

Les Cahiers de droit



Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit

Lise Binet

Volume 32, Number 2, 1991

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043085ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043085ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Binet, L. (1991). Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit. *Les Cahiers de droit*, 32(2), 439–456.
<https://doi.org/10.7202/043085ar>

Article abstract

The establishment of links between law and society and the generation of new knowledge on the interaction of legal organization in the social environment require methodical thinking : systemics provides just such a methodical approach. This research update introduces the systemic method, dwells upon four themes developed by N. Luhmann who conceives of law as a system and takes into account certain criticisms that this method raises.

Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit*

Lise BINET**

Pour penser l'articulation du droit et du social, pour produire des connaissances en vue de faire avancer le savoir portant sur l'organisation juridique en interaction avec son environnement, on a besoin d'une méthode : la systémique en est une. Cette note de recherche présente la méthode systémique, s'attarde à quatre thèses développées par N. Luhmann, qui conçoit le droit comme système et rend compte de certaines critiques que cette méthode soulève.

The establishment of links between law and society and the generation of new knowledge on the interaction of legal organization in the social environment require methodical thinking : systemics provides just such a methodical approach. This research update introduces the systemic method, dwells upon four themes developed by N. Luhmann who conceives of law as a system and takes into account certain criticisms that this method raises.

* Cet article est la version remaniée d'une présentation faite dans le cadre du séminaire du Groupe d'Études sur les Processus de Transformation du Droit (GEPTUD).

** Étudiante au doctorat, Université Laval.

	<i>Pages</i>
1. Méthode et théories systémiques : des influences déterminantes	442
1.1. La biologie et la physique, des disciplines omniprésentes	442
1.2. Critique de l'utilisation des métaphores biologiques	444
2. Quatre thèses de Luhmann	445
2.1. L'unité du système juridique	445
2.1.1. Le système se produit lui-même	445
2.1.2. Code et fonction du système juridique	446
2.2. Le système juridique comme système différencié	446
2.2.1. Un système normativement clos	446
2.2.2. Un système cognitivement ouvert	446
2.3. Les transformations du droit	447
2.4. La critique du droit	448
3. La systémique, oui mais...	449
3.1. La combinaison ordre/désordre	449
3.2. La distinction entre droit et système juridique	450
3.3. La nécessité d'une philosophie critique	451
Conclusion	452

Le droit ne peut être isolé de la société dans laquelle il s'inscrit qu'au prix d'une réduction de sa réalité complexe. Voilà une idée exprimée couramment, surtout depuis que l'on porte bien haut les interrogations sur la définition du droit, sur son rôle dans la structuration des rapports sociaux et les représentations collectives, sur son efficacité comme instance de régulation et sur les valeurs qu'il véhicule.

Pour penser l'articulation du droit et du social, pour produire des connaissances en vue de faire avancer le savoir portant sur l'organisation juridique en interaction avec son environnement, on a cependant « besoin d'une méthode » que la dogmatique juridique se révèle incapable de fournir. Empruntée à d'autres disciplines, la méthode systémique se présente alors comme un moyen, un instrument d'analyse, un mode de raisonnement du droit permettant de chercher l'explication au plan de la totalité ou de la complexité systémique¹. La modélisation systémique offre un

1. Pour Edgar Morin, la notion de système apporte un renouveau épistémologique, non parce qu'elle cherche l'explication au niveau de la totalité (principe du holisme qu'il considère simplificateur), mais parce qu'elle permet de considérer les phénomènes de façon plus riche, sous l'angle de la complexité systémique/organisationnelle. Le concept de système possède trois faces : 1. le système exprime l'unité complexe et le caractère phénoménal du tout, ainsi que le complexe de relations entre le tout et les parties ; 2. les interactions expriment des relations, actions et rétroactions qui s'effectuent et se tissent dans un système ; 3. l'organisation exprime le caractère constitutif de ces interactions. Bref, pour Morin, le système n'est pas un objet mais un paradigme, celui de la complexité

mode de représentation de la complexité du tout juridique et apporte une manière de considérer et d'interpréter ce phénomène².

Niklas Luhmann³ est le plus connu des auteurs qui conçoit le droit comme un système ; il cherche l'explication à partir du paradigme systémique appliqué au droit. Chez cet auteur, le droit apparaît non seulement comme un système, mais comme un système autopoïétique⁴, produisant lui-même l'organisation qui le définit comme unité et capable de se différencier de son environnement.

Les travaux de Luhmann peuvent être vus comme une tentative de réconcilier les points de vue interne et externe⁵, c'est-à-dire de synthétiser celui habituellement associé à la sociologie du droit et celui développé dans le sillage de la « théorie pure du droit » de Hans Kelsen⁶. La réconciliation

où le déterminisme cède la place à la combinaison ordre/désordre de la dynamique organisationnelle. Voir E. MORIN, *Science avec conscience*, Paris, Fayard, 1982, p. 179 s.

2. Dans une perspective semblable à celle développée par E. Morin, J.L. Le Moigne rappelle que la systémique, dans les sciences contemporaines, est définie de deux façons radicalement différentes : 1. un système est un ensemble analysable par l'énumération de ses éléments et de ses propriétés ; 2. un système est « la représentation d'un indescriptible complexe, concevable mais non strictement analysable ». Voir J.-L. LE MOIGNE, « Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? » (1985) 1 *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 157.
3. Né en Allemagne en 1927, N. Luhmann a fait des études de droit et a brièvement travaillé dans un cabinet d'avocats avant d'entrer dans la fonction publique. Puis, après des études en administration publique et en sociologie à Harvard, il devient professeur de sociologie. Il est, avec Jürgen Habermas le plus connu des sociologues allemands par sa construction d'une théorie des systèmes sociaux. Il a publié une trentaine de livres et plus de 150 articles dont certains en anglais et quelques-uns traduits en français.
4. Au risque de trahir les auteurs qui les ont distingués, nous ne ferons pas ici de distinction entre les systèmes autopoïétique, auto-organisé, autoréférentiel, autocréateur et autonome. Nous considérerons que tous ces termes appartiennent à une même constellation conceptuelle avec l'idée que le système régénère ses composantes à partir de l'autonomie de son organisation et de ses comportements, tout en étant ouvert à son environnement pour effectuer cette opération.
5. Cette interprétation est proposée par F. Ewald dans « Le droit du droit », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit*, p. 248. « La théorie du droit, au xx^e siècle, s'est caractérisée par la scission radicale entre les deux points de vue, externe et interne, les deux entretenant des rapports antagoniques, chacun prétendant à l'exclusivité [...] L'auto-poïésis propose une manière de réconcilier les deux points de vue [...] Cette volonté de réconciliation tient dans les deux formules que le droit est un système social, un sous-système social différencié, et qu'il se reproduit de manière autonome, précisément autopoïésique. »
6. S'appuyant principalement sur H.L.A. Hart, M. van de Kerchove et F. Ost définissent ainsi les deux points de vue : « Alors que le point de vue interne constitue en quelque sorte un point de vue « en miroir » qui consiste à adhérer au discours que les institutions juridiques tiennent à propos d'elles-mêmes et à partager la « précompréhension » qui lui est sous-jacente, le point de vue externe suppose, au contraire, une « rupture épis-

se fait sur la base du droit positif puisque si système il y a, c'est bien du système du droit positif qu'il s'agit, un système qui, n'ayant plus besoin d'être fondé sur une nature, trouve en lui-même les conditions de sa validité. Ce système normativement clos communique cependant, au niveau de la connaissance, avec les autres systèmes.

Quatre thèses développées par Luhmann seront retenues ici pour illustrer l'approche systémique appliquée au droit dans une perspective autopoïétique. Avant de les présenter, puis de formuler certaines critiques sur la méthode, nous ferons un bref rappel des courants théoriques ayant influencé le développement de la méthode systémique et de la théorie des systèmes autopoïétiques.

1. Méthode et théories systémiques : des influences déterminantes

1.1. La biologie et la physique, des disciplines omniprésentes

Pour dresser un tableau très succinct du développement de la systémique, il est d'abord nécessaire de préciser que la biologie et la physique ont, dans un premier temps, réduit la complexité de leur objet d'étude en s'attardant aux éléments qui le composent (atome, cellule, etc.). Elles ont ensuite pris en considération les propriétés de l'ensemble n'équivalant pas à la somme des parties : elles étudiaient alors la complexité organisée de leur objet et développaient l'analyse des systèmes.

C'est donc principalement à partir de la biologie et de la physique, elles-mêmes liées au développement des théories de l'information⁷ et des systèmes, que se sont précisées les conditions d'application de l'analyse

témologique » ou une mise à distance théorique qui consistera soit à rendre compte en termes descriptifs et explicatifs du point de vue interne adopté par les acteurs du système juridique (point de vue externe « modéré »), soit à opérer une reconstruction théorique qui fasse entièrement abstraction de l'existence de ce point de vue interne (point de vue externe « radical »). » *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 26. A.-J. Arnaud, pour sa part, critique la valeur heuristique de cette distinction : « La proposition n'est pas heuristique, parce qu'elle renvoie, en réalité, à une prise de position initiale sur l'autonomie du droit par rapport aux autres disciplines des sciences humaines et sociales », « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit. Éléments d'une démythification », (1986) 3 *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 243.

7. L'exposé synthétique de la théorie de l'information a été fait par les ingénieurs américains C.E. SHANNON et W. WEAVER, *The Mathematical Theory of Communication*, Urbana, University of Illinois Press, 1949. Cette théorie a grandement influencé le développement de la cybernétique.

systémique. Certains ont ensuite tenté d'appliquer ce type d'analyse aux phénomènes sociaux⁸ ou ont développé leur propre modèle systémique⁹.

Actuellement, toute la production scientifique portant soit sur le concept, soit sur la théorie ou l'analyse des systèmes dans divers champs du savoir, s'élabore en référence à la cybernétique et à la théorie générale des systèmes. Plus récemment, elle a aussi été marquée par l'élaboration des théories des systèmes autonomes, théories reprises par Luhmann pour les appliquer au droit.

La cybernétique, également appelée science des communications et du contrôle, dont la paternité est attribuée à Norbert Wiener¹⁰, utilise les concepts de programme, de rétroaction, de régulation, de boîte noire, d'organisation, etc. La théorie cybernétique tente de montrer que les mécanismes de rétroaction fondent le comportement téléologique des machines (équilibre du système par contrôle et ajustement des circuits de communication).

Dans les années 1950, avec la formulation de sa théorie générale des systèmes, Ludwig von Bertalanffy¹¹ prétend englober la cybernétique. Le biologiste poursuit l'ambitieux projet de créer une nouvelle discipline capable d'établir des principes valables pour tout système, quelle que soit sa nature, en autant qu'il constitue une totalité. Il soutient que la notion de système apporte un changement fondamental des catégories de la pensée : le jeu des unités élémentaires pouvant être étudiées isolément cède la place aux problèmes d'organisation et d'interaction entre les éléments qui forment une totalité.

-
8. William Ross ASHBY (ethnologue) est l'un des premiers qui a tenté une telle application. Il a publié *An Introduction to Cybernetics*, traduit en français sous le titre de *Introduction à la cybernétique*. Paris, Dunod, 1958. Gregory BATESON (anthropologue) a aussi tenté une application dans le domaine des processus sociaux dans *Vers une écologie de l'esprit*, 2 vol., Paris, Seuil, 1977 et 1980.
 9. Sous la tendance structuro-fonctionnaliste, on peut citer Talcott PARSONS, *The Social System*, Glencoe et Londres, The Free Press/Macmillan, 1951. Une des principales critiques adressées à l'œuvre de ce sociologue est d'avoir accordé trop d'importance à l'équilibre du système et de ne pas avoir suffisamment pensé le changement.
 10. Avec la publication de son ouvrage intitulé *Cybernetics : or, Control and Communication in the Animal and the Machine*, N. WIENER, professeur au MIT, expose en 1947 les bases de la science nouvelle appelée cybernétique. Une des méthodes les plus importantes de la cybernétique est la méthode des modèles (méthode analogique). Elle a été appliquée entre autres à l'étude du système politique (D. EASTON, *A System Analysis of Political Life*, New York, J. Wiley, 1965).
 11. Biologiste autrichien, BERTALANFFY émigre au Canada en 1949 et enseigne à l'Université d'Ottawa puis à l'Université d'Alberta. En 1951, il publie un article intitulé « General System Theory : a New Approach to Unity of Science » qui jette les bases de ce que sera sa *Théorie générale des systèmes*, Paris, Dunod, 1973 (paru en anglais en 1968).

C'est également dans une perspective systémique que les théories de l'auto-organisation ont été élaborées depuis une trentaine d'années. Là encore les biologistes ont joué un rôle déterminant en construisant deux grandes théories de l'auto-organisation du vivant. L'une d'elles, celle des systèmes autopoïétiques, élaborée par Humberto Maturana et Francisco Varela¹², veut que le système vivant s'autodéfinisse et se construise lui-même. La seconde théorie, d'Henri Atlan¹³, présente aussi le vivant comme un système auto-organisé ; elle se montre toutefois spécifique par son hypothèse du bruit organisationnel pour comprendre la logique de l'organisation complexe et de l'intégration du nouveau.

1.2. Critique de l'utilisation des métaphores biologiques

L'influence de la biologie et de la physique se révèle déterminante pour le développement de la systémique et des théories de l'auto-organisation. Une des principales critiques formulée sur l'utilisation des concepts élaborés en regard de ces disciplines concerne leur généralisation. Ainsi l'utilisation de métaphores biologiques ou techniques empêche-t-elle de penser le droit à partir de lui-même ?

Michal Gutschatz¹⁴ parle d'impérialisme diffus pour souligner l'importance prise par la physique et les mathématiques dans l'élaboration des concepts exportés mécaniquement d'un domaine à un autre. Devenues « instances de Vérité », ces disciplines permettent de valider des analyses qui autrement seraient jugées politiques. Par exemple, les emprunts faits à la théorie des systèmes autopoïétiques pour étudier le système juridique permettent-ils de légitimer une certaine représentation du système juridique ou, au contraire, enrichissent-ils la discipline juridique ?

12. Biologistes chiliens, H. MATURANA et F. VARELA ont publié conjointement, en 1973, en espagnol, un ouvrage présentant leur théorie. Révisé, cet ouvrage a été publié en anglais sous le titre de *Autopoiesis and Cognition : the Realization of the Living*, Boston, Reidel, 1980 (« Boston Studies in the Philosophy of Science », 42). En élargissant le concept d'autopoïèse, Varela développera par la suite une théorie des systèmes autonomes. Voir à ce sujet *Principles of Biological Autonomy*, traduit en français par P. Dumouchel, sous le titre de *Autonomie et connaissance : essai sur le vivant*, Paris, Seuil, 1989.

13. Médecin, biologiste et professeur de biophysique, H. ATLAN, s'inspirant de la théorie de l'information de Shannon, tente de répondre à la question : « Comment et à quelles conditions de l'information peut se créer à partir du bruit ; autrement dit, comment et à quelle condition le hasard peut contribuer à créer de la complexité organisationnelle au lieu de n'être qu'un facteur de désorganisation ? ». *L'organisation biologique et la théorie de l'information*, Paris, Hermann, 1972 et *Entre le cristal et la fumée : essai sur l'organisation du vivant*, Paris, Seuil, 1979.

14. M. GUTSATZ, « Les dangers de l'auto », *L'auto-organisation : de la physique au politique*, Paris, Seuil, 1983, p. 29-38.

La réponse n'est guère facile car elle concerne la valeur d'une pratique scientifique dans le champ du savoir juridique : celle de la modélisation systémique appliquée au droit¹⁵. Mais avant de juger de la valeur de cette pratique, il convient sans nul doute de la décrire, au moins sommairement. Pour ce faire, nous nous attarderons à quatre thèses développées par Luhmann¹⁶.

2. Quatre thèses de Luhmann

2.1. L'unité du système juridique

L'unité du système juridique repose sur le fait que le système se produit et se reproduit lui-même selon un mode d'opération utilisant le code binaire légal/illégal.

2.1.1. Le système se produit lui-même

Selon Luhmann, le droit est devenu un système autoréférentiel. Ce point de départ lui permet d'utiliser la théorie des systèmes autopoïétiques pour expliquer l'unité du système juridique. Comme système autoréférentiel, le droit produit lui-même les éléments dont il se compose ; l'unité du système n'est autre chose que l'ensemble de ses éléments et des processus par lesquels les opérations du système se combinent. Bref, l'unité est produite par le système qui, en action, forme les éléments le constituant. Le système crée l'organisation qui le définit comme unité et, par ce fait, il délimite les frontières qui le bornent.

Retenant que chacun des éléments du système juridique doit son caractère normatif aux autres éléments, Luhmann dégage une conséquence pour la théorie du droit : il ne peut y avoir une hiérarchie de normes. La reproduction autocréatrice des éléments par les éléments du système se fait sur la base d'une normativité circulaire et récursive. De plus, puisque le système juridique est contingent, les décisions prises à l'intérieur du système établissent les critères de validité. Ces critères ne reposent donc ni sur la conformité à des valeurs suprêmes, ni sur un principe fondateur, ni sur une idée régulatrice ou une métanorme.

15. La systématique privilégie le raisonnement analogique pour relier des domaines de connaissance différents. À cet égard, le modèle constitue l'une des formes les plus élaborées du recours à l'analogie. Par exemple, la modélisation du droit comme système autopoïétique est une représentation du droit qui a entre autres pour fonction de faire connaître des propriétés du système. Sur la modélisation, on peut consulter J.-L. LE MOIGNE, *La théorie du système général : théorie de la modélisation*, Paris, P.U.F., 1977.

16. Il ne s'agit évidemment pas ici de présenter l'ensemble de l'œuvre de N. Luhmann. Tout au plus, avons-nous choisi de retenir quatre thèses développées par cet auteur. Les sources utilisées apparaissent dans la bibliographie.

2.1.2. Code et fonction du système juridique

Selon Luhmann, comme tout système, le système juridique a pour fonction de réduire la complexité en restreignant l'énorme quantité des possibles. La fonction spécifique du droit est de solutionner le problème de la double contingence dans le champ des attentes normatives pour éviter le conflit, le résoudre ou lui fournir un canal communicatif. Par sa façon de traiter les attentes normatives, le système juridique se différencie de tout autre système car lui seul considère le réel à partir du code binaire légal/illégal et peut surborderonner des faits comme relevant du droit.

2.2. Le système juridique comme système différencié

Le système juridique se singularise en tant que système normativement clos et cognitivement ouvert.

2.2.1. Un système normativement clos

En quelques mots, cette thèse signifie que seul le système juridique peut conférer un caractère juridiquement normatif à des éléments et, par là, constituer ces éléments comme faisant partie du système juridique. La normativité tient au système lui-même et non à son environnement. Ainsi, le système se reproduit en procurant sans cesse à de nouveaux éléments une validité normative par le transfert du caractère de signification juridique.

Si la clôture normative signifie qu'il n'y a pas de normes juridiques en dehors du système juridique, elle ne suppose pas une absence d'environnement avec lequel il y a communication. Cependant, le système juridique appréhende son environnement à l'aide de ses propres données, reconstruit les conflits en ses propres termes, les traite avec des règles et des procédures intrinsèques au droit pour produire une décision contraignante.

2.2.2. Un système cognitivement ouvert

Les autres systèmes sociaux peuvent faire pression sur le système juridique pour qu'il augmente davantage sa complexité (ce qui se traduit par une augmentation des normes, des changements normatifs plus fréquents, etc.). Pourtant, s'il peut y avoir échange d'informations entre le droit et les autres systèmes, il n'y a pas de causalité linéaire par laquelle des pressions ou des changements sociaux entraîneraient directement des changements juridiques. Si l'environnement est source d'information pour le système juridique, l'ouverture ou la fermeture à cette information repose sur une décision du système juridique elle-même.

L'ouverture cognitive se combine avec la fermeture normative et cette combinaison, toujours renouvelée, permet au système de se délimiter et de se différencier par rapport à un environnement sans cesse en changement. Plus précisément, le système reproduit son unité par un processus qui combine ouverture/fermeture, en exposant ce processus à la différenciation avec l'environnement. Rappelons que, chez Luhmann, cette différence est liée à la spécificité fonctionnelle du droit, à l'orientation exclusive vers une fonction ne se trouvant remplie nulle part ailleurs dans la société. La théorie de la fermeture autoréférentielle du droit contient une théorie de la fonction du droit.

2.3. Les transformations du droit

Le droit règle lui-même les conditions de sa propre transformation.

Puisqu'on est en présence d'un système autocréateur, le droit règle lui-même les conditions de ses modifications. L'autoreproduction du système juridique se réalise aussi dans le changement pouvant apporter de menues variations, des transformations structurelles ou des modifications aux grandes catégories telles la loi ou le contrat. Luhmann rappelle que ce sont là des possibilités juridiques n'ayant pas besoin d'être légitimées par des normes morales. La légitimation de l'agir du système est produite par le système lui-même, elle ne provient pas du dehors.

Dans cette perspective, l'évolution du système juridique ne s'explique ni par son environnement, ni par les « inputs » ou les pressions, les perturbations, etc., exercés en dehors de lui, mais plutôt par les différentes configurations de la dynamique interne du système, par le réaménagement constant de sa cohérence interne. L'évolution de cette dynamique interne dépend du fonctionnement du système et de la manière dont il a répondu aux perturbations, de la façon dont le système opérationnellement clos fait varier sa cohérence interne. Pour comprendre les transformations du droit, il devient donc nécessaire de s'attarder à la variation des comportements propres au système.

Enfin, comme le droit fait partie de l'environnement des autres systèmes, les transformations du système juridique modifient cet environnement et résonnent dans les autres systèmes qui les saisissent à travers leur propre code. Luhmann est confronté ici à un problème théorique : comment des systèmes autorégulés peuvent-ils influencer d'autres systèmes qui se régulent également eux-mêmes ? Si le droit veut influencer d'autres systèmes, il devra donc affronter une résistance systémique.

2.4. La critique du droit

Une critique du droit est essentiellement une critique de la différenciation de la société.

Avec le développement de l'État-providence, Luhmann souligne qu'il y a un problème : le système juridique n'est plus clairement séparé du système politique. Par le recours à des mesures d'orientation législative, on fait du droit un instrument politique pervertissant ainsi la fonction spécifique du droit. À cet égard, Luhmann écrit : « Un droit qui est fortement capable de s'instruire, de s'adapter, d'être « responsable », doit éviter de discréditer sa propre normativité, faute de quoi il se bornera à n'être qu'un instrument dans l'outillage bureaucratique du pouvoir politique »¹⁷.

Comme système autorégulé, le droit agit par lui-même, pour lui-même. Il a besoin de l'environnement pour produire son autopoïèse, mais il est autonome dans le traitement des informations provenant de l'environnement ; il n'est pas dépendant ou déterminé par elles, mais capable de décisions. Par contre, à partir du moment où le droit n'agit plus de façon autonome, il est subordonné à un autre système.

Pour conserver son autonomie, affirme Luhmann, le système juridique doit développer des processus réflexifs, une autoréflexion pour régler juridiquement la transformation du droit et évaluer l'ensemble du système d'un point de vue spécifique. Ce point de vue est constitué par une interprétation de la fonction et de l'unité du système juridique dans le contexte de la différenciation fonctionnelle. En d'autres termes, une critique sur l'état du droit se rattache à une réflexion sur la fonction et le mode d'opération spécifiques au système juridique (pouvant être comparés ou confrontés à ceux des autres systèmes).

Cette idée d'autoréflexion est reprise par Gunther Teubner qui, avec le concept de « droit réflexif », affirme que le droit est lui-même tenu de se limiter, de se réglementer. « Le droit réflexif, comme structure juridique *montante*, écrit-il, est caractérisé par une nouvelle autorestriction juridique. Au lieu de prendre à son compte la responsabilité régulatoire des processus sociaux, le droit réflexif se limite lui-même à l'installation, la correction et la redéfinition des mécanismes procéduraux autorégulateurs. »¹⁸

17. N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit*, 188.

18. G. TEUBNER, « L'ordre social par « le bruit législatif » ? La fermeture autopoïétique comme un problème de régulation juridique », (1987) 32 *Archives de philosophie du droit*, p. 250.

3. La systémique, oui mais...

Luhmann ne possède évidemment pas le monopole du systémisme : des nuances, des ajustements, des critiques, des dissidences sont possibles. Nous avons retenu trois auteurs qui se sont prononcés sur la validité de la méthode et peuvent être mise en rapport avec Luhmann. L'œuvre d'Edgard Morin apporte une contribution majeure au développement de la systémique dans le domaine des sciences sociales ; André-Jean Arnaud ne rejette pas la méthode mais apporte des précisions ; François Ewald, pour sa part, montre certaines limites.

3.1. La combinaison ordre/désordre

Morin n'a pas étudié spécifiquement le système juridique, il a tout au plus répondu à certaines questions que lui adressaient des juristes¹⁹. Pourtant, la méthode de la complexité qu'il entend faire émerger²⁰ (pour lui, le système ne relève pas d'une théorie mais du paradigme systémique qui devrait être présent dans toute théorie quel que soit son champ d'application) offre certains éléments pouvant s'appliquer au droit.

Rappelons que Morin souhaite établir un dialogue entre l'ordre et le désordre. Plutôt que d'élaborer une explication considérant le désordre comme un résidu non intégré, il faut concevoir, d'un point de vue épistémologique, comment le désordre se combine à l'ordre (désordre signifiant destruction, mais aussi création et liberté). Cette conjonction de

19. Ainsi, lors du colloque, *Avec Edgar Morin à propos de « La méthode »*, Aix-en-Provence, Édisud, 1989, Jean Touscoz (droit international) pose à Morin la question « Comment concevoir le désordre du point de vue du droit ? » Morin avoue son incapacité à répondre mais il précise : « Le droit limite le désordre. Mais sans les interactions naturelles, sans le désordre rien ne se ferait. Les contraintes et les interdictions n'annulent pas le désordre [...] Le droit, c'est l'ensemble des interdictions qui donnent forme à la vie sociale, laquelle se passe en dehors du droit [...] Le droit est à la fois totalement autonome sous son espèce juridique et totalement dépendant du reste de la société. Ici encore il faut penser le droit dans son autonomie et sa dépendance, ce à quoi j'ai mal réfléchi ». À cela répond le juriste Dupuy : « Ceux-là [les civilistes et les pénalistes] veulent faire l'ordre ; nous [les internationalistes] nous n'y croyons absolument pas, notre ambition se limite à ce que vous appelez le désordre ordonné ; pendant un certain temps d'ailleurs car le désordre ne sera ordonné que pendant un temps très court et à tout instant cet ordre lui-même sera remis en question. », p. 81-82.

20. Voir principalement E. MORIN, *La méthode* : tome 1, *La nature de la nature* ; tome 2, *La vie de la vie* ; tome 3, *La connaissance de la connaissance*, Paris, Seuil, 1977, 1980, 1986.

l'ordre et du désordre serait d'ailleurs le problème de toute connaissance moderne²¹.

S'inspirant, entre autres, de Heinz von Foerster²², qui a énoncé le principe « d'ordre par le bruit », Morin avance l'hypothèse suivante : les systèmes auto-organisés ne se nourrissent pas seulement d'ordre, mais aussi de bruit, de perturbations aléatoires, d'erreurs, de désordre. Pour qu'un système connaisse des modifications majeures qui se traduisent par un accroissement de la complexité en son sein, il faut une désorganisation provoquée par un bruit. Cependant, précise Morin, ce qui provoque la transformation, ce n'est pas le bruit lui-même, mais sa rencontre avec le dispositif auto-organisateur du système. Il ajoute qu'il existe certainement une limite à l'accroissement de la complexité au sein du système : à la limite, il y a trop de bruit, trop de désordre et le système n'est plus intégré.

Appliqué au système juridique, ce principe d'ordre par le bruit permet de tenir compte, d'une part, de l'ordre du système (de sa structure, de son organisation) et, d'autre part, du désordre qu'il ne peut expulser. Seule la combinaison ordre/désordre permettrait de concevoir l'apparition d'organisations, de formes ou de structures nouvelles au sein du système qui se maintient tout en se transformant. Le système juridique régènerait ses composantes en se réorganisant en permanence, en accroissant sa complexité, en opérant une conversion du bruit en élément constitutif du système, du bruit en information en passant par le code juridique (ceci par le mouvement de relâchement des contraintes organisationnelle/réorganisation). Ainsi, la fin, la crise ou le déclin du droit, annoncé par certains, peut être vu comme le dépassement de la limite de complexité qui provoque une désintégration du système juridique.

3.2. La distinction entre droit et système juridique

Pour sa part, Arnaud critique l'objet d'étude de Luhmann, ce que ce dernier appelle droit²³. Alors que pour Luhmann droit et système juridique

21. La travail de Morin participe à une remise en question de la science définie comme Vérité, ou reflet du réel, à partir d'une explication relative à l'ordre, le déterminisme et les lois. Avec Theodor W. Adorno et Habermas, il pense que la science est un univers de théories, d'idées et de paradigmes inscrits dans la culture. Comme Karl Raimund Popper, il pense que la vérification ne prouve pas la vérité d'une théorie mais permet d'éliminer les théories erronées (la connaissance scientifique progresse par élimination des erreurs). La théorie n'est donc pas la connaissance, mais elle permet la connaissance en offrant une possibilité de traiter un problème.

22. H. von FOERSTER, « On Self-organizing Systems and their Environments », in *Principles of Self-Organization*, New York, Pergamon, 1962.

23. A.-J. ARNAUD, « Le droit, un ensemble peu convivial », (1989) 11-12 *Droit et société*, 79-95.

sont une même chose, Arnaud les considère comme deux éléments différents : le droit n'est qu'un des systèmes juridiques susceptibles d'être désigné comme droit.

Pour Arnaud, le droit se distingue des autres systèmes normatifs par le fait que, à un moment et dans un lieu donnés, une entité investie du pouvoir de dire le droit a choisi, pour être de droit, certaines prescriptions ; elles forment ce système de préférence à d'autres corpus d'énoncés prescriptifs. En conséquence, on rejette dans les vécus tous les autres possibles juridiques non consacrés comme droit.

Donc, parallèlement au droit, et parfois contre lui, se dressent des systèmes juridiques conçus et vécus, préconstitués, formant un infradroit. Si de tels systèmes se manifestent par des pratiques juridiques, il y a, nous dit Arnaud, interaction et affrontement entre eux et le droit ; il existe une dynamique intersystémique. Plus précisément, il se produit une interaction entre deux raisons juridiques puisque, selon Arnaud, l'unité de tout système juridique repose sur l'existence d'une raison²⁴.

3.3. La nécessité d'une philosophie critique

Ewald soutient qu'il n'y a pas de droit positif ou de système juridique sans une instance de réflexion du droit sur lui-même, sinon le droit ne serait qu'un exercice de la légalité, du pouvoir, de la contrainte. Décrire le système juridique consiste à décrire les pratiques du droit positif, mais ce n'est pas suffisant. Il faut aussi décrire leur instance d'interprétation, la règle de jugement qui constitue les énoncés normatifs comme juridiques, et qui est définie par Ewald comme « une sorte d'idéal nécessaire à partir duquel les pratiques juridiques réfléchissent la contrainte qui les lie, leur unité, leur systématité »²⁵. En d'autres termes, il faut être capable d'éva-

24. Le structuralisme est généralement considéré comme un des courants qui a préparé l'avènement de la systémique. L'idée de structure privilégie les invariants et les règles de transformations de ces invariants permettant de passer d'un système à un autre. A.-J. Arnaud a déjà appliqué la procédure d'investigation structurale au domaine juridique (voir à ce sujet « Structuralisme et droit », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit*, 283-301). Il considère le droit non comme une idée définitive mais comme l'expression d'un type déterminé de pensée. Sa conception de l'unité du droit et celle du système sont donc influencées par ses travaux structuralistes (voir *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973). Le droit est un système dans la mesure où il est régi par un arrangement structurel, un principe d'organisation échappant à la conscience. La méthode structurale permet à Arnaud de reconstruire les systèmes de relations entre les données du discours juridique interne et les données externes qui encadrent les énoncés normatifs.

25. F. EWALD, *supra*, note 5, p. 247. « Cette saisie n'a d'ailleurs rien d'original puisqu'elle conduit à renouer avec la très ancienne tradition qui a réfléchi le droit dans la catégorie du jugement plutôt que celle de la contrainte. » « Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit », (1986) 3 *Droits*, 138.

luer les pratiques juridiques sans revenir aux positions du droit naturel, de critiquer la légalité en regard du droit, c'est-à-dire de la règle de jugement animant un système juridique dans une conjoncture épistémologique donnée.

Selon Ewald, les travaux de Luhmann permettent d'envisager une manière d'articuler le droit et le social, mais ils n'offrent pas de critique de la légalité, de mode de réflexion du droit sur lui-même que serait un positivisme critique. Résolument positiviste, Ewald prétend que cette critique ne s'élabore pas en référence à une essence du droit, mais à partir d'une instance réflexive traversée par l'histoire, qui permet d'évaluer les pratiques du droit en regard de leur juridicité. Il s'agit donc de connaître à quel type de rationalité obéissent les pratiques juridiques et « d'examiner ce qui fait que les pratiques du jugement restent de droit dans une conjoncture historique déterminée ». ²⁶ Pour cela, « Il revient à la philosophie du droit de se concevoir et de se développer sous une forme critique, c'est-à-dire résolument athéorique ». ²⁷

La position d'Ewald se rapproche, sur certains points, de celle d'Habermas qui insiste sur l'ambivalence du droit moderne : à la fois promesse d'émancipation et de liberté, avec ses principes fondamentaux, et outil de domination, de colonisation du monde vécu, avec ses critères de rationalité contraires à ceux des sphères sociales régulées. Les travaux de Luhmann n'offrent guère d'emprise pour cerner cette ambivalence et ainsi élaborer une position critique.

Conclusion

Pour ses inconditionnels, la méthode systémique permet les plus grands espoirs d'interdisciplinarité et d'ouverture à une nouvelle façon de produire des connaissances scientifiques. Appliquée au droit, la méthode séduit par ses possibilités de renouveler la théorie du droit, mais suscite aussi certains doutes sur sa validité.

L'avantage de la méthode est assurément de penser le droit comme une complexité organisée, irréductible à la somme de ses parties, située dans un environnement d'où il émerge et où il agit et rétroagit. Elle offre des points d'appui pour investiguer une double interaction : celle entre les éléments constituant le système et celle du système avec son environnement. Elle permet en plus de rompre avec l'idée d'une causalité simple au profit d'une multitude de processus organisateurs s'effectuant par ré-

26. F. EWALD, « Pour un positivisme critique [...] », *id.*, p. 141.

27. F. EWALD, *supra*, note 5, p. 258.

troaction et régulation, engageant le système lui-même et la communication avec l'environnement.

Si le droit est un système, il faut cependant pouvoir justifier sur quoi repose son unité ou identifier à quoi il la doit. La réponse de Luhmann est connue, son unité repose sur la normativité. Cette réponse porte aussi de nouvelles interrogations : quelle est la nature particulière de la normativité juridique et, en regard d'autres systèmes normatifs, comment rendre compte de la spécificité de la normativité du droit ?

Concevoir le droit comme système exige d'opérer un découpage, d'identifier ce qui appartient au système et ce qui relève de son environnement. Habituellement, le découpage proposé fait correspondre le système au droit positif. Par contre, d'autres découpages sont aussi possibles. Ainsi, en distinguant droit et juridique, Arnaud laisse place à une pluralité de systèmes juridiques. Cette option exige de renoncer à une représentation unitaire du phénomène juridique et offre une entrée pour critiquer les thèses de Luhmann.

Une seconde critique peut également naître avec le doute relatif au caractère systématique de l'objet droit. Il est possible de soutenir qu'au moment même où l'on conçoit le droit comme système, on lui attribue sa systématisme et sa cohérence. Un postulat idéologique est alors attaché à la modélisation systémique : en dotant le droit des propriétés systémiques, on présuppose son unité et sa cohérence alors qu'on prétend le décrire. On occulte alors les contradictions et les incohérences de l'ordonnement juridique en plus de laisser croire à son ordre stable et déterminé.

La systémique pose cependant le problème méthodologique de la connaissance ne pouvant éliminer l'observateur/concepteur. Les connaissances objectives peuvent se voir confirmer par des observateurs différents, mais les structures de la connaissance font partie de la culture et n'échappent donc pas à toute idéologie. Seule la confrontation de la théorie à la réalité empêche, parfois à long terme, la théorie de se refermer sur la doctrine. Dans le cas de la systémique et de la théorie du droit qui pourrait en découler, il reste encore à les soumettre à la preuve de la réfutation/vérification.

Pour en savoir plus sur la méthode systémique :

Ouvrages d'introduction

Plusieurs encyclopédies et dictionnaires spécialisés de sciences humaines traitent de l'analyse des systèmes ou du système. Parmi ceux-ci on retrouve :

Encyclopædia Universalis, Paris, 1989.

Encyclopédie philosophique universelle, sous la direction d'A. JACOB, tome 1 *Les notices philosophiques*. Dictionnaire, tome 2 *L'univers philosophique*, Paris, P.U.F., 1989.

Dictionnaire critique de la sociologie, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1986.

Dictionnaire encyclopédique de théorie de sociologie du droit, sous la direction d'A.-J. ARNAUD et de J.-G. BELLEY, Paris/Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence/Story Scientia, 1988.

International encyclopedia of social sciences, David L. SILLS, édit., New York et Londres, Macmillan Co./The Free Press, 1966.

The Social Science Encyclopædia, A. KUPPER et J. KUPPER, édit., Londres et Boston, Routledge & Kegan Paul, 1985.

DURAND, Daniel, *La systémique*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 1990, (« Que sais-je ? »).

Ouvrages de disciplines autres que le droit

ASHBY, W.R., *An Introduction to Cybernetics* (1956), traduit sous le titre de *Introduction à la cybernétique*, Paris, Dunod, 1958.

ATLAN, H., *Entre le cristal et la fumée : essai sur l'organisation du vivant*, Paris, Seuil, 1979.

ATLAN, H., *L'organisation biologique et la théorie de l'information*, Paris, Hermann, 1972.

Arguments pour une méthode ; autour d'Edgar Morin, Paris, Seuil 1990.

L'auto-organisation : de la physique au politique, sous la direction de P. DUMOUCHEL et de J.-P. DUPUY, Paris, Seuil, 1983.

Avec Edgar Morin à propos de « La méthode », Aix-en-Provence, Édisup, 1980.

BATESON, G., *Vers une écologie de l'esprit*, 2 vol., Paris, Seuil, 1977 et 1980.

BERTALANFFY, L. von, *General System Theory* (1968), traduit sous le titre de *Théorie générale des systèmes*, Paris, Dunod, 1973.

EASTON, D., *A System Analysis of Political Life* (1965), traduit sous le titre de *Analyse du système politique*, Paris, A. Colin, 1974.

LE MOIGNE, J.-L., *La théorie du système général : théorie de la modélisation*, Paris, P.U.F. 1977.

MATURANA, H. et F. VARELA *Autopoiesis and Cognition : the Realization of the Living*, Boston, Reidel, 1980. (« Boston Studies in the Philosophy of Science », 42).

MORIN, E., « Epistémologie de la complexité », (1984) *Revue de la recherche juridique et de droit prospectif*, 47-79.

MORIN, E., *La méthode* ; tome 1, *La nature de la nature* ; tome 2, *La vie de la vie* ; tome 3, *La connaissance de la connaissance*, Paris, Seuil, 1977, 1980, 1986.

MORIN, E., *Science avec conscience*, Paris, Fayard, 1982.

PARSONS, T., *The Social System*, Glencoe et Londres, The Free Press/Macmillan, 1951.

Principles of Self-Organization, H. von FOERSTER et G.W. ZOPF, édit., New York, Pergamon, 1962.

ROSNEY, J. de, *Le macroscopie : vers une vision globale*, Paris, Seuil, 1977.

Self Organizing Systems, sous la direction de M.-C. YOVITS et de S. CAMERON, New York, Pergamon, 1962.

- SHANNON, C.E. et W. WEAVER, *The Mathematical Theory of Communication*, Urbana, University of Illinois Press, 1949.
- VARELA, F., *Principles of Biological Autonomy* (1979), traduit sous le titre de *Autonomie de la connaissance : essai sur le vivant*, Paris, Seuil, 1989.
- WIENER, N., *Cybernetics : or, Control and Communication in the Animal and the Machine* 2^e éd., Cambridge, MIT Press, 1961.
- WIENER, N., *The Human Use of Human Beings : Cybernetic and Society* (1950), traduit sous le titre de *Cybernétique et société ; l'usage humain des êtres humains*, Paris, Union générale d'éditions, 1961.
- WILDEN, A., *System and Structure, essays in Communication and Exchanges* (1972), traduit sous le titre de *Système et structure : essais sur la communication et l'échange*, Montréal, Boréal Express, 1983.

Reuves

- General Systems Yearbook of the International Society for the Systems Sciences.*
International Journal of General Systems. Methodology, Applications, Education.

Ouvrages traitant du système juridique

- ARNAUD, A.-J., « Le droit, un ensemble peu convivial », (1989) 11-12 *Droit et société*, 79-95.
- ARNAUD, A.-J., *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973.
- ARNAUD, A.-J., « Structuralisme et droit », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit*, 283-301.
- Autopoietic Law and Society : A New Approach to Law and Society*, G. TEUBNER, édit., Berlin, De Gruyter, 1988.
- EWALD, F., « Le droit du droit », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit*, 245-260.
- EWALD, F., « Pour un positivisme critique ; Michel Foucault et la philosophie du droit », (1986) 3 *Droits*.
- GARCIA AMADO, J.A., « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », (1989) 11-12 *Droit et société*, 15-52.
- LE MOIGNE, J.-L., « Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? », (1985) *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 155-171.
- LUHMANN, N., *The Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982.
- LUHMANN, N., « Le droit comme système social », (1989) 11-12 *Droit et société*, 53-67.
- LUHMANN, N., « Remarques préliminaires en vue d'une théorie des systèmes sociaux », (1981) 37 *Critiques*, 995-1014.
- LUHMANN, N., « The Self-Description of Society : Crisis Fashion and Sociological Theory », (1984) 25 *International Journal of Comparative Sociology*, 59-72.
- LUHMANN, N., « The Self-reproduction of the Law and its Limits », dans G. TEUBNER, édit., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, De Gruyter, 1985, 111-127.
- LUHMANN, N., « L'unité du système juridique », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit*, 163-188.

ORIANNE, P., *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982.

OST, F. et M. van de KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris., P.U.F., 1988.

TEUBNER, G., « L'ordre social par « le bruit législatif » ? La fermeture autopoïétique comme un problème de régulation juridique », (1987) 32 *Archives de philosophie du droit*, 249-275.

TEUBNER, G., « Substantive and Reflexive Elements in Modern Law », (1983) 17 *Law and Society Review*, 239-285.

TIMSIT, G., *Thèmes et systèmes du droit*, Paris, P.U.F., 1986.

VULLIERME, J.-L., « Descriptions systémiques du droit », (1988) 33 *Archives de philosophie du droit*, 155-168.