Droit et vérité dans la sociologie de Niklas Luhmann

Thomas Coster

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9591>

DOI : 10.4000/revdh.9591

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Thomas Coster, « Droit et vérité dans la sociologie de Niklas Luhmann », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 18 | 2020, mis en ligne le 10 juin 2020, consulté le 11 février 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9591> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.9591>

Ce document a été généré automatiquement le 11 février 2021.

Tous droits réservés

Droit et vérité dans la sociologie de Niklas Luhmann

Thomas Coster

« Il ne faut pas penser du mal du paradoxe, cette passion de la pensée, et les penseurs qui en manquent sont comme des amants sans passion, c'est-à-dire de piètres partenaires. Mais le paroxysme de toute passion est toujours de vouloir sa propre perte, et c'est également la suprême passion de l'intelligence que de rechercher le choc, nonobstant que ce choc d'une façon ou d'une autre mène à sa propre ruine. C'est là le paradoxe suprême de la pensée, que de vouloir découvrir quelque chose qu'elle-même ne puisse penser. » Søren Kierkegaard¹

Introduction

- ¹ Il est de mise, dans la plupart des contributions consacrées à Niklas Luhmann, de faire précéder la discussion d'un avertissement quant à la difficulté de l'œuvre. Nous ne dérogerons pas à la règle : Niklas Luhmann est bien un auteur compliqué. La transmission de sa pensée est plus ardue encore en France, où le public est peu familier de sa théorie du droit, qui a surtout essaimé dans son pays, l'Allemagne, et à moindre intensité dans la sphère anglo-américaine.
- ² Aujourd'hui considéré comme l'un des grands penseurs allemands du XXe siècle, N. Luhmann est pourtant entré tardivement dans la vie académique. Né en 1927, et élevé dans une famille de la petite bourgeoisie de Lunebourg (Basse-Saxe) aux opinions plutôt libérales, il adhéra aux jeunesses hitlériennes en 1944² et fut brièvement fait prisonnier au sortir de la guerre. Après des études de droit à Fribourg (1946-49) et un bref passage dans des cabinets d'avocats, Luhmann travaille au tribunal de Lunebourg, avant de

devenir fonctionnaire du Ministère de l'éducation et de la culture de Basse-Saxe jusqu'en 1960. Il est alors admis à un séjour de recherche d'un an à l'université de Harvard, où il étudiera d'abord la sociologie des organisations et l'administration publique, avant de rencontrer Talcott Parsons, héraut de la sociologie analytique et promoteur du concept de système social, dont la théorie constitue le point de départ de la sociologie luhmanienne³. De retour en Allemagne, Luhmann se consacre entièrement à la recherche. Il publie en 1965 *Les droits fondamentaux comme institution*⁴, son premier grand ouvrage, dans lequel il produit une analyse de l'État de droit à partir d'une théorie des systèmes, où les droits fondamentaux sont interprétés comme auto-limitation de l'État aux fins de différenciation de systèmes sociaux concurrents. Après une thèse d'habilitation soutenue en 1966, Luhmann est nommé professeur de sociologie à l'université de Bielefeld, et entreprendra à partir de là une série de travaux à la croisée de la sociologie, du droit et de la philosophie, qui le rendront vite célèbre en Allemagne, et constitueront à la fin de sa vie une somme abondante d'écrits très divers.

- 3 Si nous nous intéressons à la sociologie de Niklas Luhmann, c'est que celle-ci s'est trouvée une seconde vie dans les débats juridiques récents relatifs à la « fragmentation » du droit international⁵. En effet, la multiplication des instances de droit international, et, plus largement, la dépossession apparente des États d'un ensemble de marges de manœuvres considérées comme consubstantielles de leur souveraineté, ont, en droit comme ailleurs, posé la question d'une dépolitisation du monde⁶. Inscrite dans le temps long, l'analyse de N. Luhmann propose une explication historique globale de l'évolution des sociétés. En faisant l'hypothèse d'une société divisée en systèmes sociaux amenés à se différencier incoerciblement, le sociologue a précisément pour objet de fournir le critère épistémologique décisif de la modernité, qui passe d'après lui, et entre bien d'autres choses, par le dépérissement du concept d'État-nation. Son approche est aujourd'hui largement reprise par la doctrine, et a colonisé d'autres champs de l'analyse juridique, relatifs à la théorie du droit constitutionnel⁷, au droit international⁸, ou au droit comparé⁹. La mise en perspective du droit comme système social parmi d'autres, ainsi que la substitution du critère sociologique de *fonction* du droit, à celui, plus positiviste, de norme fondamentale ou de règle de reconnaissance, ont suscité l'intérêt de nombreux juristes et théoriciens. Cependant, alors que les concepts luhmaniens sont aujourd'hui assez souvent utilisés, il apparaît que la théorie du sociologue n'est qu'assez rarement exposée et débattue, particulièrement devant un public de langue française¹⁰. Ceci est regrettable, si l'on considère que la validation d'une théorie repose sur l'analyse de l'ensemble de ses présupposés. Nous espérons que cet article contribuera très modestement à cet éclaircissement.

- 4 Trois difficultés imbriquées brouillent toutefois l'accès à l'œuvre. D'abord, ainsi que dans la plupart des littératures dites postmodernes, les livres de N. Luhmann usent de néologismes nombreux et articulés¹¹, formant une langue complexe qui ne fait pas l'objet d'une vulgarisation systématique. Pour cela, il a été dit que l'entrée dans la sociologie luhmanienne ne pouvait se faire que de seconde main, par l'étude de travaux consacrés à celle-ci¹². Ensuite, et comme en retour, la trivialité apparente de sa thèse la plus connue (à savoir : il y a des systèmes sociaux, différenciés selon un langage spécifique, et fermés d'une certaine façon les uns à l'égard des autres) peut confondre le lecteur, lui faisant croire qu'il a saisi plus tôt qu'il n'est possible ce dont il est en fait question. La notion de système, qui circule de longue date en sciences sociales, reçoit en effet chez Luhmann une acception très particulière, qu'une digestion expéditive subvertit à coup sûr. Enfin, une difficulté supplémentaire de l'œuvre réside dans la

visée totalisante de la théorie des systèmes sociaux, qui embrasse à peu près tous les domaines de la connaissance. Niklas Luhmann ne propose en effet rien moins qu'une explication complète du monde, et conçoit son œuvre comme un nouvel horizon de la pensée, appelé à remplacer la philosophie des Lumières¹³. Pour toutes ces raisons, la sociologie luhmanienne est une œuvre à méditer, dont on ne cueille les fruits qu'après de patients ressassements.

- 5 La théorie de N. Luhmann est d'abord une épistémologie, une position sur l'accès au réel et la fonction du langage, dont découle l'hypothèse sociologique de systèmes sociaux autopoïétiques et fonctionnellement différenciés. L'auteur s'oppose tout à la fois à l'idée junsaturaliste d'une vérité du droit et à l'hypothèse d'une science empirique du droit telle qu'elle découle des courants positivistes ou réalistes. Nous procéderons en deux temps, exposant d'abord généralement la théorie des systèmes sociaux (I), avant d'en montrer quelques implications pour la science du droit et la méthodologie juridique en général (II).

I – Une théorie des systèmes sociaux

- 6 Du point de vue épistémologique, Niklas Luhmann élabore une position anti-ontologique parente des théories de l'émergence (A). Cette théorie de la connaissance lui permet de penser le monde social comme un ensemble de systèmes sociaux « autopoïétiques » et soumis à un processus de différenciation fonctionnelle (B).

A. La société comme émergence

- 7 Du point de vue épistémologique, Luhmann développe une version de ce que l'on appelle la théorie de l'émergence. Le point de départ de sa théorie de la connaissance est en effet un refus d'expliquer la société, ou l'ordre social, à partir de présupposés ontologiques et *a fortiori* d'un mythe quelconque, qui mettrait en valeur un moment intelligible (même hypothétique) de la formation de l'ordre social.
- 8 On sait pourtant que le récit de nos sociétés repose encore en grande partie sur les différentes thèses contractualistes. Chez Hobbes, le droit naturel, qui est la possibilité pour l'individu d'utiliser tout moyen à sa disposition pour se conserver, n'est arrêté que par la loi naturelle, qui dicte à la raison de déléguer son droit à un gouvernement, pourvoyeur d'un plus grand bien¹⁴. Chez Rousseau, la société est instituée par la force de l'événement décisif, quoi que évitable, que fut l'avènement de la propriété, qui ne découlait pas nécessairement des conditions de l'état de nature¹⁵. Dans les deux cas, l'état de société succède à un état antérieur, qui, en dépit ou parce qu'il est une hypothèse¹⁶, fonctionne aussi comme un mythe, destiné, non seulement à expliquer les circonstances actuelles de notre vie sociale, mais aussi à justifier de certaines préconisations quant à l'organisation de la société.
- 9 Au contraire, les théories de l'émergence ont en commun de concevoir les interprétations dites « fondationnalistes » de la société comme des voiles posés sur l'inconcevabilité du monde. En philosophie, le fondationnalisme (qui n'est pas à proprement parler un courant mais une posture épistémologique) suppose qu'une connaissance n'est justifiée que si elle repose en définitive sur une proposition non-inférentielle, c'est-à-dire non dérivée. En métaphysique, le *cogito* de Descartes est un exemple de connaissance non inférée, dont découle un ensemble de règles de conduite

justifiées parce qu'elles sont rationnelles au sens du fondationnalisme. Au niveau de la philosophie politique, lorsque Hobbes ou Rousseau élaborent leurs théories du contrat social, ils déduisent d'une hypothèse rationnelle (l'état de nature n'étant évidemment pas un état pensé gratuitement, mais d'après des prémisses que les auteurs croient irréfutables) un ensemble de prescriptions quant à ce que doit être l'ordre social.

- 10 Une particularité de Niklas Luhmann est de se déclarer contre ces théories. L'ordre social est pensé chez lui en termes de perpétuelle émergence : rien ne peut être dit *ex post* de l'apparition de la société. La formulation de cette récusation passe par quelques concepts, parmi les plus importants de la théorie des systèmes sociaux : la complexité, la distinction, la double-contingence, et le code.
- 11 La complexité, chez Luhmann, est à proprement parler un concept sans contour. Notons d'abord que la notion se rencontre souvent chez d'autres théoriciens de l'ordre spontané : elle désigne alors génériquement l'idée d'après laquelle le monde (particulièrement, le monde moderne) comporte un si grand nombre d'éléments et de mouvements entremêlés, qu'il est vain de prétendre élaborer un savoir totalisant à son sujet, et *a fortiori*, d'intervenir *avec succès* sur la marche des événements, conformément à un plan. C'est le cas de F.A. Hayek qui, suivant l'idée qu'il n'est pas possible de saisir intelligiblement toutes les raisons ayant favorisé l'adoption de telle ou telle règle de comportement (ni, donc, le coût de l'abandon d'une telle règle), réprouve l'interventionnisme politique ou économique¹⁷. La notion de complexité fait toutefois l'objet, chez Luhmann, d'une radicalisation conceptuelle la situant à un niveau épistémologique plus abstrait. A la différence de Hayek, qui raisonne encore en termes de comportements individuels, il n'est même pas possible de parler chez Luhmann de somme d'individus, car la complexité désigne pour lui l'intelligibilité absolue du monde, à quoi est lié son refus de toute ontologie. Ce refus n'est pas un postulat gratuit. Il est corrélatif d'une théorie générale de la connaissance, dans laquelle l'activité de connaître est appréhendée comme une série d'opérations purement discriminantes. Empruntant à la théorie développée par le mathématicien G. Spencer Brown dans *Laws of Form*¹⁸, Niklas Luhmann admet que « chaque observation et description est fondée sur une distinction. Pour décrire [...] une chose, l'observation doit être capable de distinguer cette chose. Ce n'est que pour autant que l'observation distingue une chose d'une autre qu'elle décrit des *objets* »¹⁹. La « forme » est ce qui résulte de la distinction ; elle remplace l'objet au sens empirique du terme. La notion s'applique aussi bien aux concepts abstraits, qui ne sont formés que par distinction avec des contre-concepts²⁰. C'est en ce sens que l'oeuvre de Niklas Luhmann peut être assimilée à l'anti-fondationnalisme, qui n'échoue toutefois pas sur un idéalisme à la Berkeley. Il n'est jamais question de nier l'existence d'un réel ou de postuler le caractère ultimement spirituel de la réalité, mais d'affirmer que celle-ci n'est pas accessible sur le mode expérimental, et que nous n'avons affaire qu'à des discours (ou des « communications »). La « complexité » est alors l'autre nom de ce réel qui n'a pas encore fait l'objet de distinctions.
- 12 Cette position conduit donc à interpréter la société, non comme un ensemble d'éléments sociaux objectivement descriptibles, mais comme un ensemble de formes. Le saut de la complexité à l'ordre social ne peut être historiquement situé ; à un niveau métaphorique, il coïncide avec la sortie d'une situation que Niklas Luhmann appelle parfois la « double-contingence », et que nous qualifierons comme une sorte de pastiche de mythe, destinée à rendre intelligible la théorie de l'émergence. La double-

contingence désigne une expérience de pensée, qui n'est jamais purement expérimentée²¹, faisant l'hypothèse de deux individus mis face à face dans le cadre de la complexité. Incapables de communiquer en l'absence d'ordre social, ces individus n'ont en commun aucune attente. Ils sont, l'un par rapport à l'autre, dans une situation d'incertitude absolue. On dira alors que l'ordre social naît de n'importe quel acte opéré par l'un de ces individus (on peut imaginer ici n'importe quel comportement), acte créant une première distinction au sein de la complexité, et constituant par là une première communication²². Cette communication autorise une réponse, sous la forme d'un acquiescement ou d'un refus, d'un oui, ou d'un non, alternative que Luhmann qualifie de « code » et qui est d'après lui la structure binaire au départ de toute communication, c'est à dire de toute société. Pour le dire autrement, la société ne désigne rien d'objectif, mais est ce qui a été distingué de la complexité d'après un acte foncièrement arbitraire, non imputable²³, et dont l'origine demeure cachée. L'atténuation de la double-contingence, et plus largement, ce que Luhmann appelle la « réduction de la complexité », a en effet toujours lieu dans une société déjà-là (c'est pourquoi on parle d'émergence). La complexité étant un chaos inintelligible, la communication induite par la double contingence ne réfère jamais à des objets en soi, mais ne fait que créer des distinctions, sur la base desquelles peuvent naître d'autres communications.

- 13 De ce point de vue, Luhmann est à fronts renversés d'une grande partie de l'épistémologie sociologique des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. Alors qu'Emile Durkheim voulait rompre avec le flou entourant le « fait social », et exhortait à considérer celui-ci « comme une chose », N. Luhmann en revient, par l'entremise d'une théorie de la communication, à postuler la vacuité ontologique de tout concept prétendant décrire un phénomène social. Cette position contrarie le mouvement qui avait voulu fonder la sociologie comme une science empirique. Le projet d'E. Durkheim était de montrer que les « faits sociaux », loin d'appartenir au champ des phénomènes psychiques et de se confondre avec eux, possédaient une existence propre, s'imposant aux individus par la contrainte. Ils ont « une réalité *sui generis*, très distincte des faits individuels qui la manifestent »²⁴. Ainsi, le droit s'impose à moi comme une chose, et son existence n'est pas tributaire de ce que j'y acquiesce intérieurement (violer le droit car on le trouve injuste ou sans intérêt est tout de même passible d'une sanction). Par ailleurs, est chose « tout objet de connaissance qui n'est pas naturellement compénétrable à l'intelligence »²⁵, c'est-à-dire ne pouvant être analysé par voie d'introspection, à l'instar des mathématiques par exemple. Ce n'est qu'en postulant l'existence d'objets de science que l'investigation empirique est possible. Or, pour Luhmann, qui appartient au courant du « constructivisme radical », non seulement ce que nous considérons comme des choses ne sont que des distinctions sans vérité ontologique, mais la communication, qui est créatrice de distinctions et ne réfère à rien de réel, possède une dimension nécessairement réflexive à partir de laquelle seule peut se fonder une théorie de la société. La communication sert à distinguer le système social de son environnement, qui est la complexité. La communication réduit en permanence la complexité. À titre d'illustration, dire « je » ne saurait renvoyer à aucune entité réelle, mais signale la distinction que je fais entre « je » et son environnement. Une autre illustration souvent employée consiste à dire que toute communication prétendant dire quelque chose à propos de la société, provient elle-même de la société (que, partant, la société se décrit toujours elle-même).

B. Des systèmes sociaux fonctionnellement différenciés

- 14 Rappelons que Luhmann est surtout connu pour son concept de système social « autopoïétique », dont on ne peut comprendre la teneur qu'à la lumière de ce qui a été exposé précédemment. La théorie des systèmes sociaux découle d'une perspective historique adoptée par l'auteur quant à la complexification de la société elle-même. À une certaine intensité d'informations, la société devient elle-même trop complexe et nécessite de faire l'objet de nouvelles distinctions, qui ont pour fonction de réduire la complexité du monde social. La différenciation sociale consiste en l'émergence de sous-systèmes sociaux dont la fonction sera la réduction de la complexité. La communication, que nous avons jusque-là caractérisé à un niveau abstrait comme tout événement susceptible d'acceptation ou de refus (oui/non), prend alors la forme d'un code propre à chaque sous-système et destiné à le spécifier à l'égard des autres, tout en traitant la part de complexité qui lui échoit. Ainsi le code du sous-système social « droit » sera-t-il le légal ou l'illégal ; celui de la science, « vrai/faux », le code de la politique : « gouvernant/gouverné » ; l'économie « pouvoir faire l'objet d'un paiement/ ne pas pouvoir faire l'objet d'un paiement » ; celui de la religion « immanence/transcendance », celui de l'art « beau/laid », etc.
- 15 Pourquoi parle-t-on de système social autopoïétique ? En sociologie, la théorie des systèmes, que l'on fait en général remonter à Ludwig von Bertalanffy²⁶, est une méthode d'investigation consistant à considérer un « ensemble de relations tel qu'il ajoute quelque chose à l'addition des divers éléments »²⁷. En ce sens, la notion de système recoupe celle du langage commun, et désigne ce qui excède l'addition des parties, et donne à leur agrégat une consistance propre (ainsi parle-t-on de systèmes familiaux, éducatifs, politique, médiatique, etc.). Il est généralement entendu qu'un système se caractérise par l'existence d'un *feed-back*, ou rétroaction, de telle sorte qu'un changement opéré sur l'une des parties se traduit par une modification de l'état de toutes les autres, et, conséquemment, du système dans son entier. C'est l'existence de rétroactions qui assure au système son autonomie et sa régulation, en faisant en sorte que la modification d'un élément ne fasse pas exploser le réseau des interrelations²⁸.
- 16 La théorie des systèmes, considérablement raffinée par Talcott Parsons, fait l'objet d'une approche singulière chez Niklas Luhmann. D'abord, Luhmann entend par système en sociologie, non pas, évidemment, un ensemble d'associations entre individus (telle que dans la conception classique), mais un réseau d'opérations que sont les communications. L'une des interrogations de la sociologie des systèmes est celle de la nature des relations entre le système et son environnement. Cette relation ne peut pas être de la même teneur que celle qui unit les éléments du système entre eux (sans quoi il n'y aurait pas système, le concept même impliquant une forme de clôture). Pour Luhmann, un système est à la fois normativement clos (ou « autopoïétique »), et cognitivement ouvert. L'autopoïèse est une notion empruntée aux biologistes Humberto Maturana et Francisco Varela²⁹, signifiant peu ou prou autoproducteur : un organisme est autopoïétique lorsqu'il tient de lui-même les opérations destinées à le perpétuer³⁰. Elle signifie chez Luhmann qu'une communication d'un système est toujours produite par le système lui-même, et qu'aucun élément n'intègre le système depuis l'extérieur. Le code, qui est la traduction de la binarité de toute communication à l'échelle du système, est ce qui organise sa clôture. Autrement dit, un pan de la

complexité n'intègre le système qu'à partir du moment où ce dernier a décidé de lui appliquer son code.

- 17 Ceci est tout à fait cohérent, si l'on songe que le système est lui-même une forme, résultant de la distinction faite entre celui-ci et son environnement, et que la théorie de N. Luhmann repose sur l'idée de réflexivité des communications. Un système n'existe qu'à l'égard de lui-même, en tant qu'il pose continuellement la distinction entre lui-même et son environnement. Partant, toute communication du système est une opération de pure réflexivité qui ne reçoit pas d'objet du dehors, mais réduit des parts de complexité à partir du système lui-même. L'opération par laquelle le système produit ses propres communications est appelée « re-entry » dans le vocabulaire luhmanien. Il s'agit de traduire l'idée d'après laquelle le système, en appliquant son code, réintègre des formes dans la forme initiale, qui est le système lui-même³¹.
- 18 La caractéristique de la modernité, pour Luhmann, est précisément la différenciation accrue des sous-systèmes sociaux. Cette tendance avait déjà été identifiée par ailleurs, notamment par Max Weber, pour qui la rationalisation des sociétés occidentales passe par une autonomisation des différentes sphères sociales³². Le sociologue allemand considérait que la modernité avait été caractérisée par le passage à une société d'indifférenciation des différents domaines de l'action sociale (les questions économiques, juridiques, religieuses ou morales étant alors traitées dans les mêmes termes et de façon assez entremêlée) à une société de séparation et de cloisonnement accrue des sphères de l'action sociale, aussi bien du point de vue des matières échues à chacune d'entre elles que de la logique sous-tendant la réflexion. La modernité est alors ce moment où les différentes sphères sociales s'entrechoquent en raison de l'opposition entre leurs logiques fonctionnelles³³.
- 19 Il faut toutefois bien comprendre que, chez Luhmann, l'idée de séparation des différents systèmes sociaux est corrélée à l'ensemble de ses postulats philosophiques. Cette idée ne repose évidemment pas sur une ontologie ou une essence de ces systèmes (essence introuvable), mais, dans le cadre de sa théorie, sur la *fonction*³⁴ qui est la leur. C'est pourquoi l'on parle parfois de théorie fonctionnaliste du droit pour désigner l'appréhension du droit comme système social. La fonction du droit est ce que Luhmann appelle la « stabilisation des attentes normatives » de la société : en ce sens, le droit est ce qui permet l'anticipation contrefactuelle des comportements, c'est-à-dire l'assurance de voir une violation de la norme juridique faire l'objet d'une réaction particulière, sécurisante des relations sociales³⁵. Considérée d'après sa fonction, la notion de droit n'a plus qu'un rapport contingent avec l'État, dont il ne saurait être ontologiquement tributaire. La modernité, précisément, est ce moment où la différenciation des systèmes sociaux atteint un point tel que ceux-ci sont amenés à se constituer au-delà du cadre de l'État-nation et à se constituer globalement.

II – Une théorie du droit comme système social

- 20 L'analyse du droit comme système social concurrence d'autres théories du droit (A), et est aujourd'hui parfois utilisée comme méthode d'analyse des phénomènes juridiques internationaux (B). L'exposition de ces deux points sera l'occasion de formuler quelques critiques à l'égard de la théorie fonctionnaliste du droit.

A. Niklas Luhmann et la théorie du droit : une approche concurrente du positivisme théorique ?

- 21 A ce stade, on comprendra la portée que peut avoir la théorie du droit comme système social dans la science du droit en général. L'analyse de Luhmann peut en effet s'interpréter comme une radicalisation de la position antimétaphysique du positivisme théorique, et aboutit à une anti-ontologie, ou dé-ontologisation de tout type de discours. La vérité est alors uniquement assimilée à un code particulier, celui de la science comme système social ; la vérité n'appartient pas au juridique, et toute idée d'une vérité ou essence du droit est par conséquent proprement sans objet. L'épistémologie de Niklas Luhmann veut rendre caduque la question de l'origine du droit, et, tout particulièrement, propose une alternative à la thèse de l'imputation du droit à la figure étatique.
- 22 Les juristes admettent volontiers que le droit possède une qualité autoréférentielle, c'est-à-dire, d'une part, que son langage se caractérise par l'absence de référent externe (la norme « ne pas voler », ou l'institution « État » ne correspondant à aucune entité réelle), et, d'autre part, qu'il appréhende la vie sociale selon des critères qui lui sont spécifiques et ne renvoient qu'à lui-même. Cette qualité autoréférentielle est reconnue par Kelsen, qui indique que sa théorie pure du droit « dissout l'image qui représente l'individu commettant un délit comme « violent » le droit »³⁶ : aucun comportement humain, aucune situation, n'agit sur le droit à proprement parler (comme s'il était un corps matériel auquel on pourrait attenter) ; mais plutôt, le droit comme système appréhende la réalité en imputant telle qualification juridique à telle situation de fait. C'est en partie autour de cette qualité autoréférentielle du droit que s'est développée l'idée d'une autonomie du discours juridique au XX^{ème} siècle, autonomie conçue comme condition d'une science du droit, et donc, comme enjeu d'intégrité des disciplines juridiques.
- 23 On sait toutefois les difficultés que posent la théorie de l'imputation au positivisme kelsénien, et les débats que suscitent les concepts de normes fondamentales ou de règle de reconnaissance. Pour Kelsen, il revient à une théorie pure du droit de poser les conditions auxquelles une simple proposition de langage devient une norme, un devoir-être, c'est à dire de poser les conditions de son existence comme norme juridique. La condition de la validité de la norme chez Kelsen est plus précisément la validité de la norme qui lui est supérieure et dont elle est issue. Cette validité est dite formelle : il ne s'agit pas de dire que le contenu même de la norme inférieure est déterminé par la norme supérieure, mais plus simplement de faire état de la dynamique d'un système donné, producteur de droit dans le cadre d'une hiérarchie d'organes. La validité du système dans son entier repose sur une « norme fondamentale », qui a la nature d'une « hypothèse », puis plus tard d'une « fiction » dans l'œuvre kelsénienne, et se situe virtuellement au-dessus de la Constitution. Or, cette théorie, qui a pour corollaire d'établir un principe d'identité de l'État et du droit, avait été critiquée par Alf Ross en ce qu'elle subvertissait l'usage banal du nom d'État, et revenait à imputer jusqu'à la conclusion d'un contrat entre individus privés à la figure étatique³⁷.
- 24 À l'égard de ces débats, Niklas Luhmann a l'ambition de résorber la question de l'existence du droit et de son rapport à l'État dans la théorie des systèmes sociaux, et s'inscrit dans une perspective historique qui, si l'on osait un mot en l'occurrence sacrilège, prend la théorie positiviste du droit comme un objet d'étude, témoignage

d'une auto-description du système-droit à un moment particulier de son développement. L'approche fonctionnaliste du droit pose que les différentes « théories du droit » élaborées dans l'histoire ne sont que des sémantiques auto-descriptives du droit comme système social. Elles ont pour fonction de gérer à ce que l'auteur appelle le paradoxe de l'auto-application du code (ou paradoxe de l'autodescription), qui peut se traduire par l'idée que le droit, qui appréhende son environnement selon le code légal/illégal ne saurait s'appliquer ce code à lui-même, et donc, fonder définitivement sa propre légalité (c'est à dire, pour revenir au vocabulaire kelsénien, pour attester de sa validité comme système). Du point de vue de la théorie du droit, les débats autour du fondement définitif de la juridicité ont pour fonction, dans le droit entendu comme système social, de gérer la circularité infinie et indéfiniment insatisfaisante du langage. Du point de vue du droit constitutionnel, le recours à des mythes venus de la sémantique politique comme la souveraineté du peuple ou le roi comme souverain ont aussi, selon Luhmann, précisément pour fonction de gérer le paradoxe de l'autodescription, par recours à ce que Luhmann appelle des couplages structurels de sous-systèmes sociaux. Un couplage entre systèmes, concept emprunté encore à la biologie, désigne l'opération par laquelle un système social donné court-circuite le paradoxe de l'auto-description en reléguant cette dernière dans son environnement – en l'occurrence, un système concurrent. La souveraineté (politique), ou Dieu (religion) sont alors autant d'occasions de légitimer le droit et d'assurer sa perpétuation comme système.

B. Niklas Luhman et la méthodologie juridique : de l'usage des concepts luhmaniens en droits international et comparé

- 25 Les critiques de la théorie de Niklas Luhmann se concentrent sur l'espèce de pessimisme induit par l'idée d'une différenciation inéluctable et conflictuelle des systèmes sociaux à un niveau mondial, et la relégation de la politique au rang de système social parmi d'autres, dont les ambitions affichées d'émancipation et de régulation globale sont vouées à l'échec. Bien plus, en montrant la société comme un ensemble de communications, dont l'individu (système psychique) n'est que le véhicule, la théorie luhmanienne rompt définitivement avec les idéaux du libéralisme politique, et invite à faire l'expérience d'une sorte de dessaisissement peu supportable.
- 26 Comme penseur de la modernité, Niklas Luhmann a souvent été opposé à Jürgen Habermas, dont l'idée d'une « éthique de la discussion », propre à réconcilier la modernité avec elle-même, s'oppose de toute évidence avec l'hypothèse qu'il n'existe aucune communication entre des systèmes sociaux nécessairement en collision³⁸. A cet égard, et au niveau du droit international, les travaux de Gunther Teubner ont voulu montrer l'illusion qu'il y aurait à vouloir soumettre à une organisation juridique mondiale l'ensemble des secteurs sociaux. Les partisans de la théorie des systèmes ont élaboré une méthode de résolution des conflits entre systèmes³⁹ fondée sur le concept d'inter-légalité⁴⁰, dont on a critiqué le trop grand relativisme⁴¹.
- 27 La pensée luhmanienne s'est également introduite dans les études de droit comparé. Son attrait principal est de fournir au droit un critère d'identification systématique qui ne soit pas celui du positivisme, permettant (d'après certains auteurs) de clore potentiellement une série de controverses relatives à la circonscription précise des « droits » à comparer. Une exégèse de la discipline comparatiste montre que celle-ci

s'est en partie constituée autour d'un clivage opposant, d'une part, les tenants d'un point de vue externe, méthodologiquement positiviste⁴², insistant sur la règle formelle (et éventuellement sur sa fonction – terme pris ici en un sens instrumental⁴³), et, d'autre part, les tenants d'une investigation portée sur le point de vue des participants au système étudié, et impliquant ainsi une dimension culturelle que l'on pense plus à même de restituer la diversité et la profondeur des phénomènes juridiques⁴⁴. Sont en question ici, à la fois, l'intégrité de l'objet d'étude (le droit, que l'on doit pouvoir circonscrire), et la valeur scientifique de la comparaison, sa puissance de dévoilement. Il est intuitivement évident, par ailleurs, que la mondialisation du droit emporte des conséquences pour le droit comparé, relativement à son objet aussi bien qu'à sa méthodologie. La « fragmentation » du droit international donne lieu à des productions de normes spécialisées qui échappent en partie au bornage traditionnel de la comparaison juridique attaché aux différents États ou aux aires civilisationnelles. Le « dialogue » des juges et la migration de concepts juridiques ont aujourd'hui pris une importance considérable ; ces mouvements s'accompagnent d'une circulation d'expertises scientifiques ou technologiques, et sont souvent justifiés sur le fondement d'une harmonisation des droits, voire d'une « communauté juridique mondiale »⁴⁵, si bien qu'on ne saurait sans précaution leur appliquer des analyses classiques de la circulation des normes.

- 28 A tous ces égards, la théorie des systèmes sociaux a semblé constituer une sorte d'appel d'air. On s'aperçoit que ses concepts sont de plus en plus mobilisés, soit explicitement, parce qu'ils permettraient de fonder une nouvelle méthode⁴⁶, soit pour appeler à en approfondir la portée explicative eu égard à l'influence de la mondialisation du droit sur l'approche comparatiste⁴⁷. L'attractivité de la théorie des systèmes sociaux tient à ce qu'elle détache le phénomène juridique de la figure étatique tout en conservant l'approche systémique du concept de droit. Du point de vue de la mondialisation, l'idée luhmanienne de différenciation des systèmes sociaux à un niveau mondial implique deux choses. D'une part, « le droit » est aujourd'hui considéré comme un système social global, qui n'est plus qu'accessoirement attaché aux États-nations, et doit pouvoir s'analyser comme un ensemble de communications relativement unifiées (cette approche est d'une portée explicative potentiellement considérable en ce qui concerne, par exemple, la circulation des normes entre juridictions). D'autre part, si la « fragmentation » du droit international passe en effet par la constitution de sphères normatives spécifiques, attachées au commerce, à l'environnement ou à la santé, et constituées par incrémentation de règles spécifiques par des juridictions spécialisées, alors une analyse comparatiste de ces sphères semble possible, renouvelant en partie l'épistémologie comparative.
- 29 Ce recours à Niklas Luhmann, encore balbutiant, n'ira naturellement pas sans poser de nombreuses difficultés. S'il est vrai qu'une théorie fonctionnaliste du droit permet d'envisager de nouveaux systèmes, ou une nouvelle manière d'aborder les relations entre droits nationaux, on ne peut dissimuler que la difficulté de la théorie elle-même, son absolutisme, les contorsions douloureuses qu'elle impose au langage courant, ou encore la charge idéologique que drainent ses hypothèses fondamentales, ne permettent pas encore de concevoir une méthode « à la Luhmann » qui puisse être acceptée par l'ensemble de la communauté scientifique. La constitution et la pratique d'une telle méthode pourront seules en attester.

NOTES

1. Kierkegaard, Søren, *Miettes philosophiques*, Editions Gallimard, 1990 (1844), p. 74 (trad. Knud Ferlov, Jean-Jacques Gateau).
2. À 16 ans donc, et plutôt, semble-t-il, par conformité à l'atmosphère du moment que par adhésion foncière au national-socialisme. v. sur ce point : Luhmann Niklas, Erd Rainer, Maihofer Andréa. *Frankfurter Rundschau*, 27 avril 1985 : "La boîte à fiches me prend plus de temps que l'écriture des livres". Entretien du sociologue Niklas Luhmann avec Rainer Erd et Andréa Maihofer. In : *Droit et société*, n°11-12, 1989. Du point de vue de la théorie des systèmes sociaux, le totalitarisme est généralement analysé comme une « totalisation de la politique » (politique entendue ici comme système social), dont l'échec est imputable à l'étouffement de la « dynamique de la différenciation fonctionnelle » qu'elle provoque. v. Teubner, Gunther, *Fragments constitutionnels – Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Classiques Garnier, 2016, pp. 60-61.
3. Quelque peu éclipsée aujourd'hui, l'œuvre de Talcott Parsons surplombait pourtant la sociologie des années 1960. Appartenant au champ du structuro-fonctionnalisme, sa théorie (comme celle de Luhmann) se veut totalisante, et considère la société comme un organisme dont les éléments ont une vocation de stabilisation. Les premières discussions entre les deux hommes eurent pour objet deux articles de Luhmann, publiés dès 1958 et 1960 à partir de lectures personnelles, et fortement influencés par le fonctionnalisme parsonien : « Der Funktionsbegriff in der Verwaltungswissenschaft » (Le concept de fonction dans la science administrative), et « Kann die Verwaltung wirtschaftlich handeln ? » (L'administration peut-elle agir de manière efficace ?).
4. Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* [Les droits fondamentaux comme institution. Une contribution à la sociologie politique], Berlin, Duncker & Humblot (1965).
5. Pour une analyse du débat, voir : Martineau, Anne-Charlotte, *Le débat sur la fragmentation du droit international : une analyse critique*, Paris, Bruylant, 2013.
6. Entraînant des réactions contrastées de la communauté juridique internationale, v. Koskeniemi, Martti, Leino, Päivi, « Fragmentation of International Law ? Postmodern anxieties », *Leiden Journal of International Law*, Volume 15, Issue 3 (September 2002), p. 553-579.
7. Pour l'apport de la théorie des systèmes sociaux à l'analyse des normes constitutionnelles, v. par exemple la contribution de Michael Koskas au présent dossier.
8. Teubner, Gunther, Fischer-Lescano, Andreas, "Regime Collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, n°4, 2004, p. 999-1046.
9. Valcke Catherine, *Comparing Law : Comparative Law as Reconstruction of Collective Commitments*, Cambridge University Press, 2018.
10. Alors qu'il est un auteur inscrit au programme des facultés allemandes, la majorité des ouvrages de Niklas Luhmann ne sont pas encore traduits en français, et la réception de l'œuvre s'est faite ici de manière irrégulière. On peut faire mention d'un numéro spécial de *Droit et société*, paru en 1989, consacré pour la première fois à la sociologie du droit de N. Luhmann, et dont certaines des contributions seront reprises dans un ouvrage collectif, Arnaud, André-Jean, Guibentif Pierre (dir.), *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1993. Quelques ouvrages de Luhmann ont depuis fait l'objet de traductions françaises, parmi lesquels, pour ce qui concerne le droit, Luhmann, Niklas, *La légitimation par la procédure*, Presses de l'Université Laval, 2001 (trad. Sosoe, Lukas K., Bouchard, Stéphane), et Luhmann, Niklas, *Systèmes sociaux – Esquisse d'une théorie générale*, Presses de l'Université Laval, 2010 (1984) (trad.

Sosoe, Lukas K.). Le professeur Hugues Rabault est également un passeur de la théorie de Luhmann en France, puisqu'il lui a consacré plus d'une dizaine d'articles, onze d'entre eux ayant fait l'objet d'une compilation : Rabault ; Hugues,, *Un monde sans réalité ? - En compagnie de Niklas Luhmann : épistémologie, politique et droit*, Presses de l'Université Laval, 2012.

11. Néologismes de forme, par création de concepts (« double-contingence »), et néologismes de sens, par emploi d'un mot commun dans un sens peu ou prou différent de l'usage habituel (« structure », « sens »). L'auteur n'est pas avare non plus d'emprunts au vocabulaire de la biologie, auquel ses lecteurs sont le plus souvent étrangers (« autopoïèse »).

12. Sosoe Lukas K., Préface, in Luhmann, Niklas, *Systèmes sociaux - Esquisse d'une théorie générale*, Presses de l'Université Laval, 2010 (1984) (trad. Lukas K. Sosoe), p.2 : « Habituellement, comme on l'a souligné plus d'une fois, on entre dans la pensée d'un auteur par l'œuvre majeure. Niklas Luhmann constitue une des rares exceptions. »

13. Rabault, Hugues, L'apport épistémologique de la pensée de Niklas Luhmann : un crépuscule pour l'Aufklärung ? *Droit et société*, n°42-43, 1999, p. 449-465.

14. Hobbes, Thomas, *Leviathan* [1651] A.R. Waller (ed.) Cambridge Univ. Press, Cambridge (1904).

15. Tous les auteurs « classiques » ne supposent pas toutefois cette sorte de préhistoire. Ainsi Spinoza, s'il développe bien l'idée de lois naturelles, ne pense aucune rupture, et semble considérer la société comme toujours déjà-là. La loi naturelle ne cesse pas, chez lui, avec la société - en quoi il rejoint d'ailleurs Rousseau, v. sur ce point : Charrak, André, « Nature, raison et moralité dans Spinoza et Rousseau », *Revue de métaphysique et de morale*, 2002/3 (n°35).

16. On dit généralement que l'état de nature, chez ces auteurs, n'est pas censé décrire un moment effectif de la vie des hommes ; ceci semble vrai dans la mesure où ni Hobbes ni Rousseau ne semblent très attachés à faire la démonstration de son existence réelle. Mais des passages des œuvres semblent bien attester que l'un et l'autre assimilent la situation de certaines tribus « primitives » (ou des Indiens d'Amérique chez Hobbes) à un véritable état de nature.

17. Hayek, Friedrich, *Droit, législation et liberté - Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, PUF, 2013 (1973-79).

18. Spencer Brown; George, *Laws of Form*, New-York, 1969.

19. Luhmann, Niklas, *Law as a social system* [Das Recht der Gesellschaft], Oxford University Press, 2004 (1993), p. 67. Nous traduisons.

20. Ibid.

21. Car la situation qu'elle décrit, d'une rencontre entre individus, suppose qu'une réduction à minima de la complexité a déjà été effectuée.

22. v. sur ce point : Garcia Amado, Juan Antonio, « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », in. *Droit et société*, n°11-12, 1989.

23. La philosophie de Niklas Luhmann, en toute logique, supprime également l'idée de sujet, ramené à un système psychique fonctionnant sur le même mode que les systèmes sociaux ou la société dans son ensemble.

24. Durkheim, Emile, *Les règles de la méthode sociologique*, Folio Plus Philosophie, 2019 (1895), p. 39.

25. Ibid., p. 13.

26. von Bertalanffy, Ludwig, *Théorie générale des systèmes*, 1973.

27. Ellul, Jacques, *Le système technicien*, Calmann-Lévy, 1977 (Le Cherche-midi, 2012), p.87, citant Henri Lefebvre.

28. Quelques exemples simples permettent d'illustrer cette idée. Le corps humain est un système physiologique dans le sens où chacun de ses organes est lié de telle manière qu'une modification opérée sur l'un d'entre eux entraîne des effets sur l'ensemble des autres. Une réponse immunitaire du corps humain est un genre de rétroaction. Dans un tout autre domaine, il est souvent dit, parmi les penseurs de gauche, que le capitalisme fait système en ce qu'il « récupère » les tendances contradictoires de la société en les intégrant à l'ordre du marché ; il s'agit là encore d'une rétroaction.

29. Varela Francisco, G., Maturana, Humberto, Uribe, Ricardo, "Autopoiesis: The organization of living systems, its characterization and a model", *Biosystems*, Vol. 5 (1974), pp. 187-196.
30. De ce point de vue, un être vivant est autopoïétique, de même qu'un ordinateur. Ceci ne signifie pas qu'il n'a pas besoin ou eu besoin, en définitive, d'un apport extérieur (alimentation naturelle ou électrique, programmation génétique ou informatique), mais qu'il effectue de lui-même un ensemble d'opérations (assimilation de la nourriture, traitement processuel de l'information, etc.) précisément destinées à sa conservation.
31. Notion empruntée également à George Spencer Brown. v. sur ce point particulier, Schiltz, Michael, "Space is the Place : the Laws of Form and Social Systems", *Thesis Eleven*, N° 88, February 2007 : 8-30.
32. Catherine Colliot-Thélène, Retour sur les rationalités chez Max Weber, in. *Les Champs de Mars*, n°22, automne 2011, la Documentation française, Paris, p.15.
33. Ainsi par exemple, la rationalité juridique passe par un langage abstrait qui entre en contradiction avec des formes de régulation sociales fondées sur les cas particuliers et imprégnées de piétisme religieux. cf. Weber, Max, *Sociologie des religions*, Paris 1996, Gallimard.
34. Notons que l'idée de fonction du droit ne saurait évidemment alléguer de la nature de ce dernier. La vision luhmanienne du monde ignore logiquement la cause de l'existence des systèmes. Que nous ayons affaire au droit, à l'économie, à la religion, etc., est quelque chose de tout à fait hasardeux, ou, en tout cas, qui ne saurait faire l'objet d'une exégèse. Ceci tient aux distinctions telles qu'elles furent effectuées. Ainsi, l'existence du « droit » est inexplicable en elle-même ; mais on constate toutefois que ce que l'on appelle droit remplit une fonction particulière dans nos sociétés. Cette idée, particulièrement difficile et abstraite, ne peut malheureusement pas faire l'objet d'un développement dans le présent article.
35. Sur ce point particulier, v. Rabault, Hugues, « La théorie du droit fonctionnaliste de Niklas Luhmann », « *Droits* », 2018/2 n°68, pp. 201-221.
36. Kelsen, Hans, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, 1934, p. 197.
37. Ross, Alf, « Sur les concepts État et organes d'État en droit constitutionnel », in. *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004 (trad. Eric Millard, Elsa Matzner). v. également sur cette question : Brunet, Pierre, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et société*, LGDJ, 2002, p. 19-28.
38. Habermas, Jürgen, *Les discours philosophiques de la modernité*, Paris, 1988 (1985). V. aussi sur ce point : Rabault, Hugues, « Le concept d'État entre déconstruction et reconstruction », *Droit et société*, n°54, 2003, pp. 523-537.
39. Sur la base de l'interprétation des secteurs différenciés du droit international (*Lex Mercatoria*, *Lex Sportiva*, Droit de l'environnement, Droit de l'OMS, etc.) comme autant de couplages réalisés entre des systèmes sociaux (économie, sport, environnement, médecine) et le système droit à un niveau global.
40. *Ibid.*, n.6.
41. Paulus, Andreas L., "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?", in Broude, Tomer et Shany, Yuval (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law*, London, Hart, 2008.
42. Selon la définition donnée par Bobbio, Norberto, c'est-à-dire l'attitude consistant à considérer comme du droit les normes produites par des organes juridiques, sans s'embarrasser pourtant d'une véritable définition théorique de la validité (N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. française par M. Guéret, Bruylant-LGDJ, 1998).
43. Zweigert, Konrad & Kötz, Hein, *An introduction to comparative law*, Oxford University Press, 2011, p. 32-47.
44. Ce clivage est rarement expressément formulé, et n'est soulevé que dans des métadiscours de la méthode comparatiste. Sa clarification nécessiterait de toutes les manières une étude poussée,

qui fait l'objet de ma recherche doctorale. On pourra s'en faire une idée à la lecture de quelques textes surplombants en la matière ; v. par ex. Sacco, Rodolfo, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", 39 Am. J. Comp. L. 1 (1991) ; Ewald, William, "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants", 43 Am. J. Comp. L. 489 (1995).

45. v. sur ce point, Rosenfeld, Michel, "Comparative constitutional analysis in United States Adjudication and Scholarship", in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2013.

46. Valcke, Catherine, *Comparing Law : Comparative Law as Reconstruction of Collective Commitments*, Cambridge University Press, 2018.

47. V. par exemple, Michaels, Ralf, "The functional method of comparative law" ; Muir Watt, Horatia, "Globalization and Comparative Law" et Mattei, Ugo, "Comparative Law and Critical Legal Studies", in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008.

RÉSUMÉS

Considéré comme l'un des sociologues les plus importants du XX^{ème} siècle, Niklas Luhmann a consacré sa vie à l'élaboration d'une théorie fonctionnaliste des systèmes sociaux. Son œuvre a pour objet le rôle du langage et des communications dans la constitution de la « société », comprise chez lui comme un ensemble de systèmes sociaux fonctionnellement différenciés. Enracinée dans une philosophie anti-ontologique, la théorie de Niklas Luhmann a des implications considérables en droit, et a pour cette raison influencé de nombreux théoriciens du droit dans le monde. Cet article propose de passer en revue la théorie des systèmes sociaux, et de discuter certaines de ses propositions relatives à la science du droit et au droit comparé.

Considered as one of the most prominent sociologist of the twentieth century, Niklas Luhmann has devoted his life to the formulation of a functionalist theory of social systems. His work aims at unveiling the way in which language and communications shape the « society », understood as a set of social systems differentiated by means of binary codes. Rooted in an anti-ontological philosophy, Niklas Luhmann's theory has drastic implications for the law, and has therefore influenced several legal theorist and methodologist around the world. This article offers a brief overview of the social systems theory, and discuss some of its lineaments regarding legal science and comparative law.

INDEX

Mots-clés : Niklas Luhmann, théorie des systèmes sociaux, fonctionnalisme, épistémologie du droit, méthodologie du droit, droit comparé

Keywords : Niklas Luhmann, social systems theory, functionalism, legal epistemology, legal methodology, comparative law

AUTEUR

THOMAS COSTER

Thomas Coster est doctorant en droit, ATER à l'Université Paris-Nanterre, Centre de théorie et analyse du droit, UMR 7074