

NIKLAS LUHMANN

LA RESTITUTION DU DOUZIEME CHAMEAU: DU SENS D'UNE ANALYSE
SOCIOLOGIQUE DU DROIT.

(Traduction de Jean Clam)

Il est de bon usage, dans la discipline et la profession juridiques, de discuter les questions difficiles à l'aide de cas pratiques. Je voudrais suivre cet usage. Le cas qui nous servira de fil conducteur ici ne se trouve sans doute dans aucun recueil d'arrêts. Le cas en question est cependant assez connu et convient tout à fait à notre propos¹. Un riche bédouin avait réglé par testament le partage de sa succession entre ses trois fils. Il s'agissait de la répartition de ses chameaux. L'aîné, Ahmed, devait en obtenir la moitié, le cadet, Ali, le quart, quant au plus jeune, Benjamin, seul un sixième lui revenait. Une telle distribution peut nous paraître, parce qu'inégale, arbitraire et injuste. Elle correspondait cependant exactement au rapport des enfants quant à leur rôle dans la perpétuation du clan ainsi qu'à la joie qu'eut leur père à la naissance de chacun d'eux: le deuxième fils ne serait privilégié que dans le cas où le premier resterait sans descendance masculine, etc. D'où la proportion de la diminution des part.

Entre-Temps, le père étant toujours en vie et ses affaires connaissant des hauts et des bas, le troupeau s'est trouvé considérablement réduit. Quand il mourut, il ne restait plus que onze chameaux. Comment les partager? Rappelant son droit d'aînesse, Ali [sic!]ⁱ en réclamait six. Mais cela faisait plus que la moitié. Les deux autres protestèrent. Le conflit fut porté devant le juge qui fit la proposition suivante. Il dit: je mets à votre disposition l'un de mes chameaux. Vous me le rendez, si Allah le veut, le plus vite possible. Avec douze chameaux, le partage se fit aisément. Ahmed reçut la moitié, c'est-à-dire six. Ali eut droit à son quart, à savoir trois. Benjamin ne fut pas défavorisé et obtint son sixième, à savoir deux. Onze chameaux furent ainsi répartis et le douzième put être rendu.

La question que je voudrais traiter est double: d'abord, le douzième chameau était-il nécessaire, et si oui, à quoi? Ensuite, et cette question dépend étroitement de la première, a-t-il été rendu? Qu'en est-il de la volonté d'Allah? Si le douzième chameau était nécessaire au partage, devenait-il superflu aussitôt le partage accompli? Qu'advierait-il si le partage était contesté après coup? Devrait-on pouvoir le réclamer, le cas échéant, comme chameau de procès (Prozesskamel) en quelque sorte, comme le chameau qui à chaque fois rend le service [de résoudre le litige]? Peut-on

d'ailleurs décider de la restitution, sans connaître la raison pour laquelle le chameau a été nécessaire? Les juges doivent-ils avoir des chameaux à louer? Est-ce cela ce que nous appellerions – usant d'une expression à la mode - leur légitimation? Le chameau devait-il être réellement livré ou la fiction de son prêt aurait-elle suffi?

Nous nous soustrayons, provisoirement du moins, à ses problèmes en soutenant que le douzième chameau *était et n'était pas nécessaire*. Contentons-nous pour le moment de cette caractérisation générale: le douzième chameau accomplit une fonction opérative au plus haut niveau, il rend possible des décisions. Ceci dit, il ne s'agit pas pour lui d'être un signe pour quelque chose d'autre, ni un programme de décision, encore moins une modélisation de l'environnement du système. Les normes du testament ne sont ni confirmées ni altérées. Tout cela intervient à d'autres niveaux systémiques. Le système aurait dû tendre à réaliser une complexité adéquate: dans ses concepts et ses représentations, ses valeurs et ses programmes de décision. Le chameau par contre n'est pas un signe, mais accomplit lui-même une fonction symbolique. Il est comme symbole l'opération de possibilisation elle-même. Il est, en d'autres termes, l'autoréférence localisée (lokalisierte Selbstreferenz) du système en laquelle opération et résultat de l'opération ne peuvent plus se distinguer.

Tout en évitant les interprétations hasardeuses, l'on peut caractériser plus précisément ne serait-ce qu'un des aspects de la fonction du chameau symbolique: toute opération du système doit s'appuyer sur des présuppositions qui ne peuvent être remises en question avec cette opération même. Cela est tout simplement inévitable. Et cela vaut également pour les opérations qui s'entêtent à mettre en doute de telles présuppositions, à envisager de les modifier ou à vouloir imposer leur modification. Cette proposition générale de la théorie de la réflexivité ne mène cependant pas très loin. Le type de présuppositions dont il s'agit ici, à savoir celles avec lesquelles on doit toujours faire, même au moment de les mettre en doute, ne se laissent pas fixer logiquement dans le système. Elles fluctuent avec les opérations. Quand on les désigne d'"essence" (Wesen), de "norme suprême", d'"essential variables" etc., on suggère plus qu'une analyse approfondie ne peut délivrer. Néanmoins, une telle fixation ne semble pas être simplement une erreur à éviter dans le cadre d'un effort de connaissance.

L'exigence du douzième chameau renvoie à ce problème. Elle suggère une détermination (Bestimmtheit) qui n'est pas véritablement acquise. Le système utilise le chameau sans le posséder. Les opérations du prêt et de la restitution symbolisent cette ambivalence. Le système se

¹ Je dois le rappel de ce cas à une conférence de Jean-Pierre Dupuy, "L'autonomie et la complexité sociale", Montpellier 11.5.1984 [paru entretemps in: Science et pratique de la complexité: Actes du Colloque de Montpellier Mai 1984, p. 303]

donne la possibilité de s'orienter sur le chameau comme une condition fixée de décision (fixierter Entscheidungsbedingung), bien qu'il se réserve, ce faisant, la possibilité d'opérer avec des prémisses fluctuantes.

Car la question est: comment peut-on décider en général (überhaupt) et qu'est-ce que cela signifie de décider? Chaque héritier a affaire à tous les chameaux – d'une part parce qu'il les obtient, d'autre part parce qu'il ne les obtient pas. On ne peut partager sans blesser. Suivant une sorte de métalogue de la bifurcation, ce qui s'exclut va néanmoins de pair et la décision demeure un acte de violence (Gewalt). Elle doit se rappeler les possibilités qu'elle exclut. Le partage ne change que la forme de l'unité partagée. Au métaniveau de l'unité du droit, l'unité est préservée en ce qu'elle se légitime comme partage. Le partage confirme, comme opération du système, l'indivisibilité du système (das unteilbare System). Le douzième chameau parcourt toutes les bifurcations du chemin en même temps. Comme on peut le lire dans "El jardín de senderos que se bifurcan"², le sens de ce "en même temps" doit être tu (car [lui] donner un nom signifierait que l'on parcourt l'un des embranchements du chemin au détriment des autres). Le sens du texte qui mentionne ce demeurer sans mention doit, pour sa part, être chiffré.

Dans la perspective d'un observateur analysant logiquement [ces rapports], le douzième chameau apparaît comme un paradoxe, et le système ne fonctionne que s'il se laisse fonder sur un paradoxe. C'est de cela que l'analyse du droit doit partir et de cela qu'elle doit abstraire. Le paradoxe contient une indécision constitutive – et cela dans la mesure où il est indécidable si le paradoxe lui-même doit être décidé à l'aune (nach Massgabe) du droit ou non. On pourrait penser à un droit supérieur pour chameaux, tel un droit constitutionnel. Mais là encore on bute contre le paradoxe du droit qui se donne lui-même raison (recht gibt) et ne peut décider, si ce se-donner-raison-à-soi-même (Sich-selbst-recht-Gebenⁱⁱ) est lui-même conforme au droit (rechtmässig) ou non. Nous allons voir d'ailleurs que le rapport au paradoxe, au sein du système, est différent de celui que peut avoir [à lui] un observateur extérieur. C'est là-dessus que se fonde la différence entre la manière qu'ont juristes et sociologues de considérer le droit.

II

Le droit est paradoxalement constitué, et c'est pourquoi le chameau est et n'est pas nécessaire. Le paradoxe résulte de l'observation de l'arrangement autoréférentiel au sein du système. Nous

² Jorge Luis Borges, *Ficciones*, Madrid 1972, p. 101-116.

pouvons nous en faire une idée en nous intéressant, en un premier temps, au rapport entre règle et décision. La textualisation (Vertextung) des règles suggère leur dissociabilité du processus de décision. Elles deviennent ainsi l'objet de décisions propres, lesquelles suivent des règles qui, une fois textualisées, peuvent devenir [à leur tour] l'objet de décisions propres. De cette manière, on arrive à une régression à l'infini laquelle, bien que très discutée, est, en fin de compte, pratiquement inoffensive. On peut choisir d'arrêter tout simplement de suivre la régression. Le pragmatisme philosophique fit, d'ailleurs, à ce problème, la réponse désinvolte: Que résulte-t-il de tout cela? What makes a difference?ⁱⁱⁱ

Cela n'est cependant pas le fin mot de l'histoire. Reconsidérant la simple relation entre règle et décision, nous nous trouvons en présence d'un cercle autoréférentiel. En effet, il ne s'agit pas d'une simple [relation d'] interaction (Wechselwirkung). La décision ne serait pas une décision si elle ne réagissait pas à l'attente de la règle. L'observance de la règle est une décision car elle se décide contre une déviation par rapport à la règle, et cela, elle ne le peut que s'il y a une règle en général (überhaupt)³. Inversement, la règle ne serait pas une règle si elle ne produisait pas de décisions. La textualisation fait naître l'illusion d'un Etre-pour-soi-et-en-soi de la règle. Cela ne fait qu'occulter la constitution circulaire sous-jacente [à ce processus]. Les règles rendent les décisions possibles, parce que les décisions rendent les règles possibles⁴. Cela veut dire en même temps que la perfection n'est pas possible, mais seule l'évolution l'est. Un système règle/décision est précisément capable d'évoluer grâce à ce cercle, quand il est capable et dans la mesure où il est capable de se maintenir ouvert dans les deux directions.

On peut hiérarchiser ce rapport dans le sens d'une gradation de niveaux logiques. Les décisions concernant les règles sont dès lors sensées avoir lieu à un niveau supérieur. Le sens de la règle est plus général et pour cela (!) de niveau plus élevé que celui de la décision individuelle. L'on sait cependant, depuis Gödel, que cela ne résout pas tous les problèmes, mais mène [, bien au contraire,] à une indécidabilité fondamentale. La décision de restituer le chameau est une décision qui ne peut être décidée. Tient-on à la décider néanmoins, l'on ne pourrait que constater qu'une telle décision ne décide rien [en fait]. Ou encore: le système autoréférentiel n'est ni une règle (pour lui-même) ni une décision (sur lui-même).

Les juristes ont clairement tendance à considérer le chameau comme nécessaire et à ne pas le restituer. Ils opteraient pour la violation du droit (Rechtsbruch) constitutive du droit [même],

³ Cf. là-dessus Niklas Luhmann, "Soziologische Aspekte des Entscheidungsverhaltens", Ms. 1984.

⁴ Cela n'est nullement restreint au système juridique, mais vaut pour la logique en général. "A rule is amended if it yields an inference we are unwilling to accept; an inference is rejected if it violates a rule we are unwilling to amend. The process of justification is the delicate one of making mutual adjustments between rules and accepted inferences;

c'est-à-dire pour garder tout simplement le chameau et installer la pratique du droit dans la durée. Le fonctionnement sans heurt du droit (Rechtsbetrieb) et [leur] responsabilité sociale pour lui en valent le prix. Depuis l'effondrement des constructions jusnaturalistes du contrat, la théorie juridique reconnaît que le droit est né de la violence et qu'il se justifie lui-même, à partir de là, par son fonctionnement et son affinement mêmes. La cause génératrice peut dès lors tomber dans l'oubli. Elle n'est utilisée que pour mettre en marche une asymétrisation d'après laquelle le droit est toujours déjà là pour rendre possibles de nouvelles constructions et transformations juridiques. Le droit donné à un moment de l'histoire peut dès lors légitimer tout le droit ultérieur même si aucune limite n'est posée à la transformation du droit. Le cercle de l'autoréférence est interrompu. Le droit est valide (gilt) quand il est valide, jusqu'à ce qu'il soit modifié. Et ce principe de la positivité (Prinzip der Positivität), précisément, n'est touché par aucune modification, mais se trouve justement mis à contribution et par là confirmé. La positivité du droit, c'est le douzième chameau, mais uniquement quand il n'est pas restitué. Restitution ou non restitution, c'est dans cette alternative que réside, pour le dire autrement, la différence entre le droit naturel et le droit positif. Le droit naturel devait présupposer la force obligatoire de la promesse et du contrat. Le chameau était donné de l'extérieur. Il était don de Dieu, ordre offert. Le fait qu'il soit [à la fois] nécessaire et non nécessaire renvoyait à son origine religieuse. Le paradoxe était général et indiquait, comme d'autres paradoxes semblables, les limites de la logique humaine. La différence qui structure ce thème passait entre les parties en conflit et le juge divin. Elle constituait une différence insurmontable, renvoyant à la transcendance. Le moment où le juge est impliqué dans le système juridique et décide à l'intérieur du système, son chameau appartient également au système. Il se distingue, comme chameau judiciaire, assurément des chameaux appartenant aux parties. On pourrait penser, dans ce contexte, à différents plans logiques, à une hiérarchie de types au sens de la théorie ensembliste de la dé-paradoxisation. Le paradoxe se "développe" ("entfaltet" sich), comme disent les logiciens, désormais à l'intérieur du système et les limites passent entre le système juridique perdiffréncié (ausdifferenzierten)^{iv} et sa sémantique d'un côté, et la société et son environnement, de l'autre. La rétention du chameau devient nécessaire dès que la pensée juridique commence à réagir à la différenciation et l'autonomie close du droit. *Mais cela n'est vu que par un observateur externe.*

Pour le juriste, cette question n'est pas contingente dans sa structure. Pour lui, le paradoxe n'en est pas un. En effet, le juriste opère aujourd'hui sous la présupposition du douzième chameau, sans y voir une problématique de la décision. Le chameau symbolique n'est ni nécessaire ni non

and in the agreement achieved lies the only justification needed for either" (Nelson Goodman, *Fact, Fiction, and Forecast*, Cambridge Mass. 1955, p. 67).

nécessaire, il est [tout simplement] là. Le système opère sur deux plans logiques en même temps, mais il n'est pas nécessaire qu'il décide à ce sujet. Il suffit de ne pas se laisser déranger par la logique. La saisie du (Durchgriff auf) paradoxe est empêchée – de même que la parousie du Christ l'est par le Grand Inquisiteur de Dostoïevski. On pourrait, le cas échéant, styler cela en une décision – un exemple littéraire en est l'inauguration de la foi et de l'infidélité (Glauben und Unglauben) par la "papesse américaine"⁵. Dans la pratique cependant, cela représente toujours une décision qui ne peut être décidée ni ici ni maintenant.

Cette pratique de la dé-paradoxisation (Entparadoxierung) du droit est facilitée et parfaite par la représentation que la législation est, à sa base, une décision politique. On considère l'introduction du droit nouveau ou la transformation du droit ancien comme un fait certes contingent, mais l'on reporte l'absorption de cette contingence vers un autre système fonctionnel de la société, à savoir la politique. Cela peut être fait de manière d'autant plus convaincante que l'on exige de la politique de s'en tenir, de son côté, au droit. La règle fondamentale de la *rule of law* ou de l'Etat de droit voit dans cette liaison au droit un acquis civilisationnel, une valeur. Ceci est certainement vrai et il ne s'agit pas ici de le remettre en question. Il faut cependant voir aussi que le paradoxe de la constitution du droit n'est que reporté, de cette manière, vers les relations intersystémiques entre le droit et la politique – dans un *no man's land* pour ainsi dire. La politique peut créer du droit (Recht setzen) à condition qu'elle y procède de manière conforme au droit (dem Recht gemäss). On a donc affaire encore une fois à une tautologie qui doit être déployée comme "hiérarchie de normes" (Normhierarchie): on peut changer le droit, [mais toujours] dans le cadre du droit constitutionnel. Celui-ci peut à son tour être changé dans les limites qu'il se pose à lui-même. Ces limites sont protégées par les règlements intérieurs (Geschäftsordnungen) des parlements, lesquelles ne permettent pas que des demandes (Anträge) allant à l'encontre de l'autolimitation du changement constitutionnel soient traitées. Tout cela peut [assez bien] fonctionner et peut éventuellement contraindre le paradoxe à prendre la forme d'une révolution. Cependant, même la révolution n'aurait, au meilleur des cas, que la possibilité de choisir de nouvelles formes de dé-paradoxisation ou [à défaut] d'annuler la perdifférenciation du droit (die Ausdifferenzierung des Rechts zurückzunehmen).

Tant que cela n'arrive pas, le juriste peut continuer à travailler avec le douzième chameau. Il peut, dans ses processus opératifs de décision, s'appuyer sur l'asymétrie introduite [par l'emprunt du chameau] et décider de haut en bas, ou encore dériver de nouvelles décisions légales à partir d'un droit ancien qui n'a validité que "jusqu'à nouvel ordre".

⁵ D'après Esther Vilar, *Die Antrittsrede der amerikanischen Päpstin*, Munich 1982.

III

Cela vaut pour le juriste [qui se situe] au plan opératif du système. Une telle solution se réduit à rien dès que l'on commence à *observer* le mouvement du chameau. Entendons ici par "observation" (Beobachtung) tout simplement l'application opérative d'une *distinction* (*Unterscheidung*) dans le but d'*indiquer* (Bezeichnen), par le moyen d'une acquisition d'information ou d'une décision, un côté (Seite) de la distinction, à l'exclusion de l'autre, comme point de départ pour des opérations de connexion (Anschlussoperationen)⁶. Un observateur du chameau peut ainsi se fonder sur la distinction entre dedans et dehors (Innen und Aussen) et accomplir dès lors une indication (bezeichnen) du chameau comme un donné interne ou externe.

L'observation est, elle aussi, une opération, mais une opération d'un type particulier. Tout texte juridique est naturellement la base d'observations courantes. Dans ce sens, le juriste observe continuellement (beobachtet immer). Toutefois, il n'observe pas nécessairement ce qui maintient le système dans sa cohésion (was das System zusammenhält): le douzième chameau! C'est quand ce dernier type d'observation s'ajoute [à l'observation courante] que des questions comme les suivantes sont à l'ordre du jour: doit-on laisser au hasard le soin de fournir le chameau ou plutôt l'inscrire dans le contrat de travail du juge et, par là, établir celui-ci comme partie du système? Doit-on rendre le chameau ou plutôt le garder, même en violation du droit? L'introduction de cette distinction [entre les deux types d'observation] dans un système qui, grâce au chameau, rend possible son propre fonctionnement et, de cette manière, se distingue lui-même (sich selbst unterscheidet), ne permet pas d'esquiver le paradoxe – non plus que ne le permet l'usage de cette distinction aux fins de l'auto-observation (Selbstbeobachtung). S'il est vrai que la différence (Unterschied)^v faite par le douzième chameau constitue le système, [alors on peut soutenir qu'] il s'agit d'[un cas de] réintroduction d'une distinction dans ce qui est distingué par elle, [c'est-à-dire] d'un "re-entry" au sens de la logique de Spencer Brown⁷. Nous appellerons *Réflexion* (*Reflexion*) ce cas d'auto-observation. Réflexion est l'observation de l'identité, c'est-à-dire du paradoxe constitutif du système, par le système lui-même; et cela non pas simplement dans le sens d'une distinction de sa particularité (Eigenart) par rapport à celle de l'environnement – telle une identification d'un univers particulier de formes propres au droit ainsi que d'une culture juridique particulière –, mais dans le sens d'une observation du système comme unité d'une différence,

⁶ "Distinction" et "indication" dans le sens de George Spencer Brown, *Laws of Form*, 2^e éd. New York 1972.

⁷ *ibid.* p. 69sq.

comme unité d'auto-identité et d'auto-différence (Selbstidentität und Selbstverschiedenheit). Le douzième chameau est déjà une sorte d'opérationnalisation de ce paradoxe.

Les systèmes fonctionnels perdifférenciés (ausdifferenzierte Funktionssysteme) rencontrent tôt ou tard des problèmes de ce genre et développent des théories de la réflexion (Reflexionstheorien) spécifiques à cet usage. La théorie juridique n'est qu'un exemple parmi d'autres. Il est facile de se convaincre du caractère généralisé du phénomène (et de son statut sociologique de corrélat de la perdifférenciation): un coup d'œil sur les théories de la connaissance, sur les théories politiques, économiques, etc. y suffit⁸. Nous nous contentons de cette allusion et nous concentrons sur l'auto-observation et l'auto-description du système juridique, c'est-à-dire sur la théorie juridique.

L'histoire de la réflexion juristhémique peut être décrite comme une série de tentatives d'internaliser le symbole directeur des opérations (das operationsleitende Symbol) [du système juridique]. Plus exactement et de manière plus historique: l'externalisation de ce symbole ([dont la] dernière manière [est la]: "invisible hand") perd de sa force de conviction et de son efficacité opérative; on en arrive ainsi, *nolens volens*, à la nécessité de l'internalisation [du symbole]. Cependant, il est impossible d'avoir, à l'intérieur d'un système autoréférentiel-et-clos (selbstreferentiell-geschlossenen), des points fixes autonomes (unabhängigen Fixpunkte); [il est impossible d'avoir] un contrôle (Kontrolle) qui, de son côté, ne soit pas contrôlé. De tels systèmes peuvent certes s'observer eux-mêmes, mais ils ne le peuvent que par des opérations internes. Ils ne peuvent donc jamais s'observer "de l'extérieur" ("von aussen"). Une ré-externalisation, telle qu'elle est pratiquée par les juristes – et qui prend parfois la forme d'une substitution d'un pôle externe (la politique) à un autre (la religion) – ne résiste pas à l'examen. Elle [ne fait que] déplace[r] le paradoxe vers les relations intersystémiques – comme nous l'avons montré plus haut. Mais existe-t-il [au fond] de meilleures solutions, conçues avec plus d'attention au détail?

Des tentatives ont été faites de contracter externalisation et internalisation, et d'insérer la transcendance dans la conscience, pour la retrouver là sous la forme d'une valeur indisponible. Cette idée de Kant correspondait très exactement au problème. Elle a fasciné la théorie juridique durant presque une décennie. Cependant, assez vite l'on s'est rendu compte que l'idée cumulait les faiblesses des deux positions: la stérilité déductive de la position externe (externale Position) et la dissolubilité autoréférentielle de la position interne. Nous faisons abstraction [dans cette critique] du fait que la solution aurait dû être cherchée et trouvée non pas pour la conscience – et

⁸ Cf. là-dessus également: Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Francfort 1984, en part. p. 617sq.

la correction n'est apportée qu'à ce seul niveau par Habermas et Appel –, mais pour le rapport communicationnel (Kommunikationszusammenhang) des systèmes sociaux.

Il y a eu d'autres tentatives. Hans Kelsen a, en présupposant que la théorie juridique était une science, identifié le douzième chameau comme norme fondamentale. C'est la tentative qui serre le problème du plus près. Toutefois, la validité uniquement hypothétique d'une telle norme ou sa justification (Begründung) par [l'argument d']une indispensabilité constructive, lui donne une ambivalence que le chameau a d'ores et déjà. Du coup, elle n'est pas d'une grande aide. Elle est due à une instance extérieure, qui est cette fois-ci la science, et elle peut pour cette raison rester une hypothèse. En même temps, elle est conçue pour avoir une fonction normative, directrice d'opérations (operationsleitende).

Si l'externalisation demeure ainsi une solution foncièrement insatisfaisante et si l'on doit accepter la clôture du système juridique⁹, le recours à une technique logique de la différenciation des plans (logischen Mehrebenentechnik), c'est-à-dire à une théorie des types, elle, reste possible. Cette théorie a été inventée spécialement pour la solution de paradoxes directeurs (Leitparadoxien) et semble entre-temps être devenue indispensable – nonobstant les essais de construire une logique sans types (typfreie Logik). Le douzième chameau serait ainsi un type pour soi et devrait paître sur le plan le plus élevé du système. Mieux: il intervient dans le système comme chameau de programme (Programmkamel). D'autres plans pourraient être facilement ordonnés [à cette construction générale], telle une hiérarchie des sources du droit. Il y aurait ainsi une différence de plan entre l'art. 79 III de la Loi Fondamentale et la Constitution en général, et cette différence s'ajouterait à la gradation [des sources juridiques] connue par ailleurs.

Nous avons déjà remarqué que cela ne pouvait pas résoudre tous les problèmes. Il resterait en effet à expliciter la présupposition de l'ensemble des plans en chacun d'eux ainsi que le passage de l'un des plans à l'autre. Plus exactement, il faut expliciter en quel sens on qualifie ce passage de conforme ou de non conforme au droit (rechtmässig, bzw. unrechtmässig). Le système juridique semble se fier ici à des règles de procédure dont la relation à la hiérarchie matérielle [des sources du droit] doit, pour cette même raison, rester inélucidée. Certes, les procédures elles-mêmes doivent être en accord avec la constitution, mais la décision qu'elles le sont ou ne le sont pas ne peut être atteinte que par des procédures. On a affaire ici, de toute évidence, à ce que Douglas R. Hofstadter appelle un "strange loop"¹⁰. Les systèmes hébergeant un tel phénomène sont de leur

⁹ Ce qui ne revient pas à nier les relations avec l'environnement. Cf. là-dessus Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl. Opladen 1983, p. 354 ss.; idem., "Die Einheit des Rechtssystems", *Rechtstheorie* 14 (1983), p. 129-154.

¹⁰ *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Hachette, Sussex UK 1979. Hofstadter y donne la définition suivante: "The 'Strange Loop' phenomenon occurs whenever, by moving upwards (or downwards) through the levels of some hierarchical system, we unexpectedly find ourselves right back where we started" (S.10). Il illustre le phénomène par

côté appelés "tangled hierarchies". Les systèmes juridiques qui doivent identifier comme procédure juridique l'opération par le moyen de laquelle ils passent d'un plan [de légitimation juridique] à un autre appartiennent assurément à ce type de "tangled hierarchies". Cela ne veut rien dire d'autre sinon que la logique [des types] à multiniveaux (Mehrebenenlogik) [en même temps] fonctionne et ne fonctionne pas.

Cette solution, peut-être la plus répandue et apparemment la plus convaincante aujourd'hui, se trouve en évidente harmonie avec les dispositions et les habitudes de décision de la profession juridique. Demandons simplement: sur quoi débouche-t-elle? Sans chameau, conflit et panique, avec le chameau, par contre, des décisions ordonnées et satisfaisantes. Le sens du chameau est la valeur de cette différence, la valeur d'une valeur n'est rien d'autre que la valeur des conséquences que l'on peut obtenir grâce à elle¹¹. Une justification pragmatique de ce type renonce cependant à toute réflexion de la fonction du droit; elle se limite à souligner les performances sociales incontestables [du droit]. Cela pourrait à terme mener à une corrosion des "eigenvalues" du droit. On voit déjà de tels phénomènes de dissolution s'installer dans le sillage d'une pratique qui élève la pondération des intérêts ou des conséquences (Interessenabwägung oder Folgenabwägung) au rang de maxime dernière¹².

IV

Qui s'en satisfait, peut rester dans les limites de la théorie juridique. Ses résultats sont [tout à fait] utiles au sein du système. Mais le douzième chameau nous interpelle: avons-nous cherché correctement? Nous avons cherché "le" chameau comme unité. Mais qui nous dit que c'est une unité? Peut-être est-ce une différence ou encore l'unité d'une différence. Cette supposition met à jour une toute autre trace dans l'histoire que nous devons suivre, et nous prépare à faire usage d'instruments de pensée modernes.

Très tôt déjà, presque au commencement d'une sorte de différenciation de la pensée juridique, on trouve les indices d'une conscience de l'incomplétude logique (logische Unvollständigkeit) de

les exemples que sont *l'Offrande musicale* de Bach, les gravures de Maurits Escher et les problèmes logiques qui ont mené au théorème des propositions indécidables.

¹¹ Comme il arrive souvent quand des solutions plausibles sont proposées, il manque ici, à mon sens, une élaboration théorique qui ait le niveau de celles d'un Kant ou d'un Kelsen. Des formules générales exprimant les principes (prinzipielle Formulierungen) ne manquent pas, par contre. Cf. par exemple, dans une perspective limitée aux relations avec la morale, Adalbert Podlech, "Recht und Moral", *Rechtstheorie* 3 (1972), p. 129-148.

¹² Cela peut s'interpréter comme renoncement à tout point fixe qui représente l'unité du système dans le système. Cf. dans ce sens, Karl-Heinz Ladeur, *"Abwägung" - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Frankfurt 1984.

l'ordre juridique. Le droit ne s'en sort pas avec le droit seul (Das Recht kommt mit dem Recht allein nicht zurecht)^{vi}. Une première réaction à l'expérience [de cette déficience] mobilise la représentation confuse d'une sorte de *deuxième droit derrière le droit*, comme d'une anticipation de la théorie des types logiques. Ainsi, [derrière le droit] il y a encore quelque chose que l'on appelle *epieikeia, aequitas, Billigkeit, equity*. C'est dans ce domaine que sont assurés l'allègement des duretés et la justice des cas individuels (Einzelfallgerechtigkeit), sans que cela ait une répercussion sur le droit lui-même. C'est là en quelque sorte la plaine qui recueille et amortit la chute de tout ce qui n'est pas correctement attaché aux versants escarpés du droit. Là où l'équité devient, comme en Angleterre, elle-même un programme juridique, il devient nécessaire de trouver un troisième terrain d'interception.

Une autre problématique, plus proche du cas particulier et, par là, plus facilement contrôlable juridiquement, prend son départ des nécessités de la dérogation (Derogation) du droit. Il s'agit ici de cas d'urgence constituant une menace pour la vie, tels que le vol de nécessité (Notdiebstahl)¹³, la résistance à l'abus de droit, en particulier dans le cas de l'usurpation tyrannique du pouvoir ou inversement de l'agir illégal du gouvernant politique qui cherche à réaliser des finalités supérieures. Le long débat sur la raison d'Etat aux 16^e et 17^e siècles était moins un débat sur le phénomène nouveau de l'Etat politique (Machiavel ne connaît pas le concept de raison d'Etat), qu'une discussion de l'incomplétude de l'ordre juridique sur la base du problème de la dérogation¹⁴. C'est pourquoi un tel débat devait déboucher sur la question suivante: les nécessités dérogatives (Derogationsnotwendigkeiten) peuvent-elles être construites dans les limites du droit naturel – dans le cas du vol de nécessité comme une restriction du droit de propriété, ou celui de la raison d'Etat comme un privilège particulier du pouvoir politique, c'est-à-dire comme *ius eminens* –; ou bien de tels comportements doivent-ils être acceptés comme des infractions au droit? Le débat se poursuit aujourd'hui, de manière un peu inattendue, non plus au sujet du sommet des Etats, mais des rangs inférieurs des organisations. En effet, le nombre et le détail des prescriptions qui règlent l'activité au sein des organisations auraient paralysé toute action concrète si ceux qui y travaillent ne se permettaient pas des illégalités nécessaires¹⁵. Cette raison d'Etat

¹³ Cp. p.J. Montes, "Precedentes doctrinales del "estado de necesidad" en las obras de nuestros antiguos teólogos y juriscultos". La Ciudad de Dios 142 (1925), p. 260-274, 352-361.

¹⁴ Cp. Rodolfo de Mattei, "Il problema della deroga e la "Ragione di Stato"", in: Enrico Castelli (ed.), *Cristianesimo e Ragione di Stato*, Roma - Milano 1953, p. 49-60.

¹⁵ Cf. Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin 1964, p. 304 ss. Pour des études caractéristiques de cas, voir par exemple Josef Benschman/Israel Gerver, "Crime and Punishment in the Factory: The Function of Deviance in Maintaining the Social System", *American Sociological Review* 28 (1963), p. 588-593; Dean Harper/Frederick Emmert, "Work Behavior in a Service Industry", *Social Forces* 42 (1963), p. 216-225; Louis A. Zurcher, Jr., "The Sailor Aboard Ship: A Study of Behavior in a Total Institution", *Social Forces* 43 (1965), p. 389-400; Earl Rubington, "Organization Strains and Key Roles", *Administrative Science Quarterly* 9 (1965), p. 350-369. Cf. par ailleurs, Keith L. Rosenn, "The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications", *American Journal of Comparative Law* 19 (1971), p. 514-549.

inférieure peut se manifester à l'occasion d'un "faire son service d'après le règlement" ("Dienst nach Vorschrift")¹⁶. Elle peut aussi, comme nous l'observons de plus en plus aujourd'hui, être renvoyée avec colère, par les personnes concernées, au niveau politique pour qu'on en décide à nouveau.

Les deux versions du problème, l'équité et la dérogation, reflètent des expériences que le système juridique fait avec lui-même. Elles s'inscrivent dans la perspective de l'auto-observation du droit et les solutions imaginées révèlent une certaine perplexité. Si l'on s'en tient à une construction interne au droit, le problème revient sous la forme d'un flou (Unschärfe) caractéristique: le *ius eminens* est pratiqué par en bas (von unten) comme vol de nécessité, par en haut (von oben) comme privilège d'Etat. Accepte-t-on par contre l'illégalité (Rechtswidrigkeit) dans l'intérêt de buts supérieurs, c'est le droit dans son intégralité que l'on dégrade. Les deux versions pouvaient d'autant moins donner satisfaction que le droit devenait socialement plus différencié et était systématiquement considéré comme une sphère culturelle relativement autonome. A partir de là, ce sont deux [nouvelles] conceptions du problème qui sont en concurrence et que nous pouvons encore une fois distinguer selon qu'elles sont internes ou externes au droit.

La première conception se situe encore dans la tradition d'un droit naturel (reformulé) ayant pour prémisses des droits naturels subjectifs conçus cependant sans relation à une valeur d'ordre quelconque¹⁷. Le droit naturel n'est rien d'autre que le droit de faire ce qui nous plaît¹⁸. Ce droit n'est cependant qu'une moitié du droit, pour ainsi dire: aucune obligation ne lui fait pendant. Le vrai droit, le droit des lois (das gesetzliche Recht) ne se réalise que par une construction contractuelle (Vertragskonstruktion) (Hobbes), ou encore un ordre divin (Taylor). Seul ce processus fait naître un ordre juridique supérieur à l'état naturel. Le droit consiste ainsi, de manière paradoxale, en une restriction de lui-même. Quel que soit ce que nous entendons par "natural law", il est conçu comme "superadded to our nature"¹⁹. Certes, le fait que la nature, qui sert ici de point de départ, soit déjà qualifiée de droit permet d'éviter l'hypothèse d'une origine sans droit du droit (rechtlosen Ursprungs des Rechts). Mais ce droit du départ (Ausgangsrecht) contient trop de possibilités qui n'ont pas de valeur d'ordre; similaire en cela à la violence et

¹⁶ Cf. Christian Helfer, "Über "Dienst nach Vorschrift" als rechtssoziologisches Problem", Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 17 (1965), p. 98-105.

¹⁷ C'est Hobbes qu'on cite ici normalement, lequel formule cependant une théorie qui, pour l'époque, reste plutôt excentrique. Voir aussi Jeremy Tylor, *Ductor Dubitantium* (1660 ss.), cité d'après son édition in: *The Whole Works* vol. IX et X, London 1851/52, reprint Hildesheim 1970, en part. liv. II, 1. Là-dessus, voir Niklas Luhmann, "Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte", Rechtshistorisches Journal 3 (1984), p. 133-149.

¹⁸ "The right of nature is a perfect and universal liberty to do whatever can secure me or please me" (Taylor, *ibidem* Vol. IX, p. 280).

¹⁹ Taylor, *ibidem* p. 282.

presque identique avec elle, il est posé dans le monde aux fins de l'autorestriction. La question est alors si c'est Dieu (Taylor) ou l'homme machine (Hobbes) qui accomplit cette restriction.

Recherche-t-on, par contre, une solution externe au droit, il n'est plus nécessaire de poser le droit à l'origine du droit. Les premières tentatives furent faites encore sous contrôle théologique²⁰. Le pouvoir politique (*politische Herrschaft*) était compris comme un ordre divin immédiat établissant un pouvoir immédiat (c'est-à-dire indépendant de tout consensus)²¹. La conséquence en était que les concepts juridiques et moraux de la raison d'Etat tombaient dans la prévoyance spéciale de Dieu²². Un engagement aussi immédiat de Dieu dans les affaires de l'Etat (de même que celles d'entreprises économiques, dans les problèmes matrimoniaux, les difficultés de l'éducation, etc.) ne pouvait pas convaincre durablement. Le 18^e siècle lui substitua un concept sécularisé où le droit se fondait sur la violence au sens de la contrainte extérieure.

Cette conception s'est imposée au cours du 18^e siècle. Le droit naturel fut réécrit sur ce nouveau fondement²³. Les doctrines du contrat social, qui devaient présupposer ce qu'elles cherchaient à fonder, furent abandonnées²⁴. Cette position a été ensuite systématisée par Kant²⁵. Le droit a son origine dans la violence et s'établit comme la différence entre une détermination externe par comparaison à une détermination interne de l'agir. Les expériences faites avec les problèmes traditionnels sont [prises en considération et] traitées sous le titre: "Du droit ambigu"²⁶. L'équité devient un "droit sans contrainte", le droit d'urgence (*Notrecht*) devient une "contrainte sans droit" et [l'ensemble de] la problématique est ramenée à l'incomplétude logique de l'ordre

²⁰ En stricte logique, une fondation théologique se situe au-delà de la distinction que nous avons faite entre une résolution interne et une résolution externe du paradoxe. Une telle fondation peut, cependant, se combiner aussi avec une solution interne, quitte à devoir faire face à la question: Pourquoi Dieu crée-t-il ces droits subjectifs encombrants, si c'est pour les limiter après coup par des lois naturelles, *superadding to our nature*. Mais là-dessus Taylor a une réponse très intelligente et très moderne: "the reason is, because that which is natural is one, but these laws admit variety" (ibidem p. 283, cela étant dirigé contre Ulpian et contre l'hypothèse d'une nature basale qui fonde d'ores et déjà une sorte d'ordre minimal pour les animaux et pour les hommes). En termes modernes, cela signifie que le point de départ d'un gain de complexité doit être trouvé dans un principe *capable de restriction [einschränkungsfähigen]*.

²¹ C'est le cas dans l'école de Salamanque, avec des rayonnements importants cependant. Voir là-dessus, Ernst Reibstein, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca: Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altprotestantischen Naturrechtslehre*, Karlsruhe 1955.

²² Une conception semblable élaborée par Pedro Barbosa Homen est le thème du travail de Pierre Mesnard, "Barbosa Homen et la conception baroque de la Raison d'Etat", in Castelli, ibidem p. 109-116.

²³ Notamment, avec Thomasius comme précurseur, depuis Nicolaus Hieronymus Gundling. *Ius naturae et gentium*, Halle 1714. Cp. également Hinrich Rüping, *Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule*, Bonn 1968, en part. p. 130 ss.

²⁴ Voir Simon-Henri-Nicolas Linguet, *Théorie des loix civiles, ou Principes fondamentaux de la société*, 2 vol., London 1767, en l'occurrence l'argument suivant: "Toute règle commune suppose des rapports, et la découverte de ses rapports, des connaissances; mais celles-ci d'où naissent-elles?" (Vol. 1, p. 234), et la réponse ne peut qu'être: d'un principe qui ne présuppose pas de considérations sociales: la violence (Vol. 1, p. 284 ss.).

²⁵ Sur l'origine du droit dans la violence, voir Horst Folkers, "Zum Begriff der Gewalt bei Kant und bei Benjamin", in: Günter Figal/Horst Folkers, *Zur Theorie der Gewalt und Gewaltlosigkeit bei Walter Benjamin*, Heidelberg 1979, p. 25-57.

²⁶ Voir, pour ainsi dire en-dehors du système, l'annexe à l'Introduction à la Doctrine du droit, *Metaphysik der Sitten I*, cité d'après l'édition de J.H. Kirchmann, Leipzig 1870, p. 35 s.

juridique, "car cette ambiguïté repose en vérité sur le fait qu'il existe des cas d'un droit douteux pour la décision desquels aucun juge ne peut être établi"²⁷. Curieusement le droit de résistance [à l'oppression], qui relève de ce contexte, n'est pas mentionné. Il aurait représenté, dans la systématique kantienne, un autre cas de contrainte sans droit. Cependant le statut d'un droit équivoque – qui reste tout de même un "droit" – n'est pas accordé [dans cette systématique]. La raison kantienne ne se permet qu'un rapide coup d'œil sur les conditions étatiques modernes et laisse se déployer à ce sujet toute la rigueur du mécanisme juridique: la résistance politique ne peut être que contrainte illégale et seul le succès factuel lui donne la possibilité de mettre en mouvement un nouveau processus de formation du droit²⁸.

Peu de temps après Kant, les objections contre une telle morale-massue (Totschalgs-moral) (Hugo) se multiplient. Elles sont dirigées contre toute tentative d'arrêter avec "violence" la déduction du droit à partir du droit²⁹. Contrainte et liberté ne peuvent être pensées comme coexistantes, et quand l'on part du droit de contraindre, on n'arrive qu'à la question de savoir pourquoi quelqu'un serait tenu de reconnaître ce droit comme droit. Cette objection ne mène cependant pas plus loin – pas plus loin que la doctrine qui domine le 19^e siècle, selon laquelle il faut tout simplement présupposer le caractère obligatoire du droit, ce qui nous ramène vers les eaux saumâtres du débat sur la légitimation. Nous avons donc tout lieu de répliquer par la question: que veut-on dire exactement quand on désigne l'origine du droit comme violence? Comment entendait-on, en fait, traiter ce paradoxe?

"Origine" ne signifie assurément pas – ou du moins plus aujourd'hui – un fait historique. Le droit devrait autrement se poser d'autant [plus instamment] en origine de lui-même que s'accroît la distance qui le sépare de ses origines [factuelles] – ce qui nous ramènerait au problème de l'autoréférence. [Situer l'origine du droit dans la violence] ne veut pas dire que le droit doive recourir de temps à autre à la force physique pour s'imposer face à une résistance donnée. Certes, la force physique reste un "real asset"³⁰ et la présupposition de tout ordre juridique complexe; cependant, la force physique, comme "couverture" du pouvoir politique ainsi que du pouvoir distribué par le droit, n'est pas congruente avec le droit dans son ensemble. Abstraction faite de la quantité de droit qui reste simplement proposé et n'est jamais appliqué – puisque personne n'en

²⁷ Toutefois, Kant lui-même n'est pas satisfait de cette explication. Il la plie pour la réinsérer dans sa propre théorie et la justifie "par la confusion des raisons objectives avec les raisons subjectives de l'exercice du droit" (ibidem p. 38), ce qui s'entend comme si quelqu'un s'était trompé quelque part.

²⁸ Cp. Wolfgang Lienemann, *Gewalt und Gewaltverzicht: Studien zur abendländischen Vorgeschichte der gegenwärtigen Wahrnehmung von Gewalt*, München 1982, p. 219 ss.

²⁹ Cp. par exemple Jakob Friedrich Fries, *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena 1803, p. 24 ss.

fait usage -, la force physique organisée n'aurait jamais suffi à briser, sur une grande échelle, la résistance contre le droit. Même la théorie libérale conçoit le problème de manière trop étroite, quand elle le met en relation avec ce que l'on appelle aujourd'hui le "free riding" – c'est-à-dire avec le fait qu'il est rationnel de ne pas respecter l'ordre quand tout les autres le respectent et que cette rationalité [du free riding] doit être exclue. On a besoin de force (Gewalt), par exemple, pour faire exécuter des titres de droit incontestables ou encore, de manière très générale, comme couverture de la compétence de créer du droit nouveau ou de décider du droit obscur.

Une fois ces interprétations écartées, la question devient: La violence (Gewalt) n'est-elle peut-être tout simplement qu'un autre nom pour le douzième chameau? Est-ce le sens du passage (en soi mineur) chez Hegel où il est dit que la violence ou la contrainte se détruisent immédiatement dans leur concept même?³¹ Si nous acceptons de désigner le douzième chameau – en distinction de quoi? - comme violence, quelles en seraient les conséquences?

D'importantes interprétations de la violence proposées dans notre siècle – les *Réflexions sur la violence* de Georges Sorel³² ou la *Critique de la violence* par Walter Benjamin³³ – mènent sur ce chemin, même si elles ne le parcourent pas jusqu'au bout. Le point décisif pour nous, à ce stade, est que le thème de la violence n'est pas introduit ici d'un point de vue génétique, mais *sous la forme d'une différence*. Pour Sorel, l'important est de distinguer, au moyen de la distinction force / violence^{vii}, la violence étatique de la violence révolutionnaire et de leur trouver un commun dénominateur. Il faut alors prendre parti. Même les analyses subtiles de Benjamin commencent par cette distinction entre violence autorisée et non autorisée (sanktionierter und nicht sanktionierter Gewalt), mais lui opposent aussitôt l'autre distinction entre violence créatrice de droit et violence conservatrice du droit (rechtsetzender und rechtserhaltender Gewalt), et arrivent à la conclusion qu'à l'intérieur de la violence autorisée en accord avec la forme juridique (rechtsförmig sanktionierten) le *maintien (Erhaltung) de la différence entre création de droit (Rechtsetzung) et conservation du droit (Rechtserhaltung) est la condition de la validité du droit (Rechtsgeltung) – et reste hors d'atteinte*³⁴. Toute opération conservatrice du droit contient un moment de création juridique – ne serait-ce que parce qu'une décision y est nécessaire. Dans cette mesure, le droit lui-même sabote

³⁰ Cp. Talcott Parsons, "Some Reflections on the Place of Force in Social Processes", in: Harry Eckstein (ed.), *Internal War: Problems and Approaches*, New York 1964, p. 33-70, réimprimé dans Talcott Parsons, *Social Theory and Modern Society*, New York 1967, p. 264-296. Cp. aussi Niklas Luhmann, *Macht*, Stuttgart 1975, p. 60 ss.

³¹ A savoir: parce que la violence ne peut contraindre que comme une force agissant (Einwirkung) sur la volonté, sans pouvoir reconnaître précisément cela. Cp. *Grundlinien der Philosophie des Rechts* §§ 91, 92. Demeure obscur cependant pourquoi une contrainte qui serait posée contre une contrainte peut encore être pensée comme nécessaire et comme condition de légalité (Rechtmässigkeit).

³² 1906, cité d'après la 8^e édition, Paris 1936.

³³ 1921, cité d'après les *Gesammelte Schriften* Vol. II, 1, Frankfurt 1977, p. 179-203.

de manière courante cette différence [qui constitue] la condition de sa validité, en se sachant couvert par la violence dans son travail de réduction des sous-déterminations qui lui sont immanentes. L'"expérience décourageante de l'indécidabilité dernière de tous les problèmes de droit"³⁵ se confond avec [celle de] l'omniprésence de la violence dans le droit. Le douzième chameau qui néanmoins garantit la décidabilité, c'est la violence.

Du point de vue du système, le paradoxe ainsi fondé (fundierte Paradoxie) apparaît comme un flou (Unschärfe) du droit ou plus exactement comme la certitude que le flou des prémisses (Vorgaben) juridiques ne bloque pas la décision. Le droit peut, en étant couvert par la violence, se charger d'ambiguïté et néanmoins promettre de décider tout cas particulier [dont il aurait à connaître]. Mais pourquoi appelle-t-on cela violence et quelle est cette violence – sinon le concept chargé de ressentiment (Ressentimentbegriff) d'un écrivain? Si le domaine [de cette violence] est congruent avec celui d'un droit nécessairement sous-déterminé, ne revient-on pas à Kant encore une fois? Ne doit-on pas, inversement, imputer à la violence une force qui de son côté serait régénératrice du droit? "In *ogni* violenza vi è un carattere di creazione giuridica", lit-on dans un essai qui prend son départ chez Benjamin pour trouver accès aux idées actuelles sur la teneur en désordre de l'ordre³⁶. Nous savions déjà que le chameau symbolique rend possible des décisions – et nous ne semblons pas plus avancés. Nous avons [de plus] l'indication qu'en donnant au phénomène le nom de violence nous en arrivons à un cumul de ressentiments contre le droit, lesquelles restent stériles tant qu'ils ne débouchent pas sur une nouvelle version du problème. Par ailleurs, nous avons acquis, parallèlement à la violence, une formulation seconde (Zweitformulierung) [du phénomène] qui est celle de l'ambiguïté (Ambiguität) du droit. Cette formulation recueille le traitement traditionnel des problèmes de l'incomplétude logique de l'ordre juridique et du droit ambigu (des zweideutigen Rechts) (Kant) et le généralise. Nous devons donc nous interroger comment le droit s'arrange (zurechtkommt) [pour fonctionner] dans l'enchevêtrement de sa détermination avec son indétermination et quelle théorie peut décrire cet arrangement. Cependant, la sémantique de la violence ne donne toujours pas d'indication quant au *paradoxe structurel* qu'un système autoréférentiel suppose. Le concept occulte plutôt qu'il n'élucide la génération simultanée du droit et du non-droit (Recht, Unrecht^{viii}). Ce faisant il rend indécidable la question de savoir si le droit vaut de manière conforme au droit ou non conforme au droit (rechtmässig oder unrechtmässig). Nous y reviendrons.

³⁴ Les analyses fort peu heureuses de la police ("L'ignominie [das Schmachvolle] d'une telle autorité"... etc.), qui se lisent comme un réquisitoire, obscurcissent malheureusement le sens tout à fait général et consistant de la thèse que nous essayons de reconstruire.

³⁵ *ibid.* p. 196.

³⁶ Eligio Resta, *L'ambiguo diritto*, Milano 1984, p. 10 (Soulignements dans l'original).

V

Notre recherche de renseignements sur le douzième chameau s'en est tenu jusque-là, grosso modo, à la tradition juristh orique. Rien ne nous oblige cependant d'en rester là. Ces dernières années, les recherches théoriques en cybernétique, en théorie des systèmes et sur les paradoxes de l'autor f entialit  ont fait des progrès notables. Quand la théorie juridique s'entête   délivrer une "critique de la violence", quand elle reproche à sa propre dogmatique d'être en déclin et de se dissoudre en discours d'intérêts pluralistes (pluralistische Interessendiskurse), pour lui recommander éventuellement le pragmatisme comme un renoncement à la réflexion; on devrait au moins prendre connaissance des possibilités d'observation et de description [des phénomènes] qui vont au-delà [de cet horizon théorique].

Une de ces possibilité consiste en une définition du chameau symbolique qui se situerait à un niveau d'abstraction supérieur. [Le chameau peut en effet être défini] comme "Eigen-behavior" stabilisant un système autor f entiel³⁷. La question est alors de savoir si et comment un système autor f entiel peut trouver par lui-même ses Eigen-behaviors et le cas échéant les remplacer. Une approche comparative peut s'y associer. Ainsi, dans le système scientifique, le progrès de la connaissance n'est possible que si la recherche cesse de s'orienter sur des vérités fixes, pour s'orienter sur des pr sumptions et des hypothèses qui peuvent être vraies, de même qu'elles peuvent être fausses³⁸. Part-on de vérités fixes, on risque de rester collé au sol de ces vérités. Mais alors: comment le système contrôle-t-il l'introduction d'hypothèses quand il doit éviter qu'elles ne soient introduites au point de vue de leur vérité déjà reconnue? On en vient là aussi, au cours de l'évolution sociale, à l'internalisation du chameau, c'est-à-dire à un détachement par rapport aux prémisses religieuses ainsi qu'à un détachement, au cours du 17^e et du 18^e siècle, par rapport au "common sense"³⁹. Ce contexte semble lui aussi favoriser l'émergence de théories de la réflexion

³⁷ Cp. surtout Heinz von Foerster, "Objects: Token for (Eigen-)Behaviors", in idem., *Observing Systems*, Seaside Cal. 1981, p. 274-285. Le concept est dérivé de "Eigen-values" qui désigne les valeurs qui rendent possible une solution d'équations autor f entielles. Un exemple de von Foerster est la proposition: "Cette proposition a ... lettres". Le nombre de lettres qui forment le nombre manquant doit être mis en harmonie avec le sens de la phrase. Les mots qui remplissent cette condition (et il y en a, selon les langues, soit plusieurs soit aucun) sont les "Eigen-values" de la proposition.

³⁸ Cf. par exemple Nicholas Rescher, *Methodological Pragmatism: A Systems-Theoretic Approach to the Theory of Knowledge*, Oxford 1977, p. 188 ss.

³⁹ A son apogée au 18^e siècle, la "philosophie du *common sense*"  tait d'ailleurs déjà réduite à une simple auto-recommandation de la philosophie comme *common sense*. En termes de performance analytique, on ne trouve presque rien qui aille au-delà d'une réduction à la sensation. Cp. en particulier Thomas Reid, *An Inquiry into the Human Mind, und Essays on the Intellectual Power of Man*, in: *Philosophical Works*, 8^e  d. Edinburgh 1895, reprint

au caractère pragmatique et proche de la recherche concrète. Ces théories ne font qu'indiquer comment on doit s'y prendre, étant incapables d'expliquer au plan logique comment les Eigenvalues peuvent être trouvées suffisamment tôt et de manière suffisamment sûre.

Au vu de ces difficultés que nous ne pouvons lever pour le moment de manière convaincante ni au plan formel ni au plan spécifique du système juridique, il est utile de passer de l'auto-observation à l'observation externe. L'hétéro-observation (Fremdbeobachtung^{ix}) permet d'acquérir une relation plus indépendante à l'objet. Les propriétés de l'objet, ici du système juridique, se distinguent de manière plus précise de leur environnement, de leur histoire et s'émancipent de leur appréciation (Wertschätzung) dans le système. A la différence de l'auto-observation, l'hétéro-observation peut observer au moyen de la différence entre structures latentes et manifestes; elle peut donc voir quelque chose que l'on ne peut voir au sein du système. Parallèlement, ces potentialités plus libres de contextualisation, d'évaluation (Bewertung) et d'éclaircissement (Aufklärung) subissent des restrictions plus strictes. L'hétéro-observation peut se faire à partir de plusieurs positions et [être entreprise] par plusieurs observateurs capables de communiquer entre eux. C'est pourquoi elle doit se soucier de sa consensualité (Konsensfähigkeit) et se procurer une certitude "intersubjective", comme on dit. L'auto-observation, par contre, ne connaît qu'un seul observateur: le système [observé] lui-même⁴⁰. Elle [ne] peut dès lors présupposer [qu']un accès unique et non contrôlable à elle-même et opère du coup sans critères de contrôle.

Les analyses qui précèdent relèvent elles-mêmes d'une perspective d'hétéro-observation de l'auto-observation et se présentent comme des analyses systémistes (systemtheoretisch^x) des théories réflexives de systèmes fonctionnels sociaux (Reflexionstheorien gesellschaftlicher Funktionssysteme). Mais les théories réflexives ne pensent qu'une espèce de processus systémiques. Or, il en est d'autres. C'est pourquoi nous élargissons à présent notre cadre analytique en essayant de livrer une observation et une description externes du système juridique: [en l'occurrence] une analyse sociologique du droit. Cela ne veut pas dire que la sociologie dispose à présent du chameau, le prête et le reprend. Trêve de prétentions "hiéocratiques" (Priesterherrschaft)! L'observation et la description de systèmes autoréférentiels et autopoïétiques

Hildesheim 1967. Comme le douzième chameau, le *common sense* est présupposé, pour n'être employé que dans la polémique contre les positions de problèmes et les abstractions d'autres théories.

⁴⁰ L'acuité de cette opposition se relativise quand on prend en compte les possibilités de la différenciation systémique. En effet, il est alors possible que des systèmes partiels d'observation et de description se différencient, tels les discours des philosophes du droit ou des théoriciens du droit qui occupent une position ambivalente entre l'auto-description [du système par lui-même] et l'hétéro-description [du système par autre chose que lui] et qui peuvent certes caractériser le droit d'une manière non courante, non pratique, mais abstraite, sans cependant perdre de vue qu'ils travaillent pour le droit.

ont des avantages spécifiques dont l'on peut tirer profit sans devoir établir à l'avance si elles peuvent être reprises ou non par l'auto-observation et la réflexion du système concerné.

Nous ne déciderons pas dès l'abord de l'utilité qu'une telle observation et une telle description peuvent avoir pour le système observé. Nous laisserons cela au hasard. Dans tous les cas, [l'utilité pour le système] n'est pas notre motif principal. Avec Philippe Van Parijs nous pourrions parler de "parasitic clarification" et faire nôtres ses deux maximes: clarity and charity⁴¹.

VI

Bien des textes l'indiquent: les sociologues ne sont pas prêts en général d'accepter sans examen le jugement du système juridique sur ce qui est droit et non-droit (Recht und Unrecht). Ils se sentiraient, en effet, superflus. Suivant la "labelling approach", on tendrait, par exemple, à désigner comme coupable plutôt la police que le criminel. Des analyses documentaires montrent à quel point les bases sur lesquelles la procédure juridique s'appuie sont éloignées de la vie réelle. On se rend compte que le droit ne maintient sa validité que parce qu'on ne prend pas la mesure de sa violation courante. La technique juridique de la décision d'après le code droit- non-droit (Recht-Unrecht) est perçue comme faisant violence au monde de la vie (Lebenswelt), dont l'existence ploie sous la domination coloniale de ce non-droit (Unrecht). Les concepts avec lesquels le juriste travaille ne correspondent nullement au sens que chacun, et en particulier les sociologues, leur donnent. Il est ainsi inévitable que des justiciables, en particulier appartenant aux couches populaires, ne puissent suivre les débats conduits dans le langage du droit et ne peuvent comprendre pourquoi ils perdent ni pourquoi ils gagnent. Ces griefs ne sont pas nouveaux⁴², mais se présentent aujourd'hui comme des résultats de recherche. Ils sont documentés, rédigés dans un langage qui n'est pas celui de tous les jours; enfin, ils [sont prêts à] tomber sous leur propre verdict.

L'analyse sociologique habituelle de l'agir social se laisse mener, ici comme ailleurs, par le soupçon que les explications que les acteurs donnent de leurs propres actions – i.e. les "théories quotidiennes" (Alltagstheorien) ou les idéologies professionnelles qui ont cours – sont fausses. Un tel "principle of suspicion" est profondément ancré dans la tradition anthropologique,

⁴¹ Selon *Evolutionary Explanation in the Social Sciences: An Emerging Paradigm*, London 1981, p. IX ss.

⁴² Cp. l'exposé détaillé et haut en couleur de Simon-Nicolas-Henri Linguet, *Théorie des loix civiles, ou Principes fondamentaux de la société*, 2 Vol. London 1767, en part. le long "Discours préliminaire", ou encore Lodovico Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742, cité d'après le reprint Milano 1958.

ethnologique, psychologique et sociologique⁴³. Les formules que l'on rencontre dans ce contexte donnent l'impression que la sociologie se réclame d'une position privilégiée de connaissance. Cette pose ne peut cependant être affichée durablement – ne serait-ce que pour le peu de force explicative des théories sociologiques ou encore parce qu'elle va à l'encontre de la conception des systèmes autoréférentiels⁴⁴.

L'autoréférence ne pouvant être produite qu'au sein du système autoréférentiel et incluant l'auto-observation, l'autodescription ainsi que tous les critères choisis et les textes produits à cet effet, il ne peut y avoir [pour le système autoréférentiel] de directives externes pour sa critique et son amendement. L'autopoïèse des systèmes autoréférentiels [n']opère [que] sous la condition de clôture opérative. Ainsi, dans la théorie de la conscience – laquelle avait anticipé cette connaissance – on parle d'"autoréférence sans critères" (kriterienloser Selbstreferenz)⁴⁵. Si le système juridique reproduit à présent, au moyen de la différence de droit et non-droit (Recht und Unrecht), le droit à partir du droit en attribuant aux communications concernées une qualité normative, comment le sociologue, ou n'importe quel observateur externe peut-il dire: ceci n'est pas droit (Recht) ou ceci est injuste droit (unrechtes Recht)? Et quand il dit cela, la conséquence n'en est-elle pas pour celui qui observe cette observation et cette description, que l'observateur (observé) n'énonce rien d'autre que sa propre opinion?

Face à de telles objections, nous avons tout lieu de nous demander en quoi consiste la distance qui rend l'observation possible pour le sociologue. Ehrhard Blankenburg a proposé de remplacer à des fins jurissociologiques la perspective du ou ceci droit (Recht) / ou cela non-droit (Unrecht) particulière au juriste par celle d'un "plus ou moins droit"⁴⁶. Cela va au devant des sociologues le plus souvent enclins à penser en termes de variables mesurables et représente à coup sûr une des possibilités de se soustraire à l'emprise immédiate du code binaire [du droit]. Cependant, on ne peut ignorer que le travail des juristes a lieu au sein de la réalité sociale, et que les juristes, à l'égal d'ailleurs de tous les consommateurs du droit qui se laissent guider par leur sens de la justice (Rechtsgefühl), s'orientent sur une différence claire entre droit et non-droit (Recht und Unrecht). C'est pourquoi nous allons différer la question et nous intéresser d'abord à cela qui donne au

⁴³ Cp. Parijs, *ibidem* p. 129 ss. avec quelques indications.

⁴⁴ Voir aussi le rejet [de cette attitude] – allant de pair avec la parfaite disposition à apprendre des analyses externes, sociologiques ou autrement "scientifiques", du droit – par Gunther Teubner, "Das regulatorische Trilemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 13 (1984), p. 109-149. Teubner appelle "modèles stratégiques du droit" la réflexion interne au droit désignée ici comme théorie juridique.

⁴⁵ Cp. Sidney Shoemaker, *Self-Knowledge and Self-Identity*, Ithaca N.Y. 1963; *idem.*, *Self-Reference and Self-Awareness*, *the Journal of Philosophy* 65 (1968), p. 555-567. Van Parijs lui aussi s'interroge en regard du "principle of suspicion" si typique pour le sociologue: "is there not something like 'authoritative self-knowledge' which makes it impossible for a human being to be wrong about why he does what he does" (*ibidem* p. 130).

sociologue la capacité en général de laisser son jugement sur le droit ou le non-droit (Recht oder Unrecht) en suspens, ou même de se supposer une ignorance sur la question, alors qu'il sait déjà en tant que participant à la communication sociale – tout comme les gens sur lesquels il enquête – ce qui est droit et ce qui est non-droit (Unrecht)⁴⁷. La réponse consiste à confier au sociologue la tâche d'observer le douzième chameau. Cette injonction se justifie par le fait qu'un observateur extérieur peut observer l'autoréférence du système juridique comme *paradoxe*. La conséquence alors est double: l'observation de la constitution paradoxale permet de *voir plus que le système lui-même ne peut voir*, du moment que chaque opération du système présuppose une dé-paradoxisation de l'autoréférence et l'effectue; en même temps elle *interdit de tirer de l'observation des conclusions logiques*, car le système observé est seul à pouvoir se dé-paradoxiser. Ainsi, nous pouvons dire de manière appuyée que l'observateur, quand il fonde son observation sur le paradoxe de l'autoréférence comme principe de réalité (Realitätsprinzip), peut observer et ne pas observer. Il est renvoyé au paradoxe qui le constitue lui-même- lequel, dans le cas de [l'observateur formant une] prétention scientifique à la vérité, est le paradoxe d'Epiménides⁴⁸.

Ceci n'est naturellement pas la fin du droit ni de la science, mais [bien au contraire] le commencement. Le codage du système juridique par la différence du droit et du non-droit (Recht und Unrecht) ainsi que les textes qui s'y rapportent dans la réflexion interne du système, permettent de clarifier précisément [cet énoncé]. *Le système juridique se dé-paradoxiser par l'adoption de ce code*. Il traite la différence du droit et du non-droit (Recht und Unrecht) non pas comme paradoxe, mais comme contradiction (Widerspruch). On a alors: non-droit (Unrecht) contredit le droit et inversement, ou encore non-droit#droit (Unrecht#Recht). Avec Kant et Benjamin l'institution de ce code peut être alors comprise comme transition d'un état sans droit (rechtlos) à un état légalement ordonné (rechtlich geordnet). On peut alors justifier cette transition elle-même par le caractère immensément avantageux d'un tel ordre juridique ou encore la critiquer comme violence; cependant, [ce qu']on ne peut [faire, c'est] de la juger à l'aune de la différence du droit et du non-droit (Recht und Unrecht). Les textes et les réflexions qui sont produits au sein du système juridique à ce sujet, retouchent cette ambivalence particulière. Ils associent (vermitteln) ce qui peut être utilisé opérativement dans le système avec un côté du droit qui s'en

⁴⁶ Cf. "Recht als gradualisiertes Konzept: Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung", *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 6 (1980), p. 83-98.

⁴⁷ Nous reformulons ici une question qui est souvent discutée, quoiqu'avec peu de bonheur, dans les termes du problème de la neutralité axiologique (Wertfreiheit). L'époque phénoménologique pourrait également être repensée dans ce cadre.

⁴⁸ Une recherche des conséquences épistémologiques qui prendrait son départ à ce point, exigerait deux clarifications préliminaires. Il ne s'agit pas [d'une part] d'une remise à jour de l'ancienne *sophrosyne*, donc d'un savoir qui peut *distinguer* savoir et non-savoir. Il ne s'agit pas non plus d'une remise à jour de l'ancien scepticisme, donc de la possibilité de douter de tout critère. Le problème est bien plutôt celui d'un *strange loop* qui, du point de vue de l'autoréférence, fait rebondir, pour les sujets connaissant, la conception de l'objet vers l'autoréférence propre.

trouve nécessairement obscurci. Ils ne sont ni vrais ni faux, ne représentent ni des images correctes ni incorrectes de la réalité du droit, mais des contributions à sa constitution. Ils traitent des problèmes du paradoxe en neutralisant son interférence dans le fonctionnement du droit. Le paradoxe est ainsi traité comme s'il était une contradiction, donc en fait comme si on pouvait l'éliminer par un procédé logiquement technicisable, à deux valeurs logiques.

Le paradoxe cependant n'est pas une contradiction, et c'est précisément cela qu'un observateur extérieur peut observer. Il est clair pour lui que le droit en général ne peut être créé que par la création de non-droit (Unrecht). Pour lui, le problème n'est pas: droit (Recht) *égal* non-droit (Unrecht), mais droit (Recht) *parce que* non-droit (Unrecht). La sociologie du principe de suspicion n'était donc pas tout à fait dans l'erreur, seulement elle n'a pas fait justice au problème qui résulte, pour le système juridique, de sa propre constitution paradoxale.

Comme ces trous noirs qui ne laissent sortir [de soi] aucune information sur soi et qui ne sont connus que par l'agitation [observée] dans leur environnement, le paradoxe du droit n'est reconnu que dans l'interaction [qu'on peut avoir] avec lui. A la différence de la théorie juridique, la sociologie du droit n'est pas obligée d'effectuer ses propres opérations dans le domaine d'ordre du paradoxe juridique. Elle peut prendre connaissance du paradoxe comme d'un problème du système et peut faire usage de ce problème comme un point de repère pour des analyses fonctionnelles. On en arrive ainsi à la question de savoir comment la dé-paradoxisation est appliquée au sein du système et quels dispositifs (Einrichtungen) remplissent quelles fonctions. Reliés à des fonctions, tous les dispositifs apparaissent comme contingents, c'est-à-dire comme comparables à d'autres possibilités qui lui sont fonctionnellement équivalentes. Le codage binaire est une possibilité de dé-paradoxisation qui au cours de l'histoire de l'évolution socioculturelle s'est révélée tout à fait avantageuse. Elle n'est pas la seule possible. Dans différentes cultures, elle est ressentie presque comme une perturbation de l'harmonie et on l'évite autant que possible⁴⁹. Dans d'autres cultures, elle est amortie à l'aide de règles d'évitement ou complétée par des alternatives comportementales⁵⁰. Quand des bureaucraties coloniales orientées sur le droit ont à faire à de telles cultures, elles se retrouvent typiquement [enfermées] dans un monde construit qui

⁴⁹ Cp. par exemple Takeyoshi Kawashima, "The Status of the Individual in the Notion of Law, Right, and Social Order in Japan", in: Charles A. Moore (ed.), *The Status of the Individual in East and West*, Honolulu 1968, p. 429-448 (431); Pyong-Choon Hahm, *The Korean Political Tradition and Law: Essays in Korean Law and Legal History*, Seoul 1967, p. 29 s., 41 ss. La tradition européenne connaît aussi, à la suite de certaines traditions d'Asie mineure, des réserves comparables – telle la distinction de l'arbre de la connaissance (à qualification moralement binaire) d'avec l'arbre de vie.

⁵⁰ Il est question de "substitute profiles" chez, par exemple, Florence R. Kluckhohn, "Dominant and Substitute Profiles of Cultural Orientation: Their Significance for the Analysis of Social Stratification", *Social Forces* 28 (1950), p. 376-393. Cp. également Florence R. Kluckhohn/Fred L. Strodbeck, *Variations in Value Orientation*, Evanston 1961. J. van Velsen, *The Politics of Kinship: A Study in Social Manipulation Among the Lakeside Tonga of Nyasaland*, Manchester 1964, p. 314, parle lui d'"Escape clauses". Les exemples peuvent être multipliés à loisir.

n'est pas capable de comprendre l'ordre réel par le moyen de ses fictions cognitives⁵¹. C'est pourquoi il nous faut nous enquérir des conditions historiques et socioculturelles particulières [qui ont favorisé l'émergence] d'un codage strict qui, dans l'ensemble, a eu [tout au long de son histoire] pas mal de succès.

A partir de là l'analyse de la production textuelle du système juridique elle-même devient à nouveau possible – en particulier les efforts de réflexion qui opèrent à proximité du paradoxe et tentent d'évacuer les problèmes hors de cette zone dangereuse. Nous avons déjà traité des thèmes analogues plus haut. D'un point de vue sociologique, il faudrait ajouter que la séquence des thèmes partant du droit interceptif (Auffangrecht) de l'équité, passant par la thématique de la dérogation pour aboutir au problème de la violence, n'est pas contingente et ne représente pas non plus un processus de connaissance en amélioration continue, mais plutôt un phénomène concomitant (Begleitphänoomen) avec la perdifférenciation fonctionnelle croissante du droit. Surtout, dans la mesure où les moyens religieux d'absorption du paradoxe (Paradoxieabsorption) se réduisent ou ne sont plus appropriés (en particulier pour le droit, lequel doit [de son côté] réguler des dissensions religieuses), le droit est renvoyé à un traitement autonome de son propre paradoxe. On peut se demander aujourd'hui si la sémantique de la violence a déjà livré les textes optimaux à cet effet.

S'il s'avère que ce développement juristhébrique corréle avec la révolution structurelle, on peut y voir une preuve pour une thèse dont la portée est bien plus étendue: *la différenciation sociale de systèmes fonctionnels peut être atteinte par le codage de leur paradoxe*. Dans la discussion sociologique actuelle, il y a une incertitude considérable dans la définition et l'estimation du théorème classique d'une différenciation sociale croissante. On renvoie sans cesse aux phénomènes que l'on pourrait interpréter comme des symptômes de dédifférenciation (Entdifferenzierung). A cela on peut répondre que la différenciation ne peut de toutes les manières signifier une isolation relative, mais bien la croissance [simultanée] d'indépendances et de dépendances (donc une croissance de la complexité). Il faut cependant déterminer à nouveau ce qui fait la différence du différent. La référence à un paradoxe et à un code propre qui transforme le paradoxe en une contradiction, pourrait être utile ici. Dans ces conditions, le système juridique serait autonome en dépit de toutes ses dépendances causales par rapport à son environnement social, et le serait tant qu'en lui et uniquement en lui ont lieu les décisions sur le droit et le non-droit (Recht und Unrecht).

Une autre conséquence de cette approche par l'autoréférence et le paradoxe mène à un basculement radical de la perception normale du droit et de sa situation sociale. Normalement, la

⁵¹ Cp. là-dessus Gerd Spittler, *Verwaltung in einem afrikanischen Bauernstaat: Das koloniale Französisch-Westafrika 1919-1939*, Wiesbaden 1981.

représentation qu'on se fait du système juridique le fait consister en un dispositif (Betrieb) décisionnel professionnellement organisé qui accueille les demandes de renseignements (Auskunftsbegehren), les plaintes, les attentes de sécurité transactionnelle (Absicherungsanliegen) etc. de son environnement social et qui satisfait ces besoins par [ses] décisions⁵². La première théorie des systèmes avait fourni, pour cette perception [du droit], des modèles d'input/output. Elle ne clarifiait pas cependant le statut juridique qui revenait en fait à cette communication entre le système juridique et son environnement social. Si l'on part, par contre, de la prémisse que le système juridique est un système autoréférentiel clos qui se reproduit autopoïétiquement, alors on doit considérer *toute communication* qui s'oriente *sur le code du droit et du non-droit (von Recht und Unrecht)* comme une communication *interne* du système juridique même là où elle ne fait appel à aucune assistance professionnelle et n'implique aucun dispositif décisionnel organisé, comme dans le cas par exemple de la conclusion de contrats traités comme forme juridique ou encore de la question qu'on se pose, dans la vie quotidienne, pour savoir si quelque chose peut être exigé légalement ou pas. Cela veut dire: le code juridique régule toutes les communications internes, et ne régule que les communications internes du système juridique. Il n'y a ni Input de droit dans le système ni Output de droit hors du système. En-dehors du droit on ne peut rien faire avec le droit (Ausserhalb des Rechts kann man mit Recht nichts anfangen). Le contact du droit avec son environnement social doit être traité à des niveaux de sens tout à fait différents – comme celui de l'opportunité politique, de l'utilité économique, de la perturbabilité de systèmes de contact etc., selon les systèmes qui sont à chaque fois impliqués. La fonction du système juridique consiste en cela: assurer la possibilité d'articulations juridiques dans la société et pour la société⁵³; cette fonction ne peut être remplie, après la perdifférenciation d'un système juridique, qu'[à l'intérieur de ce système] et nulle part ailleurs.

VII

Nous voulons poursuivre cette approche. Elle nous permet d'apercevoir le paradoxe sous de nouveaux angles, et cela dans une perspective qui n'est pas directement accessible au système juridique, puisqu'elle exige de considérer les normes comme des faits, mais ne permet pas pour autant au système juridique de conclure des faits aux normes ou des normes aux faits. Nous

⁵² Un représentant typique de cette conception (évitant toutefois prudemment toute définition) est Lawrence M. Friedmann, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York 1975.

résolvons ce problème classique là aussi par la distinction entre références systémiques (Systemreferenzen).

Cependant, commençons par le commencement: pour formuler une théorie qui conçoit l'autonomie comme condition d'indépendance et de dépendance simultanées par rapport à l'environnement, nous avons besoin d'un concept de système qui combine autoréférence et hétéroréférence comme condition de possibilité des opérations propres au système. Suivant l'hypothèse sociologique qui est la nôtre, cette distinction apparaît dans le système juridique comme distinction des aspects normatifs et cognitifs de la pratique juridique. Les premiers font référence à la qualité normative qui caractérise la décision juridique, les seconds à la prise en considération de l'environnement social du système juridique dans une perspective objective (sachlicher) et temporelle (zeitlicher)^{xi}. L'aspect normatif reflète la *clôture* opérative [et] autopoïétique du système juridique, c'est-à-dire le fait que toute opération qui transmet une qualité normative, doit présupposer et employer une telle qualité. L'aspect cognitif reflète l'*ouverture environnementale* (Umweltoffenheit) du système, laquelle est rendue possible par la clôture elle-même du système⁵⁴. Il s'agit donc de ma variante du paradoxe du système, [à savoir] de l'*ouverture par clôture*. C'est pourquoi il nous faut montrer que le problème de la restitution du chameau, au point de vue d'une observation externe, peut être conçu comme un rapport de renforcement [mutuel] de la clôture et de l'ouverture.

Le système voit les normes comme normes (et s'emmêle inévitablement dans une prétention de validité (Geltungsanspruch) tautologique). L'observateur voit les normes comme des faits. Depuis longtemps – depuis Georg Jellinek et Max Weber au moins – l'observation se concentre sur l'adhésion factuelle à la prétention de validité de la norme et définit la légitimité comme consensus. Cela suffit quand il y va de la justification du pluralisme ou de l'historisme. Cependant, cela ne libère pas de la circularité [immanente à la justification des normes] qui prend la forme ici d'un fait de croyance (Glaubensfaktum). L'observateur observe la facticité de l'autoréférence du système, mais n'en apprend rien. On peut dépasser ce stade de l'analyse en ramenant la validité normative (Sollgeltung) à des faits empiriques, en contradiction avec la logique du système. Le système dira alors: Ce n'est pas comme cela qu'il faut l'entendre. Nous le savons. Nous savons que c'est nous qui observons en ce moment et n'effectuons [plus du coup] les opérations autopoïétiques à mesure qu'elles ont lieu (mitvollziehen). Il s'agit donc seulement de mieux observer, c'est-à-dire de mieux exploiter les possibilités de [l'être-à-]distance de l'observateur.

⁵³ Le fait qu'avec cela la fonction du droit n'est pas suffisamment décrite dans son contenu est indiqué par le caractère tautologique de la "définition". Il y va [en effet] au plan du contenu de pré-vision de la capacité des attentes à être maintenues.

⁵⁴ Cp. sur cette thèse les travaux cités plus haut à la note 9.

On peut caractériser la qualité déontologique (Sollqualität) des normes comme modalité de l'expectation (Modalität des Erwartens), une expectation qui élève pour soi une prétention normative⁵⁵. L'expectation (Erwarten) se donne un sens normatif quand elle laisse escompter (in Aussicht stellt) son maintien même dans le cas où elle serait déçue⁵⁶. La validité normative (normative Geltung) est une validité contrefactuellement intentionnée (kontrafaktisch intendierte) et manifeste ainsi l'absence de disposition à apprendre (Lernunwilligkeit). Elle refuse l'adaptation des expectations à leurs [éventuelles] déceptions et le déclare clairement à l'avance, de manière à ce que l'agir contrevenant [à ces expectations] puisse savoir quelle sorte de disposition il heurte. La sémantique de la validité normative (Normgeltung) et du devoir-être se réfère à cette modalité expectative (Erwartungsmodalität). Elle rend possible la production (Anfertigung) de textes qui saisissent cette disposition, l'expriment, la généralisent et la couplent à nouveau (zurückkoppeln) avec la reproduction d'une telle expectation. Le chameau symbolique apparaît alors comme une proposition déontologique (Sollaussage) sous la forme d'un prédicat qui exige qu'un certain traitement logique et sémantique lui fasse suite (Anschlussbehandlung). La restitution du chameau aurait pour signification que le droit se limite à prendre connaissance de faits, tels des intérêts et des revendications (Forderungen), et à les accorder de la manière la moins conflictuelle possible (möglichst konfliktfrei).

Une observation externe du droit qui se sert de cette redéfinition du devoir-être (Sollen) comme [mode d']expectation contrefactuelle peut accéder à des perspectives qui ne s'ouvrent pas sans détour pour le système juridique [lui-même] ni même pour la théorie juridique. L'observateur reconnaît le risque que prennent les expectations qui s'entêtent à se maintenir [en dépit d'éventuelles déceptions]. Il peut alors se demander comment ce risque est contrôlé – en quelque sorte derrière le dos de la norme (hinter dem Rücken der Norm) – et comment il se trouve réduit (heruntertransformiert) à un format portable. C'est là qu'on en arrive à une analyse de processus d'apprentissage qui sont compatibles avec un refus de l'apprentissage⁵⁷. Ces processus ne se décantent pas dans des décisions, mais dans des textes – tels que les décisions directrices [rédigées par]les tribunaux, les lois ou les "théories" de la dogmatique juridique. La perdifférenciation du

⁵⁵ Une alternative théorique intéressante s'appuie sur l'analyse des réseaux. Elle saisit notamment la validité normative empirique exclusivement sur le plan des positions et des types de structures de liaison (les rôles), abstraction faite de la conscience normative des acteurs. Il existe également un grand nombre de travaux sociologiques et ethnologiques contribuant à une telle approche. Cf. Rolf Ziegler, "Norm, Sanktion, Rolle: Eine strukturelle Rekonstruktion soziologischer Begriffe", *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 36 (1984), en cours d'impression.

⁵⁶ Cp. pour plus de détail: Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, ibidem, p. 27ss.

⁵⁷ Un fait comparable dans la description du système économique est que les acheteurs s'orientent sur des prix soit pour acheter ou ne pas acheter ($P \Rightarrow v NK$), en même temps que ce fait réagit sur les prix sans que les acheteurs le sachent ou puissent en tenir compte dans leurs décisions ($P \Leftarrow NK \vee K$). Sur ce plan de l'agrégation des prix, l'asymétrie basale du processus économique est annulée: elle se transforme en un cercle autoréférentiel. *Et ce n'est qu'ainsi que des systèmes se forment.*

système juridique exige une telle combinatoire de styles expectatifs normatif et cognitif, de même qu'elle exige une différenciation corrélative de niveaux entre décisions et textes. La perdifférenciation est un concept, cependant, qui ne fait sens que pour un observateur [externe] et la différenciation de niveaux est pour l'observateur une "tangled hierarchy". Dans le système, le chameau est dans le système. L'observateur, lui, a l'impression que le système garde et rend le chameau, c'est-à-dire n'apprend pas et apprend.

Si l'on traduit cette conceptualité en langage systémiste, la validité normative correspond alors à la clôture du système et la disposition cognitive à apprendre correspond à l'orientation [du système] sur son environnement. Le système se reproduit lui-même dans des opérations récursives-closes (rekursiv-geschlossenen) dans le sens où il produit du sens normatif sur la base de sens normatif (auf Grund von normativem Sinn). Il ne peut se procurer de la qualité normative de son environnement (il n'y pas de droit naturel), et ne peut non plus en céder à son environnement; car toute communication qui se réfère à des normes juridiques est précisément pour cela une communication [qui a lieu] dans le système lui-même. Tout contact avec l'environnement, que ce soit un input ou un output, doit pour cela prendre une autre forme expectative (Erwartungsform), et doit donc être conçu comme cognitif. Un système juridique qui, pour ce qui va de la reproduction du droit, serait capable d'apprendre, est, pour cela, un système à la fois clos et ouvert. Ceci n'est pas une contradiction logique, car nous définissons la clôture comme reproduction récursive et non pas comme négation de l'ouverture. La clôture doit être plutôt formulée comme un paradoxe: le système est ouvert *parce qu'il est fermé*, ou encore fermé *parce qu'ouvert*, et il est [d'ailleurs], quand l'on prend en considération la complexité comme variable de renforcement (Steigerungsvariable), d'autant plus ouvert qu'il est fermé et d'autant plus fermé qu'il est ouvert. Là aussi le douzième chameau est à l'œuvre, et se laisse observer comme condition de possibilité d'une telle combinaison.

La distance [de l'observateur] est à l'origine d'un autre gain qui consiste en ce que l'observateur peut faire abstraction de la préférence pour l[le type d]'agir conforme au droit (rechtmässig) auquel le système s'est lié lui-même – puisqu'il aurait pu déclarer conforme au droit un [tout] autre agir. La différence 'conforme au droit' (rechtmässig) / 'contraire au droit' (rechtswidrig) avec laquelle le système s'est codé apparaît alors comme une simple bifurcation. L'observation du système permet de voir que la bifurcation est une sorte d'aiguillage de l'histoire (als Weichenstellung Geschichte macht). Cela est vrai au plan biographique dans la mesure où le choix entre un agir conforme au droit ou non conforme au droit (unrechtmässig) est souvent à l'origine de parcours biographiques très différents et très difficilement réversibles – et cela, en un premier temps, indépendamment de la deuxième bifurcation qui est celle entre être-pris [sur le fait] ou ne pas l'être (erwischt wird oder

nicht). Les conséquences d'un agir contraire au droit (rechtswidrigen) se distinguent, tant pour les personnes prises en infraction au droit que pour celles qui ne le sont pas (erwischte / nichterwischte Rechtsbrecher), [en tous les cas] de ceux d'un parcours biographique "impeccable" ("sauberen"). Il en est de même pour les distinctions structurelles au sein du système. L'option pour la juridicisation et la bifurcation subséquente en faveur d'un codage dans les termes de conforme au droit (rechtsmässig) / contraire au droit (rechtswidrig) rendent possibles, mais également nécessaires, des décisions connectées (Anschlussentscheidungen) menant à une histoire [de plus en plus] difficilement réversible. Pensons aux conséquences de la criminalisation de la consommations de drogues ou de la juridicisation (Verrechtlichung) de nombreux microdomaines (Detailbereiche) de l'agir économique. L'observateur peut alors décrire comment le système se lie lui-même par bifurcation et comment par le biais souvent de décisions de peu d'importance (geringfügig) – telles celles dictées par la situation ou motivées par la politique – le système se trouve engagé dans une histoire qui échappe à son contrôle⁵⁸.

Enfin, l'observateur est mieux à même que le système de reconnaître si et comment le système se sabote lui-même dans sa fonction. Les attentes normatives sont produites avec facilité et parfois même légèreté. Cette production [si elle était fondamentalement inhibée] ne serait pas l'opération de base pour la formation d'un système autopoïétique. Il est possible de déclarer normatives des règles telles que: "sois juste!" ou "sois pondéré dans tes décisions!" (wäge ab, bevor du entscheidest), ou encore "fonde ton examen sur une considération de la généralisabilité [de ta maxime d'action]!". La perdifférenciation du système juridique au sein de la société (une observation de l'observateur!, [en fait]) n'a été possible que parce que le risque d'indéterminité qui lui est immanent a pu être contrôlé par des techniques spécifiquement juridiques. C'est ainsi que le système juridique a pu remplir sa fonction sociale en même temps qu'il fournissait aux autres systèmes partiels (Teilsysteme) de la société des contributions (Leistungen) suffisamment prédictibles. Cette contribution du droit juridiquement construit jusque dans ses moindres détails (juristisch durchkonstruiertes Recht) a été le mieux comprise par Max Weber. Les juristes eux-mêmes ne semblent pas lui emboîter le pas et appréhendent plus que jamais la "Begriffsjurisprudenz" et les justifications (Begründungen) "purement formelles". Cela reste possible [même] dans le contexte d'une autopoïèse perdifférenciée, tant que ses conditions ne sont pas réfléchies. La question est cependant: que résulte-t-il à long terme de la tendance du système juridique à assumer des décisions ou à travailler avec des formules décisionnelles qui se

⁵⁸ On trouvera des réflexions particulièrement intéressantes sur la question de savoir si et comment cela peut être dépeint, c'est-à-dire présenté à un observateur chez Anthony Earl of Shaftesbury, "A Notion of the Historical Draught or Tablature of the Judgment of Hercules", in idem., *Characteristics of Men, Manners, Opinions, Times*, London 1714, Vol. III, p. 345-391.

soustraient à une décomposition spécifiquement juridique? Il est alors possible que, parallèlement à des régulations normatives trop nombreuses et trop détaillées, il n'y ait plus que trop peu de limitation juridique et qu'en raison de la différenciation interne du système il ne soit presque plus possible d'arriver à une péréquation des deux tendances délivrant une moyenne statistique satisfaisante. Deux chemins périlleux peuvent alors s'ouvrir pour le système qui n'a de contrôle sur aucun d'eux⁵⁹: une sorte de stagflation juridique comme inflation[nement] et déflation[nement] (Inflationnierung und Deflationnierung) simultanées du droit.

VIII

La perdiffférenciation du système juridique en un système fonctionnel propre et autoréférentiel de la société a pour conséquence l'impossibilité pour ce système d'héberger des normes qui lui sont indisponibles. Il n'y pas de prémisses qui puissent servir à la justification de décisions, tout en restant inaccessibles aux opérations du système. La légitimation par une norme suprême et inquestionnable (nicht hinterfragbare) cède la place à une orientation sur des intérêts, c'est-à-dire sur l'environnement social.

La jurisprudence a perçu cet état de choses avec Jhering, au plus tard, et s'est restructurée en conséquence comme jurisprudence des intérêts (Interessenjurisprudenz). Ce tournant a été salué, un peu prématurément, comme une sociologisation de la jurisprudence⁶⁰. Cependant, liée qu'elle est au mode normatif des opérations de son système, la jurisprudence ne peut éviter de supposer aux intérêts des qualités axiologiques immanentes (immanente Wertqualitäten). Si, de plus, la maxime juridique (Rechtsgebot) de l'égalité de traitement (Gleichbehandlung) et la consistance de la décision doivent être sauvegardées, il faut attribuer alors à ces qualités axiologiques une validité générale allant au-delà du cas particulier. L'interrelation des intérêts devient [directement] hiérarchisante (wie Wertrangverhältnisse aufgefasst) et les ordonne selon des rapports de préférence (Vorzugsbeziehungen). La décision de cas qui ne font pas difficulté se laisse, elle aussi, justifier de cette manière: on n'a pas le droit d'abattre un garçon qui vole des cerises. Dans les cas plus compliqués [par contre], la pondération des intérêts (Interessenabwägung) cède la place à l'autoréférence du système, c'est-à-dire à la référence aux cas déjà décidés. Chaque décision

⁵⁹ Un bon champ d'étude est[, à cet égard,] l'insuffisance juridique et sociologique des contributions à la discussion de la dé-juridicisation (Entverrechtlichungsdiskussion). Je suis assez poli pour ne pas citer.

⁶⁰ Voir là-dessus, rétrospectivement, Gilbert Geis, "Sociology and Sociological Jurisprudence", *Kentucky Law Review* 52 (1964), p. 267-293. Cp. également Helmut Schelsky, "Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht: Ein wissenschaftsgeschichtlicher Beitrag", in idem, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen 1980, p. 147-186.

prélève ainsi du sens pour la production d'autres décisions, de même que celles-ci de leur côté profitent de ce que la pratique [juridique] s'est toujours déjà liée par des décisions [du même genre].

A cela correspond une variante du chameau symbolique: un rapport circulaire entre intérêt et valuation (Wertung). Dans un contexte historique donné il y a le plus souvent assez d'information préalable (Vorinformation) pour briser le cercle et l'asymétriser [en créant] des points de départs [possibles]. Toutefois, la chose n'est pas aussi inoffensive qu'un cas d'interaction réciproque (Wechselwirkung) normale – comme la main droite qui lave la main gauche et inversement. Car intérêt et valuation ne se constituent que dans leur rapport circulaire même. Ils se créent leur propre possibilité dans leur Autre. C'est au moins ainsi que doit penser le juriste qui en disant intérêt pense en même temps à ce qui [en lui] mérite protection (Schutzwürdigkeit). La structure circulaire est le fondement (Begründung), et le reste n'est qu'affaire de praticabilité.

Le système juridique ne peut procéder autrement, étant lié à sa propre autopoïèse. Un observateur externe [, quant à lui,] est plus libre. S'il lui faut aussi asymétriser sa propre autoréférence, il n'a pas à le faire de la même manière. Il peut utiliser d'autres schémas, par exemple comme sociologue, la différence entre société et droit⁶¹. L'historien procède de manière analogue quand il présente le droit comme l'expression de l'esprit du temps (Zeitgeist) et le voit comme conditionné par sa propre histoire. Combinant les deux perspectives, sociologique et historique, on peut interpréter l'expression "perdifférenciation" de manière évolutionniste (evolutionstheoretisch) et concevoir l'histoire du droit comme une illustration de la perdifférenciation grandissante d'un système juridique fonctionnellement autonome.

Les particularités structurelles d'un système juridique ne se présentent plus dès lors comme de simples résultats de l'adaptation à un environnement social [qui serait] toujours déjà là, non plus que le résultat de la satisfaction d'un besoin de droit (Bedürfnisses nach Recht) – ce qui ne camouflerait que partiellement la structure circulaire de l'argument. La théorie actuelle de l'évolution s'est détournée d'asymétrisations aussi élémentaires. L'autopoïèse est à la fois condition et résultat de l'évolution: elle est, du coup, une forme d'évolution de l'évolution. C'est pourquoi il faut demander de manière bien plus radicale comment une telle combinaison de clôture et d'ouverture, d'autodétermination normative et de capacité d'apprentissage cognitive, est possible par elle-même et par l'environnement social qui est à chaque fois le sien. La réponse

⁶¹ Il n'est pas nécessaire de souligner que cela est aussi un camélogramme (Kamelogramm). Il est ainsi typique de l'analyse sociologique de poser la société comme expression générale de variables indépendantes pour la commodité que cela représente dans l'ordonnement des données. L'épistémologie systémiste en donne une justification pragmatique, en même temps que la reconnaissance du fait qu'il ne peut y avoir d'autres justifications. Cp. également Rescher, *ibidem*.

est en rapport avec la complexité du système social en question, laquelle peut, d'une part, être décrite indépendamment du droit, mais se trouve, de l'autre, également portée partiellement par celui-ci.

Pour expliciter la manière dont ce programme de recherche pourrait être opérationnalisé, nous devons avoir recours, ne serait-ce que cursivement, à des exemples:

1. Un système juridique perdifférencié n'est possible que quand on est prêt à accepter que les décisions du système ne sont pas prédéterminées par des données appartenant à son environnement social. Cela exige une tolérance élevée de l'insécurité (Unsicherheitstoleranz) [qui en découle], bien que et parce que c'est précisément le droit qui crée la sécurité. Le droit doit ainsi faire abstraction du rang des personnes – une condition structurelle [qui] historiquement [a toujours été] difficile à réaliser et dont l'improbabilité perce à jour, même dans les cultures juridiques hautement élaborées, sous la forme de "biais" sociaux (schichtbedingter bias). L'insécurité [ou l'incertitude] (Unsicherheit), de plus, doit être maintenue même à l'intérieur des opérations du système juridique, parce qu'autrement les procédures ne sont plus possibles⁶². Surtout, ce qui doit rester possible, c'est la prise des décisions *contre* celui *qui les a demandées*, sans que cette insécurité [ou incertitude] bloque le recours à la voie légale. Ces conditions de fonctionnement (Betriebsvoraussetzungen) du droit ne sont pas uniquement garanties par le droit lui-même. Elles présupposent des conditions suffisamment différenciées dans lesquelles un litige juridique ne touche que sectoriellement la personne [qui y est impliquée], sans menacer de l'anéantir physiquement ou moralement. Certes, il ne fait pas de doute que même aujourd'hui de tels cas limites existent. Ce qui importe cependant, c'est qu'ils ne correspondent pas à la normalité et que, dans la grande masse des cas qui maintiennent le processus autopoïétique de la production du droit en marche, de tels seuils d'inhibition sont inconnus.
2. Le droit n'est pas un simple discours de justification (Begründungsdiskurs) dans lequel des expectations soutenables (haltbare Erwartungen) sont produites et stockées. Le droit ne stabilise les expectations qu'à l'occasion de conflits actuels ou imminents. Il doit donc attendre des situations conflictuelles pour évoluer. Rien que cela le met en dépendance des lignes de conflit qui se dessinent au sein de la communication sociale. Ce rapport au conflit (Konfliktbezug) peut cependant être assumé par le droit en régie propre sous la forme de la législation. Les lois créent et décident aussi des situations de conflit qui ne seraient jamais arrivées sans elles. Cela est également un moment de l'autonomie sociale du droit: le droit

⁶² Cf. là-dessus généralement: Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neudruck Frankfurt 1983.

crée sa propre nécessité, [de même qu'il crée], au cours de la pratique décisionnelle qui s'ensuit, sa propre complexité. Il pose des interdits et conditionne le permissible (Erlaubnisse). Il crée des possibilités qui ne sont aucunement pensables en dehors du droit (rechtsfrei gar nicht denkbare), telles les limitations de responsabilité, les rapports synallagmatiques (contrats avec des implications pour le traitement de perturbations), la personnalité juridique pour des corporations etc. Ce sont autant de points de cristallisation pour des conflits qui n'existeraient pas sans le droit. L'Etat-providence a poussé ces possibilités à l'extrême. [Ainsi,] dans la masse des régulations, le droit crée, pour le dire avec une pointe, des conflits pour l'évitement de conflits (Konflikte zur Konfliktvermeidung). Les motifs n'en résident pas dans une anticipation de la solution expectée du conflit, mais dans la régulation de l'agir (Verhaltensregulierung) en tant que telle. Le droit se met ainsi en mesure de remplacer des mécanismes d'ordre provenant d'ailleurs et qui ne fonctionnent plus dans les sociétés complexes. Parallèlement, la faiblesse de motivation (Motivschwäche) pénètre le droit lui-même. Pour quelle raison, en effet, doit-on se sentir particulièrement lié à des expectations contrefactuellement fixées, si celles-ci ne disent pas si et comment on peut soutenir un conflit prévisible, et ne font que prescrire un comportement souhaité par des instances externes?

3. Si l'on entend par contrôle une comparaison entre informations entrantes et données emmagasinées, donc une comparaison entre input et mémoire, le droit se laisse alors décrire comme un mécanisme géant de contrôle social. Il s'agit d'une mise en relation permanente de ce qui arrive avec le souvenir de ce qui doit être. Les acquis techniques, de l'élaboration textuelle (Textgestaltung) jusqu'à la dogmatique juridique, servent à faciliter de telles opérations de comparaison. La fixation textuelle du droit a permis une croissance considérable de la capacité de contrôle et l'informatique mènera encore au-delà de cette performance. Cela ne change rien cependant au fait que le contrôle n'est que contrôle, c'est-à-dire comparaison du présent avec le passé et non pas comparaison du présent avec l'avenir. Le renforcement de la capacité de contrôle montre à l'évidence que les possibilités d'une configuration planifiée de l'avenir ne peuvent accompagner [le mouvement]. Pour cela, une comparaison de l'input avec l'output serait nécessaire, mais impossible à délivrer par le contrôle [du système]. Même si des représentations passées de l'avenir du système sont emmagasinées comme des buts ou des fins (Ziele oder Zwecke), le contrôle filtre les déceptions et les écarte. Plus la capacité de contrôle est importante et plus est complexe la capacité d'emmagasinement de la mémoire; plus importante est la déception quand elle échoit. La définition structurelle du système par lui-même le fixe dans une crise (Das System

definiert sich in eine Krise hinein). Il peut alors essayer de restructurer sa mémoire dans des intervalles de plus en plus courts afin de maintenir à bas niveau sa charge de déception (Enttäuschungslast). Il peut commencer à ne plus prendre au sérieux les expériences qu'il fait. Il peut laisser à des instances externes, aux instances politiques essentiellement, le soin de déterminer ce qui devrait s'en suivre. La distance entre être et devoir-être ne cessera de s'agrandir, même s'il y a de plus en plus de normes qui sont fidèlement observées. Comme pour les systèmes thermodynamiques ouverts (ou ce que Prigogine appelle les "structures dissipatives"), des effets structurants apparaissent qui n'auraient pas résulté si les conditions existantes avaient été moins complexes ou plus calmes. Ces effets ne mettent pas le droit hors fonction, mais dans un état où les structures directrices de ses opérations (operationsleitenden Strukturen) [que sont] les textes juridiques et la réflexion dogmatique ne suffisent plus pour rendre compréhensible et acceptable ce qui advient dans la réalité.

IX

Nous avons vu que la jurisprudence moderne définit son champ de décision de manière circulaire, à savoir par des valuations (Wertungen) et des intérêts mutuellement constituants. Cette circularité n'est pas une erreur logique, mais correspond précisément à l'anatomie du système juridique et à la positivité du droit. Ce qui est droit (Recht) ne peut être décidé qu'au sein du système juridique. Lorsque cette situation objective est hiérarchisée – sous l'effet de la distinction entre loi et décision judiciaire ou encore entre loi et contrat, par exemple – de nouveaux cercles se forment au sein de cette hiérarchie. Ce sont précisément les "strange loops" dont nous avons parlé plus haut.

La réflexion interne au système juridique doit alors assumer la tâche de fonder malgré tout des asymétries. Les figures les plus importantes de la pensée juridique moderne se laissent appréhender dans ce cadre: la présupposition du droit déjà décidé, la liaison (Anbindung) du droit à la politique (politique régulatrice, implémentation politique), la présupposition de évaluations sociales saisies par "mainmise" ("Durchgriff") (Joseph Esser) et absorbées dans le système. Vues de l'extérieur, elles servent à la fonction d'asymétrisation et ne se laissent pas remettre en question, si ce n'est quand elles sont couplées à la proposition d'une alternative. La "parasitic clarification" [accomplie] par une observation et une description externes de cet état de choses n'embarrasse, en un premier temps, que l'observateur. Il nous reste à montrer, par une analyse plus concrète, que cet embarras est malgré tout fertile en réflexions qui méritent d'être effectuées.

Une des asymétrisations les plus importantes qui visent spécialement le cercle des valuations et des intérêts est le principe appelé dans les débats récents "orientation sur les conséquences" ("Folgenorientierung")⁶³. Il y va de la question de savoir si et jusqu'où les conséquences d'une décision sont appropriées pour livrer un critère de sa correction. Qui pratique l'orientation sur les conséquences (laquelle n'est pas rarement prescrite par le législateur), convoque au moyen des conséquences supposées d'une décision les intérêts en jeu et décide sur la base d'une valuation qui passe pour être le droit. A l'appréciation de l'agir et des intérêts qui le portent se substitue l'appréciation de l'avenir que l'on pense prévoir. L'asymétrie décision / conséquence de la décision étend (streckt) le rapport récursif, par le biais de la représentabilité d'un avenir encore indéterminé comme domaine d'une certaine valuation. Cela est d'autant plus aisément praticable que l'avenir n'est pas encore en conflit.

On doit certes concéder que cette forme de l'asymétrisation est aujourd'hui indispensable pour les juristes. Qui voudrait par principe et toujours décider "sans prise en compte des conséquences"! Ceci dit, l'avenir n'est pas prévisible avec certitude – on ne peut savoir si les conséquences supposées vont vraiment avoir lieu; ni si d'autres conséquences, non prises en compte, peuvent modifier l'évaluation; encore moins si le fait que les conséquences soient prises en compte, influe sur la détermination des conséquences qui seront réalisées; enfin, on ne peut même pas savoir si l'appréciation des conséquences qui est la nôtre aujourd'hui sera la même que notre appréciation future d'elles. De telles difficultés sont bien connues en sciences sociales⁶⁴. Elles se trouvent au centre de tous les débats sur la rationalité de la décision. Elles mènent à la conclusion que l'orientation sur les conséquences est [à la fois] *nécessaire* et *impossible*. Cette curieuse figure logique est l'exact opposé de la définition du contingent comme non nécessaire et *non impossible*. Il semble donc que la définition de la décision juridique se réfléchit dans la négation de sa possibilité – un cas pour le douzième chameau!

La jurisprudence est [cependant] à nouveau en mesure, et cela ne fait point de doute, d'abstraire du problème et de pratiquer l'orientation sur les conséquences. La situation n'est pas aussi mauvaise que la logique le ferait croire. Des personnes expérimentées sont[, en effet,] capables

⁶³ Cp. Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, p. 31 ss., et depuis surtout Gunther Teubner, "Folgenkontrolle und responsive Dogmatik", *Rechtstheorie* 6 (1975), p. 179-204; Christian Schöneborn, "Zum Stellenwert juristischer Dogmatik im Rechtsfindungsgang", *Rechtstheorie* 7 (1976), p. 169-186 (178ss.); Reinhard Damm, "Norm und Faktum in der historischen Entwicklung der juristischen Methodenlehre", *Rechtstheorie* 7 (1976), p. 213-248 (241ss.); Thomas Sambuc, *Folgenerwägungen im Richterrecht: Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsprechung, erörtert am Beispiel des Paragraphen 1 UWG*, Berlin 1977, Thomas W. Wälde, *Juristische Folgenorientierung*, Königstein Ts. 1979; Gertrude Lübke-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, Freiburg 1981; Hubert Rottluthner, "Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, in: Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz", Beiheft 13 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden 1981, p. 97-118; Winfried Hassemer, "Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze", in: Festschrift Helmut Coing, München 1982, p. 493-524.

d'estimer, avec un degré de correction assez élevé, les suites d'une décision. Il nous faut simplement essayer de tracer les limites de la prise en compte des conséquences de manière à ce que tout ne devienne fluide et que les frontières d'un type décisionnel spécifiquement juridique ne soient pas effacées. La question fait d'ailleurs l'objet d'un débat juristhégorique spécial⁶⁵. Une observation jurisociologique, par contre, privilégie de tout autres problématiques. Le sociologue du droit doit s'intéresser aux conséquences de l'orientation sur les conséquences et traiter l'extension que prend une telle orientation, par opposition aux dérivations juridiques formelles-déductives, comme une variable pour rechercher ce qui change par ailleurs quand cette orientation s'intensifie dans l'un ou l'autre des domaines du droit.

Il faut surtout se demander si la pratique de l'orientation sur les conséquences peut être restreinte à une partie du système juridique, demeurant [ainsi] le fait de juristes et limitée aux décisions juridiques obligatoires. Il n'est pas permis à l'utilisateur normal du droit – à celui qui réfléchit s'il va s'arrêter à un Stop ou pas –, d'orienter sa décision sur les conséquences [qu'elle peut avoir]. (Sinon, et indépendamment de toute autre considération, le système juridique entrerait lui-même en jeu sous la forme d'un "strange loop", c'est-à-dire sous la forme de la question dont dépend en premier [l'advenue ou la non advenue des] conséquences: des policiers sont-ils là qui observent les faits ou non?)⁶⁶. Cela revient à dire [finalement] que la proclamation et l'intensification de l'orientation sur les conséquences renforcent, au sein du système juridique, la différence entre un dispositif décisionnel (Entscheidungsbetrieb) professionnel-organisé et toute autre orientation sur le droit. "Taking rights seriously" devient la maxime du non juriste en même temps qu'elle perd comme telle sa crédibilité quand les juristes la font dépendre des conséquences de leur recours ou de leur non recours au droit ainsi que de la manière dont ils le manient. En d'autres termes: un utilitarisme illimité ne se laisse pas démocratiser, et si des règles doivent exister, un privilège officiel (Amtsprivileg) dont on pourrait se dispenser, serait de contrôler ces règles par rapport à leurs conséquences. La caractéristique unitaire (Einheitlichkeit) du système juridique – lequel est constitué par toutes les communications orientées sur le droit et non pas seulement par le dispositif décisionnel (Entscheidungsbetrieb) professionnel-organisé – se perdrait de plus en plus.

⁶⁴ Voir uniquement Raymond Boudon, *Widersprüche sozialen Handelns*, trad. allemande, Darmstadt 1979.

⁶⁵ Non sans être elle-même induite occasionnellement dans des circularités (ins Zirkulieren zu geraten) – ainsi par exemple quand on peut objecter à la règle enjoignant de maintenir l'orientation sur les conséquences dans les limites d'une interprétation raisonnable des lois, que cette interprétation précise est elle-même constamment modifiée par des décisions (cf. Hassemer, *ibidem* p. 517, rappelant un savoir juridique bien connu).

⁶⁶ Cp. là-dessus la connaissance élaborée dans l'éthique utilitariste que l'orientation sur les règles doit dans une grande mesure se substituer à l'orientation sur les conséquences, et cela précisément à cause des conséquences différentes qui résultent de l'orientation sur les règles et de l'orientation sur les conséquences. Cp. là-dessus Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford Cal. 1961; J.J.C. Smart, "An Outline of a System of Utilitarian Ethics", in *idem* und Bernhard Williams (edd.), *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge Engl. 1973, p. 3-74, en part. 42ss.

De manière très spéculative, mais après bonne réflexion et en payant une rapide attention à Gödel, on pourrait supposer que l'unité du droit, quand elle n'est plus donnée *ab extra* sous la forme d'un douzième chameau, ne peut plus être réappropriée à l'intérieur du système juridique (*rechtssystemintern*) que comme *différence*. L'autopoïèse basale constitue, en effet, une différence entre poursuite du droit ou cessation [du droit] – ne sommes nous pas [, en effet,] fortement incités, en toute sorte de circonstances, à nous arranger [avec nos adversaires] plutôt qu'à nous obstiner à obtenir notre droit? De même, le code droit / non-droit (Recht/Unrecht) est une différence, ainsi que [plus explicitement encore] la différence structurelle entre dispositif décisionnel organisé d'une part, le vécu du droit (Rechtserleben) et l'agir [orienté sur le] droit [praticqué] partout ailleurs dans la société, de l'autre.

Encore une fois: A quoi cela sert-il le juriste de le savoir, alors qu'il se sait d'ores et déjà sensible aux problématiques sociales, plus aimable et[, au fond] plus réticent à faire usage d'autorité qu'il ne l'a jamais été au cours de la longue histoire du droit? Il peut à peine en faire plus dans cette veine et ce qu'il fait est peut-être déjà de trop. Cela aussi, [un observateur] peut l'observer. On en arrive ainsi à la conclusion que le système fait manifestement l'effort de corriger des problèmes de structure [en tentant d'agir] au plan des attitudes [existantes]. Si l'on tient compte de cette évolution, des représentations plus précises et plus réfléchies du contexte d'un éthos professionnel pourraient en résulter, qui cependant ne peuvent qu'insécuriser cet éthos lui-même.

X

Les décisions du système juridique doivent être justifiées (*begründet*). Du moins, [la clause] doit [pouvoir] leur être adjointe: "parce que c'est de droit" ("weil es so rechtens ist"). Dans la pratique, de telles justifications et d'autres plus détaillées sont préparées, avant et après la décision, sous la forme d'arguments⁶⁷. Dans le système juridique lui-même, [de telles justifications sont] une prescription normative qui, à son tour, le chameau étant garanti, peut être justifiée. Pour un observateur externe, la justification (*das Begründen*) est nécessaire, ne serait-ce que parce qu'autrement l'appartenance de la décision au système ne pourrait être observée. Les deux points de vue, à savoir la norme interne de la prescription de justification et la nécessité externe de

⁶⁷ On sait et on le regrette souvent que cela se pratique de manière extrêmement contractée, pour ainsi dire tacite ou faisant référence à des textes déjà rédigés (*auf schon Geschriebenes*), dans les juridictions inférieures. Mais cela n'est qu'un problème de l'"économie" de la justification ("*Ökonomie*" *der Begründung*) en regard duquel le travail de justification [foncièrement] inéconomique effectué occasionnellement à grands frais induit l'initié à se demander à quoi cela peut bien servir ici. L'ensemble n'est cependant qu'un problème particulier qui ne porte pas atteinte à l'argument développé dans le texte.

l'imputation au système, se retrouvent en ce qui représente la meilleure justification de la nécessité des justifications: [notamment le fait] qu'il serait impossible, sans [justification], d'établir ce qui a vraiment été décidé, par delà la [stricte] teneur du jugement lui-même.

Décisions et arguments font fonction, au sein du système juridique, de deux types de communication, qui sont à la fois séparés et mutuellement liés. Les deux contribuent, de manière certes différente, à la reproduction courante d'une combinaison de deux orientations, normative et cognitive. Si les demandes (*Ansprüche*) auxquelles doit faire face un telle combinaison s'intensifient, les programmes décisionnels peuvent alors être soumis à des demandes [de plus en plus] cognitives qui donnent à ces programmes une forme intégrant altérabilité et capacité d'apprentissage. Lorsque [ces programmes] ne remplissent [plus] leur fonction, ils doivent être remplacés par d'autres régulations. C'est ainsi que des sociétés hautement complexes en arrivent finalement au principe de la *positivité* de la totalité du droit. Désormais, le droit *n'a de validité* (*gilt*) que sur le fondement de décisions qui le mettent en vigueur (*in Geltung setzen*). Dans le système juridique, on doit croire néanmoins à cette validité. La légalité est la seule légitimité [possible]. Un observateur externe peut, par contre, comprendre ce fondement de validité comme l'expression d'un paradoxe de la constitution du droit: Le droit positif *a validité* parce qu'il *pourrait être modifié par décision* (*durch Entscheidung geändert werden könnte*). Il a validité *sur le fondement de sa révocabilité* (*auf Grund seiner Aufhebbarkeit*) et peut néanmoins atteindre à une durabilité relativement élevée lorsque personne ne pense ou n'a la possibilité ou le pouvoir d'introduire, à un moment donné, une procédure de modification. La validité repose ainsi sur la possibilité de sa négation. Comme il est caractéristique pour les structures des systèmes de sens (*sinnhafter Systeme*) en général, elle est produite par un détour (*Umweg*), notamment par la production d'un surplus (*Überschuss*) de possibilités de révocation (*Aufhebung*) du droit, par l'inhibition de ces possibilités et leur désinhibition (*desinhibiert*) subséquente selon les cas (*fallweise*). On crée des possibilités de modification du droit (*Rechtsänderung*) qui vont bien au-delà de tout besoin prévisible [d'une telle modification] pour les laisser normalement inexploitées et n'y recourir qu'occasionnellement. La désinhibition peut alors être régulée par des conditions particulières et être par exemple soumise à un droit des procédures (*Verfahrensrecht*), de même qu'elle peut être laissée à un "hasard" imprévisible et non itérable.

Cette intensification (*Forcierung*) du paradoxe du droit, qui résulte de sa positivisation, présuppose que les décisions s'insèrent dans des arguments et que toute modification du droit en vigueur interpelle argumentativement aussi le droit non touché par cette modification. Des décisions de modification complètement non contextualisées ne pourraient être intégrées dans une construction normative minutieuse (*durchwachsenens Normgefüge*); elles ne pourraient être

comprises par le système juridique. C'est pourquoi elles n'ont pas lieu. (Cela, encore une fois, est tout à fait indépendant de la question de savoir si le système juridique lui-même prévoit des normes ou des principes non modifiables (unabänderbare) qu'il est nécessaire de prendre ou de ne pas prendre en considération lors de toute modification). L'exploitabilité de la flexibilité du droit positif dépend pour cela de manière assez décisive de l'argumentation, comme de ce deuxième type de communication (Kommunikationsweise) dont dispose le système juridique. Ainsi, même l'argumentation, et en particulier l'herméneutique judiciaire (richterliche Interpretationskunst), sont dues au douzième chameau, et c'est pourquoi il n'est pas tout à fait inhabituel, historiquement, de débattre d'interprétation en relation avec d'autres problèmes limites (Grenzprobleme) du droit. Le problème [, en effet,] se situe dans l'espace d'un désordre logique⁶⁸. Là aussi la question se pose de savoir si et quelles formes de renforcement [mutuel] peuvent être combinées par [les deux éléments que sont] la reproduction normative et la capacité d'apprentissage cognitif.

On peut définir l'argumentation, sans anticiper sur aucun jugement de valeur (Wertung), comme la production d'un rapport entre arguments et décisions, décisions qui ont elles-mêmes été médiatisées par des arguments⁶⁹. Stimulée par de très vieilles traditions issues de la topique, la rhétorique et la dialectique, [la théorie juridique] a manifesté un intérêt grandissant pour les problèmes de l'argumentation juridique, dans l'espoir de trouver un fondement pour l'autonomie du droit et pour sa "rationalité juridique"⁷⁰ spécifique⁷¹. La signification de ce facteur de savoir-faire (Kunstfertigkeit) argumentatif peut être facilement traité par une sociologie des professions au titre d'un savoir-faire propre à la discipline (fachlichen Könnens), à ses risques particuliers et à sa responsabilité sociale particulière – les risques étant que les juristes perdent nécessairement, du point de vue de l'une ou l'autre partie, la moitié de tous leurs procès, sans qu'il leur soit cependant permis de perdre constamment la moitié de leurs arguments. [Ce traitement est] facile, et même trop facile, car [avec lui] nous perdons de vue le douzième chameau. C'est pourquoi nous voulons

⁶⁸ Comme par exemple dans *Ductor Dubitantium* de Jeremy Talyor (1660) où un chapitre qui traite du "droit ambigu" (Kant) commence et finit avec: *equity* et *abrogation*. Voir l'édition du texte dans Jeremy Taylor, *The Whole Works*, Vol. IX und X, London 1851/52, Reprint Hildesheim 1970, ici: Vol. X, p. 501ss.

⁶⁹ Opter pour une définition tautologique n'est pas erroné et renvoie au caractère circulaire, autopoïétique de l'argumentation. Les arguments ne peuvent être représentés indépendamment de l'autopoïèse de l'argumentation; ils sont ce qu'ils effectuent (sie sind, was sie leisten); et l'argumentation n'est rien d'autre que l'effectuation (Vollzug) de ces interrelations (dieses Zusammenhanges).

⁷⁰ Cette formulation est empruntée à Helmut Schelsky, "Die juristische Rationalität", in idem, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen 1980, p. 34-76.

⁷¹ Qu'il suffise de renvoyer à la littérature suivante: Chaim Perelman, *Das Reich der Rhetorik: Rhetorik und Argumentation*, trad. allemande. München 1980; Hubert Rodingen, *Pragmatik der juristischen Argumentation*, Freiburg 1977; Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt 1978; Fritjof Haft, *Juristische Rhetorik*, Freiburg 1978; Waldemar Schreckenberg, *Rhetorische Semiotik: Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichtes*,

tenter une nouvelle approche du problème de l'argumentation juridique par un détour, qui sera encore une fois celui de la théorie des systèmes.

L'argumentation juridique s'effectue en une multiplicité de pas qui se renforcent, se présupposent, se favorisent et se limitent mutuellement. Comment cela est-il possible? Et surtout: comment cela est-il possible, lorsqu'on doit renoncer à la présupposition d'un système axiomatique-déductif? La théorie des systèmes répond à cette question avec un concept [qu'elle emprunte à] la théorie de l'information [et qui est celui de] la redondance⁷². [Le concept de redondance] exprime [le fait que]: Quand on connaît un "lieu" (topos), un concept, une idée tenue pour vraie au sein du système, on peut deviner avec plus ou moins de probabilité / d'improbabilité comment l'argumentation se déroulera – de même qu'une mâchoire trouvée lors d'une fouille permet certaines déductions sur l'évolution de l'homme et rend moins surprenant la trouvaille, à proximité, d'un éclat de pierre à feu. La valeur de surprise ([i.e.] la valeur d'information) d'une information sur les arguments à suivre se réduit. C'est même souvent cette réduction qui forme le point de départ pour de nouvelles possibilités de connexion [au cours de l'argumentation], lesquelles ne s'ouvrent que lorsqu'on peut s'appuyer sur des réductions déterminées. C'est dans ce sens que la redondance est souvent définie comme *potentiel* d'information et se trouve rapprochée du concept freudien de surdétermination⁷³. Ce n'est que dans les cas limites (théoriquement possibles) que toute information ultérieure devient redondante, c'est-à-dire [parfaitement] superflue. [Dans ces cas,] il suffit d'avoir *une* information pour *tout* savoir.

Redondance n'est donc qu'une autre expression du fait que les arguments peuvent se donner mutuellement appui et être inspirés, à l'occasion, l'un de l'autre⁷⁴. Redondance et information sont, comme je l'ai dit, des concepts référant à l'observation (auf Beobachtung bezogene Begriffe), parce qu'ils impliquent un système qui peut se laisser surprendre, un système qui cherche de l'information et qui, en raison d'un manque de complexité propre, est intéressé par un

Freiburg 1978; Josef Esser, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Heidelberg 1979; Ottmar Ballweg/Thomas-Michael Seibert (edd.), *Rhetorische Rechtstheorie*, Freiburg 1982.

⁷² Cp. Gregory Bateson, *Ökologie des Geistes: Anthropologische, psychologische, biologische und epistemologische Perspektiven*, trad. allemande, Frankfurt 1981, en part. p. 184ss.

⁷³ Comme le fait Anthony Wilden, *System and Structure: Essays in Communication and Exchange*, 2. Aufl. London 1980, p. 35ss., 492ss. Cet aspect de la redondance a d'ailleurs pour conséquence d'exclure toute observation et toute "explication" du système à partir de lois causales.

⁷⁴ Ce faisant, on présuppose que les arguments (les éléments du système) sont *différents entre eux*. Ce n'est qu'ainsi qu'un couplage strict des arguments (par exemple la systématisation logique) peut mener à la *redondance* libre de toute surprise *en dépit de l'hétérogénéité* (vollständig überraschungsfreien Redundanz trotz Heterogenität). Henri Atlan peut, dans ce sens, poser la redondance comme mesure de la complexité d'un système et traiter la connectivité comme une sorte de redondance (cf. *Entre le cristal et la fumée*, Paris 1979, p. 74ss., 129). Présuppose-t-on par contre l'égalité des éléments (entropie), alors la redondance ne se trouve plus dans la liaison des éléments, mais dans ceux-ci mêmes. (Quand des sacs contiennent uniquement soit des haricots soit des petits pois, il suffit de voir [dans un sac donné] l'un de ces fruits pour savoir ce que ce sac contient [dans son ensemble]). Il est important de distinguer

raccourcissement des processus d'acquisition de l'information - un système comme la sociologie, par exemple⁷⁵. Ainsi, l'ordre se présente comme redondance uniquement pour l'observation (ce qui inclus l'auto-observation).

La redondance est élevée de manière caractéristique dans les systèmes conflictuels ou autrement pathologiques: une fois connues les conclusions de l'avocat de l'une des parties, celles de l'avocat de l'autre sont à peine surprenantes – ou si elles le sont, c'est [précisément] à causes des réductions qui ont déjà été effectuées⁷⁶. Une médiation faite par un tiers se doit alors de réduire la redondance d'une part, c'est-à-dire créer de nouvelles insécurités, surtout en ce qui concerne son propre cours. Elle doit, d'autre part, pouvoir exploiter d'autres redondances – soit en identifiant des "lieux" consensuels (topischer Konsenspunkte), soit en assurant la continuation de certaines caractéristiques de la situation, ou encore en s'attachant à maintenir hors du champ de l'action les possibilités déjà exclues (Festhalten am schon erreichten Ausschluss anderer Möglichkeiten)⁷⁷.

Un nouveau nom du vieux chameau est donc: la redondance. Comme nous le savons, [le chameau] est superflu – aussi superflu que l'ordre, donc en fait pas aussi superflu que cela.

Nous retrouvons même le paradoxe⁷⁸. En effet, la redondance elle-même n'est pas redondante et elle ne peut être, comme redondance, introduite dans le système avec n'importe quelles opérations du système. Elle n'est pas représentable (darstellbar) dans le système; elle est tout aussi inaccessible pour la réflexion du système – et pour des raisons similaires – que le sont la totalité, la complexité et l'unité du système. Veut-on placer la cohésion (Zusammenhalt) *du système*, ou encore les implications mutuelles de ses opérations [effectuées] *au sein du système* au "fondement" (zu "Grunde" legen) des opérations systémiques (systemeigenen Operationen), il faudra alors se

soigneusement ces deux cas différents de redondance, si l'on ne veut pas que l'argumentation de notre texte induise en une confusion de l'ordre avec l'entropie.

⁷⁵ Il faudrait à proprement parler aiguïser notre formulation et dire: information et redondance ne sont donnés que dans l'observation. L'objet de l'observation en tant que tel ne "contient" pas d'information. Il est ce qu'il est. Il argumente comme il argumente. C'est dans ce sens exact que Heinz von Foerster parle de la nécessité d'une "second order cybernetics" du (ou des) "observing systems". Ce postulat ne devrait pas être confondu avec la distinction entre savoir purement analytique et savoir concret (empirique) [le texte luhmannien est corrompu à cet endroit: il faut suppléer Unterschied ou Unterscheidung (distinction) qui est absent du texte et corriger la désinence de "analytischen und konkreten" en "analytischem und konkretem" J.C.]; le postulat annule précisément cette distinction du moment qu'il traite les deux cas [également] comme des cas de savoir d'un observateur. En lieu et place [de l'ancienne alternative] nous nous trouvons devant la question de savoir si et dans quelles limitations structurelles une auto-observation est possible dans le système observé.

⁷⁶ Au sujet de la redondance de la communication dans les familles pathologiques cf. également Paul Watzlawick/Janet Beavin/Don D. Jackson, *Pragmatics of Human Communication: A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, New York 1967.

⁷⁷ Sur la "maintien" ("Aufbewahren") de propriétés tout au long d'un parcours de situations, cp. Jürgen Markowitz. *Die soziale Situation: Entwurf eines Modells zur Analyse des Verhältnisses zwischen personalen Systemen und ihrer Umwelt*, Frankfurt 1979, p. 90ss.

⁷⁸ Cp. là-dessus Yves Barel, *Le paradoxe et le système: Essai sur la fantastique social*, Grenoble 1979, p. 106ss.

contenter de *représentations de substitutions* (Ersatzvorstellungen)⁷⁹. Cela se fait *en trouvant et en rendant raison de raisons* (durch das *Auffinden und Begründen von Gründen*). Les raisons ne sont pas la redondance, mais au meilleur des cas ne font que la *représenter* (*repräsentieren*), sous une forme apurée, simplifiée, disponible (zugriffsbereit), dé-paradoxisée.

La relation de représentation peut être caractérisée de manière plus précise. Alors que la redondance a une structure *symétrique* (*symmetrisch* gebaut) - en effet, lorsqu'un argument réduit la valeur de surprise d'un autre, l'inverse suit aussi -, les justifications (Begründungen) présupposent une *asymétrisation* du système. On n'arrive à des raisons (Gründen) que lorsqu'on peut interrompre la récursivité de toutes les relations de sens (Sinnbeziehungen). Alors que la redondance est donnée *de manière non spécifique* (*unspezifisch*) - puisqu'elle ne fait qu'indiquer la proportion de sens qui peut être devinée sans surprise -, les raisons (Gründe) doivent être *spécifiées* (*spezifiziert*) et se distinguent pour cela les unes des autres. Si la redondance est une mesure de l'ordre (et si tout ordre réel se situe quelque part entre une information complètement superflue et une information irrésistiblement nécessaire), cela implique que l'ordre peut [certes] s'accroître ou se réduire, mais qu'il ne se laisse pas justifier (*sich nicht begründen lässt*). L'accroissement ou la réduction [de l'ordre] peuvent être occasionnés par des hasards relativement insignifiants (c'est-à-dire encore une fois: sans valeur de justification (Begründungswert) propre). Le problème de la justification (Begründung)[, lui,] se situe dans une tout autre dimension. Il ne peut être résolu que par l'introduction d'une description simplificatrice du système dans le système, laquelle représentera le tout [du système] dans le tout [du système] (*das Ganze im Ganzen*) sous la forme de chaînes de justification (Begründungsketten) spécifiées. Cependant, comme il s'agit ici d'[un cas] d'auto-implication (Selbstimplikation), la manière de mener une justification (*der Ansatz einer Begründung*) peut toujours varier au sein d'un même niveau d'ordre (Ordnungsniveau). Les redondances sont nécessaires, les justifications [, par contre, sont] contingentes. Enfin, cela revient à dire: les redondances elles-mêmes ne sont pas redondantes, mais les justifications doivent être justifiées.

Mais quel rapport y a-t-il entre argumentation (Argumentieren) et justification (Begründen)? Certes, il y a une distinction conceptuelle qui les différencie⁸⁰, mais le passage de l'une à l'autre se fait de manière si fluide que la différence [qu'elles ont entre elles] est à peine reconnaissable⁸¹. En

⁷⁹ Avec Marcel Gauchet, "L'expérience totalitaire et la pensée politique", *Esprit*, Juli/August 1976, p. 3-28, on pourrait dire que l'introduction de l'unité d'un tout dans le tout revient à l'introduction d'une différence dans le tout - d'une différence qui, pour sa justification, devra dès lors rechercher des repères externes.

⁸⁰ Cp. par exemple Paul-Ludwig Völzing, *Begründen, Erklären, Argumentieren: Modelle und Materialien zu einer Theorie der Metakommunikation*, Heidelberg 1979.

⁸¹ Une raison, et non la moindre, en est que l'intérêt principal de la théorie de l'argumentation va à éviter les résolutions partiales ou violentes de conflit et que les arguments ou les justifications (Begründungen) doivent être

s'alignant sur le concept systémiste de redondance, il est aisé de montrer clairement que le but de l'argumentation est d'asymétriser la redondance récurrente et qu'elle équivaut finalement, pour cette raison, à une justification (Begründen). On se sert d'arguments pour avancer – et surtout faire avancer ses propres affaires. Cela ne peut cependant réussir que si l'on évite les "strange loops" qui ramènent au point de départ. L'argumentation n'est nullement, dès le départ, la recherche d'un consensus fondé (ein Bemühen um begründeten Konsens)⁸², mais bien la recherche d'un déploiement de positions qui, parallèlement au temps (in Längsrichtung zur Zeit), font avancer une affaire. Le concept de raisons (Gründe) suggère la possibilité d'un aiguisement (Zuspitzung) des problèmes décisionnels, la possibilité de leur "ponctuation" ("Punktuierung")⁸³, laquelle ne peut être fondée dans la réalité du rapport de sens des arguments (Wirklichkeit des Sinnzusammenhangs der Argumente) en raison de leurs interdépendances circulaires. Ce n'est que parce que l'argumentation asymétrise, qu'elle héberge en elle simultanément une offre sociale (Sozialangebot). Si le partenaire l'accepte, elle aura des conséquences – ce qui peut rendre l'accord plus difficile, car on n'est pas disposé à concéder un argument quand on ne peut se faire une idée des conclusions qui peuvent en être tirées). On peut [en effet] avoir affaire à un jet (Wurf) optimiste ou tactique ou désespéré – un jet dans le ciel des autres raisons dans l'espoir que l'argument puisse tenir et ne pas s'effondrer aussitôt, dès sa première mise à l'épreuve.

La redondance devient un paradoxe dès que l'on cherche à la saisir au sein du système lui-même. Il faut donc trouver d'autres moyens de l'approcher. La chaîne de la dé-paradoxisation va de "A *parve que* non-A" à "A *est* non-A", à "A *n'est pas* non-A", à "A *est* B", pour enfin se diversifier à ce niveau. "A *est* B" dit l'argument, de manière apaisante mais floue (beruhigend aber unscharf). C'est de cette manière que le système dé-paradoxise sa redondance. Un observateur peut alors observer cela même et reconnaître le paradoxe: apaisant *parve que* flou.

L'appréciation sans préventions de cet état de choses est rendue difficile aujourd'hui, essentiellement parce qu'il ploie sous une charge traditionnelle inutile (Traditionsballast). La tradition est pesante dans la mesure où elle perpétue l'idée que l'essentiel de la coexistence sociale

appréciés de ce point de vue. Une autre différence réside dans le fait que la théorie de l'argumentation conçoit les arguments comme des "textes" et non pas, comme nous le faisons ici, comme des "événements" de l'autopoïèse d'un système.

⁸² Il est sans doute possible de concevoir un type particulier pour une telle recherche – par exemple l'agir communicationnel habermassien – pour ensuite examiner les propriétés de ce type. On peut, ensuite, postuler que l'argumentation ne doit se faire qu'à cette condition [d'être communicationnelle dans ce sens] et que sa qualification de rationnelle devra être réservée à ce cas. Il resterait cependant à déterminer dans quels contextes (Zusammenhängen) ce type doit être choisi, comment on peut arriver à le faire choisir par toutes les personnes concernées (alle Beteiligten) et quelles peuvent être ses conséquences positives et négatives.

⁸³ Je traduis "ponctuation". Cp., à la suite de Bateson, Anthony Wilden, *ibidem*, *passim*, en part. p. 110ss. Le fait que le concept ait été élaboré pour une analyse du comportement pathologique ou à l'origine de pathologies, ne doit pas empêcher la normalisation. Il s'agit simplement de la pratique de l'asymétrisation, par le moyen de laquelle la récursivité est exclue.

peut être représenté (repräsentiert), dans la société, par des raisons bonnes et convaincantes (gute, überzeugende Gründe). Tant qu'on pouvait parler naturellement de "lieu commun" ("Gemeinplatz") – tant que la topique existait –, ce processus de représentation avait une structure relativement simple et directement reliée à la communication⁸⁴. Les lieux communs ou topoi dans le sens le plus large du terme, étaient considérés comme des figures temporellement, objectivement et socialement généralisées du sens qui pouvaient servir à trouver des arguments et à amplifier la communication. La performance de l'amplification résidait dans la généralisation même. Les aspects temporels, objectifs et sociaux de la généralité se renforçaient [en effet] mutuellement. Ce qui valait pour un grand nombre de cas différents, apparaissait aussi comme plus capable de faire l'objet d'un consensus. Le général pouvait pour cette raison être tenu pour moralement – et dans une variante au départ moins importante, esthétiquement - supérieur par comparaison aux situations et aux intérêts concrets en jeu. La communication haussait, par amplification, le concret vers le général. Cette présupposition était établie par-dessus toutes les différences; elle était coextensive à l'hypothèse de quelque chose qui était commun à tous (Annahme des Gemeinsamen). Elle était la quintessence de la vie publique à laquelle on éduquait dans les écoles et avait égale validité pour la communication, fût-elle dialectique ou rhétorique, orale ou écrite. A fortiori, elle valait pour toutes les religions dans lesquelles on pouvait trouver (inventio) des arguments à l'aide de topoi. Elle valait pour les lieux communs autant que pour les lieux spéciaux (Spezialtopoi) de la jurisprudence, de la médecine et d'autres domaines particuliers. L'argumentation trouvait ainsi dans la géographie des topoi un appui et une limite. [La topique] représente ce qui lie les arguments – [c'est-à-dire] précisément cela que nous appelons la redondance.

Cette unité de la généralisation et de l'amplification vivait d'une différence morale directrice: elle devait louer la vertu et blâmer le vice, et pouvait compter sur l'histoire et la poétique pour lui livrer des secours. Une argumentation trop fluide était de la sorte moralement épaissie et de cette manière pourvue de redondance. Pour ne donner qu'un exemple: une femme était-elle louée pour sa beauté, sa haute naissance et sa vertu étaient naturellement évoquées. Dans la pratique concrète, l'instrumentaire topique pouvait être utilisé pour éduquer, exhorter, amender, pour traiter les affaires judiciaires et politiques, mais aussi (surtout au Moyen Age) pour déplorer et critiquer les conditions régnant dans le monde.

⁸⁴ Je trouve peu de compréhension, dans les présentations modernes de la topique, pour cet état de choses (et les anciennes présentations ne pouvaient naturellement pas le décrire avec une certaine distance). L'accent est mis plutôt sur *inventio* que sur *amplificatio* (un exemple en est: Lothar Bornscheuer, *Topik: Zur Struktur der gesellschaftlichen Einbildungskraft*, Frankfurt 1976). Même la réflexion philosophique a perçu le problème de cette manière singulièrement sélective. Le *Historisches Wörterbuch der Philosophie* a une entrée 'inventio' qui est d'un grand détail, mais

On est quasiment incapable aujourd'hui de comprendre cette confiance si spontanée dans l'amplification du discours éloquent. Les performances pratiquement significatives d'effectivité communicationnelle sont fournies [dans nos sociétés] par les médias de communication perdifférenciés – comme la vérité, l'amour, l'argent ou le pouvoir politique pour ne citer que les plus importants. La société qui pouvait encore supporter ces prémisses de l'amplification communicative et les rendre plausibles, appartient définitivement au passé. La topique a été abandonnée avec elle⁸⁵. Cependant, en renouant avec elle, les théories contemporaines de l'argumentation procèdent de manière non historique⁸⁶. Elles ont surtout réagi [, ce faisant,] aux insécurités logiques et méthodologiques actuelles - ou leur ont dû leur succès. Dans cette mesure, c'est [encore une fois] le chameau symbolique qui joue son rôle. La littérature la plus récente semble, cependant, avoir renoncé aux espoirs qu'on y avait investis⁸⁷. Encouragée par Habermas, elle semble miser sur des discours de justification (Begründungsdiskurse) rationnels. Mais qu'est ce qui la distingue exactement de la topique? L'innovation la plus importante semble être que Habermas a arrêté la recherche de fondements (Gründe) "fermes" ("festen") et a procéduralisé le problème. La charge de justification (Begründungslast) s'est déplacée dès lors vers la règle du discours [et s'assume] par des arguments. Cette innovation est de portée cependant fort réduite: car ce qui importe semble être encore et toujours la généralisation, et c'est encore et toujours la même exclusion, ignorance ou travestissement du paradoxe en une règle procédurale d'auto-correction qui est pratiquée - le paradoxe étant celui que de bons arguments peuvent toujours produire de mauvais résultats. Comme il ne peut exister, à notre connaissance, de règle procédurale qui logiquement exclue [le paradoxe], cette innovation se situe en dessous du niveau qui nous intéresse ici. Elle ne se préoccupe pas du douzième chameau.

Telle est la raison pour laquelle les effets d'une théorie de l'argumentation juridique n'ont pas été très impressionnants. On est certes devenu plus "critique" et mis au rebut bon nombre de (ou tous?) les lieux communs. "Trouver" des arguments n'en devient pas plus aisé, et pour cause.

ne connaît pas 'amplificatio'. Très utile est toutefois: Joan Marie Lechner, *Renaissance Concepts of the Commonplaces*, New York 1962, Reprint Westport Conn. 1974.

⁸⁵ À cela, bon nombre de raisons spécifiques peuvent être données. Nous avons déjà cité la perdifférenciation accrue de médias de la communication. On pourrait y ajouter l'appréciation nouvelle de l'individualité. Il est certain que l'imprimerie a contribué à révéler et à rendre disponibles une telle multiplicité de topoi, avec la conséquence que leur *copia* a dû être dépréciée, pour n'être plus qu'un simple copiage; au bout de ce développement on trouve le désespoir de ne jamais pouvoir élaborer une technique d'ordonnement qui puisse traiter ces multiplicités. Cp. spécialement là-dessus Walter J. Ong, *The Presence of the Word: Some Prolegomena for Cultural and Religious History*, New Haven 1967. Un fait, justement, dont l'importance pour notre thème ne doit pas être sous-estimée, est que la technique topique avait commencé, dès la fin du Moyen-Age, à révéler son inadéquation aux besoins professionnels des médecins (les topoi de maladies concus comme des "places" ("Plätze") pour la recherche de médicaments) et des juristes, à la suite de quoi elle s'est retirée dans le domaine de l'éducation à l'élégance rhétorique.

⁸⁶ Particulièrement influent est Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München 1953. Cf. là-dessus la critique de Gerhard Otte, "Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben", *Rechtstheorie* 1 (1970), p. 183-197.

⁸⁷ Voir aussi la critique récapitulative d'Alexy, *ibidem*, p. 39ss.

Mais l'accent n'est-il[, en fait,] que déplacé – de *inventio* vers *amplificatio*? En quoi consiste exactement l'innovation comparée aux anciennes fins de l'*amplificatio*, à savoir l'*admiratio* et l'*opinio*?⁸⁸ Comment pense-t-on atteindre, sous le régime de la topique, d'un cas à l'autre, des performances de conviction (Überzeugungsleistungen) suffisantes, en même temps qu'est produite la valeur ajoutée pour la liaison (Bindung) d'autres décisions que les juristes appellent "arrêt [faisant autorité]" ("Präjudiz"), les freudiens "surdétermination" et les théoriciens des systèmes "redondance"? Seulement: la *manière (wie)* dont cela se passe dans le système ne peut être formulée comme raison (Grund) au sein du système [lui-même]. Le [fait] *que (dass)* cela se passe, est le système lui-même.

Une fois cela accordé, on se rend compte qu'on n'a rien concédé d'autre sinon que la problématique de la justification [est] sans cesse [amenée à] nous resservir la question des raisons (Gründe) [qui justifient] les raisons (Frage nach den Gründen der Gründe) et qu'à partir d'un certain moment on commence à avoir besoin de mauvaises raisons pour pouvoir justifier les bonnes. On peut se demander alors si des méthodes pourraient être développées afin d'analyser de manière plus précise les champs sémantiques (juridiques) et connaître leurs éventuelles surdéterminations et redondances. Pensons [par exemple] aux conditions dans lesquelles le commandement d'égalité et celui de l'arbitrarité (Willkürgebot) s'enrichissent mutuellement; ou encore au fait qu'habituellement une interprétation n'est ralliée qu'après une aperception de ses conséquences, ouvrant la voie à son traitement comme prémisses. Pensons à la différence entre style de relation et style de jugement (Relationsstil und Urteilsstil) de l'argumentation. Pensons à l'expérience que des constructions juridiques différentes peuvent mener à différentes répartitions de la charge de la preuve et que le volume des preuves nécessaires n'est pas le moindre facteur influant sur la durée et le coût d'un procès. On trouvera, et non par hasard, dans les interdépendances entre droit matériel et droit procédural, lesquelles pour une grande part ne sont pas élucidées par la dogmatique juridique, un grand nombre de telles récursivités latentes que la pratique[, elle,] prend cependant en considération. C'est à leur sujet que se séparent le savoir de l'initié et la présentation à usage externe (Aussendarstellung) de la profession, d'une part; l'arrangement des justifications et la justification choisie elle-même (das ausgewählte Begründen selbst), de l'autre. Tout cela ne peut être, même allusivement, énuméré ici – encore moins traité

⁸⁸ Cp. par exemple John Hoskins, *Directions for Speech and Style* (1599), cité d'après l'édition de Hoyt T. Hudson, Princeton 1935: "To amplify and illustrate are two the chiefest ornaments of eloquence, and gain of men's mind two the chiefest advantages, admiration and belief". On doit naturellement garder à l'esprit, quand l'on entreprend une comparaison, l'ancienne signification de ces concepts. *Admiratio* par exemple avait un rapport avec 'passion' et par là à des questions de la motivation; dans ce contexte il signifiait que le problème de l'amplification de la communication n'était pas simplement un problème de changement cognitif de l'opinion. Comme Descartes le mettra en évidence peu de temps après, l'"admiration" est aussi une passion particulière dans la mesure où elle ne contient aucune

de manière exhaustive. Le problème est plutôt de savoir si une telle analyse peut jamais mener le juriste à de meilleurs arguments – et que veut dire 'meilleurs' ici? – ou si en quelque sorte elle ne sert qu'à mieux justifier le cynisme interne, le savoir technique laboral (*Arbeitswissen*) ou encore l'insensibilité du système aux frayeurs (*Schreckunempfindlichkeit*).

Le droit ne peut certes pas être célébré comme paradoxe. Il doit dire en fin de compte et de manière univoque ce qui a validité (*was gilt*). Il doit pouvoir évacuer de manière effective les doutes, ne serait-ce que provisoirement. Il manquerait sinon à sa fonction de formation des expectations (*erwartungsbildende*). Ces exigences ont, d'une part, favorisé le développement d'un style autoritatif. D'autre part, une telle rhétorique favorise aussi le développement d'une vue interne (*Innenansicht*) contraire, techniquement manipulative et décisionnellement économique, s'appuyant sur des points de foi (*Glaubensstützpunkte*) correspondants⁸⁹. Tourné vers l'extérieur et vers l'intérieur, on trouve ainsi des formes très variées de l'absorption d'insécurité (*Unsicherheitsabsorption*) et des sémantiques qui varient en fonction. Cela veut dire au plan sociologique: [on en arrive à] une démarcation (*Grenzziehung*) stricte entre connaisseurs (*Kennern*) et concernés (*Betroffenen*) qui forme une démarcation au sein du système juridique, puisque des deux côtés [de la démarcation], c'est de droit qu'il s'agit. On doit se demander dans quelle mesure la précision [de la démarcation] (*Trennschärfe*) est en accord avec notre époque (*zeitgemäss*); dans quelle mesure elle peut être pratiquée "en bonne conscience" et dans la foi en un tel ordre. D'autre part, on ne peut méconnaître qu'elle contribue de son côté aussi, en tant que démarcation, c'est-à-dire comme différenciation, à l'absorption d'insécurité par l'emploi de deux instruments différents dirigés vers le même but. C'est pourquoi elle peut paraître professionnellement indispensable, en particulier lorsque s'accroissent les ambiguïtés (*Ambiguitäten*) du droit et les hypothèques issues de l'estimation des conséquences et de la pondération des intérêts. Si tout se passe bien ainsi, alors on comprend que la seule conséquence en soit une montée en puissance de la question de l'adéquation (*Adäquität*) [du système à son environnement ou de la démarcation à la société perdifférenciée]. Où est resté le douzième chameau?

Il est ainsi difficile de soutenir que cette "analyse secondaire" de l'argumentation serve vraiment au juriste. La théorie des systèmes doit de toutes les manières renoncer à faire le pronostic d'un système partiellement redondant. On ne peut savoir si la connaissance [acquise par] un observateur externe est d'une aide quelconque [au système qu'à l'intérieur du système et au cas

émotion contraire, et se trouve donc motivée en quelque sorte avant tout codage (*Les Passions de l'âme*, Art. 53, cité d'après: *Œuvres et Lettres*, éd. de la Pléiade, Paris 1952, p. 723s).

⁸⁹ Là-dessus et sur ce qui précède on trouve beaucoup de matériel dans les observations de Rüdiger Lautmann, *Justiz - die stille Gewalt*, Frankfurt 1972.

par cas. On peut cependant comprendre que la réflexion interne de l'unité du système, i.e. la théorie juridique, ressent une pression l'incitant à changer quand elle apprend qu'il n'y a rien d'autre à attendre "là-haut" ("oben") qu'un paradoxe, et que, ne pouvant prendre connaissance ou, du moins, textualiser ce fait, elle doit être accomplie dans un style "sans-haut" (im "oben-ohne"-Stil). La théorie juridique demeure [cependant le candidat] le plus approprié pour faire la médiation entre observation externe et observation interne. Sans pouvoir réclamer pour ses textes une valeur de direction normative – ne serait-ce que parce qu'elle se présente comme un discours suprarégional (überregionaler) -, la théorie juridique reste le mieux en mesure de participer à un diagnostic du chameau, à effectuer des "strange loops", à reconnaître la constitution paradoxale du système ainsi que la récursivité initiale (rekursive Ausgangslage) de tous les arguments artificiellement asymétrisés, enfin, à dire aux aveugles ce qu'ils voient quand ils voient qu'ils ne voient pas. Elle peut ainsi se sentir appelée à devenir une sorte de "second order cybernetics" du système juridique. C'est alors cependant que la question se pose pour elle de savoir si et comment elle va pouvoir maintenir le contact avec les théories concrètes de la dogmatique juridique ainsi que celles liées aux problématiques décisionnelles.

Cela a toujours été un problème – même au temps où l'on parlait encore de "philosophie du droit". [Ce problème] se renouvelle aujourd'hui quand on regarde les effets qu'ont sur le droit des méthodologies intellectuelles globales (breite intellektuelle Theoriemethoden) comme le structuralisme, l'analyse linguistique après Wittgenstein ou le néo-individualisme⁹⁰. On ne peut qu'espérer que le système se révèle assez robuste pour les intégrer ou qu'il attende du moins, avant de le faire, [la retombée] de telles méthodologies au bout de leur temps habituel [d'engouement]. Cela devra s'appliquer, de manière paradoxale, à la théorie de la constitution paradoxale du système, laquelle n'aura aucun mal à s'imputer à elle-même ce [derniers des] paradoxe[s].

XI

Nous en revenons à présent à l'observation du douzième chameau et renouvelons encore une fois notre position du problème. Le point de départ nous est donné, d'une part, par l'histoire des tentatives internes au système juridique de traiter le paradoxe au sein du système pour le réduire enfin à la "violence" ("Gewalt"). L'autre motif de notre nouvelle approche est l'hypothèse que le

système se dé-paradoxise lui-même par [le moyen d'un] codage binaire. Une contradiction est alors substituée au paradoxe, ce qui permet son élimination comme infraction à la logique. Le droit (Recht) ne peut être égal au non-droit (Unrecht). Cela, on n'a pas besoin de l'interdire – car, à le faire, nous nous retrouverions devant la question de savoir qui a le droit d'interdire et de quel droit. Cela va de soi, et qui pense autrement, aura affaire à la logique.

Une telle manière de procéder doit encore présupposer, à vrai dire, la règle du tiers exclu. En dehors du droit et du non-droit (Unrecht) il ne peut y avoir une troisième valeur qui ne s'ordonne à aucun des deux. Néanmoins, la troisième valeur se laisse-t-elle éliminer? Ne revient-elle pas secrètement à la surface et se met sans invitation à la table de l'hôte et de son invité? A la suite de Michel Serres⁹¹, nous appellerons la troisième valeur "le parasite". Les deux valeurs du droit et du non-droit (Recht und Unrecht), l'hôte et l'invité, sont tellement occupés l'un par l'autre et sont si intimement liés qu'ils ne remarquent pas qu'un tiers s'est depuis longtemps assis à leur table, qu'il est en train de passer des commandes supplémentaires et qu'en somme il risque de consommer plus que l'hôte et l'invité pris ensemble.

[Ce tiers que] nous avons en un premier temps seulement supposé, nous pouvons à présent l'identifier: il s'agit de la *politique*⁹². Au début, au Moyen Age, on l'avait à peine remarquée, d'autant plus qu'elle n'existait même pas encore. Son propre paradoxe de la décision collective obligatoire, à savoir la question si un décideur peut s'obliger lui-même en gardant sa capacité de reproduire sa liberté de décision, avait sa place et sa solution (aufgehoben worden) dans la religion⁹³. Il s'est ensuite faufilé aux niveaux inférieurs des compétences de régulation, s'est attaché au paradoxe du droit lui-même par le biais du concept de la raison d'Etat, en a dérivé pour lui-même des privilèges – qui restaient encore des privilèges juridiques – pour enfin se déclarer, depuis plus deux cents ans, le maître à table sous l'espèce de la violence ou de l'autorité de commandement situées derrière tout droit positif. Cette histoire a déjà été racontée plus haut. Elle débouche sur les problèmes de la légitimation. La politique elle-même y a réagi en se "démocratisant" et,

⁹⁰ Cp. Thomas C. Heller, "Structuralism and Critique", *Stanford Law Review* 36 (1984), p. 127-198. Heller considère que la pratique est suffisamment résistante et qu'elle n'est intéressée, primordialement, qu'à sa propre reproduction - "referring to theory only in the liminal case where the content of settled practice comes into crisis" (p. 186).

⁹¹ *Le parasite*, Paris 1980, trad. allemande Frankfurt 1981.

⁹² Ceux qui, même pour la société contemporaine, maintiennent l'existence d'un primat de la politique, se retrouvent dans une mauvaise position quand ils justifient ce primat par un besoin prioritaire de régulation et la nécessité pour la puissance régaliennne de s'imposer. Il semble bien plus loisible de voir dans la politique le parasite général (Generalparasite) de tous les codes ou encore, si l'on veut, le point le plus bas vers lequel dévale tout ce qui ailleurs dans la société n'est pas correctement fixé. Pour notre propos, il nous suffira d'esquisser ici la thèse correspondante sur le rapport entre le droit et la politique.

⁹³ Voir encore pour la fin du 16^e siècle: Richard Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Policy* (1593-97), cité d'après l'édition de la Everyman's Library, London 1954, Buch I, II, p. 152: "God ... is a law both to himself, and to all other things besides".

lorsque des problèmes de légitimation se font sentir, elle peut déclarer: "je m'en occupe!" Un parasite en chasse un autre. Mais cela aussi peut être prévu.

Plus le droit travaille, plus le parasite engraisse. Plus l'on conclut du droit au non-droit (Unrecht) et du non-droit (Unrecht) au droit, plus l'on aura exclu. Plus les questions demandant une information sur des faits deviennent nombreuses, plus nombreuses sont les questions qui débouchent sur une décision politique. Quand l'on voit concrètement comment droit et non-droit (Recht und Unrecht) sont distribués [dans la société], on est tenté de s'interroger si [une telle distribution] est bien ce qu'on voulait obtenir et [l'on se sent incité à] réfléchir à de nouvelles possibilités. La solution qui s'est imposée a d'abord été de laisser s'unir droit et politique dans leur sommet. Ce faisant, on a centralisé l'arbitraire et l'a rendu visible. La question de l'obligation juridique (Rechtsbindung) du pouvoir (Gewalt) politique devint le thème central d'une théorie politique normativement interprétée – justement parce que [cette question] était un problème insoluble dans le cadre d'une telle construction.

La politique et le droit se sont alors entendu sur la formule de "L'Etat de droit". Cela a permis au droit d'externaliser son propre paradoxe et de... l'oublier aux confins de la politique. On part du principe qu'une création de droit (Rechtsetzung) politiquement motivée est "justifiée" ("berechtigt") dans le cadre de la constitution, de sorte que la question de savoir si on a le droit d'introduire la distinction droit et non-droit (Recht und Unrecht) dans le système juridique lui-même ne se pose plus. Le tiers exclu, le parasite, absorbe (absorbiert) ce problème. La pensée juridique se trouve déchargée de recherche fondamentale. La politique a été invitée à table à la condition de se tenir au droit en vigueur. Mais même alors, comme nous allons le voir, elle a continué à se comporter en parasite.

Dans le modèle classique de l'Etat de droit, aiguisé par la critique de l'absolutisme, l'intention était de plier l'Etat et sa souveraineté sous la règle de droit⁹⁴. L'arbitraire inévitable des décisions suprêmes de la politique fut relégué dans la constitution. Même un Etat disposant de compétences législatives ne devait pas être en mesure de faire injustice (Unrecht tun). Si cela devait arriver cependant, l'injustice (Unrecht) devrait être reconnaissable comme telle et pouvoir être corrigée. Cette tâche était dévolue aux tribunaux. La séparation des pouvoirs était établie comme un système de filtres qui ne laisse passer que des décisions conformes au droit (rechtmässige) et écarte les décisions contraires au droit (rechtswidrig) comme sans effet. La statojuridicité (Rechtsstaatlichkeit) n'était donc pas seulement normativement prescrite – ce qui amène les problèmes, si familiers pour nous entre-temps, de la justification (Rechtfertigung) d'une

⁹⁴ Cp. pour beaucoup d'autres: Detlef Merten, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, Tübingen 1975.

telle prescription; elle était également organisationnellement ancrée et attendue comme un produit dérivé – pour ainsi dire – du fonctionnement normal de pouvoirs autonomes.

On ne mettra pas en doute, même d'un point de vue sociologique, que ce programme consitutionnel de l'Etat de droit a pu être réalisé dans un certain nombre d'Etats. Apparemment, la politique a de bonnes manières de table – [et se comporte] comme il sied à un invité. Cependant, c'est justement ce succès qui a presque occulté la ligne d'une autre tradition [Traditionsstrang], laquelle a [néanmoins] pu se développer de manière très peu discrète, échappant en tout cas au contrôle juridique. La formule est systématique, au moins depuis Bodin, que le droit est un *instrument de la politique étatique*. L'Etat est [en effet] à même de poursuivre des fins politiques au moyen de prescriptions juridiques. Cela ne vaut pas seulement, comme d'évidence, pour le droit public, mais aussi pour le droit privé dont on sous-estime souvent la relevance politique. La politique peut, par le biais du droit, se démocratiser d'une autre manière: elle permet, en effet, à tout citoyen – désormais porteur de droits – de mobiliser directement (c'est-à-dire sans autre contrôle politique) la puissance publique pour la réalisation de ses droits. Elle expose son appareil de contrainte au commandement d'intervention de citoyens quelconques – à la seule condition de garder le contrôle sur la législation. Cette faculté de disposer [de l'appareil] peut être élargie ou restreinte, selon le programme politique en cours. Enfin, si cela risque de devenir politiquement trop difficile [à gérer] ou d'avoir des conséquences désagréables pour le parti gouvernant, la politique peut toujours revenir sur ses pas de parasite du droit et refuser de donner effet à des titres exécutoires.

Mais le parasite est-il vraiment aussi libre qu'il le paraît? Ne s'agit il au fond que de liberté d'arbitraire (Willkürfreiheit) - que l'Etat de droit veut restreindre et soumettre au contrôle du droit? Qu'en est-il de l'autopoièse de la politique et de son propre paradoxe? Et si ce paradoxe est, de son côté, codé par un schématisme tel que gain de voix électorales / perte de voix électorales, le droit a-t-il alors, de son côté, une chance de revenir comme parasite à la table de la politique et de s'empiffrer (vollzufressen) de décisions politiques?

En projetant l'Etat de droit, on n'avait pensé d'abord qu'à une obligation (Bindung) par le haut [de la politique par le droit], à une sorte de substitut au droit naturel. [Toutefois, on a pu constater que] plus intensément le système politique se servait du droit pour diversifier son pouvoir (Macht), plus il entrait en dépendance par rapport à cet instrument et à son adaptation [à cette fonction]. [En effet,] avec le droit on peut faire beaucoup, mais pas tout. Les exigences de consistance juridique restreignent l'arbitraire en chaque cas particulier, bien plus fortement que la théorie abstraite de la positivité du droit, avec son décisionnisme apparent, ne peut en donner idée. Surtout, l'impact politique se révèle avec les programmes régulatifs destinés à traduire dans

les faits des intentions de transformation complexes: ces programmes exigent une multiplicité de modifications juridiques, cependant que de telles modifications éveillent l'attention et la résistance de ceux qui profitent de l'état de choses actuel. Coulée dans des formes juridiques extrêmement précises, la politique n'arrive plus à se mouvoir sans attirer l'attention. Même dans le cas où les personnes concernées ne ressentent jamais ou ne prennent jamais au sérieux les causalités de la programmation politique, ils ont toujours dans le droit une mesure minutieuse de leur défavorisation qui leur permet de pronostiquer même les cas improbables, de déclarer la résistance contre [ces modifications], et de réclamer d'éventuelles compensations [pour elles]. La "double démocratie" de l'élection politique et des droits subjectifs restreint ce qui est politiquement faisable à tel point que l'on demeure dans les faits loin en dessous du seuil de mobilité tracé par la constitution et ses limitations de compétence, d'une part, et par les droits subjectifs et leur contrôle judiciaire, de l'autre.

Tout cela peut être saisi dans l'expérience pratique que l'on peut faire de la politique et de l'administration, mais reste cependant trop superficiel. Une nouvelle problématique émerge quand la politique conçoit son rapport au droit à partir de la perspective du législateur, pour ne s'attendre ensuite qu'à d'éventuels "problèmes d'implémentation" ("Implementationsproblemen"). La contingence du droit est localisée à la frontière entre [le système juridique et] le système politique – elle est donc située "en haut" ("oben") dans la terminologie traditionnelle. Le droit, une fois situé à cet endroit, il ne reste plus que des problèmes d'application et d'exécution – en d'autres termes, il ne reste plus que des marges d'indétermination et d'appréciation (Ermessensspielräume), concédées par le droit lui-même. Cette manière de voir est toutefois hautement irréaliste. Elle ne prend nullement en compte qu'il y a encore une contingence "par le bas" ("von unten"), notamment [celle de la décision] de la part des personnes concernées de faire intervenir ou de ne pas faire intervenir (Einschalten und Ausschalten) le droit. Dans une enquête sur les proportions dans lesquelles les personnes concernées mobilisent le droit, Blankenburg a constaté des faits qui donnent à penser⁹⁵. Même là où un seuil d'ignorance est dépassé et où des problèmes juridiques [commencent à être] perçus, une proportion considérable des personnes n'entreprend rien. Seuls 2 à 7% engagent un procès et parmi les procès engagés moins de la moitié mènent à une décision contestée. De nombreuses autres enquêtes montrent également que le "rien-entreprendre" est d'évidence fortement motivé et que même là où l'on rassemble ses forces pour obtenir justice, une forte pression demeure en

⁹⁵ Cp. Erhard Blankenburg, "Mobilisierung von Recht", Zeitschrift für Rechtssoziologie 1 (1980), p. 33-64.

faveur de la concession et de l'entente – ce qui doit décourager d'entreprendre quoi que ce soit, resp. de favoriser celui qui fait preuve d'insensibilité envers les revendications juridiques⁹⁶.

Des problèmes semblables sont aujourd'hui posés par un programme de recherche qui porte le titre d'"analyse économique du droit"⁹⁷. D'autres prémisses professionnelles sont stylisées ici que celles auxquelles s'intéresse la sociologie juridique: il s'agit des prémisses d'un calcul d'utilité économique fait par les intéressés du droit (der am Recht interessierten). Là aussi il y va de la "contingence par le bas" sous-estimée jusque-là, notamment du comportement d'évitement pratiqué par les intéressés - et allant de l'infraction juridique à l'évasion des coûts d'information, de consultation et de poursuite juridiques, jusqu'au choix de formes juridiques fonctionnellement similaires pour la réalisation de leurs intentions. Là aussi on se rend compte que beaucoup de droit est créé pour ne pas être utilisé, alors qu'on observe ailleurs un investissement massif dans des constructions juridiques imprévues - tels par exemple l'aliénation en garantie (Sicherungsübereignung) ou encore récemment les "bons de jouissances" ("Genussscheine").

Il en va de même pour le droit administratif et sa réalisation par des bureaucraties [étatiques]. Même les bureaucraties ont un impact sélectif sur ce qu'elles perçoivent et qu'elles traduisent en décisions. Cela est encore plus le cas quand elles doivent compter pour cela sur la coopération de leur environnement et doivent [préalablement] rechercher et organiser cette coopération. Tout cela peut être observé à partir d'une perspective [plongeante] "de haut en bas" ("von oben nach unten") et être [conséquemment] traité comme un problème d'implémentation. Ce faisant, on ne prendrait pas en considération [le fait] que ce n'en est pas un du tout pour les personnes impliquées. Ce n'est qu'à partir d'une frontière systémique [précise] que les choses apparaissent ainsi, et la question est alors de savoir quelle frontières systémiques ont l'influence la plus forte sur le système.

Accepte-t-on finalement que la politique ne participe que de manière parasitaire au droit et ne peut en disposer politiquement, on en arrive alors à la question de savoir si et dans quelle mesure

⁹⁶ Cp. parmi d'autres William L.F. Felstiner, "Influences of Social Organization on Dispute Processing", *Law and Society Review* 9 (1974), p. 63-94; idem, "Avoidance as Dispute Processing: An Elaboration", *Law and Society Review* 9 (1975), p. 695-706; Martin P. Greenberg/R. Barry Ruback/David R. Westcoll, "Decision-Making by Crime Victims", *Law and Social Review* 17 (1982), p. 47-84. La sociologie ordinaire se comporte de manière assez ambivalente dans ce domaine de recherche. Elle est plus motivée par la pitié que par la théorie. Elle salue d'une part l'entente pacifique, comme si le problème de l'ordre juridique s'en trouvait résolu; de l'autre, elle promeut cependant l'accès au droit, en particulier pour les groupes défavorisés, tout en laissant sans mention les "effets pervers" de telles intentions – c'est presque un programme que l'on pourrait caractériser avec Orwell comme "making the world safe for little fat men".

⁹⁷ Cp., faisant fonds des recherches qui ont commencé aux Etats-Unis, Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze (edd.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg Ts. 1978; Michael Adams, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, Königstein Ts. 1981; Christian Kirchner, "Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts: Ein Forschungsansatz", *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 2 (1983), p. 137-160; Erich Schanze, "Theorie des

le système juridique est capable de régénérer le droit de manière autopoïétique, quand les prises d'influence politiques [sur le système juridique] s'accroissent⁹⁸. Le débat sur la juridicisation et la dé-juridicisation (*Verrechtlichung und Entrechtlichung*) – quelle que soit l'imprécision de ces concepts - montre que cette question est à bien des égards d'actualité. [Elle forme l']analogue de la question [touchant le système économique] et sa capacité de régénérer son médium spécifique qu'est l'argent pour garantir une solvabilité largement distribuée, quand la politique puise [dans l'économie] de plus en plus d'argent pour ses propres fins. Cette question – qui est la question de l'alimentation du parasite – ne nous intéresse ici que superficiellement. Ce qui doit être recherché [par contre], pour le système juridique, c'est l'impact qu'aura sur lui l'abandon de son [propre] paradoxe à son parasite. Si l'autonomie est synonyme d'autoparadoxisation, de "self-indication" comme troisième valeur du calcul propre⁹⁹, alors [il faut s'attendre à ce que] cet abandon mette en péril l'autonomie du système. Le système peut certes toujours se révéler complètement indirigeable ou trop complexe pour la planification, la régulation, le pronostic et le contrôle. Cette irrégularité, comprise comme complexité structurée, ne doit cependant pas être confondue avec l'autonomie. Abstraction faite de ce que cette irrégularité peut être une irrégularité pour le système lui-même – ce qui ne correspond pas à ce que nous entendons par autonomie -, cette incapacité de traitement de la haute complexité peut n'être [en fin de compte] qu'une question de la technique de réduction au moyen de laquelle on approche ce problème – en en acceptant bien sûr les coûts et les renoncements.

Pour mieux comprendre ce qui est en cours depuis l'admission du parasite à la table de son hôte, faisons un retour sur la fonction du droit. L'enjeu de celle-ci est[, comme nous l'avons vu,] une généralisation d'expectations comportementales¹⁰⁰ – toutefois pas de n'importe lesquelles. [La question est alors:] Comment sélectionne-t-on ce qui est pris en considération comme droit, [en d'autres termes] ce qui se trouve "juridicisé"? Toutes les sociétés anciennes (*älteren*) répondent à la question essentiellement par une pré-vision de situations de conflit (*Vorausschau auf Konfliktlagen*). C'est au moment où l'on aperçoit la possibilité d'un conflit et uniquement à ce moment-là que l'on voudrait savoir quelles expectations peuvent être maintenues dans pareil cas pour être éventuellement réalisées. Ainsi constitué, le droit avait une adhésion au réel (*Realitätsnähe*) semblable à celle d'une vague de proue au navire [qu'elle pousse] – même si certes

Unternehmens und Ökonomische Analyse des Rechts", *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 2 (1983), p. 161-180.

⁹⁸ L'addition générale de ces doutes se trouve chez Rainer Hegenbarth, "Selbstauflösung des Rechts?" in: Rüdiger Voigt (ed.), *Abschied vom Recht*, Frankfurt 1983, p. 67-83.

⁹⁹ Cette proposition a été faite, en complément de la logique de Spencer Brown, par Francisco Varela, "A Calculus for Self-reference", *International Journal of General Systems (Autopoiesis)*; cp. également idem, *Principles of Biological Autonomy*, New York 1979

¹⁰⁰ Cp. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, ibidem, p. 27 ss.

le droit devait plus tard s'élargir [et perdre ainsi de sa force d'adhésion]. Ce type de formation du droit se trouve cependant renversé avec les demandes croissantes de la politique envers le droit et la mise à disposition de son appareil de contrainte à cette fin. Le droit est créé en dehors de toute pré-vision de conflits et c'est [au contraire] le conflit qui résulte comme première conséquence du droit. Le droit doit alors se garantir à lui-même son adhésion et son adéquation au réel, et intégrer ce test à son propre processus de positivisation. On suppose [traditionnellement] que le droit est sain tant que personne n'en exige la modification ni ne peut la faire aboutir. Comme cela ne suffit pas manifestement, des campagnes de simplification sont périodiquement lancées - lesquelles n'ont que peu d'effet, en fait -, mais qui confirment que tout a été vérifié et que tout est dans l'ordre. Le débat actuel autour de la juridicisation / dé-juridicisation, ou encore de la régulation / dérégulation semble être une sorte de mise en scène surdimensionnée de ce même procédé régulièrement pratiqué jusque-là – avec la différence que le débat s'est déplacé vers le système politique où il est mené, comme dans un "camp voisin" ("Nebenlager"), avec la participation du parasite.

Le système juridique est devenu par là un système hautement complexe qui contient en lui-même les conditions de sa propre modifiabilité. De cela on se plaint depuis les temps romains. Aujourd'hui, la formule de l'"Etat de droit" implique que la totalité des décisions collectives-obligatoires du système politique – mais naturellement pas toutes les décisions du système politique qui s'y rapportent – doivent se dérouler aussi au sein du système juridique. La modification du droit est ainsi pourvue d'une propulsion (Antrieb), mais aussi de freinages (Bremsen) politiques. Ceci est aujourd'hui et a toujours été la condition de l'acceptation du parasite dans la maison de son hôte. Ce n'est que de cette manière que le droit a pu devenir un système fonctionnel compétent pour la société dans son entier, y inclus le système politique. C'est précisément la perdifférenciation d'une compétence universelle liée à une fonction (il n'y a nulle part de droit en dehors du droit¹⁰¹) qui mène justement à un couplage strict des domaines partiels de la pratique politique et juridique¹⁰². Sous la forme de l'Etat de droit, cette différenciation a été recherchée et atteinte comme un acquis civilisationnel et comme un triomphe du droit sur l'arbitraire de la politique. Ces perspectives sur la réalisation historique du programme

¹⁰¹ On peut bien sûr le contester – en évoquant par exemple le "droit vivant" en Bucovinie ou la formation d'un droit propre des favelas. Cela ne veut rien dire d'autre, en dernière analyse, sinon que le programme de la modernité n'est pas complètement réalisé, ou encore que toutes les régions [du monde] n'y participent pas de manière égale.

¹⁰² Qu'il en résulte, pour la politique elle-même, un changement dans la réflexion de sa fonction, ne peut qu'être mentionné de manière allusive ici. En place de l'ancienne politique comme position-de-force-contre-force (Gewalt-gegen-Gewalt-Setzens) dans le cadre de finalités normatives (pax et iustitia), apparaît le problème fonctionnel (Funktionsproblem) de la décision collective-obligatoire pour lequel la paix et la justice ne sont que des problèmes partiels parmi d'autres, et qui, de son côté, doit être construit au plus près d'un paradoxe systémique (Systemparadoxie): à savoir celui qui fait une nécessité pour la décision politique de se reproduire à la fois comme décision libre et comme décision qui se lie elle-même.

statojuridique ne laissent cependant pas voir en quoi consiste exactement cette propriété évolutionnaire ainsi que l'irréversibilité de son développement. Personne[, en effet,] ne voudra soutenir que la domestication de la politique soit définitivement acquise. Les choses apparaissent sous un jour différent si l'on comprend l'Etat de droit comme un "codage second" ("Zweitkodierung") du pouvoir (Macht) par le droit, c'est-à-dire comme la forme technique des décisions collectives-obligatoires avec lesquelles la politique doit calculer (kalkulieren muss) – comme l'économie calcule avec l'argent. Nous avons manifestement à faire à des développements irréversibles (c'est-à-dire des développements qu'on ne peut écarter que par destruction). Ce n'est que sur le fondement de ce codage second que la politique atteint une compétence sociale universelle pour tous les problèmes qui ne peuvent être résolus que par des décisions collectives-obligatoires – quelque faibles que soient ses possibilités de résoudre réellement ces problèmes. Ce développement introduit des tâches dans le droit que celui-ci n'aurait pu, dans la continuation de son propre système, saisir.

On a l'impression que, dans ces conditions sociales, le droit acquiert une complexité qui n'est ni juridiquement ni politiquement contrôlable. Les anciens types de production de la complexité dont on s'est toujours plaint, [notamment] les décisions des tribunaux et les opinions des savants, sont encore en fonction. [Plus récemment,] la législation politiquement entraînée (politisch angetriebene) s'y est ajoutée. La sauvegarde la plus efficace de l'autonomie du droit peut alors résider dans cette complexité opaque pour elle-même et les autres. Il est improbable, d'un point de vue sociologique du moins, que la théorie juridique arrive à changer cette opacité en transparence.

Il n'est pas très utile de reconnaître dans cette nouvelle complexité et cette opacité l'œuvre du parasite et d'avoir ainsi un coupable. Le parasite est le douzième chameau. *Laudate nomen*. Le parasite est le tiers exclu, le paradoxe constituant du système. La théorie juridique peut tenter, à l'aide de la sociologie et de son observation externe, de formuler ce paradoxe et les moyens de le traiter pour y trouver le point de référence de la réflexion de l'unité (Bezugspunkt der Reflexion der Einheit) du système. C'est peut-être la seule possibilité sensée. Mais, à supposer que cela se fasse et qu'une telle formule soit introduite dans le système juridique, peut-on s'attendre à un autre résultat que la production d'une différence interne au système, à savoir la différence entre l'autopoïèse d'une réflexion théorique et l'autopoïèse d'une pratique normale du système?

XII

Jusque-là nous avons toujours supposé que le douzième chameau remplit sa fonction et il n'était question que de savoir *comment*? C'est peut-être bien un paradoxe qui rend le système capable de décision (entscheidungsfähig) – toujours est-il qu'il le rend [effectivement] capable de décision. Cependant, on pourrait douter même de ce dernier point et demander: Le paradoxe fonctionne-t-il en toute circonstance? Le paradoxe ne pose-t-il pas à ce qui le met en mouvement des limites, en même temps [qu'il s'en laisse impulser]? Quelles sont les situations sociales dans lesquelles le douzième chameau ferait défaut?

La parabole nous induit à penser que chaque héritier est satisfait du moment qu'il obtient sa part et que le conflit [ne] tourne [qu']autour de la détermination des parts. Ecarte-t-on cette hypothèse, alors même le douzième chameau ne sert plus à grand chose, car le système fait dans ce cas-là sauter les limites dans lesquelles il s'est laissé cantonner par le paradoxe.

Nous partons à présent de l'hypothèse que chaque héritier [ne] s'intéresse aux chameaux [que] parce que les autres héritiers s'y intéressent [aussi]. Chacun copie le désir de l'autre. Le système s'échauffe [, dans ce cas de figure] de lui-même, car les désirs se stimulent et s'intensifient mutuellement. On voudra ainsi récuser le testament, pour atteinte arbitraire au principe d'égalité par exemple. Tout ce qui peut suggérer que les autres veulent dépasser une certaine quantité [dans la partition], éveille un désir similaire [d'en obtenir davantage] – car pour quelle raison devrait-on le céder à un autre? Comme l'enchère repose sur l'imitation, la simple représentation du désir de supériorité de l'autre suffit pour donner réalité au désir propre, ce qui incite l'autre à copier ce dernier désir. Après le douzième, c'est un treizième et un quatorzième chameau qui devront être livrés, etc. lesquels ne nous feraient d'ailleurs accéder qu'à des équilibres précaires et momentanés, à une satisfaction limitée au dernier supplément actuel. Pas question, [dans ces conditions] de restituer [quoi que ce soit]!

La théorie anthropologique de René Girard généralise cette configuration et la propose comme caractéristique de la modernité¹⁰³. La parabole est la suivante: Place dans ta chambre un certain nombre de jouets exactement identiques et fais y entrer le même nombre d'enfants; le conflit est plus que probable¹⁰⁴. On n'est certes pas obligé de reconnaître l'hypothèse [girardienne] comme totalement vraie. Néanmoins, nous sommes confrontés à un nouveau problème: celui des conditions sociales qui encadrent (Rahmenbedingungen) le droit. Il ne suffit plus à présent d'invoquer [tout simplement] la politique. Nous devons nous interroger si et comment les autres

¹⁰³ Cf. *Mensonge romantique et vérité romanesque*, Paris 1961 (surtout l'interprétation de Stendhal); *La Violence et le sacré*, Paris 1972; *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, Paris 1978.

¹⁰⁴ *Des choses cachées ...*, ibidem p. 17.

domaines fonctionnels de la société, et en premier l'économie, font fonction de conditions de possibilité du droit.

Où est le problème?

Le meilleur accès à la question est celui que donne la réflexion sur la spécificité de l'économie de la société moderne par comparaison avec les modes de production et d'échange plus anciennes, et sur la manière dont ses exigences envers le droit se transforment? La différence [entre l'économie de la société moderne et les économies plus anciennes] réside dans l'universalité du code de l'argent, réalisée par la société moderne pour la première fois dans l'histoire. En effet, [c'est dans cette société que,] pour la première fois dans l'histoire, toutes les opérations économiques s'orientent sur l'argent. Cela n'exclut pas qu'on puisse se décider pour des comportements économiques irrationnels – par exemple ne pas vendre le tableau qui soudainement a pris de la valeur ou de ne plus manger que des œufs de son propre poulailler. On le fait "néanmoins" et sans pouvoir se soustraire à la pression de l'économie, on choisit [volontairement] un tel comportement. L'orientation monétaire (Geldorientierung) substitue à la rareté des biens un deuxième symbole de rareté directement opérable, l'argent. Ce faisant, toutes les limitations du désir qui étaient encore fondées dans le sens objectif des choses se trouvent levées. Plus d'assiettes ou plus de livres, un plus grand jardin ou plus d'appartements de vacances en différents endroits du monde – l'utilisabilité des objets perd à un certain moment toute relevance (tant qu'elle n'est pas proposée comme "investissement financier"). Avoir plus d'argent, par contre, n'est jamais irrelevant, même pas là où [un tel supplément de moyens] ne fait plus grande différence pour la vie qu'on mène – quand on appartient déjà à la classe de ceux qui achètent des œuvres d'art et font des dons aux partis politiques. L'argent neutralise les chances d'accroissement et fixe sur elles-mêmes la comparaison sociale, la "conspicuous consumption" et l'imitation. L'argent rend possible un désir libre de son objet (objektfreies). Il universalise et dévalorise en même temps la comparaison sociale. Qui est vraiment riche, n'a pas besoin d'avoir aussi le meilleur aspirateur pour faire nettoyer ses tapis.

On a encore beaucoup de mal pour apprécier l'impact qu'une telle évolution peut avoir sur la droit. L'histoire du droit récente montre que la première réaction a consisté en une plus grande généralisation de certaines institutions, surtout celle de la propriété et du contrat, comme s'il s'agissait avant tout de reproduire dans le droit la mobilité (Beweglichkeit) de l'argent. Il est possible que l'hypothèse empirique d'un accroissement du règlement judiciaire des litiges se confirme¹⁰⁵ – comme s'il s'agissait d'adapter d'anciennes formes et d'anciennes habitudes à de

¹⁰⁵ Cp. James Willard Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States*, Madison Wisc. 1956; Vilhelm Aubert, "The Changing Role of Law and Lawyers in Nineteenth- and Twentieth-Century Norwegian

nouvelles conditions. Entre-Temps, la mécanique supplémentaire (*Zusatzmaschinerie*) du droit statoprovidentiel, du droit corporatif, et du droit interne des grandes organisations ainsi que des conditions générales (*allgemeinen Geschäftsbedingungen*) a fini d'élaborer ces libertés [fondatrices de la mobilité économique] et l'on n'a pas l'impression que la pression conflictuelle née du fait que chacun a des besoins pratiquement illimités d'argent et souhaite disposer d'un revenu sans cesse supérieur, se soit déchargée devant les tribunaux. Un nouvel et puissant instrument de régulation des conflits semble faire son chemin dans la politique de la distribution monétaire: une sorte de "preprogramming" de conflits sociaux lesquels résultent alors de la manière dont l'économie distribue l'argent dans les conditions-cadres que lui pose la politique¹⁰⁶. Dans un tel contexte, ce sont surtout les intérêts organisés qui arrivent à s'articuler. Des instruments de régulations spécifiques se développent sous la forme de conventions collectives, des instruments qui sans se situer en-dehors du droit sont élaborés "en marge de l'Etat" ("am Staat vorbei")¹⁰⁷. Une telle dépolitisation relative de décisions conflictuelles de distribution présuppose une différence entre le système politique et le système juridique. Le droit demeure indispensable comme un instrument d'enregistrement d'accords (*Registrierinstrument von Vereinbarungen*), en même temps que comme un instrument d'enregistrement qui n'admet pas tous les accords. Les rois du néocorporatisme doivent compter par moments avec la résistance de leurs "parlements"; aussi, les problèmes juridiques représentent des actifs et des passifs [pour les parties] en négociation. Ce n'est qu'en dessous de ce niveau de décision que résultent les conflits particuliers dans lesquels le droit remplit sa fonction habituelle.

La levée des limitations naturelles ou sociales du désir, la contingence de toutes les distributions, la substitution d'une stratification de classe (*klassenmäßige*) à une stratification d'états (*ständischen*)¹⁰⁸, l'établissement d'une rivalité générale ayant comme conséquence historique l'implication des couches supérieures elles-mêmes, aux côtés des couches inférieures, dans cette rivalité à l'enjeu monétaire; tout cela ne veut pas dire que le droit est désormais l'unique instance

Society", in: D.N. McCormick (ed.), *Lawyers in Their Social Setting*, Edinburgh 1976, p. 1-17; Christian Wollschläger, "Zivilprozeßstatistik und Wirtschaftswachstum im Rheinland von 1822-1915"; in: Klaus Luig/Detlef Liebs (edd.), *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*, Ebelsbach 1980, p. 371-397. Pour le 20^e siècle, les données ne sont pas aussi claires. Cp. par exemple José Juan Toharia, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid 1974, p. 194 ss.; Eligio Resta, *Conflitti sociali e giustizia*, Bari 1977, en part. p. 79 ss.

¹⁰⁶ Cette question a été traitée jusqu'ici principalement du point de vue d'une "illusion monétaire" politiquement favorisée, ainsi que d'une politique d'inflation qui déplace toujours plus loin le seuil de conflits manifestes que la politique ne peut ignorer. Cp. James Tobin, "Inflation and Unemployment", *American Economic Review* 62 (1972), p. 1-18; Tom Baumgarten/Tom R. Burns, "Inflation: The Institutionalized Struggle over Income Distribution", *Acta Sociologica* 23 (1980), p. 177-186; John MacCallum, "Inflation and Social Consensus in the Seventies", *Economic Journal* 93 (1983), p. 784-805.

¹⁰⁷ D'après une formule de Volker Ronge (ed.), *Am Staate vorbei: Politik der Selbstregulierung von Kapital und Arbeit*, Frankfurt 1980. Cf. également idem, "Rechtsetzung durch Tarifvertrag? Zur Koexistenz von staatlichem und nichtstaatlichem Recht", in: Rüdiger Voigt (ed.), *Abschied vom Recht?*, Frankfurt 1983, p. 278-297.

capable d'élever des barrières face à l'imitation des besoins, au désir et à la rivalité sociale. Assurément, la justice serait complètement débordée dans un telle hypothèse¹⁰⁹. Le droit ne peut capter tous les ressentiments nés du fait que les bénéfices et les charges pourraient être distribués autrement. C'est tout ce qu'on peut dire avec suffisamment de certitude aujourd'hui. On n'a pas plus de certitudes à ce point. A la différence des réactions [caractéristiques] de la période allant de la moitié du 18^e à la moitié du 19^e siècle, [les réactions contemporaines manquent] d'une conception dogmatique claire. La double stratégie de la libre conclusion des contrats et du management de la propriété d'une part, de l'exclusion des perturbations par la violence (Gewalt) politique ou criminelle, de l'autre, a valeur, tout au plus, d'idéologie. Elle ne peut être maintenue ni en accord avec les choses ni comme illusion. Nous assistons de nos jours à l'émergence de processus intercalés (Vorschaltprozesse) d'un genre nouveau qui se donnent volontiers pour des scrutins (Abstimmungen), des conventions ou pour les résultats de négociations conflictuelles, afin de signaler, à l'aide de cette sémantique, la simultanéité de la contingence et du définitif provisoire (vorläufige Endgültigkeit)¹¹⁰. Le définitif provisoire est cependant à peine différent du provisoire définitif (endgültige Vorläufigkeit). Il semble indispensable d'intercaler un filtre quelconque de ce genre pour organiser la rivalité générale et la lier à des positions déjà atteintes ou susceptibles d'être négociées (verhandlungsfähige). Du point de vue de la dogmatique juridique, l'ensemble de ce champ reste inélucidé, [ce qui se reflète dans le fait que] l'ensemble du droit de grève et de lock-out (Aussperrungsrecht), qui représente ici la violence étatique, se situe aux frontières du droit et de la violence¹¹¹. Il n'est pas surprenant que les instances juridiques qui tentent de régler de telles conditions se voient aussitôt exposées au reproche de la partialité. Une lutte pour l'argent aussi fortement centralisée – et il y va de l'argent non seulement [quand on discute de] salaires et de traitements, mais aussi d'emplois, de temps de travail, d'embauches et de licenciements, de possibilités de formation et de plans sociaux, etc. - est manifestement un objet inaccoutumé pour un règlement juridique. Cela ne doit cependant pas vouloir dire que le droit se trouve ici en retraite et abandonne à la violence et au chantage des conditions sociales dont l'impact pour des tiers est important. On peut retourner la conclusion et dire que le droit rentre ici dans sa fonction originaire – qui consiste en la mise en sauvegarde d'expectations pour des conflits prévisibles – et que seule l'habitude, acquise entre-temps, de voir dans le droit la machine

¹⁰⁸ Voir en particulier là-dessus: Niklas Luhmann, "Zum Begriff der sozialen Klasse", in idem (ed.), *Soziale Differenzierung: Zur Geschichte einer Idee*, Opladen (sous presse [paru entretemps: Westdeutscher Verlag 1985]).

¹⁰⁹ Ce jugement est aussi celui de Paul Dumouchel, "L'ambivalence de la rareté", in: Paul Dumouchel/Jean-Pierre Dupuy, *L'enfer des choses: René Girard et la logique de l'économie*, Paris 1979, p. 135-254 (200).

¹¹⁰ Cp. là-dessus (moins sceptique que d'autres) Helmut Willke, *Entzauberung des Staates: Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie*, Königstein Ts. 1983.

¹¹¹ Là-dessus et sur l'intentionnalité [de cette confusion], on peut revenir aux textes de Sorel et de Benjamin. Mais il suffirait aussi de songer à des événements très récents et à la remarquable retenue de la force publique face à des violences commises à l'occasion de grèves.

d'implémentation de la politique étatique, nous empêche de promouvoir l'autorité et l'efficace du droit.

XIII

Aucun système, avons nous dit, ne peut s'observer de l'extérieur. L'auto-observation est possible, mais seulement comme opération interne. Même le Dieu biblique n'a pas su se transcender lui-même: en le tentant, il s'est transformé en diable. On pourrait transposer cette expérience au rapport profane entre réflexion juridique et sociologie. La sociologie a quelque chose de la manière du diable, et le juriste devrait prendre garde à ne pas lui vendre son âme. La supériorité, en termes de dynamique et de capacité d'observation, qu'un diable peut se permettre, ne peut être soutenue à l'intérieur du système lui-même. Ici, mais ici seulement, elle est fatale.

Seul un discours moral, à vrai dire, nous contraint d'effectuer des séparations strictes comme celle du bon et du mauvais. Ni la religion ni la théorie des systèmes ne le font. C'est pourquoi on peut très bien se demander ce que la jurisprudence, sans devenir sociologie, peut apprendre de la sociologie. Des problématiques trop fortement agrégées – [selon le modèle d'une alternative stricte:] soit oui, soit non – ne permettent pas d'avancer. On doit plutôt examiner cas par cas si la connaissance des structures que procure l'analyse sociologique des systèmes peut influencer sur les structures directrices des opérations (operatiosnleitenden) du système juridique et comment elle le fait. Les analyses qui précèdent pourraient nous stimuler à approfondir cette question.

En ce qui concerne les espoirs et les souhaits des juristes, [on peut constater que] la demande de sociologie a résulté du [paradoxe des rapports] circulaires entre intérêts et valuations (Wertungen). Regardant de l'intérieur vers l'extérieur, la jurisprudence suppose que les sociologues disposent d'un savoir sur ce sujet; d'autre part, il existe des sociologues qui se réjouissent de cette demande, de leurs possibilités de la satisfaire, et qui y réagissent. La sociologie systémiste, telle qu'elle se donne dans les réflexions qui précèdent, est d'un autre format. Avec sa thèse de la constitution paradoxale du système, elle thématise un déficit structurel et les possibilités d'un rapport à lui qui seraient accessible au système lui-même. Occulter et ignorer [le paradoxe de cette constitution] représente l'une de ces possibilités. Y en a-t-il d'autres, telle est la question. La situation sociale du système juridique aujourd'hui, son surmenage par la complexité, l'érosion de la symbolique traditionnelle-spontanée (selbstgängig) et l'insécurisation du mode purement professionnel du traitement des problèmes, s'ajoutant aux pertes de la profession en

termes de statut et d'autorité; tout cela tend à recommander la recherche de nouvelles attitudes face aux déficits structurels¹¹².

La sociologie a, on le sait, longtemps hésité à confirmer la rationalité à laquelle prétendent les systèmes fonctionnels¹¹³. Cependant, il ne suffit pas, alternativement, de renvoyer aux structures latentes, aux effets de socialisation, aux liens affectifs ou, plus généralement, aux fondements non rationnels de la rationalité. Cette manière de traiter le problème dans un style durkheimien a [déjà] livré les résultats dont elle était porteuse. Cependant, elle ne fait qu'aiguiser[, dans son nouveau cadre,] le contraste entre rationalité auto-certifiée et analyse sociologique, sans aider nullement à la médiation entre elles. Le théorème de la constitution paradoxale des systèmes autoréférentiels vise un effet de désenchantement (Ernüchterungseffekt) d'un autre type, une sorte d'effet Gödel auquel tant le système que son observation et sa description externes peuvent prendre part¹¹⁴.

I ne s'agit pas pour autant d'exclure des analyses jurissociologiques d'un autre genre ni une critique juridique des contenus (inhaltliche Rechtskritik) ou des propositions de réforme fondées dans une connaissance des faits. [Toutes] peuvent [cependant rester sans effet et] glisser sur la peau bien huilée du droit. [Elles peuvent aussi] être absorbées aux endroits appropriés [du système juridique] pour être transformées, jusqu'à l'inconnaissabilité, par les opérations internes. Dans la proposition de réorientation que nous faisons, il n'est pas question de "critiquer" le testament [du bédouin], non plus que d'améliorer la répartition [qu'il instituait] – autant de thèmes qui intéressent prioritairement les sociologues. Il s'agit [uniquement] du douzième chameau, dont on n'a pas encore décidé s'il fallait le restituer ou pas. Tout ce qu'on peut montrer, c'est que cette décision est impossible.

Les conséquences [de cette approche] pour la pensée juridique pourraient aller loin. Elles sont [en fait] imprévisibles. Même la logique a dû apprendre à vivre avec Gödel. La théorie interne du système juridique, elle, aura du mal [à s'en accommoder]. Il ne suffit pas, en effet, de relativiser la signification de la logique pour les applications juridiques ou encore de lui substituer une argumentation disciplinée. Il ne suffit pas non plus d'accepter la contingence de tout droit comme un fait historique. Le problème, après tout, ne consiste pas uniquement dans l'acceptation de

¹¹² Cf. sur des problèmes analogues dans le système éducatif et le test d'une réaction de la profession pédagogique à ces problèmes, Niklas Luhmann/Karl Eberhard Schorr (edd.), *Zwischen Technologie und Selbstreferenz: Fragen an die Pädagogik*, Frankfurt 1982.

¹¹³ Cp. là-dessus, au niveau d'un texte d'introduction, Randall Collins, *Sociological Insight: An Introduction to Non-Obvious Sociology*, Oxford 1982.

¹¹⁴ Le rapport exact aux limitations gödeliennes des systèmes formels ne peut être traité ici. Nous n'utilisons pas la démonstration de Gödel comme argument. La thèse du déficit structurel de rationalité ne veut dire que cela: dans le système juridique (ou dans d'autres systèmes sociaux), un effet similaire à ce qui se passe en logique ou en mathématique peut avoir lieu par le biais de la reconnaissance du fait que les systèmes formels qui contiennent des propositions autoréférentielles produisent des propositions indécidables, et qu'ils ne peuvent, par conséquent, se clore qu'*ab extra*.

cette contingence comme positivité de tout droit et sa dépendance de la décision (Entscheidungsabhängigkeit) pour miser sur les possibilités sociales et politiques de la légitimation de cette légalité. Ce ne sont là que des variantes d'un problème structurel plus profond. Il n'existe pas de droit incontestable d'opérer avec la distinction de droit et non-droit (Recht und Unrecht). Il n'existe pas de bons arguments pour montrer que les mauvais arguments sont de mauvais arguments¹¹⁵. Il n'existe pas de décision qui garantisse la décidabilité de tous les problèmes juridiques. Dire "il n'existe pas", c'est déjà trop en dire. Le problème est que chaque opération reproduit, à ce niveau, son opposé. Les systèmes et les systématiques naissent sur le sol de ce paradoxe. Toute contingence doit finalement être attribuée au fait que cet état de chose exige une dé-paradoxisation, laquelle est toujours autrement possible. Toute autre version [de cette dé-paradoxisation], telle la ponctualisation (Punktualisierung) d'un arbitraire central dans le concept de la souveraineté, ou encore la théorie de la positivité de la validité juridique, ou bien le report (Rückführung) de la validité de prétentions de validité exposées à l'aide d'arguments vers des règles du discours [qui réfléchit] ces prétentions de validité elles-mêmes; tout cela représente déjà une interprétation de ce paradoxe menant d'une manière à chaque fois spécifique à la dé-paradoxisation.

L'analyse sociologique-systémiste ne pourra rien établir d'autre que cela. Elle peut [se décider à] traiter la société – avec Durkheim ou Linguet ou Grotius – comme "source" de tout droit, mais cela ne fait que ramener l'analyse, par un de ces "strange loops" [que nous connaissons], à l'endroit qu'elle voulait quitter. La société est précisément ce système autoréférentiel qui, à l'observation, apparaît comme un paradoxe. Le gain d'une telle approche c'est la certitude que cela ne marche pas autrement. La théologie a élaboré pour cela la formule de la nécessité de la contingence. L'analyse fonctionnelle nous permet de reformuler la question comme un problème de référence (Bezugsproblem), pour ensuite tenter d'élucider comment, dans les conditions déterminées d'une situation évolutionnaire, différentes formes de dé-paradoxisation se comportent l'une par rapport à l'autre. Si la théorie juridique pouvait rejoindre l'analyse à cet endroit, il n'y aurait pas de discrepancies fondamentales entre la sociologie juridique et la théorie juridique. Le problème se déplacerait vers la question de la signification qu'un tel style de réflexion et ses produits sémantiques pourraient prendre pour la reproduction autopoïétique de la pratique du droit.

¹¹⁵ Cette formule est inspirée de Gerald J. Massey, "Are There Any Good Arguments That Bad Arguments Are Bad?", *Philosophy in Context* 4 (1975), p. 61-77.

XIV

Le douzième chameau a beaucoup de noms et nous l'avons surpris, plus d'une fois, en train d'en changer. "Est"-il finalement le tiers exclus qui revient dans le système, "est"-il le parasite? "Est"-il la condition de possibilité dont parle la théorie transcendentale, telle la condition de possibilité de la décision (Entscheidens)? "Est"-il la violence ou "est"-il la redondance? On peut aligner ces questions les unes à la suite des autres et supposer que ce "est" et le chameau forment une unité et doivent être réunis. Le chameau "est" finalement un chameau. N'est-ce pas? Mais qu'est ce que "est"? (was ist "ist"?).

Pouvons-nous et devons-nous abstraire encore une fois pour fixer l'objet comme l'unité de tous ces noms et de toutes ces fonctions différents? Ne risquons-nous pas de n'obtenir qu'un "kenogramme" dans le sens de Gotthard Günther?

Pour présenter sa théorie anthropologique, Edmund Leach¹¹⁶, ex-mathématicien et anthropologue a eu recours à la figure suivante

Le chemin qui mène de plus à moins ou son inverse est pensé comme un continuum. Les deux directions forment une opposition qui met quelque chose de parfaitement égal en opposition [avec lui-même]. Cela se fait par le point qui exprime en même temps la continuité et la discontinuité, le point en lequel le plus devient le moins. Ce point doit se trouver sur ce continuum, parce qu'autrement le mouvement ne pourrait plus se poursuivre, mais se perdrait; il doit en même temps ne pas se trouver sur la ligne, mais dans le tiers exclu, parce qu'il doit à la fois marquer la continuité et la discontinuité. Le nom du point est "zéro". C'est à n'en pas douter aussi un nom du chameau sans lequel il n'y aurait pas d'opposition. Mais précisément: encore une fois, rien qu'un nom!

Cette version de la théorie présuppose à la verticale un continuum, mais s'en laisse [toutefois] détacher. On peut dire en général que toute opposition présuppose que ce qui s'oppose (das Entgegengesetzte) se neutralise, que l'on parte d'un continuum ou d'un rapport strict ceci / ou cela dans lequel les éléments ne sont pas ordonnés selon ce qui est plus proche ou plus

¹¹⁶ Social Anthropology, Glasgow 1982, p. 8.

lointain¹¹⁷; car autrement l'opposition ne pourrait être pensée comme une unité. Pensée dans la perspective de l'unité de l'opposition, toute valeur n'est que la neutralisation de la valeur opposée, sous condition de [garantie de] la réversibilité. Comme unité, l'opposition s'effondre. En insistant sur la question du "est", son objet disparaît – et l'observateur reste seul en arrière, occupé de lui-même.

Rien ne nous contraint d'engager une observation au point précis où un système autoréférentiel devient paradoxal. Le système lui-même peut ignorer ce point dans ses opérations, peut s'appuyer sur l'une ou l'autre forme de dé-paradoxisation sans réfléchir cette fonction [en tant que telle]. Un observateur peut, de son côté également, considérer telle ou telle partie du système, par exemple observer et décrire comment la police procède à l'encontre d'un criminel et comment ces procédés changent dans certaines conditions – telle que la manière qu'ont les tribunaux d'auditionner des policiers en qualité de témoins. Ce n'est que quand il importe à l'observateur de sauvegarder la consistance et la durabilité de ses propres structures cognitives dans un champ de considérations toujours renouvelées, que le paradoxe s'impose à son attention. Ce n'est que là qu'il devient contraignant – pour l'observateur également – de voir le système du point de vue des fonctions de dé-paradoxisation. Aussi, ce point de vue est le seul à garantir la complète comparabilité de tous les systèmes sociaux. Ou encore, pour citer à nouveau Edmund Leach¹¹⁸: "It is only in the abstract level that the different social systems become comparable. They represent alternative solutions to problems of intellectual paradox".

Ceci n'est pas une rechute dans l'ancienne séparation entre la pensée et l'être, entre un instrumentaire "uniquement analytique" ("nur analytischem") et une réalité concrète. Il y a des paradoxes. Ils ne sont pas simplement un obstacle que la pensée se crée à elle-même. Il y a des paradoxes – de la même manière qu'il y a du droit; ou encore plus généralement, comme il y a des systèmes capables d'auto-observation. Ces systèmes ne fascinent pas seulement l'observation externe, mais aussi l'auto-observation. Ils désignent le point où l'observation externe et interne convergent; le point où, à chaque fois, ils réfléchissent (reflektieren) leur propre consistance et, par là, l'observation de l'observation; le point, dès lors, où la sociologie juridique et la théorie juridique entrent en contact l'une avec l'autre.

¹¹⁷ "The sole source of all opposition is the possibility of reciprocal neutralization of like actions", peut on lire chez C.K. Ogden, *Opposition* (1932), Reprint Bloomington Ind. 1967, p. 36. Cp. également John W. Thomson, "The Importance of Opposites in Human Relationships", *Human Relations* 16 (1963), p. 161-169. Gotthard Günther parlerait ici de "rejection value".

¹¹⁸ Ibidem p. 222.

Il faudrait peut-être concevoir le douzième chameau comme un observateur. Dans tous les cas, le point de l'insécurité maximale et de l'indécidabilité ultime est le point à partir duquel tout le reste se laisse le mieux observer.

ⁱ Il y a évidente confusion avec Ahmed, qui est l'ainé véritable. Quelques lignes plus loin, l'erreur ne se répète plus.

ⁱⁱ Le choix d'écrire en capitales et en minuscules les initiales des différents termes formant ce composé est significatif: le fait d'écrire "recht" en minuscule préserve le sens verbal-global de "recht geben" comme donner raison et non pas donner droit. L'ambiguïté reste cependant assez forte du fait même de l'identité littérale des deux expressions.

ⁱⁱⁱ En anglais dans le texte.

^{iv} Il nous semble préférable terminologiquement de traduire *ausdifferenziert*, *Ausdifferenzierung* par perdifférencié, perdifférenciation pour marquer le caractère finalement technique de ces concepts qui renvoient à la théorie de l'*Ausdifferenzierung* de systèmes sociaux, pièce centrale de la sociologie allemande depuis Weber. Cette théorie est bien plus précise que la théorie durkheimienne d'une division du travail social, laquelle cependant porte en elle les germes de tous les développements de la première. En plus de leur caractère inusité propre à une réservation de sens terminologique-technique, 'perdifférencié', 'perdifférenciation' ont l'avantage de reproduire, de manière strictement parallèle, l'intensification linguistique que constitue la préfixation du 'aus' à *Differenzierung*. En effet, *Ausdifferenzierung* connote l'achèvement ou le parcours jusqu'au bout d'un processus de *Differenzierung* qui, dès lors, résulte dans une position hors de lui-même de ce qui a été per-différencié.

^v Il faut distinguer terminologiquement et conceptuellement *Unterschied* et *Unterscheidung*. Le premier fait référence à la théorie de la communication de G. Bateson et à sa fameuse formule de la différence qui fait une différence, alors que le second (*Unterscheidung*) traduit "distinction", concept central de la logique de la forme de Spencer Brown.

^{vi} Il faut souligner l'ambiguïté, au fond irrémédiable, de l'expression 'sich zurecht finden' où se trouve l'etymon de droit (*Recht*), mais dont l'intégration à la locution idiomatique efface la référence "juridique":

^{vii} Force/violence, en français dans le texte.

^{viii} La traduction des termes dichotomiques du code élaboré par le système juridique pour le traitement de toutes ses opérations, à savoir *Recht* et *Unrecht*, fait problème. Les traducteurs français y attirent régulièrement l'attention (tel Guibentif (in Arnaud, André-Jean et Guibentif, Pierre (dir.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Collection *Droit et Société*, Vol 5, Paris 1993, p.44)). La traduction juste, injuste n'est pas bonne, car le juste n'est pas le droit en tant que valeur d'appartenance au système juridique, mais le qualifie. Le droit et l'indroit, si l'on veut, sont les valeurs de processus d'un système qui a certes un rapport à la justice (laquelle en est la "formule de contingence" (*Kontingenzformel*)), mais se situent structurellement en-deca de la qualification juste / injuste. Dans notre traduction, nous optons pour droit / non-droit, indroit étant difficilement admissible.

Nous traduirons plus loin régulièrement par *ius* et *iniuria* en nous appuyant sur Stoljar 1988, en part. 32-34 et 37.

^{ix} Ou observation par un autre, observation aliène, s'oppose à l'auto-observation (*Selbstbeobachtung*).

^x Nous réservons l'emploi du terme 'systémiste' pour qualifier des propositions ou des approches qui relèvent de la théorie des systèmes. Le terme systémique qualifie la réalité (sociale, biologique ou autre) qui se comporte comme un système au sens de la théorie des systèmes.

^{xi} La distinction provient du systémisme pasonien et fait partie de la triade des dimensions: objective (*sachlich*), temporelle (*zeitlich*) et sociale (*sozial*).