d'abord dans le réglage thématique des processus de communication. Toute signification, même celle de faits purement événementiels, peut en venir à relever de la compétence du droit, c'est-à-dire à entrer dans l'auto-reproduction du système juridique. La pratique du droit exige la connaissance du monde, mais, à l'intérieur de ce domaine de compétence, il y a le noyau substantiel de l'action qui opère la valorisation juridique : elle change la situation de droit, déclenche des conséquences juridiques et, par là, rend possibles de nouvelles attentes normatives qui, sans cette opération de déclenchement, n'auraient pas acquis de caractère juridique. C'est le système juridique qui définit les types d'événements qui ont un tel effet, et il est impossible d'en décider sans la connaissance du système juridique. La constitution de ces éléments est une œuvre propre au système juridique : elle se fait dans le processus d'auto-observation et d'auto-description du système. Un jugement sur ce point est subordonné à l'observation de l'auto-observation du système.

Nous ne pouvons pas nous étendre ici sur les questions doctrinales liées à une théorie de cette action qui effectue l'opération juridique, sur les problèmes d'abstention, d'imputation, etc. Nous avançons seulement la proposition suivante : la différenciation du système juridique exige de faire une généralisation des éventualités qui en relèvent et de les réduire à une auto-description

(18) Le raisonnement n'est pas tout à fait convaincant, ni en logique ni pour la théorie. Comme toujours avec les données fonctionnelles, d'autres réductions possibles, fonctionnellement équivalentes, ne sont pas à exclure. Mais la réduction à l'action s'est progressivement si bien confirmée et imposée que la sociologie même ne voit plus guère cette difficulté et interprète les systèmes sociaux tout uniment comme des systèmes d'action. Souvent aussi on commet l'erreur (que le langage explique malheureusement trop bien) d'interpréter la communication simplement comme une sorte d'action (messages) et par là d'inclure la théorie de la communication dans une théorie générale de l'action. Voir par exemple Abraham MOLES et Elisabeth ROHMER, *Théorie des actes : vers une écologie des actions* (en français, Paris, 1977, p. 15 et s.)

en tant que systèmes d'action (19). Il s'ensuit, comme principale conséquence pour la théorie, que les événements « ne peuvent détenir le caractère d'unité élémentaire du système juridique que s'ils changent la situation juridique ». La raison qui permet de l'attribuer tient précisément au fait que c'est là le moyen par lequel on met en œuvre la différence entre la continuité et la discontinuité et qu'il est dès lors normalement possible de déterminer avec une facilité et une rapidité suffisantes ce qui, sous l'effet d'une certaine opération juridique, a changé et ce qui n'a pas changé.

La fonction qui assure la formation de l'unité, et qui présuppose toujours la différenciation, consiste dans l'auto-création du système, c'est-à-dire, comme pour tous les systèmes d'action, dans la production à la fois continue et discontinue d'éléments toujours nouveaux (20). Cela implique que l'auto-reproduction du droit se réalise dans un changement du droit, en transférant le caractère de validité normative à des attentes partiellement nouvelles. Le droit se voit donc constamment soumis à de menues variations, et les grandes catégories consacrées, comme le contrat ou la loi, sont tout simplement les formes différenciées de cette situation. La positivité du droit, c'est son auto-création, et voilà précisément pourquoi il peut y avoir une reproduction divergente, sous la forme soit d'une évolution presque imperceptible, soit d'un changement élaboré de structure. Les changements structurels, par conséquent, ne supposent aucun principe spécial de « légitimation », ni droit supérieur ni norme suprême. Ils ne sont, aussi bien, dans tous les cas que des possibilités juridiques.

IV

L'amorce d'une théorie renouvelée des systèmes auto-référentiels modifie la base à partir de laquelle la sociologie doit nécessairement traiter la relation entre la société et le droit. La force obligatoire du droit n'est pas seulement une expression qui représente symboliquement la société prise comme un fait social. L'unité du droit ne peut pas se ramener directement ainsi à l'unité de

(19) Particulièrement intéressants à cet égard sont les cas limites de la naissance, de l'enfantement et de la mort, qui, tout en changeant la situation juridique, ne peuvent pas être conçus comme des actions juridiques ni devoir à d'autres actions leur pertinence juridique. On pourrait certes dire qu'ils la doivent à une décision du législateur. Mais celui-ci s'est soigneusement gardé de l'énoncer expressément. (On peut remarquer que la formule du paragraphe 1 du Code civil allemand ne porte que sur la datation). A tout le moins, l'option reste ouverte en faveur d'un droit compris comme la codification de droits transcendants de l'homme.

(20) Les analyses qui insistent radicalement sur la dimension temporelle sont rares non seulement chez les théoriciens du droit, mais aussi chez les sociologues. Un exemple, cependant : Dag OSTERBERG, *Essai de méta-sociologie* (en anglais, Pittsburg, 1976, not. p. 64 et s.)

la société, ni encore moins la validité normative à un fait social évalué et apprécié. Au contraire, quand on s'interroge sur l'auto-création du système social global de la société, on commence par se heurter à un problème fondamental dont la solution seule permettra de trouver une réponse à la question de l'unité du système juridique.

Le système de la société se compose de communications dotées de signification, des seules communications et de toutes les communications. Il forme ses unités élémentaires grâce à la synthèse des informations, des messages et des compréhensions, c'est-à-dire à la synthèse de trois sortes de sélections que le système peut en partie (mais en partie seulement) contrôler. Comme la formation de tels éléments présuppose toujours la société et toujours la perpétue, il n'y a pas de communication en dehors de la société et donc pas non plus de communication de la société avec son environnement. Personne ne peut communiquer (au sens d'une communication complète) sans par là constituer la société, mais le système lui-même de la société (précisément pour cette raison) n'a pas la capacité de communiquer : il ne peut trouver en dehors de lui-même aucun destinataire à qui il pourrait communiquer un message quelconque.

La société, dans ces conditions, est un système auto-créateur, au sens précis du terme dans la théorie des systèmes auto-référentiels. Elle a sa propre unité en tant qu'elle est auto-création et seulement en tant que telle. Elle est en ce sens un « système fermé », d'une clôture récursive, qui ne peut ni faire dépendre de l'environnement ses propres opérations ni non plus les faire passer dans l'environnement. Elle est en même temps, et sur la seule base de cette fermeture, un « système ouvert ». Elle ne peut pas avoir de communication avec l'environnement, mais elle peut et doit nécessairement en avoir à propos de lui. La communication, certes, implique toujours une communication sur la communication et se reproduit par ce moyen, mais elle ne peut pas communiquer exclusivement sur la communication.

C'est là une situation parfaitement claire, sans équivoque, et qui ne soulève pas de difficultés de principe pour le concept d'unité ni pour la délimitation du système et de l'environnement. Tous les systèmes sociaux qui se forment à l'intérieur de la société sont donc tenus de donner à leurs éléments derniers la forme de communications. Le système juridique, lui aussi, se compose uniquement d'actions de communication qui déclenchent des conséquences juridiques, et non pas, par exemple, d'événements naturels ni de comportements individuels isolés dont personne n'est le témoin. Il consiste tout justement à thématiser de tels faits, ceux-là et d'autres, dans une communication qui les traite, « eux », comme relevant du droit et qui par là se subordonne « elle même » au système juridique.

Le problème, c'est qu'il n'existe pas d'autre système social, pas de sous-système formé à l'intérieur de la société qui puisse être déjà une unité dans ce même sens d'une typique des opérations et donc d'une communication. Car,

pour tous les autres systèmes sociaux, il y a aussi une communication dans leur environnement intra-sociétal et même éventuellement avec leurs environnements respectifs. Tous les sous-systèmes, certes, étant des systèmes de communication, sont une réalisation et une reproduction de la société, et ils ne peuvent être des systèmes sociaux que de cette façon ; mais cela ne suffit pas à leur donner l'unité ni la fermeture auto-référentielle, car ils ne peuvent acquérir ces caractères qu'en se différenciant d'un environnement intra-sociétal qui communique pareillement. La simple participation à l'auto-création de la société ne rend les sous-systèmes ni proprement auto-créateurs ni non plus maîtres de leur propre unité. Précisément, suivant la théorie des systèmes auto-référentiels, l'« unité » est un caractère non transférable. Nous rencontrons, par conséquent, la question de savoir s'il est vrai qu'un sous-système de la société, en l'occurrence le système juridique, peut, et de quelle manière, organiser malgré tout une fermeture récursive propre ; ou, en d'autres termes, comment, tout en participant à la communication de la société, il peut néanmoins trouver un mode propre de formation des éléments derniers pour lesquels il n'y a pas de correspondants dans l'environnement du sous-système.

V

L'exemple du système juridique fait voir comment se résout le problème de la différenciation dans le domaine des systèmes sociaux, sans que naturellement on puisse en tirer des conclusions directes pour les autres sortes de systèmes. Cet éclaircissement, si c'en est un, permet d'espérer un double bénéfice : pour la théorie du système juridique, mais aussi notamment pour une théorie plus générale de la différenciation de la société.

La différenciation d'un système juridique a pour base fondamentale la possibilité de distinguer les attentes « normatives » et les attentes « cognitives ». La solution du problème consiste à utiliser une telle différence en l'orientant sur la « fonction du droit » (21).

Les attentes sont qualifiées de normatives si, à leur création, il est entendu qu'elles n'auront pas besoin de modifications en cas de déconvenues. C'est la solution contraire qui est valable pour les attentes cognitives. Par conséquent, la question porte sur la différence entre les circonstances dans lesquelles il y a, ou non, une étude des situations futures encore incertaines, sur le choix préalable de la stratégie, sur la façon de résorber l'incertitude. Cette relation contingente, c'est-à-dire à proprement parler la fonction qui établit le schéma de répartition entre le normatif et le cognitif, se trouve alors reportée dans la détermination de la signification et elle ne s'exprime plus que dans le caractère de

(21) V. § VII. Pour un exposé détaillé, cf. aussi Niklas LUHMANN, *Sociologie du droit* (en allemand, vol. 1, Reinbek, 1972, p. 40 et s.).

l'attente. Elle a un caractère de norme ou de connaissance en fonction de la forme qui lui sert de base pour résorber l'incertitude. En tout cas, il s'agit là d'une différence artificielle qu'il ne faut nullement appliquer à toutes les attentes de comportement, mais qu'on utilise seulement quand il convient de déterminer par avance, dans l'éventualité de déconvenues, la stratégie des opérations dans le contexte de communication de la société.

Les systèmes juridiques utilisent cette différence pour combiner la clôture de l'auto-reproduction et l'ouverture de leur relation à l'environnement. En d'autres termes, le droit est un système « de clôture normative », mais « d'ouverture cognitive » (22). L'auto-création du système juridique est normativement fermée par le fait que seul ce système peut conférer un caractère juridiquement normatif à ses éléments et par là les constituer comme éléments. La normativité n'a pas d'autre but ultérieur (au sens d'une « fin » intentionnelle). Sa fonction consiste en la possibilité de se créer continuellement soi-même, instant par instant, cas pas cas, coup par coup, et elle est destinée précisément à ne pas trouver de fin. Ainsi, le système reproduit ses éléments par ses éléments, en transférant ce caractère de signification d'un instant à l'autre et par là en procurant toujours à de nouveaux éléments une validité normative. A cet égard, il est fermé en face de l'environnement. Cela signifie qu'aucun événement relevant du droit ne peut faire découler sa normativité de l'environnement du système. De ce point de vue, il reste dépendant de la corrélation auto-génératrice des éléments juridiques et des limites de cette corrélation.

En même temps, et précisément en rapport avec cette clôture, le système juridique est cognitivement ouvert. Dans chacun de ses éléments et dans leur constante reproduction, il dépend de sa capacité à déterminer si certaines conditions se trouvent, ou non, remplies. Par la programmation, il se rend lui-même dépendant des faits, et il peut aussi changer son programme si la pression des faits l'impose. Ainsi, toute opération juridique, tout processus juridique d'information utilise simultanément les orientations normatives et les orientations cognitives, qui ont entre elles des liens simultanés et nécessaires, mais sans avoir la même fonction. Le caractère de norme sert à l'auto-création du système, à son auto-continuation, qui le différencie de l'environnement. Le caractère cognitif sert à la coordination de ce processus avec l'environnement du système (23).

(22) On peut faire remonter des formules de ce genre dans la théorie des systèmes à la définition célèbre que W. Ross ASHBY (dans : *Introduction à la cybernétique*, en anglais, Londres, 1956, p. 4) a donnée d'un système cybernétique : un système « ouvert à l'énergie, mais fermé à l'information et au contrôle ».

(23) Pour plus de clarté, il peut être utile de considérer un cas parallèle. Le système économique est, lui aussi, différencié en tant que système auto-créateur. Il rattache toutes ses opérations à des paiements et, d'un point de vue monétaire, c'est un système fermé. Il n'y a pas de paiements en dehors de l'économie, pas même à titre « d'entrée » ou de « sortie » de l'économie. Les paiements servent uniquement à rendre possibles d'autres paiements, c'est-à-dire à assurer l'auto-création du système économique. Mais précisément cette clô-

Si cette coopération de la clôture (normative) et de l'ouverture (cognitive) est une condition de la constante auto-reproduction et si elle n'est elle-même rien d'autre que l'unité du système, l'« auto-référence » ne peut jamais être une totale auto-détermination ni jamais non plus une auto-observation totale (ou même seulement adéquate). Elle est toujours seulement une « auto-référence concomitante », elle est pour ainsi dire cette relation d'unité qui rend possible l'auto-réalisation de l'unité. Ce n'est pas un principe « fondateur », ni une idée régulatrice, ni non plus assurément une méta-norme qui justifirait tout droit. Pour faire une comparaison de théories, il est clair que « l'auto-référence concomitante » tient la place qu'une construction théologique du monde réservait à la création continue et celle que la théorie transcendantale demandait de remplir à certains faits privilégiés de conscience. Mais le projet théorique ici ébauché évite de plaquer sur quoi que ce soit, sans aucune symétrie, ce principe de concomitance (24). Au contraire, notre propos porte sur le rapport d'asymétrie fondamentale de l'auto-création récursive, qui forme des systèmes dans les cas (et dans les seuls cas) où elle se fait asymétrique.

En réfléchissant à la nature récursive des processus auto-créateurs, c'est-à-dire à leur structure « symétrique », nous aboutissons dès lors à mettre en valeur notre ébauche théorique en lui donnant un grand poids, une très large portée pour la théorie du droit. Chacun des éléments doit son caractère de norme à celui des autres éléments, auxquels s'applique la même règle. Il ne peut donc pas y avoir de hiérarchies de normes (25). Pour ce qui concerne la normativité, entre la loi et la décision judiciaire existe même un strict rapport de symétrie. Les lois ont valeur de règles normatives uniquement parce qu'il est prévu qu'elles soient appliquées dans les jugements, de la même façon que ces jugements peuvent régler normativement des situations uniquement parce que cela est prévu par les lois. Concernant la normativité, entre la règle et le jugement qui l'applique existe donc une relation circulaire (26). L'auto-création agit au-

ture est le fondement d'une ouverture du système d'une très grande portée, car chaque paiement exige un motif qui finalement se rapporte à la satisfaction d'un besoin. Cf. encore Niklas LUHMANN, « La nature des prix » (en allemand) *in Sozial Welt*, 34, 1983, p. 153-170.

(24) Un rappel de la tradition apparaît cependant par l'emploi du mot « concomitance ».

(25) Il en va de même (ici encore contrairement à des théories courantes) pour l'auto-création de la vie dans les systèmes organiques. Cf. Gehrard ROTH, « La théorie des systèmes biologiques et le problème du réductionnisme » (en anglais), in Gehrard ROTH et Helmut SCHWEGLER (dir.), *Systèmes d'auto-organisation : introduction interdisciplinaire* (en anglais, Francfort, 1981, p. 106-120) ; id., « Les conditions de l'évolution et l'adaptation dans les organismes pris comme des systèmes auto-créateurs » (en anglais), *in* D. MOSSAKOWSKI et G. ROTH (dir.), *L'adaptation à l'environnement et l'évolution* (en anglais, Stuttgart, 1982, p. 37-48, not. 40 et s.).

(26) Cf. Torstein ECKHOFF SUNDBY et Nils Kristien SUNDBY, « La notion de norme(s) de base dans le droit », *in Etudes scandinaves de droit* (en anglais, 1975, p. 123-151), les auteurs assimilant cette circularité à la rétroaction cybernétique, ce que nous évitons de faire. Torstein ECKHOFF, « La rétroaction dans le raisonnement juridique et les systèmes de règles », *in Etudes scandinaves de droit* (en anglais, 1978, p. 41-51). Moins radicale est la théorie, qui remonte à Adolf Merkl et à Hans Kelsen, de la construction de l'ordre juridi-

delà de toute déduction et au-delà de toute causalité (27). Ainsi, les normes ne sont pas renvoyées à des principes derniers ni à des instances ultimes, dans lesquelles s'opérerait la fusion de la normativité et de la connaissance, de la validité et de l'être (28). La normativité, étant soutenue par les attentes malgré les déconvenues, reste toujours et partout la même.

La théorie juridique de Hart (29) doit elle-même composer avec ces conditions. Pour en donner un aperçu sommaire, cette théorie constitue l'unité du droit dans une relation auto-compensatoire. Une couche de règles primaires, en raison de la faiblesse qui leur est inhérente (incertitude, nature statique, manque d'effectivité) doit trouver un complément dans une couche de règles secondaires. Mais, dans les opérations juridiques, la corrélation de ces deux plans ne peut se voir à la fois reconnue et mise en œuvre que si l'un et l'autre admettent le même caractère normatif. Sinon, la compensation des insuffisances du droit resterait (ce qui est fort possible) extérieure au droit.

Il y a aussi, évidemment, des rapports d'asymétrie dans le système juridique. Aucun système ne peut s'en passer, car cela signifierait une existence de pure tautologie, sans aucune détermination possible. « Il faut cependant que tous les rapports d'asymétrie s'introduisent dans le système juridique par le canal des orientations cognitives », et fassent ainsi l'articulation des dispositions du système à la connaissance. Le juge est dans une dépendance uniquement cognitive, non pas normative, à l'égard de la loi (30) : il lui faut vérifier

que par degrés : pour elle, à « chacun » des degrés, la création et l'application du droit se présentent dans un rapport de mélange, et seul celui-ci a des degrés. Cf. Theo OHLINGER, *La construction de l'ordre juridique par degrès : perspectives de théorie et d'idéologie du droit* (en allemand, Vienne, 1975, note, p. 10 et suiv., 38 et suiv.). Telle est l'idée qu'il faut avoir si l'on veut construire une hiérarchie comprenant plus de deux degrés. (Le même problème se pose avec la distinction entre pur et impur dans le système des castes hindoues). Ce serait pousser plus outre que de concevoir le rapport de la création et de l'application du droit comme circulaire à chaque degré, c'est-à-dire comme auto-référentiel. La construction par degrés consisterait alors à dissocier et à hiérarchiser l'auto-référence fondamentale du système.

(27) Heinz von FOERSTER dirait : au niveau d'une cybernétique de second degré, où la référence à la réalité est remplacée par la récursivité. Voir pour un examen plus développé : « La cybernétique d'une épistémologie », *in* Wolf KEIDEL, Wolfgeng HANDLER et Manfred SPRENG (dir.), *Cybernétique et bionique*, travaux du 5e congrès de la Société allemande de cybernétique (en allemand, Nuremberg, 1973, Munich et Vienne, 1974, p. 27-46). Cf. aussi id., « La cybernétique de la cybernétique », *in* Klaus KRIPPENDORFF (dir.), *Communication et contrôle dans la société* (en anglais, New York, 1979, p. 5-8).

(28) Cette sémantique de la fusion centrale a incontestablement dominé la tradition de la théorie juridique à tel point qu'on a proposé d'introduire la norme fondamentale comme une hypothèse épistémologique. Dans une perspective de sociologie de la connaissance, une telle sémantique intérieure au système juridique montre la difficulté à effectuer par la pensée la différenciation complète du système juridique. Au point de vue de l'histoire des idées, il semble que toute fusion centrale réponde à une sécularisation de l'idée de Dieu.

(29) H. HART, *Le concept de droit* (1961).

(30) Il est peut-être utile ici de pousser plus loin l'explication. Le juge est, bien entendu, le destinataire des attentes normatives du législateur. C'est là cependant un tout autre problème. Le juge est aussi le destinataire des attentes normatives du public, des plaideurs,

si une loi a été, ou non, adoptée ; il peut sur ce point faire une erreur, auquel cas il doit la corriger. En principe, il en va de même pour les rapports d'asymétrie situés à un niveau égal qui portent sur la dimension temporelle : si le juge veut subordonner sa décision à d'autres jugements, il faut qu'il les inclue, comme des faits à identifier, dans le processus qui lui permet de traiter l'information. Le milieu de normativité dans lequel le système se reproduit possède une telle structure ; mais il présuppose toujours la circularité de base qui différencie le système et le force à être autonome.

La théorie du système fermé et par là même ouvert permet enfin de comprendre la fonction du formalisme juridique et d'en voir la corrélation avec la perturbation qui risque particulièrement d'affecter le droit au niveau symbolique.

Les formes juridiques sont valides en raison même de leur validité. Leur formalité tient précisément au fait qu'elles portent en elles-mêmes leur justification. Elles servent de symboles de l'auto-référence circulaire du système. L'utilisation de la forme ne devrait être confondue ni avec la déduction logique ni avec la programmation conditionnelle, parce que les formes ont une validité tautologique, tandis que la déduction ou la conditionalité se fondent précisément sur des rapports d'asymétrie. Comme la métaphore ou le jeu de mots, la forme ne remplit sa fonction que quand elle n'est pas mise en question. Elle trouve son utilité quand on insiste sur la nécessité d'appliquer les règles en vigueur, d'exécuter les jugements ayant l'autorité de la chose jugée, parce que, dans le cas contraire, l'ordre juridique serait lui-même remis en cause. On observe les formes à la manière d'un rite. Ainsi, la référence au monde est supprimée et remplacée par la référence au système lui-même, ce qui est un caractère typique des rites (31). Les formes en sont d'autant plus sujettes à toutes sortes d'accidents, par exemple quand il arrive qu'on ne croit plus en elles (32).

de ses collègues, etc. La « réalisation » des attentes normatives de quelqu'un d'autre ne signifie pas une subordination à son égard, elle n'assure pas non plus à la décision qu'on prend soi-même la propriété de faire naître ou renaître la normativité. Dans la théorie ici proposée, cela ne peut se produire que par le moyen d'une « référence récursive » d'autres éléments en rapport avec cette propriété, c'est-à-dire d'une « reproduction » des éléments grâce aux éléments.

(31) V. à ce sujet l'interprétation largement répandue qui voit dans les rites des codes de contrainte. Par exemple : Anthony WALLACE, *Religion, perspectives anthropologiques* (en anglais-New-York, 1966, not. p. 233 et suiv.) Roy RAPPAPORT, « Le sacré dans l'évolution humaine (en anglais) *in Annual Review of Ecology and systematics*, 2, 1971, p. 23-44 ; id., « Rites, sainteté et cybernétique » (en anglais) *in American Anthropologist*, 73, 1971, p. 59-76 ; Maurice BLOCH, « Symboles, chant, danse et caractéristiques de l'articulation : la religion est-elle une forme extrême de l'autorité traditionnelle ? » (en anglais), *in Europaisches Archiv fur Soziologie*, 15, 1974, p. 55-81.

(32) Cette affirmation peut aussi s'inverser, ce qui conduit alors à la conception romantique de la forme. Le romantisme se contraint à la forme par incertitude.

C'est pourquoi aucun système juridique d'importance ne peut mettre une totale confiance dans les formes. L'auto-référence n'est pas seulement une simple opération d'auto-référence. Sa symbolisation dans des formes se convertit en une opération d'auto-référence qui est en même temps une référence à l'extérieur. Ce n'est pas que les formes deviennent superflues, mais elles peuvent alors être mises en rapport avec la nécessité de sauvegarder la corrélation entre la clôture et l'ouverture. C'est ainsi en définitive que le formalisme juridique est un équivalent de la conditionalité et de la schématisation logique. Cependant, il faut pousser plus loin l'analyse pour éclairer ce point.

VI

Voici notre réponse provisoire à la question de l'unité du système juridique : c'est la reproduction auto-créatrice des éléments par les éléments sur la base d'une normativité circulaire et récursive. Comme toute bonne théorie, il est vrai, elle soulève plus de questions qu'elle n'apporte de solutions.

Il nous faut tout d'abord essayer de parvenir à une conception plus précise de la manière dont se réalise en système le processus continu et simultané des tournures normatives et cognitives que prennent les significations. Il y a, pour cela, deux mécanismes différents, qui opèrent en liaison l'un avec l'autre : la « conditionalité » et la « schématisation binaire ».

La conditionalité est une technique tout à fait générale de la formation des systèmes, sans laquelle les systèmes complexes seraient dans l'incapacité totale de se développer (33). Car s'ils dépassent une dimension minima tout en devant conserver leur souplesse, il faut que les corrélations logiquement possibles des éléments soient coupées et en même temps restent utilisables à certaines conditions. Dans le système juridique, de telles conditionalités sont établies en complément de la fonction spéciale consistant à combiner la clôture et l'ouverture, les attentes normatives et les attentes cognitives. Par là, elles jouent un rôle indispensable dans la différenciation du système. Pour savoir si sont réunies les conditions qui confèrent le caractère normatif à un résultat ou à une relation, il est possible et nécessaire de faire une vérification qui se présente comme une connaissance. Par exemple, selon le paragraphe 1 du code civil allemand, la capacité juridique d'une personne commence à la naissance. Cette condition doit faire l'objet d'un contrôle cognitif : s'il n'y a pas naissance, il n'y a pas capacité juridique. Il faut corriger les erreurs concernant la naissance. Si l'on voulait interposer une attente normative et affirmer l'obli-

(33) Cf. W. Ross ASHBY, « Principes du système auto-organisateur » *in* Foerster et Zopf, *op. cit.* (en anglais, 1962), nouvelle édition *in* Walter BUEKLEY (dir.), *Recherches modernes sur les systèmes et science du comportement* (en anglais, Chicago, 1968, p. 108-118, not. p. 109).

gation pour une personne de naître, on jetterait dans la confusion tout le système conceptuel qui permet de trouver les solutions juridiques.

C'est pourquoi la structure du système juridique, dans la mesure où elle prend la forme de programmes de décisions, consiste en programmes de conditions (34). Ils établissent une relation de type « si A alors B » entre les conditions (à vérifier d'un point de vue cognitif) et l'attribution du caractère normatif. Bien qu'il soit logiquement concevable de subordonner la validité même à des événements futurs et donc de la laisser pour le moment présent dans l'incertitude, la soumission des conséquences à de telles conditions est incompatible avec la fonction d'orientation propre aux généralisations d'attentes. Sont dès lors exclus, sinon logiquement, du moins en raison de la fonction du droit, les programmes de buts comme moyen de transférer le caractère de norme (35). Ils entraîneraient pour le droit une déstabilisation et une particularisation poussées à un point intolérable (36). Tout arsenal de buts, dans un Etat, doit nécessairement avoir recours à des moyens politiques, c'est-à-dire finalement au pouvoir pour prendre des décisions collectivement obligatoires (37). Le système juridique (et cela s'applique de la même manière au droit public et au droit

(34) Cf. Niklas LUHMANN, *Sociologie du droit* (en allemand, *op. cit.* note 21) vol. 2, p. 227 et suiv.

(35) Sur ce sujet il y a une discussion pleine de malentendus. Entre autres, est souvent méconnue une importante distinction. Il va de soi que les programmes de conditions peuvent être insérés comme des sous-ensembles instrumentaux dans les programmes de buts : il faut remplir les conditions d'obtention du permis de conduire pour être autorisé à conduire une voiture ; et ces conditions sont choisies dans le but de ne laisser conduire que ceux qui en ont acquis la capacité. Néanmoins, le droit relatif au permis de conduire ne perd pas sa validité par le fait que pratiquement des personnes conduisent sans avoir les capacités requises ; et un permis de conduire ne perd pas sa validité par le fait que son titulaire ne peut pas conduire parce qu'il n'est pas en état d'acheter une voiture. « La non-réalisation du but n'a pas de conséquences juridiques ».

(36) Roberto MANGABEIRA Unger fait cette concession avec une hésitation caractéristique : la pensée juridique moderne « a progressivement accepté l'idée qu'il faut déterminer la signification d'une règle et donc la portée d'un droit par une décision sur la meilleure manière de réaliser les buts assignés à la règle. Mais de tels jugements de buts font tous preuve par eux-mêmes de particularisme et d'instabilité : le moyen le plus efficace pour parvenir à une fin donnée varie selon les situations, et les buts eux-mêmes sont vraisemblablement complexes et changeants » (*Le droit dans la société moderne : introduction à une critique de théorie sociale*, en anglais, New York, 1976, p. 86). V. aussi la discussion qui vient ensuite sur la déformation du droit par l'Etat-providence (p. 194 et s.).

(37) Cette observation n'est pas en contradiction avec la règle (de droit constitutionnel) qui subordonne toute l'administration à la loi, mais contraint les juristes à considérer constamment le niveau minimum qui doit être exigé de la programmation conditionnelle dont dépend la légalité de l'activité politico-administrative tournée vers les buts, Cf. à ce sujet Theo OHLINGER, « La loi comme instrument de solution des problèmes sociaux et ses alternatives : essai sur une question fondamentale de la théorie de la législation » (en allemand), *in id.* (dir.), *Méthodologie de la législation : principes directeurs pour la théorie et la pratique des lois* (en allemand, Vienne et New-York, 1982, p. 17-49). Il semble aussi qu'aux Etats-Unis on s'attaque à ce problème avec l'« enchaînement » juridique croissant de l'administration et la résistance croissante qu'il provoque.

privé) ne peut réagir au besoin irrécusable des orientations de conséquences que par une différenciation interne entre la doctrine ou, si l'on veut, l'interprétation et la validité. L'interprétation peut se permettre d'avoir les incertitudes d'une vue sur l'avenir et s'exercer sur des hypothèses causales extrêmement simplifiées ; mais il faut alors qu'elle explicite dans ses conclusions l'autonomie par rapport aux buts de ses énoncés de validité.

Cette technique de la conditionalité juridique peut s'appliquer éventuellement dans tous les cas où se posent des problèmes qui appellent une régulation. Elle devient générale et donc forcément inévitable quand le système juridique est codé dans le schématisme binaire du légal et de l'illégal. Ce codage aboutit à un dédoublement du caractère d'attente normative en une valeur positive et une valeur négative. Alors, en principe pour tous les événements et situations qui donnent lieu à une communication dans le système juridique, il est possible et nécessaire de déterminer les conditions permettant de les traiter comme conformes ou contraires au droit. Dans de telles connexions, le schématisme prend une forme de plus en plus technique en ce sens que les deux valeurs du code sont réversibles par simple négation. Se trouve ainsi exclue la possibilité pour quoi que ce soit d'être simultanément légal et illégal (38), de même que l'opinion de plaideurs voyant dans le droit tout simplement une arme pour le combat qu'ils livrent avec des chances différentes de gagner ou de perdre. Pour les buts opérationnels, la différenciation n'est pas orientée simplement vers la fonction du droit, mais vers l'opposition du légal et de l'illégal (39). Il faut, par suite, concevoir le système juridique comme l'unité du légal et de l'illégal, ou plus précisément comme le réglage, par cette antithèse, de son auto-création avec la conséquence qui rend nécessaire de conditionner chaque opération du système par le système lui-même.

Le codage du légal et de l'illégal ne serait plus compréhensible si l'on voyait dans le réglement des litiges la fonction exclusive du droit. Au contraire, la rigueur du principe qui impose de gagner ou de perdre rend souvent plus difficile la résolution des conflits ; ou alors elle ne figure que l'arrière-fond menaçant sur lequel se déroulent les négociations pour une conciliation amiable. Dans l'attribution du caractère légal ou illégal, il y a toujours aussi un élément de la reproduction du système juridique, une sorte de « plus-value », qui, peut-on dire, en exploitant l'humeur querelleuse des plaideurs, est écrémée au profit du système.

(38) Dans l'Antiquité classique, cette règle était encore bien peu évidente, comme le montrent les tragédies grecques. Cf. Erik WOLF, *La pensée juridique grecque* (en allemand, 3 vol., Francfort, 1950-1956). On peut même supposer que le développement du droit a été l'un des points de départ du développement de la méthode sophistique et de son abus des déterminations dichotomiques entraînant des conséquenses divergentes (cf. G. LLOYD, *Polarité et analogie : deux types de raisonnement dans la première pensée grecque*, en anglais, Cambridge, 1966, New york, 1971, not. p. 111 et suiv), et qu'en définitive il a été le germe d'une logique fondée sur l'ontologie.

(39) Voir la métaphore de l'amitié et du désir des contraires chez Platon (*Lysis*, 215 b).

Nous ne pouvons pas ici pousser plus loin l'étude des conséquences qui se produisent quand sont introduites les décisions structurelles sur la conditionalité et la schématisation binaire. Il doit suffire de noter qu'on a gagné du terrain et établi des points d'appui pour des développements plus complets concernant la théorie juridique. Ce résultat ne trouve pas sa raison d'être dans une idée directrice du droit, comme la justice ou l'ordre social, qui serait de la sorte réalisée d'une manière plus ou moins imparfaite. Il tient aux conditions de possibilité qui permettent d'atteindre à la fois la clôture et l'ouverture, de les combiner ensemble et de porter ainsi le domaine spécifique de la fonction du droit à un haut niveau de complexité qui soit adéquat à la société. Finalement, il s'agit toujours de re-formuler l'unité du système, de reformulations par lesquelles les limitations structurelles sont acceptées dans l'intérêt d'une complexité accessible par cette voie et insérées dans le système.

VII

L'unité d'un système auto-référentiel ne peut se réaliser que comme une détermination de soi et par soi. L'indétermination dans ce qui fait partie du système signifie toujours une différenciation incomplète ou, en d'autres termes, la dépendance à l'égard d'une base d'opération rapportée à la société globale et dont l'organisation ne répond pas à la différence entre le sous-système et l'environnement.

Dans nos réflexions précédentes, nous avons esquissé les problèmes qui se présentent et nécessitent une solution quand un sous-système social dans la société veut acquérir une unité distincte. Il faut alors que par lui-même il combine la fermeture et l'ouverture, c'est-à-dire qu'il reproduise son unité et expose ce processus constamment à la différence d'avec l'environnement intra-sociétal. Cela peut se produire quand le système assume une fonction spécifique qui ne se touve remplie nulle part ailleurs dans la société. Il devient alors par là possible pour le système de traiter tout le reste (quelle qu'en soit l'importance en soi ou pour la société) comme environnement. C'est une question controversée que de savoir si l'on peut présumer l'existence d'une tendance générale et progressive vers une spécification fonctionnelle et comment elle devrait s'expliquer (40). En tout cas, une telle tendance, si elle s'impose, crée les con-

(40) Il n'est pas rare précisément de voir s'imposer une telle idée dans l'élaboration en ethnologie de degrés de développement. Cf. par exemple Raoul NAROLL, « Remarques préliminaires sur le développement social » (en anglais), in *American Anthropologist*, 58, 1956, p. 687-715 ; Terrence TATJE et Raoul NAROLL, « Deux mesures de la complexité sociale : comparaison empirique inter-culturelle » (en anglais), in Raoul NAROLL et Ronald COHEN (dir.), *Manuel de méthodologie en anthropologie culturelle* (en anglais, Garden City, N.Y., 1970, p. 766-833).

ditions optimales pour l'autonomie auto-créatrice des sous-systèmes sociaux, parce que ceux-ci rattachent à leur fonction tout ce qu'ils utilisent comme unité et qu'ils peuvent en même temps partir du fait que rien n'y correspond précisément dans leur environnement. Grâce à la relation fonctionnelle concomitante dans toutes les opérations, la fermeture auto-référentielle peut ainsi se réaliser, qui par elle-même ne se trouve pas encore dans l'utilisation de la communication comme opération de base. Le sous-système copie alors en quelque sorte l'auto-création de la société, non pas sur la base générale d'une communication récursive, mais au moyen de l'orientation exclusive sur une fonction.

La thèse, précédemment présentée, selon laquelle le système juridique est différencié en tant que système normativement clos et cognitivement ouvert fournit ici un premier point de repère. Mais elle ne suffit pas, à elle seule, à donner la règle du rattachement à la fonction propre et de ses implications dans tous les autres systèmes de fonctions, puisqu'il y a des attentes normatives en dehors du droit, par exemple en morale et en religion. Le système juridique peut tout au plus revendiquer pour lui un usage spécifique de la normativité. La théorie de la fermeture auto-référentielle du système contient une théorie de la fonction du droit (41).

Celle-ci n'est pas simplement un but ou une idée régulatrice. Dans la première hypothèse, elle serait réalisable dans le temps, ce qui mettrait alors nécessairement fin au droit ; dans la seconde, elle serait dès le départ tenue pour irréalisable, ce qui nécessairement discréditerait le droit ou du moins soulèverait la question de la fonction effective du droit effectivement existant. Dans notre conception, nous voyons bien plutôt dans le droit un principe de sélection structurelle (42). Il consiste dans « l'exploitation des perspectives de conflits pour former et reproduire des attentes de comportements qui soient elles-mêmes généralisées et qui soient appropriées (aux points de vue temporel, objectif, social) » (43). La perspective d'une déconvenue dans l'attente et donc, si l'on s'attache à cette dernière, d'un conflit sert de principe de sélection qui permet de tester les généralisations. Dans la dimension du temps (et ceci dénote

(41) Cela n'exclut pas une dissociation analytique de ces questions, mais au contraire la suggère précisément. En d'autres termes, on peut accepter le conception du système auto-créateur tout en donnant de la fonction du droit une définition différente de celle qui est ici présentée, et vice versa. Il faut seulement regarder à la compatibilité entre ces parties de la théorie dans chacune des permutations proposées.

(42) L'ambiguïté de la formulation est intentionnelle, pour lui faire signifier la sélection de la structure par la structure de la sélecttion. Cette expression seule correspond au mode d'opération d'un système auto-référentiel.

(43) Cf. aussi notre *Sociologie du droit* (en allemand, *op. cit.*, note 21), vol, 1, p. 94 et suiv.. Cet ouvrage, il est vrai, ne dégage pas encore avec une netteté suffisante la corrélation opérationnelle entre la perspective de l'emporter en cas de conflit (à l'aide, si besoin est, de la force physique) et la sélection d'attentes généralisées de comportements. Voir encore Niklas LUHMANN, « Conflit et droit », *in* id., *La différenciation du droit : essais de sociologie et de théorie du droit* (en allemand, Francfort, 1981, p. 92-112).

une certaine prédominance des problèmes temporels), la généralisation est normative, c'est-à-dire faite avec l'intention de s'attacher aux attentes en dépit des déconvenues et à l'encontre des faits. Mais tout ce qui donne lieu ainsi à un projet ne peut pas se prêter à un test social (44). La perspective de l'emporter en cas de conflit ajoute encore des limitations supplémentaires. L'action combinée et permanente de ces facteurs (action que ne coordonne aucun « principe », mais la seule évolution) donne naissance à une multitude d'attentes généralisées et appropriées de comportements, et celles-ci peuvent alors faire l'objet de systématisations grâce au talent des juristes, par la comparaison des cas, par l'élaboration de concepts, par des interprétations doctrinales (45). Le résultat est ce qui est perçu comme étant le droit.

VIII

Une telle définition de sa fonction éloigne nettement le droit des intentions qu'aurait un État-providence de diriger la société, intentions pour lesquelles cependant il peut être utilisé (46). Le système politique caractéristique de l'Etat-providence peut enrôler à son service le droit, parce que cela permet de contrôler l'issue des conflits (47). On peut créer de nouvelles matières juridiques, en créant de nouvelles possibilités de conflits, par exemple en prohibant la production, le commerce et la consommation de stupéfiants et en faisant ainsi naître du droit (48). L'ordre « naturel » de la genèse du droit est alors renversé : il ne

(44) Voir à ce sujet, sous l'angle d'une théorie de l'évolution, Niklas LUHMANN, « L'évolution du droit » (en allemand) *in Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 3-32, nouvelle édition *in* id., *La différenciation du droit* (*op. cit.* note 43) p. 11-34.

(45) C'est à quoi se réfère particulièrement la notion, conçue par un juriste, de l'unité du système juridique dans la discussion faite au commencement de cette étude.

(46) Dans l'interprétation qui reste fortement prédominante même aujourd'hui, le droit est une forme de « technicisme social » (« social engineering », c'est-à-dire un instrument pour réaliser des intentions à caractère social. Cf. une vue d'ensemble très importante et une tentative pour opposer à une telle interprétation une dimension « expressive » du droit par Klaus ZIEGERT, *Sur l'efficacité de la sociologie du droit : la reconstruction de la société par le droit* (en allemand, Stuttgart, 1975). Son point de vue, néanmoins, se montre insuffisant dès qu'on pose la question de savoir s'il est vrai que l'Etat-providence, et de quelle manière, écrase le droit sous une surcharge excessive de tâches. Pour le système politique, cela peut être un problème concernant les limites de l'efficacité causale (voir sur ce point Niklas LUHMANN, *La théorie politique dans l'Etat-providence*, en allemand, Munich, 1981, p. 94 et suiv.). Mais ne faut-il pas poser cette question autrement, en prenant pour point d'appui l'unité et la fonction propre du système juridique ?

(47) Sur l'usage « commun » de la force physique et dans le système politique, thème d'une importance majeure depuis le 18e siècle, cf. encore Niklas LUHMANN, « Contrainte juridique et force politique » (en allemand) *in id.*, *La différenciation du droit*, *op. cit.* (note 43) p. 154-172.

(48) V. à cet égard l'examen critique de Troy DUSTER, *La législation de la moralité : le droit, les stupéfiants et le jugement moral* (en anglais, New York, 1970) ; mais il mélange malheureusement le problème ici posé avec des considérations de moraliste.

s'agit pas de projeter la norme pour en faire le test à l'épreuve des perspectives qui sont les siennes en cas de conflit, mais c'est le conflit que, pour ainsi dire, on fait surgir de terre dans l'attente en vertu de laquelle l'orientation en formera du droit (49).

De plus, l'orientation fonctionnelle vers les conflits avait encore été consolidée dans les institutions. Les généralisations juridiques, dans la mesure où elles se développaient sur la base d'une pratique des décisions judiciaires, ne se produisaient justement que dans les cas « au préalable » des conflits avaient eu lieu. Ainsi les notions juridiques avaient de prime abord une certaine parenté avec la réalité. On sait que la création du droit par le juge n'a pas disparu et qu'elle a même pris peut-être une plus grand importance. Mais, en même temps, il y aussi les « voyages-surprises législatifs » (Esser), qui ne procèdent pas de conflits qu'il faudrait prévoir ou déjà prendre en main, mais qui entendent régir des situations suivant le bon plaisir des volontés politiques ; et ces situations ne doivent pas, autant que possible, susciter de conflits, mais seulement satisfaction et soumission.

On pourrait se demander si de tels conflits réglés au préalable manquent de cette tension et de cette incertitude qui motivent la généralisation du droit. Les sujets de conflits de ce genre peuvent donner lieu à une spécification discrétionnaire, mais finalement ne sont encore interprétés que comme des « artefacts » d'un pouvoir politiquement organisé en vue de décisions obligatoires, et non comme des limitations éprouvées et testées d'attentes particulières, le problème a donné l'impulsion à une « démocratisation » forcée de la politique. Il nous a valu la question (posée malheureusement) de la légitimation politique de l'action législatrice, question à laquelle se trouve maintenant consacrée une littérature non négligeable. En revanche, l'entreprise théorique que nous proposons ici cherche une solution fondamentalement toute différente. Ce n'est qu'en interprétant l'unité et la fonction propre du système juridique dans le contexte de la différenciation fonctionnelle du système de la société qu'on peut reconnaître la finalité et la modalité selon lesquelles le droit (de même que l'argent monétaire, mais d'une tout autre façon), dans le système politique, fait, pour ainsi dire, l'objet d'une utilisation, d'une « exploitation » étrangère à sa fonction et sans considération pour sa capacité spécifique de régénération.

(49) Cette perspective se trouve visiblement parallèle aux questions qui intéressent Jürgend Habermas touchant la différence entre la systématique rationnelle et le monde de la vie. Voir présentement *La théorie de l'action de communication* (en allemand, 2 vols. Francfort, 1981). Il est difficile de faire une comparaison détaillée, car tous les concepts importants (communication, action, système, etc.) sont différents dans leur qualification, et aussi sont manifestement divergentes les attentes, qui sont liées à une critique de la société moderne. Pour un essai de synthèse, V. Gunther TEUBNER, «Le droit réflexif : modèles de développement du droit, perspectives comparatives » (en allemand) *in Archiv fur Rechts - und Sozialphilosophie,* 68, 1982, p. 13-59.

IX

Ces réflexions sur l'unité et la fonction du système juridique mettent en relief et en valeur un phénomène nouveau et remarquable dans le champ de la pensée juridique : une forme entièrement nouvelle de critique du droit qui intéresse depuis peu les conférences et les congrès ainsi que les auteurs. Il existe naturellement une critique du droit depuis qu'il y a des formes différenciées du droit (50). L'absence d'un droit qui ferait droit à tous les désirs a toujours suscité l'irritation et entretenu la recherche de raisons et de remèdes à lui donner. Dans les mains des hommes, des juristes et des juges, le droit n'est manifestement pas ce qu'il devrait être. Après l'invention de l'imprimerie s'ajoute, telle une conséquence, au 16e siècle, la critique de la complexité du droit, alors que celui-ci devenait susceptible en quelque sorte d'être lu par tout le monde et d'être par là même public. La discussion persiste jusque dans le cours du 18e siècle en laissant pendante la question de savoir si, pour remédier à ces inconvénients, il vaut mieux faire confiance à l'autorité du législateur (qui devrait alors logiquement interdire de produire en justice les opinions des juristes) ou à la systématisation rationnelle de la doctrine juridique (51). Cette critique reste enveloppée dans l'atmosphère générale du réalisme sceptique et, comme le système juridique lui-même, elle manque, de son côté, d'une pleine différenciation. « Car il doit exister des procès, des jugements et des avocats tant que le monde durera sans qu'on doive probablement espérer porter remède à certains défauts du droit » (52).

Il semble qu'aujourd'hui s'établisse une atmosphère philosophique toute différente, ainsi qu'une critique du droit d'un genre tout différent, sans avoir encore trouvé une formulation satisfaisante. Elle stimule, d'un côté, le développement des droits de l'homme en resserrant les communications dans le domaine international : elle prend la défense des peuples dont la structure est sous-développée, mais sans chercher à savoir s'il y a une possibilité de réalisation dans la technique juridique. D'un autre côté, elle se plaint de « l'excès du bien », par exemple, dans le domaine juridique, de la « juridicisation » de la vie, de l'usage abusif de réalisations qui en soi sont certes souhaitables, des dommages causés par la rationalité, des malheurs de la prospérité, mais sans pouvoir indiquer une mesure ou une limite où le souhaitable se transforme

(50) V. surtout Dieter NÖRR, « La critique du droit dans l'Antiquité romaine » (en allemand), *in Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, nouvelle série, 77, Munich, 1974.

(51) V. Ludovic MURATORI, « Les défauts du droit » (en italien, Venise, 1742), cité d'après l'édition de Milan, 1958, p. 111 et suiv. Il opte pour la raison et contre l'autorité. Mais il ne lui vient nullement à l'esprit de contester que la législation soit un moyen de clarification et de simplification, contrairement à ce qui précisément de toute évidence se passe aujourd'hui.

(52) *ibid.*, p. 119.

en nuisible. C'est là une critique qui se fait en quelque sorte dans un « double nœud » : elle rejette ce qu'elle ne veut pas encore abandonner et elle forme des exigences dont la technique juridique de réalisation lui ferait peur.

Un bon exemple en est offert par la discussion, qui a pris naissance aux Etats-Unis, concernant la « déjuridicisation » (53). Il s'agit là, pour partie, de remplacer des formes spécifiques d'action par des formes de nature différente, par exemple la solution judiciaire des conflits par une conciliation extorquée à l'amiable, et, pour partie, d'avoir le dessein, lié à l'opération précédente, de soustraire au droit, autant que possible, des domaines entiers de la vie. L'attrait de ce programme ne tient pas finalement au fait qu'on s'abstient de distinguer entre les alternatives aux institutions spécifiquement juridiques et les alternatives au droit lui-même (54). Si l'on regarde, au contraire, à l'unité et à la fonction du système juridique, on est obligé d'examiner comment alors les alternatives délégalisées doivent mettre en jeu pour le droit l'anticipation des conflits à éviter, et cette question nous ramène au problème du droit, qui n'était que refoulé. Il en va ainsi, à moins de faire admettre qu'on doive se conformer à l'arbitraire des hommes qui se trouvent pour le moment au pouvoir (55) ou bien aux pressions moralisatrices des concitoyens bien-pensants.

Cette critique du droit se trompe dans le problème qu'elle pose, quand elle ne songe plus du tout à l'aspect conflictuel du droit, mais se contente d'opposer une résistance à l'excès de réglementation. Elle réagit contre l'utilisation politique du droit, contre son abus, peut-être aussi contre le contenu des mesures prises. Mais alors reste toujours pendante la question de savoir s'il est vrai que le système juridique, et de quelle manière, peut exister lui-même comme une unité de reproduction fermée et auto-référentielle côte à côte avec une politique d'économie monétaire et d'Etat-providence dans les conditions modernes. Si on ne sépare pas les références correspondant aux systèmes, on n'aura aucun moyen de reconnaître, le cas échéant, des tendances importantes dans l'évolution du droit, comme celles qui portent au technicisme social (*social engineering*) et à l'instrumentalisation du droit, ni de comprendre, par exemple, l'attitude sceptique de Max Weber à l'encontre des tendances, qui s'esquissaient déjà de son temps, à l'eudémonisme social dans le droit.

C'est également une erreur, cependant, que de ne plus voir dans la fonction du droit que la seule régulation des conflits. Il est incontestable que de nom-

(53) V. l'exposé fortement critique de Richard Abel, « Délégalisation : examen critique de son idéologie de ses manifestations et de ses conséquences sociales » (en anglais). *in* Erhard Blankenburg et autres (dir.), *Formes alternatives du droit et alternatives au droit* (en allemand), *in* « JAHRBUCH fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie », 6, 1980, p. 27-47.

(54) Une telle distinction peut être conçue et formulée, comme le montre le dernier titre cité à la note précédente.

(55) Abel dans l'ouvrage précité (note 53), p. 40, précise à bon droit : « la délégalisation présuppose que les hommes ou les groupements qui agissent les uns par rapport aux autres en dehors des institutions juridiques formelles sont en gros sur un pied d'égalité quant à l'importance politique, à la richesse et au statut social. »

breux conflits sont soustraits au droit (56). Envisagé de ce point de vue, le droit entre, de fait, en concurrence avec d'autres possibilités fonctionnellement équivalentes. Mais leur utilisation implique en même temps qu'on abandonne des motifs, des occasions, des situations, pour la formation et la reproduction du droit. Les conflits ne sont plus alors exploités pour une généralisation des attentes, mais ils apparaissent comme des conflits qui ne portent que sur des cas particuliers et qui sont éliminés dès que possible.

Pour sortir des insuffisances présentes de cette discussion sur des sujets tels que la juridicisation, le flot débordant des lois, la bureaucratisation, la complication des formalités et des conditions dans le droit ou la déviation du droit dans la « privatisation » des conflits, il nous faut tout d'abord rappeler la corrélation entre une constitution pleinement auto-créatrice des sous-systèmes de la société et le principe d'une différenciation fonctionnelle de la société. La spécification fonctionnelle, quels que soient les avantages de son évolution et ses chances de progrès, semble être un point de départ optimum pour la pleine différenciation des sous-systèmes, c'est-à-dire un principe pour lequel il n'y a pas de correspondant dans les environnements respectifs des systèmes (même dans l'environnement intra-sociétal). Dès lors, le système, bien qu'il utilise et reproduise la communication de la société et conserve sa capacité de relation avec l'environnement, a, pour ainsi dire, la liberté de constituer une unité pour son propre compte, de combiner la fermeture et l'ouverture, de former les structures nécessaires à cet effet et d'harmoniser tout cela avec sa fonction propre.

En d'autres termes, nous soutenons qu'il existe une corrélation empiriquement vérifiable entre le principe de différenciation du système de la société et la forme dans laquelle des sous-systèmes se différencient dans la société comme ayant une fermeture auto-référentielle et une ouverture à l'environnement. Il s'agit des deux côtés d'un seul et même processus de différenciation de la société, et cette différenciation ne fait rien d'autre que rendre possible une combinaison de la fermeture et de l'ouverture qui soit particulière aux sous-systèmes. Pour le système juridique, cela signifie la différenciation d'une corrélation entre la fermeture normative et l'ouverture cognitive, et là ce qui sert de norme contrefactuelle à retenir est, dans le cours de l'évolution de la société, de plus en plus orienté sur la fonction du droit. Par conséquent, une critique du droit est essentiellement une critique de la différenciation de la société.

On est amené par là à se poser un grand nombre de questions connexes qu'on ne peut ici que signaler comme des pistes de recherches. Celle qui serait surtout intéressante porte sur le point de savoir s'il y a une sorte de charge-limite

(56) Quelques motifs poussant dans cette direction sont étudiés par Aubert dans l'ouvrage précité (note 6), p. 134 et s. : le refus des risques du tout ou rien, l'économie de temps et d'argent, la disparition de l'habitude d'agir en public, de l'importance donnée aux convenances extérieures et à la perte possible de la considération.

de complexité au-delà de laquelle ne fonctionne plus la symbiose spécifiquement juridique des orientations normatives et des orientations cognitives. A cet égard, le développement, depuis près de cent ans, de la logique et des sciences expérimentales fournit un critère de mesure : il fait naître des doutes sur le caractère scientifique de la science de droit. Une autre question, en liaison étroite avec la précédente, conduit à se demander s'il est vrai que les juristes, et pour combien de temps encore, peuvent fonder leur compréhension du droit et leurs interprétations sur l'orientation des conséquences, alors qu'on a les moyens de savoir quelles sont les possibilités de pronostic (57). De même est-il important de connaître la signification qu'on peut encore donner au problème concernant le traitement semblable des cas semblables et le traitement différent des cas différents et à la doctrine juridique qui y correspond, cependant que, d'une part, la législation apporte aux questions juridiques des particularisations extrêmes tout autant que des changements continuels, et que, d'autre part, la perspective causale du technicisme social rend pratiquement impossible, en raison des différences entre les facteurs qui entrent en jeu, de comparer les cas. Il faut enfin prendre en considération le retournement de la perspective des conflits, comme il en a été fait mention précédemment (au paragraphe VI) : s'il ne s'agit plus de déterminer quelles sont les attentes, avec les généralisations ayant permis d'en faire le test, qu'on peut maintenir en cas de conflit, mais si, à la place, on crée des conflits pré-déterminés afin d'en faire dépendre les régulations qui ont ainsi une valeur juridique, alors on ne peut que présager, en réponse à cette nouvelle situation, un changement profond dans la conception qu'on se fait du droit, même si on manque encore présentement de critères dans l'expérience pour en faire l'enregistrement.

A tous ces problèmes fort différents on peut trouver, si l'on veut, un commun dénominateur : c'est que l'évolution du système de la société rend possible la construction d'un ordre hautement improbable, d'un ordre plein de préconditions. La combinaison, précédemment étudiée, de la fermeture normative et de l'ouverture cognitive fait partie de ces improbabilités. Il est surtout probable que de telles attitudes contradictoires d'attentes se détruiront réciproquement. Des conditionalités très particulières sont exigées pour garantir la séparabilité et la compatibilité, et, avec le rythme accéléré du changement de la société, elles perdent rapidement leur crédibilité. Toute référence à la validité des conditions de validité se rend finalement suspecte par le simple fait d'être objet de communication. Seule demeure l'exigence d'un ajustement

(57) L'assurance qui se manifeste ici est impressionnante, tout comme l'idée de faire remarquer que d'autres vues possibles ont perdu leur caractère plausible : ainsi la classique jurisprudence des concepts ou une façon de penser la loi avec un esprit obstiné et indifférent aux conséquences. Cependant, ce pourrait être là le symptôme d'une crise profonde dans le droit, et surtout si l'on suit notre raisonnement qui voit dans la conditionalité une structure nécessaire pour la combinaison de la clôture (normativité) et de l'ouverture (connaissance). Tout cela pourrait donner à entendre que rien n'est possible sans l'orientation des conséquences, ni non plus, d'autre part, avec elles.

continu du droit sur le développement de la société, dans le maintien de la capacité régénératrice de la normativité. Un droit qui est fortement capable de s'instruire, de s'adapter, d'être « responsable » doit éviter de discréditer sa propre normativité, faute de quoi il se bornera à n'être qu'un instrument dans l'outillage bureaucratique du pouvoir politique.

L'idée perçue par la nouvelle forme de critique du droit semble bien être cette improbabilité immanente qui prend un relief d'autant plus accusé que s'accroissent les prétentions politiques. Etant donnée la complexité des circonstances, il serait difficile de faire des pronostics et, à plus forte raison, de porter un jugement dans les situations en cause, par exemple un jugement pour ou contre une instrumentalisation du droit dans des buts politiques. Il reste important, toutefois, de connaître les concepts et la méthode théorique qui permettent au système juridique de s'observer et de se décrire lui-même. Et ici, il est possible d'accomplir des progrès sur la base de recherches interdisciplinaires qui se développent et d'une théorie sociologique de la société dont on peut déjà discerner les grandes lignes.