

# « Et Dieu rit... » Indétermination, autoréférence et paradoxe en droit \*

Gunther TEUBNER

*Professeur à l'Institut universitaire européen de Florence*

RÉSUMÉ.— L'auteur étudie certains paradoxes logiques inhérents à la structure du droit. Il examine différentes attitudes à leur égard, dont celle du *critical legal studies movement*. Il prend lui-même parti pour la fécondité de la circularité, bien qu'il montre que la complexité croissante des sociétés modernes, et l'indépendance accrue de ses sous-systèmes (de l'économie en particulier) mettent en péril l'autonomie du droit et des valeurs traditionnelles (unité et prévisibilité). Il applique pour finir ces analyses à la question du contrat.

## I. — INDÉTERMINATION ET NON-PRÉDICTABILITÉ

Le Talmud nous enseigne comment, lors d'une discussion animée au sujet de la Halachah, alors qu'aucun accord ne pouvait être atteint, le rabbin Eliezer, dont l'avis juridique précis et bien argumenté n'était pas suivi par la majorité, affirma que si son raisonnement était juste le caroubier qui se trouvait dehors se déplacerait. Quand il se fut effectivement déplacé, les autres rabbins n'en furent pas impressionnés. Eliezer proclama alors que, s'il avait raison, le cours du fleuve s'inverserait et cela fut; il dit aussi que les murs de l'école rabbinique s'affaîsseraient. Tout cela eut lieu mais les rabbins ne furent pas convaincus pour autant. Finalement, il leur dit que le Ciel lui-même fournirait la preuve qu'il disait vrai. Alors, une voix céleste confirma les propos d'Eliezer mais les rabbins furent en désaccord même avec cette voix et dirent : « Nous ne prêtons aucune attention à la voix divine car Tu as Toi-même inscrit dans la Torah sur le Mont Sinai : on doit s'incliner devant la majorité ». Et Dieu rit en disant : « mes fils m'ont vaincu, mes fils m'ont vaincu » (d'après le Talmud de Babylone, Baba Mezia, 59 b).

Raconter une vieille histoire est peut-être le meilleur moyen de pénétrer l'atmosphère de cette nouvelle théorie qu'est l'autopoïèse en droit. « Et Dieu rit » est le nom de l'histoire que Joseph Weiler m'a racontée lors d'une discussion sur le point de savoir si les concepts d'autoréférence et d'autopoïèse pouvaient être utiles à une nouvelle compréhension du droit. Cette histoire illustre assez bien la question de l'indéterminé en droit à partir des notions d'autoréférence et le paradoxe. Et, comme toujours lorsqu'il s'agit d'une bonne histoire, plusieurs interprétations sont possibles.

En prenant comme point de départ des interprétations quelque peu superficielles, l'indéterminé ou, disons, l'indétermination, se donne comme non susceptible d'un contrôle externe. Cette absence de « point d'Archimède » à partir de quoi on conçoit le

\* A paraître in Christian Joerges (éd.), *Critical Legal Thought : Un débat américano-allemand*, Baden-Baden, Nomos.

Traduit de l'anglais par Odile PATRICK NERHOT, Institut Universitaire européen.

droit écarte les possibilités d'une influence externe ou d'une prédiction. Le droit – comme le rabbin Eliezer en fit la douloureuse découverte – n'est pas déterminé par des autorités externes, ni par l'autorité des textes, ni par les autorités terrestres, pas plus que par le droit naturel ou la Révélation divine ; le droit se détermine lui-même par autoréférence, en se basant sur l'éventualité de sa propre positivité.

Le droit tire sa validité de cette autoréférence pure : l'application d'opérations juridiques renvoie aux résultats d'opérations juridiques. Ainsi, la validité du droit ne peut être importée de l'extérieur, mais seulement être produite à l'intérieur même du droit. Nous pouvons abonder dans le sens de Luhmann lorsqu'il dit (1) « Il n'y a pas de droit en dehors du droit et, par conséquent, dans sa relation avec le système social, le droit ne génère ni input, ni output ». Les discussions des rabbins portent sur tout ce qui fait le droit, sur le *fiat* de la volonté législative ou divine – comme sur ce qui est recevable dans la pratique juridique. La première interprétation se résume donc ainsi : le droit positif est indéterminé parce qu'il est un droit autoproduit, non seulement dans le sens d'un droit dont le fondement est l'homme mais, plus encore, dans le sens d'un droit produit par le droit.

Une deuxième interprétation mettrait quant à elle en valeur le rapport entre l'autoréférentialité du droit et sa non prévisibilité, qui serait une autre indication de l'absence de contrôle externe. Le besoin de certitude, de prévisibilité donc en sciences juridiques serait incompatible avec le principe d'autoréférence du droit, et sans même se demander si cette prévisibilité était acquise au prix d'une recherche sociologique large ou dans l'esprit du réalisme juridique. Pas plus l'accumulation de données sociales de caractère non juridique que l'influence sur sa décision judiciaire du petit déjeuner que le juge aura pris ne seront considérées comme influentes pour le développement juridique. L'habileté d'Eliezer à prévoir les réponses du monde naturel et du monde divin n'a pas réussi à rendre prévisible le monde juridique : les rabbins agissent à leur guise.

Suivant cette perspective, von Förster interpréterait peut-être le contentieux d'Eliezer de la façon suivante (2) : Dieu rit car les rabbins ont marqué de leur sceau l'impuissance de l'esprit du monde laplacien. Cet esprit exerce en effet un pouvoir uniquement sur ce que von Förster appelle les « machines triviales » dont les opérations relient des inputs à des outputs particuliers sur un mode fixe, régulier. Les « machines vulgaires » sont synthétiquement déterminées, analytiquement déterminables, indépendantes du passé et prévisibles. Le droit, par contre, s'il s'agit du droit autonome des rabbins, devrait être compris comme un système s'autoreproduisant et, du fait de la dépendance des opérations juridiques vis-à-vis de ses états internes, qu'il conviendrait de définir comme une machine « non vulgaire » (*non-trivial machine*). Le droit est certainement déterminé de façon synthétique mais n'est pas analytiquement définissable ; il est dépendant du passé mais on ne peut le prédire.

L'incertitude du droit serait ainsi directement en rapport avec son autonomie. De fait Hejl (3) estime que le critère décisif de l'autonomie d'un système est son « incertitude », l'autonomie étant définie comme une indépendance vis-à-vis de l'input des systèmes vivants, i. e. comme l'indéterminabilité de leurs opérations confrontées à un input qui serait d'un genre identique pour un observateur.

(1) *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt, Metzner, 1986, p. 20 et s.

(2) « Erkenntnistheorien und Selbstorganisation », 4 *Delfin* 6, 1984, p. 8 et s. ; « Entdecken oder Erfinden. Wie läßt sich Verstehen verstehen ? », in *Einführung in den Konstruktivismus* (A. Mohlar éd.), München, Oldenbourg, 1985, p. 42 et s.

(3) « Towards a Theory of Social Systems : Self-Organization and Self-Maintenance, Self-Reference and Syn-Reference », in *Self-Organization and Management of Social Systems* (H. Ulrich et G.J.B. Probst éd.), Berlin, Springer, 1984, p. 64.

## II. — CIRCULARITÉ ET PARADOXE

Ainsi que nous l'avons dit, nous pourrions proposer ces deux types d'interprétation, assez élémentaires il est vrai, de l'autoréférence du droit car ils nous renseignent seulement sur la non-déterminabilité du droit par des éléments externes, sur son caractère im-pénétrable. Une troisième interprétation pourrait révéler un problème beaucoup plus profond du droit. Le rabbin Eliezer mobilise avec succès l'ensemble de la hiérarchie des normes juridiques ; il gravit un à un les degrés du débat des rabbins en invoquant le texte talmudique, le droit rabbinique, les puissances terrestres, le droit naturel et la révélation divine et, une fois parvenu au sommet, il retombe au point de départ du débat des rabbins, accomplissant ainsi une « étrange boucle » (*a strange loop*). « Les hiérarchies enchevêtrées » (*tangles hierarchies*), telle est l'expression employée par Hofstadter (4) pour désigner le phénomène selon lequel le niveau le plus élevé d'une hiérarchie se « raccorde » (*loops into*) toujours au niveau le plus bas. Ce qui décide, en dernier ressort, de la validité de la loi divine, c'est une banale règle de procédure (« On doit s'incliner devant la majorité »).

Hofstadter (5) nous dit même que la hiérarchie des sources du droit n'est pas épargnée par le « raccordement circulaire » (*looping together*) des hiérarchies : « L'ironie est de constater qu'une fois que, de cette manière, votre tête a heurté le plafond, pour vous permettre de sortir d'un bond du système à la recherche d'une autorité encore plus supérieure, votre seule solution soit de recourir à ces règles qui semblent moins bien définies par les normes mais qui, de toute façon, sont les seules sources des règles du niveau supérieur : les règles du niveau le plus bas... » (6).

L'histoire du rabbin dissident Eliezer nous amène à considérer l'autoréférence du droit comme inéluctable. Cette autoréférence s'y manifeste sous une forme déjà hautement élaborée : celle de la hiérarchie des sources du droit. Elle ne comporte qu'un seul petit défaut : dans cette hiérarchie, la source la plus élevée est alimentée par la source la plus basse (7). Pourtant, ce petit défaut entretient tout système juridique qui classe ses règles de droit de façon hiérarchique dans une hiérarchie complètement réflexive (8). Il suffit donc de placer la source la plus élevée suffisamment haut pour que le monde juridique puisse parfaitement fonctionner à partir de cette circularité, même si cela fait un peu rire Dieu.

Les choses deviennent cependant vraiment sérieuses si – et il s'agit là d'une quatrième lecture – nous nous confrontons à l'autoréférence originaire qui sous-tend la « hiérarchie enchevêtrée » de la loi talmudique. Sous une forme élémentaire, mais pourtant insidieuse, l'autoréférence immédiate apparaît dès qu'il s'agit pour le droit d'apprécier des situations du monde réel à partir seulement de la distinction légale-illégale. Quand cette distinction est appliquée non seulement *ad hoc* mais avec une prétention universaliste au monde entier, alors, à un moment ou à un autre, cette distinction succombe à la tentation de valoir également pour elle-même – sa prétention à l'universalité la condamnant

(4) Gödel, Escher, Bach: *An Eternal Golden Braid*, New York, Basic Books, 1979, p. 64 et s.

(5) *Ibid.*, p. 692 et s. ; *id.*, « Nomic : A Self-Modifying Game Based on Reflexivity in Law », in *Metamagical Themas : Questing for the Essence of Mind and Pattern*, New York, Bantam, 1985, p.70 et s.

(6) Gödel, ..., *op. cit.*, p. 692 et s.

(7) Mauritius ESCHER, Wasserfall, lithographie, 1961.

(8) SUBER, Peter D., *The Paradox of Self-Amendment : A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*, Richmond, Typoscript, 1987, p. 21-30.

en fait à cela. A ce moment, surgissent les « paradoxes de l'autoréférence » (9). La hiérarchie des sources du droit constitue uniquement, ainsi que le montrent les vains efforts du rabbin dissident Eliezer, une tentative maladroite d'éviter l'autoréférence originaire et ce, en empilant les uns sur les autres les toujours nouveaux méta-niveaux ; mais le niveau le plus élevé sera quand même toujours identique à celui le plus bas.

Nombreux sont ceux qui, comme Spencer Brown (10) rejettent une telle « auto-indication » au titre qu'elle éliminerait la distinction originale ; d'autres encore, parmi lesquels Francisco Varela (11), reconnaissent en l'« auto-indication » l'opportunité prometteuse d'un nouveau calcul logique. Mais ce sont déjà des évaluations d'une opération toujours potentiellement réalisable : l'application d'une distinction à elle-même. Le risque éventuel serait qu'une telle auto-application amène à des situations de blocage décisionnel. Des affirmations fausses parce que vraies et vraies parce que fausses seraient le résultat de quelques – non de toutes – auto-applications des distinctions. Dans le cas où la valeur positive de la distinction est appliquée à elle-même, on aboutit à une (inoffensive) tautologie du genre : « Il est correct d'appliquer la distinction entre le légal et l'illégal ». Mais les choses se compliquent lorsque l'on retient la valeur négative, qui nous donne la proposition suivante : « Il est erroné de poser la distinction entre le légal et l'illégal ». Nous sommes là entraînés dans un paradoxe insoluble du type : légal-illégal-légal-illégal...

Une fois sensibilisés au problème, nous découvrons alors dans le droit des auto-références, des paradoxes et des antinomies de tous ordres (12). « En fait, les dilemmes de la réflexivité... surgissent avec une étonnante régularité dans la très concrète discipline juridique » (13). C'est retrouver là par exemple ces situations si familières mais pourtant ô combien paradoxales d'un droit qui en vient à s'exclure au nom même du droit : droit de résistance ou raison d'État (14) ; création paradoxale du droit par la violence révolutionnaire (15) : « In ogni violenza vi è un carattere di creazione giuridica » (16) ; le paradoxe déjà mentionné de la hiérarchie « enchevêtrée » des normes ; ou enfin le « Münchhausen-trilemme » relatif à la justification des normes : régression infinie, circularité ou interruption arbitraire (17).

(9) BATESON, Gregory, « The Position of Humor in Human Communication », in *Cybernetics* (H. von Förster éd.), New York, Macey, 1953 et *Steps to an Ecology of Mind*, New York, Ballantine, 1972 ; WORMELL, C.P., « On the Paradoxes of Self-Reference », 67 *Mind*, 1958, p. 267 ; QUINE, Willard, *The Ways of Paradox*, Cambridge, Harvard University Press, 1976 ; FÖRSTER, H. von, « Erkenntnistheorien... », art. cité ; KRIPPENDORFF, Klaus, « Paradox and Information », 5, *Progress in Communication Sciences*, 1984, p. 46 ; HUTTER, Michael, *Die Produktion von Recht. Eine Theorie und der Fall des Arzneimittelpatentrechts*, München, Habilitation, 1986, p. 66 et s. ; SUBER, *op. cit.*

(10) *Laws of Form*, New York, Julian Press, 1972.

(11) « A Calculus for Self-Reference », 2, *International Journal of General Systems*, 1975, p. 5.

(12) FLETCHER, George P., « Paradoxes in Legal Thought », 85 *Columbia Law Review*, 1985, p. 1263 ; SUBER, *op. cit.*

(13) HOFSTADTER, « Nomic... », art. cit., p. 71.

(14) LUHMANN, « Widerstandsrecht und politische Gewalt », 5 *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1984, p. 36.

(15) BENJAMIN, Walter, *Gesammelte Schriften*, Bd. 11, Frankfurt, Suhrkamp, 1977, p. 179 et s.

(16) RESTA, Eligio, *L'ambiguo diritto*, Milano, Franco Angeli, 1984, p. 10 et « La struttura autopoietica del diritto moderno », 5 *Democrazia e diritto*, 1985, p. 59 et s.

(17) ALBERT, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*, 3ème éd., Tübingen, Mohr, 1975.

Ceux-ci sont des paradoxes fondamentaux bien connus en droit. On peut néanmoins s'interroger sur leurs conséquences pratiques. Ont-ils une force existentielle (18) ? Sont-ils à l'origine de ces *terrors in our daily lives* (19) ? Nous pourrions trouver des manifestations beaucoup plus concrètes de l'autoréférence du droit conduisant au paradoxe : *who watches the watchmen* comme problème de droit constitutionnel (20), la modification des normes constitutionnelles par les normes constitutionnelles et le paradoxe de l'auto-amendement (21) ; *tu quoque* ou *equity must come with clean hands* (22) ; le phénomène du « renvoi » en droit des conflits (23) ; « Nul n'est censé ignorer la loi » ; la prohibition de la bigamie, les modifications des décisions juridiques disposant pour l'avenir, *prospective overruling* (24) ; ou enfin la théorie de la fiction de la personne morale selon laquelle l'État, en tant que personne morale doit, comme autrefois Münchhausen se tirant lui-même hors du marais par ses propres cheveux, être l'auteur de sa propre fiction (25). Il s'agit là de phénomènes juridiques paradoxaux qui ne gênent pas seulement les théoriciens du droit mais aussi les juristes praticiens.

### III. — COMMENT GÉRER CES PARADOXES

Auto-référence, paradoxe, indéterminabilité partout ! Le point fondamental de notre réflexion va ainsi être le suivant : comment appréhender le paradoxe induit par l'autoréférence ? Certains, comme Lüderssen (26) vont au plus simple et préfèrent laisser de côté cette « manipulation de l'autoréférence qui, sans plus d'artifice, prétend exprimer une circularité » alors qu'elle n'est qu'une « acrobatie intellectuelle à propos des paradoxes » que l'« histoire de la pensée a perpétuellement dû affronter et a, à juste titre, écartée comme étant stérile » (p. 349). Pourtant, lorsque l'on n'est pas de cet avis, il reste encore trois manières intensément controversées de traiter la question des « paradoxes de l'autoréférence » (27) tels qu'ils se manifestent en droit.

La critique radicale du droit est l'une de ces possibilités de prise en considération de l'autoréférence et nous la retrouvons chez les protagonistes du *critical legal studies mo-*

(18) SOLUM, Lawrence, « On the Indeterminacy Crisis : Critiquing Critical Dogma », 54 *Chicago Law Review*, 1987, p. 479.

(19) KRIPKE, Saul, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 87.

(20) CAPPELLETTI, Mauro, « Who watches the Watchmen : A Comparative Study on Judicial Responsibility », in *Judicial Independence* (S. Shetreet et J. Deschenes éd.), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, p. 550.

(21) ROSS, Alf, « On Self-Reference as a Puzzle in Constitutional Law », 78 *Mind*, 1969, p. 1 ; SUBER, *op. cit.*

(22) TEUBNER, Gunther, *Gegenseitige Vertragsuntreue*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1975.

(23) KEGEL, Gerhard, *Internationales Privatrecht*, 6ème éd., München, Beck, 1987, p. 240 et s.

(24) FLETCHER, art. cit., p. 1268 et s.

(25) WOLFF, Hans J., *Organschaft und juristische Person*, Berlin, 1933, p. 63 et s. ; FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 1/2. Die juristische Person*, Berlin-New York, Springer, 1983, p. 13 ; TEUBNER, G. « Enterprise Corporation. New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person », 36 *The American Journal of Comparative Law*, 1988, p. 417 et s. et « Hypercycle in Law and Organization », *European Yearbook in the Sociology of Law*, 1988.

(26) « Wär' der Gedank' nicht so verwünscht gescheit, man wär' versucht, ihn herzlich dumm zu nennen », 5 *Rechtshistorische Journal*, 1986, P. 343.

(27) WORMELL, *op. cit.* ; QUINE, *op. cit.*

vement, principalement aux États-Unis et en Grande-Bretagne (28). Ces théoriciens utilisent à profit des analyses raffinées, menées dans cette perspective particulière que l'on nomme « déconstruction » de la doctrine juridique. Les prétentions de la dogmatique juridique relatives à la systémativité des lois comme ses prémisses à la fois d'ordre pratique et moral sont réduites à néant par la mise en lumière des contradictions, antinomies et paradoxes internes au raisonnement dogmatique même (29). Le point de départ est la découverte, au sein de la doctrine du contrat, de contradictions entre les aspects formels et substantiels, ainsi qu'entre individualisme et altruisme (30) ; en faisant ressortir les aspects désintégrateurs et les instabilités inhérentes aux politiques juridiques orientées, forme de droit propre à l'État-providence (31) ; également en arguant du paradoxe que pour toute règle existe une contre-règle (32) ou, enfin, en montrant que de toute affirmation de la dogmatique juridique et en s'appuyant sur la doctrine, une affirmation très exactement contraire pourrait être déduite (33). Trubek (34) résume toutes ces critiques par la formule suivante : « Indéterminabilité, anti-formalisme, contradiction et marginalité ». La méthode a fait rapidement école (35). Il n'est à l'heure actuelle guère plus de champs du droit qui n'aient été « dé-construits » par les *critical legal studies* (36).

Les critiques sur l'indéterminabilité juridique peuvent revêtir de nombreuses formes. L'indéterminabilité du droit a pour cause et est posée dans des contextes pour le moins différents : dans le cas d'une décision se rapportant à un cas particulier, dans le cas d'une institution juridique, à partir de la logique de l'argumentation juridique ou de la dogmatique juridique, à partir d'intérêts sociaux ou de politiques particulières (37). Cependant, les critiques elles-mêmes renferment des formes de détermination latentes, liées au phé-

(28) Kairys, David, éd., *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York, Pantheon, 1982 ; « Critical Legal Studies Symposium », 36 *Stanford Law Review*, 1984, p. 1 ; BOYLE, James, « The Politics of Reason : Critical Legal Theory and Local Social Thought », 133 *University Pennsylvania Law Review*, 1985, p. 685 ; KELMAN, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

(29) Pour une vue d'ensemble concise, V. GORDON, Robert W., « Critical Legal Histories », 36 *Stanford Law Review*, 1984, p. 101.

(30) KENNEDY, Duncan, « Form and Substance in Private Law », 89 *Harvard Law Review*, 1976, p. 1685, 1712 et s.

(31) UNGER, Roberto M., *Law in Modern Society*, New York, The Free Press, 1976, p. 192 et s.

(32) KENNEDY, « Form and Substance... », art. cit., p. 170.

(33) UNGER, Roberto M., « The Critical Legal Studies Movement », 96 *Harvard Law Review*, 1983, p. 563.

(34) « Where the Legal Action Is », in *Contract and Organization* (T. Daintith et G. Teubner éd.), Berlin, de Gruyter, 1986, p. 68.

(35) e. g. SINGER, Joseph W., « The Player and the Cards : Nihilism and Legal Theory », 94 *Yale Law Journal*, 1984, p. 1 ; BOYLE, « The Politics of Reason », art. cit., p. 685 ; PELLER, Gary, « The Metaphysics of American Law », 73 *California Law Review*, 1985, p. 1151.

(36) Pour le droit privé, V. FEINMAN, Jay M., « Promissory Estoppel and Judicial Method », 97, *Harvard Law Review*, 1984, p. 678 ; DALTON, Clare, « An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine », 94 *Yale Law Journal*, 1985, p. 997. Pour le droit public, KAIRYS, David, « Freedom of Speech », in *The Politics of Law : A Progressive Critique* (D. Kairys éd.) New York, Pantheon, 1982, p. 140 ; TUSHNET, Mark V., « Following the Rules Laid Down : A Critique of Interpretivism and Neutral Principles », 96 *Harvard Law Review*, 1983, p. 781 ; FRUG, Gerald E., « The Ideology of Bureaucracy in American Law », 97 *Harvard Law Review*, 1984, p. 1276.

(37) Pour un point de vue critique, V. KENNEDY, David, « Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Scholarship », 21 *New England Law Review*, 1985, p. 1418 et s.

nomène auquel elles attribuent la plus large indéterminabilité, soit par exemple le contexte, ou le siège institutionnel, ou encore les idéologies politiques, ou l'« hégémonie sociale » (38).

Etant donné ces points « secrets » de déterminabilité, il convient de se demander dans quelle mesure cette critique est vraiment radicale ? Question exactement à l'opposé de l'objection traditionnelle adressée à l'encontre des *critical legal studies* pour lesquelles la thèse sur l'indétermination est une exagération du caractère sous-déterminé du droit (39). Ce qui semble absolument certain, c'est que les *critical legal studies* n'organisent pas une critique assez radicale. Il me semble en effet que la redécouverte de l'incertitude, la démythification d'un dogme juridique par le biais d'une critique idéologique, toutes ces tentatives en un mot de « déboulonnage » (*debunking*), de « démontage » (*trashing*), de « démythification » ont atteint seulement la superstructure du phénomène de l'auto-description juridique (doctrine) et ont complètement échoué dans leur attaque dirigée contre les bases du paradoxe fondamental du droit. Elles ne parviennent même pas à approcher la radicalité de la critique faite par Sophocle quand il exprime, par la bouche d'Antigone, le paradoxe fondamental du droit alors qu'elle s'oppose à la loi de Créon qui lui interdit d'enterrer son frère.

Il ne faut évidemment pas réduire la portée de la critique d'Antigone à un simple conflit entre la loi divine et la loi terrestre, mais il faut au contraire la tenir pour un paradoxe insoluble qui nous est devenu familier dès la première discussion sur l'auto-application de la distinction juridique. Antigone applique le code juridique au code juridique lui-même quand elle soutient que la prétention de Créon d'ériger ce qui est juste et injuste est en soi injuste.

Cette prétention participe de la critique contemporaine moderne du droit, qui transforme l'incertitude paradoxale du droit moderne en doctrine juridique politiquement manipulable et extériorise le paradoxe en points « secrets » d'incertitude. Pour Antigone, le paradoxe est inhérent au phénomène du droit lui-même, ce n'est pas simplement le symptôme d'une configuration historique particulière de la dogmatique. La « radicalité » de la critique antigonienne du droit est plus profonde. Ce ne sont pas les normes juridiques individuelles, les principes ou la doctrine qui conduisent aux antinomies et aux paradoxes ; c'est le droit lui-même qui repose sur un paradoxe fondamental, auquel même les conceptions alternatives d'une *communal law* (40) ne peuvent échapper.

La révélation de l'existence de contradictions et de paradoxes ne peut donc en principe et contrairement à tous les espoirs des Lumières, conduire à une « dé-construction » du droit mais tout au plus à une « re-construction » de ses fondements qui demeurent latents. Ceci n'aboutit pas à l'élimination de la contradiction et du paradoxe mais au contraire à une « re-construction » des rapports entre autoréférence, paradoxe, indétermination et évolution du système juridique. Laissons de côté l'objection suivant laquelle en attirant l'attention des juristes sur les contradictions et les paradoxes nous résolvons définitivement le paradoxe latent et achevons de ce fait le travail de déconstruction. Cet argument sous-estime la distance qui existe entre la conscience individuelle des juristes en tant qu'individus et le droit comme système social, ainsi que la fermeture opératoire du discours juridique à l'égard du discours théorique – même juridico-théorique. Wiethölter (41) considère comme le phénomène dominant des dix-quinze dernières années le fait

(38) V. KENNEDY, Duncan, « Legal Education as Training for Hierarchy », in *The Politics of Law*, op. cit., p. 49 et s. ; SINGER, « The Player and the Cards », art. cit., p. 20 et s.

(39) SOLUM, « On the Indeterminacy Crisis », art. cit., p. 494.

(40) UNGER, « The Critical Legal Studies Movement », art. cit.

(41) « Social Science Models in Economic Law », in *Contract and Organization*, op. cit., p. 53.

que « le travail des juristes en tant que *praxis* sociale déterminée se soit montré peu concerné par les défis les plus importants auxquels notre système juridique, notre science juridique et notre dogme juridique ont été exposés... » et Heller (42) en propose une explication post-structuraliste : « le droit est essentiellement une discipline cognitive et professionnelle plutôt que normative, se référant à la théorie seulement dans des cas limites, quand le contenu de la pratique établie entre en crise » ; ce qui rend cet auteur tout à fait sceptique quant aux vertus explicatives d'une analyse juridique délégitimante (*delegitimative analysis*).

La seconde manière, plus sophistiquée, de venir à bout de cette riche essence autoréférentielle du droit est l'apanage de juristes préparés aux acrobaties intellectuelles (43). Ils considèrent que le problème de l'autoréférence est celui du « paradoxe de la pensée juridique » (44), définition restrictive qui leur permet d'une part de qualifier le rapport entre autoréférence et paradoxe de sophisme, *fallacy* (p. 1263), pour d'autre part et en conséquence, leur permettre de redonner une consistance au raisonnement juridique avec autant d'ardeur et d'intuition que d'acrobatie intellectuelle. L'ensemble de la démarche se présente comme un problème de raffinement d'une technique intellectuelle capable de faire disparaître de façon efficace les paradoxes : «... la première technique pour s'en débarrasser consiste à établir des distinctions » (p. 1279). Cette technique fait finalement référence à la fameuse théorie des types, mais il existe d'autres « solutions » qui tentent effectivement d'éviter les paradoxes de l'autoréférence en droit (45). Face à des paradoxes et des antinomies non résolus, reste encore au moins une attitude : «... est ainsi lancé à la théorie juridique un défi que nul ne peut ignorer. Contraints à une certaine consistance de nos principes juridiques, nous devons nous résoudre à élaborer une construction intellectuelle ou une théorie qui viendra à bout de cette antinomie » (p. 1284).

Respectons la cohérence générale comme « principe juridique indérogeable » (p. 1265) ! Mais qui va empêcher ces juristes gymnastes intellectuels du droit, au moment où ils scrutent d'un niveau à un métaniveau et à un autre méta-métaniveau, d'être pris dans une hiérarchie enchevêtrée (*tangled hierarchy*) ou de retourner, après quelque saut mental audacieux, hors du système, à leur point de départ, par une sorte de boucle étrange ? Fletcher va peut-être au plus simple quand, en dépit de ses efforts intellectuels, il considère les paradoxes comme seulement des erreurs intellectuelles.

En tout cas, dans notre histoire, il semble difficile d'aider le rabbin dissident Eliezer en lui proposant une nouvelle distinction qui le ferait échapper au prétendu sophisme de sa réflexion sur le droit. Sa sanction serait l'exil, fait beaucoup plus concret qu'une erreur intellectuelle. Mais c'est que son problème ne concerne pas seulement les « paradoxes dans la pensée juridique » mais bien les paradoxes du droit lui-même. Le caractère effrayant de cette expérience réside pour lui dans le fait que c'est la réalité même du droit, pas seulement la pensée sur le droit, qui est structurée de manière paradoxale, ce qui nous conduit du reste, au troisième moyen d'appréhender le paradoxe juridique induit par l'autoréférence : au déplacement de la circularité du monde de la pensée juridique vers la réalité sociale du droit. Ce faisant, nous ouvrons une brèche dans un tabou du droit : le

(42) « Legal Discourse in the Positive State. A Post-Structuralist Account », in *Dilemmas of Law in the Welfare State*, (Teubner éd.), Berlin, de Gruyter, 1985, p. 185.

(43) e. g. HART, Herbert L.A., « Self-Referring Laws », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1983 ; OPHUELS, Carl F., « Ist der Rechtspositivismus logisch möglich ? 21 *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, p. 1745 ; ROSS, « On Self-Reference... », art. cit. ; FLETCHER, « Paradoxes in Legal Thought », art. cit.

(44) FLETCHER, « Paradoxes in Legal Thought », art. cit., p. 1263 et s.

(45) V. les articles précités de Hart et Ross ; pour une discussion critique, V. Suber.



tabou de la circularité. La dogmatique juridique, la théorie juridique et la sociologie juridique s'accordent à rejeter l'idée de circularité en tant que circularité de la pensée et ceci du fait de son inadmissibilité logique. Les arguments circulaires sont bannis des trois disciplines comme *petitio principii*. Ce tabou est également présent dans les efforts de nos gymnastes intellectuels du droit dont les acrobaties sont seulement rendues possibles sur la base de la prohibition de la circularité. Elle constitue aussi une prémisse silencieuse des « déconstructeurs » critiques dont le travail ne reposerait plus sur rien si la prohibition était levée.

La théorie de l'autopoïèse prend quant à elle le paradoxe antigonien comme point de départ à sa réflexion mais briser le tabou ne revient pas à considérer qu'aucune objection logique ne puisse être opposée aux réflexions circulaires. Ceci équivaldrait en fait à une tautologie non informationnelle ou à un pur blocage de la pensée. On lève le tabou quand on considère la circularité non comme une question relative à un défaut du raisonnement mais relative à un problème de la *praxis* juridique : la réalité sociale du droit consiste en un certain nombre de relations circulaires. Les composantes du système juridique – actions, normes, procès, identités, réalité juridique – sont reliées de façon cyclique les unes aux autres sur des modes multiples (46). L'autoréférence, les paradoxes et les incertitudes recouvrent des problèmes réels des systèmes sociaux et non des erreurs dans la reconstruction mentale de cette réalité sociale.

Cette nouvelle manière d'appréhender l'autoréférence a un dessein fondamental qui prétend faire de la circularité, jusque là considérée par principe comme un mode de pensée prohibé, un modèle fécond, valable d'un point de vue heuristique et qui entend aussi, sur cette base, révolutionner non seulement la théorie juridique mais également la pensée sociologique (47). Ainsi que Zolo (48) l'a montré, la base de cette réflexion réside dans la généralisation des phénomènes circulaires suivants :

- « 1) L'autoréférence linguistique des processus cognitifs (W.V.O. Quine, O. Neurath).
- 2) Les théories de l'ordre par les fluctuations et les structures dissipatives dans la physique des processus irréversibles (I. Prigogine).
- 3) La circularité logique dans les structures mathématiques axiomatisées (K. Gödel) et, de façon plus générale, les paradoxes et les contradictions dans l'auto-inclusion linguistique, logique et périodique (D. Russell, K. Grelling, A. Tarski).
- 4) La réflexivité des mécanismes d'auto-régulation homéostatique ou d'auto-analyse en biologie moléculaire ou en neurophysiologie (L. von Bertalanffy, M. Eigen, H. von Förster).
- 5) Les phénomènes récurrents (*feedback, re-entry*) en cybernétique et en cybernétique de la cybernétique (cybernétique de second degré) (W. B. Ashby, H. von Förster).
- 6) Les processus de morphogénèse spontanée et d'auto-organisation des groupes sociaux (F. A. von Hayek).

(46) TEUBNER, Gunther, « Hypercycle in Law and Organization », 1988, art. cit.

(47) LUHMANN, Niklas, « Insistence on Systems Theory : Perspectives from Germany », 61 *Social Forces*, 1983, p. 987 ; *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984 ; « Society, Meaning, Religion. Based on Self-Reference », 46 *Sociological Analysis*, 1985 ; *The Autopoiesis of Social Systems » in Sociocybernetic Paradoxes : Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems* (F. Geyer et J. van der Zouwen éd.), London, Sage, 1986, p. 172.

(48) « The Epistemological Status of the Theory of Autopoiesis and its Application to the Social Sciences », in *State, Law and Economy as Autopoietic Systems* (G. Teubner éd.), Berlin, de Gruyter, 1988, p. 4.

7) Le traditionnel concept de conscience physique chez l'homme et chez les singes anthropoïdes (M. Maturana, G. Pask, N. Luhmann). »

Cette façon d'appréhender l'autoréférence dans sa dynamique et ses potentialités intrinsèques se traduit par un saut vers une position épistémologique audacieuse : « la réalité, même indépendamment de sa connaissance, est structurée de façon circulaire » (49).

#### IV

Le fait d'insister sur les « paradoxes réels », pour utiliser une expression proche des contradictions réelles de Karl Marx, rend la prise en considération des théories autoréférentielles et autopoïétiques riche de perspectives. C'est ce qui s'appelle, en stratégie de recherche, découvrir des blancs sur la carte des phénomènes sociaux et juridiques en identifiant les relations circulaires dans le droit et dans la société et en repérant leurs dynamiques internes ainsi que les interactions externes. Bien sûr, des recherches diverses ont déjà été entreprises dans cette direction. Parmi les plus avancées, l'herméneutique juridique qui étudie les perplexités du cercle herméneutique dans la « précompréhension et le choix des méthodes » (50). En théorie juridique, ce sont Hart et Ross qui ont analysé les structures autoréférentielles des normes. La méthodologie juridique et la théorie de l'argumentation ont, au contraire, peu de choses à dire de fondamental sur la structure circulaire du rapport entre norme juridique et objectifs dans l'interprétation téléologique (51). La sociologie juridique, enfin, ne s'est elle-même autorisée le luxe de la circularité que dans une simple relation de *feedback* entre le droit et la société (52).

D'un point de vue autopoïétique, tous ces phénomènes représentent uniquement un petit nombre de cas spéciaux, eu égard à la réalité circulaire générale du droit. Le système juridique, comme tous les autres systèmes autopoïétiques, ne serait rien d'autre qu'un « ballet incessant de corrélations internes dans un réseau fermé d'éléments en interaction, dont la structure est continuellement modulée par d'innombrables sphères entrelacées et des couplages structurels de métasphères... » (53). Ceci serait, ainsi, la dernière interprétation de l'histoire Et Dieu rit... : la réalité même du droit est structurée circulairement. Le droit lui-même et pas seulement la pensée du rabbin sur le droit, est autoréférentiellement constitué. La conséquence la plus importante de ce déplacement de la pensée à la *praxis* se traduit par le fait que nous ne nous laissons plus impressionner par la perspective de blocage du paradoxe, induit par l'autoréférence. Après tout, les rabbins continuent à produire du droit en dépit des paradoxes. Ils poursuivent la seconde « alternative » que Krippendorff (54) propose face à une situation paradoxale : « à moins d'être capable d'échapper à une situation paradoxale, comme l'ont fait Whitehead et Russell

(49) LUHMANN, *Soziale Systeme*, op. cit., p. 648 ; « The Theory of Social Systems and its Epistemology : Reply to Danilo Zolo's Critical Comments », 16 *Philosophy of the Social Sciences*, 1986, p. 129.

(50) ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt a. M., Athenäum, 1970.

(51) ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1978, p. 298 et s.

(52) V. WEISS, Manfred, *Die Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Frankfurt, Athenäum, 1971 ; ECKHOFF, Torstein, « Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems », 41 *Scandinavian Studies in Law*, 1978, p. 41 et s.

(53) MATURANA, Humberto, *Erkennen : Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig, Vieweg, 1982, p. 28.

(54) « Paradox and Information », art. cit., p. 51 et s.

avec la théorie des types logiques, les paradoxes paralysent un observateur et peuvent le conduire soit à un effondrement de la construction de son univers, soit à une plus grande complexité quant à la représentation de son univers. C'est ce dernier cas qui pourrait être caractérisé de morphogénèse ».

Maintenant, nous avons en effet les moyens d'analyser comment la pratique du droit vient à bout de ce blocage né du paradoxe de l'autoréférence et parvient à une certaine stabilité en dépit de fluctuations extrêmes. L'incertitude du droit se transforme alors en relative certitude. La théorie de l'autopoïèse offre une analyse des solutions pratiques au problème de l'indétermination par la conjonction des éléments suivants : autoréférence, paradoxe, incertitude, stabilité au moyen de valeurs propres (*eigen values*). En appliquant sa propre distinction entre le vrai et le faux, le système juridique se fonde lui-même sur un cercle autoréférentiel. Ceci conduit inévitablement à des situations tautologiques et aux paradoxes, donc à une incertitude fondamentale du droit. Nous ne devons pas nous avouer vaincus devant cette incertitude car il existe des solutions pratiques au problème de l'incertitude issue du paradoxe.

L'attitude des rabbins dans la synagogue envers le paradoxe semble être : « S'il heurte ou s'il est inéquitable, éliminons-le ou empêchons son application au moyen d'un arbitrage ; sinon rions de ces fichus logiciens » (55). Mais quel est le principe qui justifie cette attitude ? La clé réside dans la « dé-paradoxification des paradoxes », dans l'utilisation créative des paradoxes, en rendant l'information définitive, en transformant une complexité indéterminée en complexité déterminée » (56). Nous pouvons avec von Förster (57) nous plonger dans une fuite en avant et, pour trouver des solutions stables à l'autoréférence, compter du fait de l'application récursive continue d'une même opération, sur l'émergence de « valeurs propres » (*eigen values*), stables en elles-mêmes. En général, de l'évaluation d'une évaluation continue et récursive, un système vient à connaître des opérations qui sont valables dans un environnement inaccessible au système. Ou alors, nous pouvons, comme Boaventura de Sousa Santos (58) qui s'inspire des poètes qui « viennent à bout de l'anxiété en interprétant mal (en déformant) la réalité poétique », interpréter le droit comme une « mauvaise lecture continue de la réalité ». Nous pouvons, comme alternative, avec Luhmann (59) « tourner autour du pot » et rechercher des solutions sociales à l'autoréférence dans la conciliation du paradoxe, en le déconsidérant, en le réinterprétant comme une contradiction pure et simple et en utilisant d'autres techniques historiquement identifiables de « dé-paradoxification ». La construction du système juridique sur la base d'un code juridique (légal/illégal), qui minimise le paradoxe de l'autoréférence en en faisant une contradiction (prohibée) tout en le maintenant latent, serait l'œuvre culturelle majeure de la « dé-paradoxification » du droit.

(55) SUBER, *op. cit.*, p. 21-10.

(56) LUHMANN, Niklas, « Autopoiesis als soziologischer Begriff », in *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung* (H. Haferkamp et M. Schmidt éd.), Frankfurt, Suhrkamp, 1987, p. 320.

(57) *Observing Systems*, Seaside, Cal., Intersystems Publications, 1981, p. 274 ; « Entdecken oder Erfinden », art. cit., p. 36.

(58) « Law. A Map of Misreading. Toward a Post-Modern Conception of Law ». Paper presented at the 6th European Conference of Critical Legal Studies, Vaucression, April 9-11 1987, p. 281.

(59) « Die Rückgabe des Zwölften Kamels », Firenze, Conference Paper, 1984 ; *Die soziologische Beobachtung...*, *op. cit.*, 1986, p. 16 et s.

## V

Jusqu'à maintenant, nos considérations ont fait preuve de timidité lorsqu'il s'est agi de donner une nouvelle direction à la critique du droit. Traditionnellement, cette dernière implique un défi ou *statu quo*, défi qui s'achève par le démasquage des paradoxes et des contradictions. S'il est vrai, cependant, que le système juridique, dans son ensemble, est construit sur un paradoxe fondamental, il est intéressant, alors, d'essayer de critiquer l'ordre juridique apparent en espérant y découvrir de nouveaux paradoxes, de nouvelles contradictions. Mais une question plus fondamentale déjà s'impose : la base du droit étant paradoxale, productrice d'incertitudes, l'ordre juridique est-il possible ? L'incertitude du droit étant la règle ordinaire, ce qui est déterminé, mais aussi l'ordre et le système doivent être considérés comme des exceptions et ceci nécessite une explication.

Toutefois, se limiter à une simple critique du droit comporte le risque de ne pas traiter le caractère absolument fondamental de l'incertitude, et c'est plutôt ce problème qu'il me plairait d'étudier et de pousser un peu plus loin. Il est important d'observer en effet qu'il existe des classes d'indéterminabilité juridique qui ne proviennent pas seulement du paradoxe juridique fondamental ou du simple écart entre structure et événement. Et ce phénomène s'observe dans tous les domaines du droit. La critique contemporaine du droit réagit à juste titre contre cette nouvelle et très sensible forme d'incertitude en droit engendrée par l'émergence de phénomènes comme la jurisprudence des intérêts, l'utilisation croissante des clauses générales, l'extension du droit sociologique et de l'économie juridique (60).

Pour l'Allemagne, viennent immédiatement à l'esprit ces « classiques » que sont F. Neumann (1937) et M. Weber ou, dans le champ plus étroit du droit privé, J. W. Hedemann et F. Wieacker (61). Comme chacun sait, F. Neumann (1957) rend le développement du capitalisme, dans un capitalisme de monopole, responsable de cette nouvelle incertitude. Le capitalisme n'a plus besoin d'un ordre juridique formel calculable, il requiert au contraire des interventions du gouvernement, discrétionnaires et hautement indéterminées, qui sont maintenant fonctionnellement suffisantes pour gérer l'ordre autoproduit de l'économie. M. Weber préférait ces intérêts sociaux et économiques qui favorisaient la pénétration de la rationalité formelle du droit par des éléments utilitaristes, éthiques et politiques, aux concepts de déterminabilité et de calculabilité du droit. Des juristes comme Hedemann s'alarmèrent devant ce qu'ils appelaient la « fuite dans les clauses générales » : n'allaient-elles pas faire perdre de son efficacité au droit ? La tentative de Wieacker afin de clarifier l'indétermination des clauses générales de façon théorique en recourant à la tradition du juge créateur de droit a plus déplacé le problème qu'il ne l'a résolu.

Nombreux sont aujourd'hui les théoriciens qui ont abandonné l'idée que cette nouvelle indétermination aboutirait à une « logique de décadence ». Ils interprètent cette inquiétante nouvelle indétermination du droit comme l'index d'une nouvelle rationalité

(60) V. MAUS, Ingeborg, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, Fink, 1986 p. 277 et s. ; JOERGES, Christian, « Die Überarbeitung des BGB-Schuldrechts, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmtheit des Rechts », 20-26 *Kritische Justiz*, 1987, p. 166 ; TEUBNER, Gunther, « Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions », in *Juridification of Social Spheres* (G. Teubner éd.), Berlin, de Gruyter, 1987, p. 15 et s.

(61) WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2ème éd. Tübingen, Mohr, 1925 ; HEDEMANN, Justus W., *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1933 ; WIEACKER, Franz, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1956.

possible. Je mentionnerai seulement la « nouvelle procéduralisation du droit » de Wiethölter (62), le concept d'un « droit écologique » de Ladeur (63) et le nouveau « pluralisme juridique » de Boaventura de Santos (64).

Ladeur a ramené tous ces développements à un seul dénominateur commun. La transformation de la « société des individus » en une « société des organisations » amène le remplacement d'un droit universaliste par un « droit stratégique ». Pour comprendre ce dernier, les modèles de pensée de l'« ordre par la fluctuation » et des « structures dissipatives » semblent appropriés. Pour ma part, je préfère interpréter l'émergence dominante de l'organisation formelle comme un aspect partiel d'un phénomène plus général ; celui de la fermeture des sphères sociales – dans lesquelles j'inclus les organisations formelles – dans des systèmes autopoïétiques opérant de façon autoréférentielle. Ceci amène à un genre nouveau de situation conflictuelle : à un conflit, insoluble, entre l'information et l'interférence, c'est-à-dire entre les constructions par les systèmes de leurs systèmes environnants et la réalité opérative de ces systèmes environnants qu'ils peuvent réellement percevoir mais non reproduire à l'intérieur de leurs propres opérations. Il résulte de ce conflit soit la désintégration de la construction spécifique de l'environnement du système, soit sa haute indétermination situationnelle.

Je ne peux reconstruire ici l'entière théorie des systèmes autopoïétiques, je peux seulement essayer de montrer sa pertinence relativement à l'indétermination juridique. Dans ce contexte, il s'agit d'un problème de l'autopoïèse de second degré (65). La nouvelle indétermination apparaît seulement quand, sur la base d'une communication sociale générale, certaines sphères de communication deviennent indépendantes du système autopoïétique de premier ordre (les organisations formelles, la politique, le droit, l'économie, l'éducation, etc ...). Au cours de l'évolution sociale, ces sphères communicatives ont constitué de façon autoréférentielle leurs propres composantes – éléments, structures, processus, relations avec leur environnement – qui diffèrent de celles de la communication sociale générale. Quand, en retour, ces composantes se lient de façon hypercyclique, alors ces éléments produisent des structures et vice versa, le processus atteint

(62) WIETHÖLTER, Rudolf, « Entwicklung des Rechtsbegriffs », in *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft* (V. Gessner et G. Winter éd.), Opladen, Westdeutscher Verlag, 1982, p. 38 ; « Wissenschaftskritische Ausbildungsreform - Anspruch und Wirklichkeit », in *Einstufige Juristenausbildung in Bremen. Zehn Jahre Bremmer Modell*, (R. Francke et al. éd.), Neuwied, Luchterhand, 1982, p. 7 ; « Materialization and Proceduralization in Modern Law », in *Dilemmas of Law in the Welfare State*, op. cit., p. 221 ; « Sanierungskonkurs der Juristenausbildung », 1 *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1986, p. 21 ; « Social Science Models », art. cit.

(63) LADEUR, Karl H., « Konsensstrategien statt Verfassungsinterpretation? », 29 *Der Staat*, 1982, p. 391 ; *Abwägung. Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts*, Frankfurt, Campus, 1984 ; « Flexibilisierungsstrategien. Alternativen zum "Steuerungsstaat", "Reflexives Recht", "Prozeduralisierung", "ökologisches Recht" », in *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts* (G. Brüggermeier et Ch. Joerges éd.), Bremen, ZERP Materialien 1, 1984, p. 311 ; « Prozedurale Rationalität. Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems? », 7 *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1986, p. 265 ; « Perspectives on a Post-Modern Theory of Law », in *Autopoietic Law* (G. Teubner éd.), op. cit.

(64) Op. cit.

(65) JESSPO, Bob, « The Economy, the State and the Law : Theories of Relative Autonomy and Autopoietic Closure », in *State, Law, Economy as Autopoietic Systems* (G. Teubner éd.), Berlin, de Gruyter, 1989.

un point final qui n'est jamais définitif (66). L'effet de cette fermeture hyper-cyclique est d'une grande efficacité pour les systèmes dans leurs rapports avec leurs environnements. Ils ne sont pas en communication directe avec leur environnement social mais ils construisent leur propre environnement, en utilisant leurs propres opérations. Il en résulte une ouverture radicale à l'environnement social basée sur une ouverture opérative radicale. La conséquence est une augmentation des possibilités d'action mais aussi des demandes quant à la précision, à la formalisation, à la consistance interne des décisions. Par exemple, l'économie reconstruit la société par le langage des prix ; elle n'interprète pas le droit comme des dispositions influençant les conduites, mais elle l'intègre dans ses calculs comme un facteur de coût (montant et probabilités de sanctions). Tout comme la politique qui construit son « public » à travers le langage du pouvoir. Pareillement, le droit construit sa « réalité juridique » par la distinction entre le légal et l'illégal, etc...

L'aspect conflictuel de cette interrelation, « harmonieuse », en apparence, des sphères sociales, est l'interférence (67). Les sous-systèmes fonctionnels ne coexistent pas de manière séparée, comme s'ils se trouvaient côte à côte dans l'espace, mais ils s'interfèrent sur, au moins, deux points de friction possibles : les communications apparaissent simultanément dans plusieurs circuits autopoïétiques et les acteurs agissent dans des contextes de communication différents. Une troisième et non encore bien définie aire d'interférence – le « chevauchement » entre le sous-système fonctionnel et la société – peut provisoirement être appelée interférence des structures ou des systèmes. La conséquence de telles interférences est que les descriptions extérieures des systèmes environnants sont en conflit avec leurs opérations réelles. Précisons qu'il ne s'agit pas du conflit « académique » entre les différentes descriptions internes et externes (c'est-à-dire la question de savoir si l'image de l'économie saisie par le droit correspond à l'image de l'économie elle-même) ; mais du conflit plus difficile entre la manière dont l'environnement est construit à l'intérieur du système (l'image que le droit a de l'économie) et les opérations qui prennent place dans le système environnant et qui, à leur tour, sont autopoïétiquement fermées (processus économiques actuels).

A cause de sa propre fermeture opérative, les systèmes environnants ne sont pas accessibles à n'importe quel système. Il produit (et non reçoit !) seulement de l'information sur le monde environnant qui est interne au système et contrôlé par son propre code et ses propres programmes. Dans le même temps, cependant et par le biais du phénomène d'interférence, le système est exposé aux opérations des systèmes environnants qui fonctionnent aussi selon leurs propres codes et qui deviennent alors clairement perceptibles comme perturbation. Et ce n'est pas l'« ordre par le bruit législatif » qu'il faut

(66) TEUBNER, « Hypercycle in Law and Organization », art. cit., tiré de EIGEN Manfred et Peter SCHUSTER, *The Hypercycle : A Principle of Natural Self-Organisation*, Berlin, Springer, 1979.

(67) Pour cela V. JENSEN, Stefan, « Interpenetration. Zum Verhältnis personaler und sozialer Systeme », 7 *Zeitschrift für Soziologie*, 1978, p. 116 ; MÜNCH, Richard, « Über Parsons zu Weber : Von der Theorie der Rationalisierung zur Theorie der Interpenetration », 9 *Zeitschrift für Soziologie*, 1980, p. 18 et *Theorie des Handelns : Zur Rekonstruktion der Beiträge von Talcott Parsons, Emile Durkheim und Max Weber*, Frankfurt, Suhrkamp, 1982 ; LUHMANN, Niklas, « Interpenetration. Zum Verhältnis personaler und sozialer Systeme », in *Soziologische Aufklärung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1981, p. 191 et s. ; *Soziale Systeme*, op. cit., p. 286 et s. ; « Closure and Openness : On Reality in the World of Law », in *Autopoietic Law* (G. Teubner éd.), op. cit., 1988, p. 1988 ; TEUBNER, G., « Social Order from Legislative Noise ? Autopoietic Closure as a Problem for Legal regulation », in *State, Law, Economy as Autopoietic Systems* (G. Teubner éd.), Berlin, de Gruyter, 1988 ; WILLKE, Helmut, « Societal Science Models in Economic Law », *ibid.*

entendre ici. Depuis que l'ordre ne peut toujours être que le propre ordre du système, le système réagit toujours dans le même sens, celui de l'augmentation de l'interférence et du bruit conduisant en dernier lieu à une amplification mutuelle des troubles.

Il existe une possibilité pour le système d'éviter une catastrophe par résonance. Il peut essayer de varier ses propres observations en incorporant les descriptions du système environnant dans sa propre description. Mais ceci conduit seulement en principe à un problème nouveau et tout aussi sérieux. Incorporer, de façon constante, un code externe dans les propres opérations du système signifie la désintégration du système. C'est l'indice de la fin de ses opérations basées sur son code spécifique (68). Il reste toutefois une échappatoire, ou compromis, insatisfaisante : celle de ne pas toucher au code mais d'adapter son programme aux autodescriptions de l'autre aussi longtemps que cela sera compatible avec le code. Ceci suppose une séparation nette entre le code et le programme (69). Toutefois, cette solution rend le programme extrêmement indéterminé. D'un côté, il doit s'adapter aux exigences de l'environnement social et de l'autre il doit rester compatible avec le code du système. Il en résulte un ajustement situationnel sans possibilités d'universalité.

Si l'on applique ceci au droit, on se heurte très vite à l'instrumentalisation économique et politique du droit moderne, forme qui est sous-jacente à la nouvelle indétermination du droit. C'est le point de vue de Max Weber. En termes actuels, le droit formel moderne est une expression de l'autoréférentialité hyper-cyclique du droit. Il se distingue non seulement par les actes juridiques autoconstitutifs ou par les « normes secondaires », voire par des procédures juridiques ayant des normes réflexives ou une « réalité juridique » construite de l'intérieur, mais aussi par le lien cyclique des composantes du système à travers la production réciproque des éléments et des structures de l'identité et des processus. En conséquence, des demandes accrues font pression sur la consistance des décisions, sur le traitement dogmatique ou sur la certitude de la détermination juridique de la décision, etc... Cette pression motive la critique de l'indétermination juridique.

Pour ce qui concerne l'environnement juridique, nous sommes aux prises avec un Franz Neumann : les constructions de la réalité du droit formel, produites en mode fermé, autoréférentiel, entrent en conflit avec les opérations actuelles des systèmes environnants. Les développements dans le système économique (du début du capitalisme au monopole capitaliste) faits par Neumann seraient alors un sous-phénomène qui illustre bien les changements de l'environnement qui conduisent à l'incertitude. Pour échapper à cela, il faut que le droit adopte des autodescriptions politiques et économiques en incorporant de façon accrue un opportunisme politique et une utilité économique dans les calculs juridiques. Si l'on prend vraiment cela au sérieux – si le code légal/illégal est en fait remplacé par l'opportunisme politique ou par l'utilité économique – cela entraîne un « *cadi-justice* ». Les conflits juridiques sont réglés de façon arbitraire, à partir du point de vue du système juridique mais selon des critères externes au système. La « violation efficiente du contrat » (70), ou le critère de la « régulation optimale » développé par Easterbrook et Fischel (71), donne l'exemple d'un code juridique qui peut être directement

(68) Cf. TEUBNER, « Juridification... », art. cit., p. 19 et s.

(69) LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, op. cit.

(70) POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1977, chap. 2 ; HARRIS Donald R. et Cento G. VELJANOVSKI, « The Use of Economics to Elucidate Legal Concepts : The Law of Contract », in *Contract and Organisation* (T.C. Daintith et G. Teubner éd.), Berlin, de Gruyter, 1986, p. 114 et s.

(71) « Antitrust Suits by Targets of Tender Offers », 80 *Michigan Law Review*, 1978, p. 1177.

remplacé par un autre code à la manière des arguments politiques qui sont directement appliqués à des cas individuels.

Habituellement cependant, la pratique juridique choisit une technique différente pour traiter l'interférence. Le code juridique reste intact ; il n'y a que le programme qui change de façon à s'adapter le plus possible à l'autodescription du système environnant. Les résultats politiques et la prise en considération des conséquences économiques ne se reflètent pas au niveau du cas individuel, en ayant une validité de la décision finale qui dépendrait des conséquences produites ou du succès de la politique (72). Au lieu de cela, on assiste à une séparation des niveaux comme avec l'utilitarisme des règles/l'utilitarisme des actes. Le programme est en partie déterminé par des considérations générales relatives aux conséquences, points de vue politiques et critères d'efficacité économique ; mais il est alors soumis au code juridique, considéré comme du droit valide et converti en décision selon le code légal/illégal. Le résultat de ce compromis précaire est une montée dramatique de l'incertitude du droit. Mais le droit doit payer le prix de l'incertitude pour obtenir quelque succès dans le traitement des interférences parmi les sphères sociales autonomes.

Le prix à payer donc pour avoir une flexibilité sociale (*responsiveness*) est un douloureux sacrifice de la part du droit formel : le retrait de la prétention à une consistance interne. Le nouveau droit flexible élabore des catégories juridiques qui se confrontent avec les différentes sous-sphères sociales. De par leur nature, ces catégories ne peuvent pas prétendre à une consistance juridique universelle. Même à l'intérieur du système juridique, le processus de différenciation interne du droit est en parallèle avec la différenciation fonctionnelle de la société. Depuis longtemps, le droit a dépassé la sous-division majeure traditionnelle en droit public, droit privé et droit pénal. Le « droit privé » contemporain englobe une multitude de droits privés spéciaux qui n'ont aucune unité conceptuelle ou dogmatique (73). Les fondements de la différenciation sociale rendent les appels périodiques pour la réintégration désespérément irréalistes (74). La pratique des prises de décision actuelles réorganise le droit à partir d'une unité juridique dogmatiquement contrôlée jusqu'à une multiplicité de territoires juridiques fonctionnels.

## VI

Ceci ne devrait-il pas plutôt nous rappeler les propos de Pascal : « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà ». Ne pourrait-on pas aujourd'hui dire la même chose en ce qui concerne les lignes arbitraires tracées entre les différents champs du droit, sauf que les limites ne seraient pas des rivières ou des montagnes, mais des médias symboliques, des codes ou des programmes ? En fait, le problème n'est pas seulement similaire ; on peut aussi utiliser l'expérience historique pour traiter de tels problèmes dans notre approche. Il existe une très longue histoire sur

(72) LUHMANN, Niklas, « The Unity of the Legal System », in *Autopoietic Law* (G. Teubner éd.), Berlin, de Gruyter, 1988, p. 25.

(73) JOERGES, Christian, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1981, p. 123 et s ; « Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts », 28 *Die Aktiengesellschaft*, 1983, p. 57 et s. ; « Die Überarbeitung des BGB-Schuldrechts », art. cit., p. 166 et s ; « Franchise-Verträge und Europäisches Wettbewerbsrecht », 151 *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1987, p. 195 et s.

(74) WOLF, Ernst, « Kein Abschied vom BGB », 15 *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1982, p. 1 et s.



l'expérience du droit avec ces conflits systémiques d'un type spécifique que sont les conflits entre différents systèmes juridiques nationaux sur une base territoriale et à l'égard desquels une doctrine hautement développée pour résoudre les conflits de droit – le droit international privé – a été formulée (75). Cette histoire peut-elle nous permettre de transférer l'expérience d'un conflit entre des sous-systèmes territoriaux à des conflits entre des sous-systèmes fonctionnels ? Cela a-t-il un sens de développer des principes et des normes d'un droit « inter-systémique », d'un droit de conflit entre des discours sociaux différents ?

La croissance des champs universels d'interaction en science, en technologie, en économie, en politique, tend à affaiblir le sens des frontières territoriales pour accroître celui des frontières entre de telles sphères fonctionnelles. Le droit, dès lors, ne devrait-il pas orienter son action vers d'autres zones de conflit : devenir un droit inter-systémique plutôt qu'un droit international du conflit ? Du point de vue de l'autopoïèse, il est parfaitement concevable de parler d'un changement majeur en matière de conflits qui n'ont plus comme espace des unités territoriales, politiques et nationales, mais les sous-systèmes fonctionnels de la société mondiale (76).

Nous retrouvons ces propos chez Boaventura de Sousa Santos (77) qui voit dans l'« interlégalité » une caractéristique essentielle de l'émergence d'un « droit post-moderne » :

« Le pluralisme est le concept-clé du post-modernisme juridique. Il ne s'agit pas du pluralisme juridique développé par l'anthropologie juridique traditionnelle, où les différents ordres juridiques sont conçus comme des entités séparées coexistant dans le même espace politique, mais d'une conception où différents espaces juridiques sont superposés, espaces qui s'interpénètrent et se mélangent dans nos esprits autant que dans nos actes, lors d'événements positifs ou tragiques qui jalonnent notre vie ou dans sa triste routine quotidienne. Nous vivons une période de légalité poreuse, ou de porosité juridique des multiples réseaux des ordres juridiques, qui nous force constamment à des périodes de transition. Notre vie juridique est constituée par l'intersection de différents ordres juridiques, c'est-à-dire par l'interlégalité. L'interlégalité est la contrepartie phénoménologique du pluralisme juridique et c'est pour cela qu'elle est le deuxième concept-clé d'une conception post-moderne du droit. L'interlégalité est un processus hautement dynamique parce que les différents espaces juridiques ne sont pas synchronisés et il en résulte un mélange inégal et instable de codes juridiques ».

En Allemagne, de nombreux observateurs des récents développements doctrinaux, intéressés par l'interdisciplinarité comme L. Raiser (1971), Kübler (1975), Wiethölter (1977), Walz (1980), Joerges (1981), Ladeur (1984), ont commencé à formuler un nouveau droit des conflits qui devrait être généralisé en vue de futurs développements.

Le première référence doit être fait à Wiethölter. Son concept de « procéduralisation » met en évidence le lien de parenté qui existe avec le développement du « conflit des normes » et, ce faisant, sa position consiste en une « compréhension de la

(75) V. KEGEL, *op. cit.* p. 98 et s.

(76) LUHMANN, Niklas, « Die Weltgesellschaft », in *Soziologische Aufklärung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975, p. 51 ; *id.* « The World Society as a Social System », 8 *International Journal of General Systems*, 1982, p. 131 ; WILLKE, Helmut, *Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie*, Königstein, Athenäum, 1983, p. 49 et s.

(77) Art. cit., p. 297 et s.

(78) *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, de Gruyter, 1971.

(79) *Über die praktischen Aufgaben zeitgemässer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe, Müller, 1975.

procéduralisation comme un problème justificatoire des actions pratiques "rationnelles" à partir des conditions posées par le "système" (= la justification des règles en conflit dans l'exercice des compétences contentieuses) » (80). Pour résoudre un tout récent problème de ce type, il invoque le mécanisme conceptuel du droit des conflits classique :

« Dans le principe juridique fondamental de proportionnalité, j'ai essayé de définir le mécanisme le plus influent de transformation pour l'osmose, la translation, pour la co-variance du droit et de la société, comme le principe productif suprême et le plus général d'une – supposée muette et absolument inévitable – justification de règles en conflit et ce pour pouvoir décider des droits en conflit, des intérêts et des besoins. Les relations juridiques ne sont, en fait (en Allemagne depuis Savigny), ni de purs objets d'évaluation, ni de pures évaluations d'objets, mais elles ont toujours été des décisions générales médiatrices en matière d'assignation des faits à un droit particulier, par la qualification des réponses juridiques aux questions sociales ».

Une chose pourtant reste étrangement dans le vague : quelles sont les unités qui s'opposent ? Si l'on cherche une réponse à partir des textes de Wiethölter (81) nous ne savons pas très bien si ce sont des conflits entre les intérêts politiques, les champs idéologiques, ou des conflits entre des modèles socio-juridiques, des principes juridiques généraux, des sous-systèmes juridiques, des structures normatives, des sous-systèmes sociaux, des sous-rationalités ou des stratégies politiques ; la réponse ici n'est pas claire. Même du point de vue de l'autopoïèse, il n'est pas aisé de savoir quelles sont les unités principales qui se heurtent. Pour essayer de résoudre ce problème, je propose la différenciation suivante : 1) les conflits entre les systèmes sociaux autopoïétiques ; 2) les conflits entre les quasi-droits des champs sociaux semi-autonomes ; 3) les conflits entre les différents champs à l'intérieur du droit.

1) Le droit des conflits doit s'occuper des chocs entre les différents systèmes sociaux autopoïétiques, qu'il s'agisse des sous-systèmes fonctionnels (politique, économie, famille, religion, science, culture), des organisations formelles ou des interactions spécialisées. Ici, le premier problème fondamental est de savoir si la transformation du conflit en code juridique est tout à fait désirable. Parce que la tendance croissante pour une appréhension par le droit de toutes les demandes sociales est maintenant suffisamment connue, nous négligerons de poser cette question. Mais l'expérience la plus récente du phénomène de « juridification » devrait nous avoir sensibilisés au problème de savoir si des normes de conflit ne devraient pas être développées (82). Nonet et Selznick, par exemple, proposent une évaluation juridique de la désobéissance civile basée non pas sur un critère juridique formel mais sur un « paradigme politique ». Un tel cadre traiterait des instances de désobéissance civile comme des objets de négociation politique (83). « Le pardon pour la violation de la loi est négocié dans l'intérêt de la reconstitution d'un cadre à l'intérieur duquel la coopération peut aller de l'avant ». Simitis et Zenz (84) comme Habermas

(80) WIETHÖLTER, « Materialization and Proceduralization in Modern Law », art. cit., p. 247.

(81) Particulièrement l'article ci-dessus et les deux articles de 1986.

(82) VOIGT, Rüdiger, *Verrechtslichung*, Frankfurt a. M., Athenäum, 1980 ; *id. Abschied vom Recht ?*, Suhrkamp, 1984 ; *id. Recht als Instrument der Politik*, Opladen, Mohr, 1986 ; KÜBLER, Friedrich (éd.), *Verrechtlichung von Wirtschaft. Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden Baden, Nomos, 1984 ; KETTLER, David, « Legal Reconstitution of the Welfare State : A Latent Social Democratic Legacy », 21 *Law and Society Review*, 1987, p. 9 ; TEUBNER, Gunther (éd.), *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin, de Gruyter, 1987.

(83) *Law and Society in Transition*, New York, Harper & Row, 1978, p. 92 et s.

(84) *Familie und Familienrecht*, Frankfurt, Suhrkamp, 1975, p. 51.

(85) soulignent de façon similaire la capacité paradoxale du droit à préserver une solution non juridique à des conflits particuliers et dans les contextes familiaux et scolaires.

La question qui se pose est celle de savoir si, quand les rationalités des sphères sociales s'affrontent, le droit peut développer des normes de conflit qui, par le biais de la juridification, travailleraient en fait *contre* lui ? Le droit peut-il laisser les possibilités de résoudre les conflits aux autres contextes sociaux ? Peut-il développer des règles, codifiées, relatives à l'application ou la non-application de son propre code (86) ?

Le deuxième problème important est de savoir si le droit peut s'accommoder de règles « formelles » issues de la rationalité de l'une ou de l'autre des sphères en conflit, ou s'il doit, à cause de la nature « transsystémique » des conflits, développer des règles « substantives » propres. C'est un choix classique en matière de droit des conflits. Les idées de Ladeur semblent aller plus dans la première direction quand il dit : « L'action stratégique du système juridique reste limitée à l'horizon de la production des orientations des actions dans d'autres domaines, mais au lieu de s'orienter lui-même vers le paramètre-équilibre de la régulation de la conduite, le droit s'oriente vers la possibilité d'un (ré)équilibrage et vers la compatibilité des valeurs et des perspectives d'action pour des réseaux d'actions complexes » (87). Pour ma part, la fonction des clauses générales (les clauses de « bonne foi » ou d'« ordre public ») va dans la deuxième direction. A partir du processus de réconciliation des rationalités des différents systèmes, les normes substantives émergent du processus juridique (88).

Quoiqu'il en soit, il existe une négociation intersystémique qui s'apparente fortement avec les accords internationaux en matière de résolution des conflits de normes. Les conflits en attente sont résolus par la négociation, sans donner spécialement raison à l'un ou à l'autre et sans qu'il n'y ait une régulation juridique très sophistiquée. Les systèmes de négociation « néo-corporatistes » sont sans aucun doute, en ce moment, les cas les plus spectaculaires sur la manière de traiter les conflits intersystémiques par le recours à des organisations formelles *ad hoc* spécialisées plutôt que par des règles juridiques (89). Cette technique ne vise pas à « contourner le droit » (90), elle coexiste au contraire avec lui. Le droit rentre dans une « seconde vague de juridification » des processus autorégulateurs eux-mêmes : il fait converger les prémisses procédurales et organisationnelles plutôt qu'il ne réalise des résultats spécifiques (91). Des solutions comme celle-ci nécessitent des moyens politiques orientant le droit sur la procédure et l'organisation, de façon à adapter l'autorégulation sociale à la propre capacité d'apprendre des systèmes.

(85) « Law as Medium and Law as Institution », in *Dilemmas of Law in the Welfare State*, *op. cit.*, p. 217 et s.

(86) « Coding of the Legal System », in *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*, *op. cit.*

(87) « Prozedurale Rationalität... », art. cit., p. 270.

(88) « Die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts. Kommentierung zu §§ 705 ff. BGB », in *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Recht*, (R. Wassermann éd.), Neuwied, Luchterhand, 1979 ; « Die Generalklausel von "Treu und Glauben" . Kommentierung zu §§ 242 ff. BGB », in *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Recht*, (R. Wassermann éd.), Neuwied, Luchterhand, 1980, p. 44 et 84 et s. ; V. plus bas chap. VII).

(89) STREECK, Wolfgang et Philippe SCHMITTER, « Community, Market, State – and Associations? », in *Private Interest Government : Beyond Market and State*, London, Sage, 1985, p.217 ; TRAXLER Franz et Georg VOBRUGA, « Selbststeuerung als funktionales Äquivalent zum Recht ? Zur Steuerungskapazität von neo-korporatistischen Arrangements und reflexivem Recht », 16 *Zeitschrift für Soziologie*, 1987, p. 3

(90) RONGE, Volker (éd.), *Am Staat vorbei*, Frankfurt, Campus, 1980.

(91) SIMITIS, Spiros, « Juridification of Labor Relations », in *Juridification of Social Spheres* (G. Teubner éd.), Berlin, de Gruyter, 1987, p. 140 et s.

2) Le conflit entre le droit étatique et le quasi-droit des différentes sphères sociales est un deuxième champ de problèmes pour un nouveau droit des conflits. Moore (« des champs sociaux semi-autonomes ») (92), Mnookin et Kornhauser (« négociations dans l'ombre du droit ») (93), Galanter (« justice in many rooms ») (94), Cotterell (« pluralisme judiciaire ») (95), Fitzpatrick (« droit et sociétés ») (96) et Griffiths (« pluralisme juridique ») (97) ont étudié ce phénomène moderne d'un « droit indigène » en indiquant les types de conflit. Par contraste avec les conflits intersystémiques mentionnés plus haut, dans lesquels les sous-systèmes fonctionnels avec des codes, des programmes et des rationalités différents se heurtent, apparaissent ici des conflits à l'intérieur du droit lui-même, bien qu'il s'agisse d'un droit entendu dans des termes « pluralistes ». La résolution des conflits dans les entreprises, les associations, les organisations culturelles voire même dans les relations interorganisationnelles ont un caractère juridique véritable si les conflits sont définis sur la base d'expectatives obligatoires. Cette extension enlève à l'État le monopole de l'ordre juridique. « Les sociétés contiennent une multitude de sphères ou de secteurs, partiellement autorégulés, organisés selon des orientations spatiales, transactionnelles ou ethnico-familiales qui s'étendent des groupes primaires où les relations sont directes, immédiates et diffusées à des espaces (e. g. réseaux d'affaires) dans lesquels les relations sont indirectes, médiatisées et spécialisées » (98).

Quand elles servent de médiateur entre ces différents secteurs, les juridictions doivent contrôler les contrats d'adhésion, les contrats d'association et les règlements des entreprises. Autrefois, les techniques judiciaires essayaient de discerner formellement la « rencontre des volontés » et après elles ont essayé de développer les conditions nécessaires à la manifestation de l'adhésion. Plus tard, lorsque les cours reconnurent la nature asymétrique de ces accords, les techniques judiciaires prirent une allure plus substantive, en prenant en considération, si nécessaire en les modifiant, le contenu des accords standardisés. La question ici est de savoir quel critère choisir. L'idée d'un droit des conflits intersystémique peut-elle apporter quelque chose qui puisse engendrer des formules juridiques, quelques points de repère qui aillent au-delà de ces considérations purement situationnelles de l'équité ?

La réponse tient dans une reformulation de l'« équilibre des intérêts ». Cette technique judiciaire particulière peut être détachée de la référence à des acteurs individuels ou collectifs, et considérée plutôt en termes de conflit entre des réseaux de communication. Souvent, la jurisprudence puise dans la législation ce qui va lui servir de guide pour rendre un jugement équitable entre les individus et les groupes, jugement qui se construit sur la base du cas par cas. Concevoir l'équilibre des intérêts des individus et des groupes en termes de systèmes, voudrait dire que les cours engagées dans le contrôle des contrats d'adhésion ou des règlements des entreprises devraient extraire et équilibrer les régularités particulières, les demandes fonctionnelles et les principes généraux des différents champs sociaux en conflit concernés.

Ce sont, me semble-t-il, les axes le long desquels se déroulent les analyses de Joerges : elles touchent le contrôle juridique de l'ordre des systèmes privés (termes

(92) « Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Object of Study », *7 Law & Society Review*, 1973.

(93) « Bargaining in the Shadow of the Law. The Case of Divorce », *88 Yale Law Journal*, 1979, p. 950.

(94) « Justice in Many Rooms », in *Access to Justice and the Welfare State* (M. Cappelletti éd.), Firenze, Le Monier, 1981, p. 147.

(95) « The Sociological Concept of Law », *10 Journal of Law and Society*, 1983, p. 241.

(96) « Law and Societies », *22 Osgoods Hall Law Journal*, 1984, p. 115.

(97) « What is Legal Pluralism? », *24 Journal of Legal Pluralism*, 1986, p. 1.

(98) GALANTER, art. cit., p. 163 et s.

généraux, contrats à long terme). Joerges suggère une conception du droit des conflits qui peut être comprise comme un équilibre entre les politiques de concurrence, la planification étatique et les politiques de consommation. J'émettrai quelques réserves quant à l'orientation politique générale de Joerges. Le contrôle judiciaire sur les ordres privés concerne-t-il seulement les conflits sur la finalité politique ? N'est-ce pas plutôt un conflit secondaire comparé au conflit, fondamental, entre les régularités fonctionnelles du marché, l'organisation économique et les besoins de la vie privée ? Mais cette question n'est pas si essentielle. Ce qui importe, c'est de nettement détacher cet équilibre de la notion d'intérêt, plausible mais superficielle, des individus ou des groupes et le replacer dans le contexte des conflits entre les sphères sociales.

Cette vue, d'une certaine façon institutionnelle, devrait aussi prévaloir, non pas seulement comme contrôle *a posteriori* mais comme contrôle juridique des conditions constitutionnelles des sous-ordres quasi-légaux. Peu importe que ce contrôle porte sur des codes de conduite adoptés par les associations pour faire de la publicité, sur des règles de concurrence antitrust ou sur les procédures disciplinaires internes aux sociétés et associations ; ce contrôle judiciaire devrait s'exercer de façon à s'assurer que les intérêts qui se trouvent en dehors du système soient pris en considération par l'organisation en cause et ses procédures internes.

3) Finalement, un droit fonctionnel des conflits devrait s'occuper des conflits entre les différents champs du droit. Comme nous l'avons expliqué précédemment, la fragmentation du droit n'est rien d'autre que la transcription juridique de la différenciation fonctionnelle de la société. Le corps législatif comme les cours essaient *ad hoc* de réagir et d'arriver à un compromis précaire entre les demandes fonctionnelles des sous-systèmes, les objectifs du contrôle politique et les demandes internes au système juridique. Ceci donne comme résultat des champs juridiques très séparés, administrés par des experts juridiques spécialisés qui s'identifient aussi fortement aux sphères sociales correspondantes qu'au droit lui-même. Les conflits conceptuels et normatifs entre de tels champs juridiques sont inévitables et sont les problèmes auxquels aujourd'hui nous devons faire face. Il s'ensuit de considérables problèmes de légitimation. Même si la divergence entre les notions de contrat en droit civil et en droit antitrust peut être tolérée par les experts concernés, dans d'autres cas par contre les experts ne pourront pas justifier les logiques, contradictoires, des différents champs juridiques. La déduction de l'impôt sur les paiements illicites illustre ce problème. Les demandes – malgré cela, pour une restauration de l'« unité du système juridique » (99) ne peuvent avoir qu'un caractère rhétorique, ou alors elles sont manifestées dans un sens tactique, quand l'occasion est souhaitable.

La stratégie opposée est beaucoup plus sérieuse ; elle met l'accent sur la spécialisation en insistant sur la légitimité des principes spécifiques et propres à un champ juridique donné. C'est ainsi par exemple que les juristes qui appliquent les clauses générales du droit antitrust refusent d'appliquer ces principes juridiques, légitimes dans ce domaine, dans d'autres champs du droit. Un tel isolationnisme juridique ne peut prévenir les conflits institutionnels. Au contraire, la survenance de ces chocs est laissée au hasard : les cas individuels apportent des contradictions au fur et à mesure qu'ils apparaissent mais sans développer, de manière significative, une doctrine des conflits.

Un principe réaliste, et qui, en même temps, se défend d'un point de vue normatif, semblerait être le principe, opposé, de l'« autonomie relative des champs juridiques ». Bien que Walz ait développé cette théorie en la basant sur l'exemple des conflits entre le droit privé et le droit fiscal, elle peut être généralisée. En empruntant de façon explicite aux raisonnements du droit des conflits, Walz reconnaît une grande autonomie aux champs juridiques spécialisés et ne restreint cette autonomie que dans le cas où se pose

(99) WOLF, art. cit.

un problème d'« ordre public ». Chaque champ juridique développera ses structures doctrinales selon les demandes du secteur social concerné, mais dans tous les cas où se poseront des problèmes d'« ordre public », il devra respecter les principes fondamentaux et les politiques des autres champs juridiques, en les incorporant comme s'ils étaient des auto-restrictions dans sa propre doctrine. Ceci me semble être la seule manière réaliste qui permette de reformuler la vieille idée de l'unité de l'ordre juridique. Dans un système juridique caractérisé par un fort degré de différenciation fonctionnelle, l'intégration du droit ne peut se faire par le biais de valeurs ou de concepts. L'intégration provient plutôt de la possibilité de rendre l'autonomie des différents champs juridiques compatible : la reconnaissance mutuelle des principes de base de chaque champ permet un développement plus ample des principes, aboutissant à une cohérence d'ensemble.

## VII

Un droit des conflits fonctionnel requiert donc des mécanismes internes pour résoudre les conflits entre les sous-système sociaux, entre les quasi-droits des entités sociales semi-autonomes et entre les divers domaines internes au droit. Les clauses générales du droit des contrat (la « bonne foi », l'« ordre public ») illustrent bien un tel mécanisme. Le fort degré d'indétermination de ces clauses semble particulièrement approprié pour traiter des conflits entre les sphères sociales autonomes, bien que ce ne soit pas le dessein original. En effet, l'indétermination même des clauses générales et leur espace d'amplitude par l'interprétation judiciaire a justifié qu'on les considère comme le premier exemple de « matérialisation du droit privé » (100). Josef Esser (101) a décrit cette mutation fonctionnelle comme un « interventionnisme juridique qui ne connaît plus de frein », un processus où le « respect du statut et du contrat » est remplacé par le pouvoir judiciaire qui régularise, contrôle et, en dernier lieu, protège.

En un sens la critique est trop restrictive car elle ne prend en compte que l'interventionnisme étatique sur les pratiques contractuelles. Ceci restreint sans raison le rôle des clauses générales dans les conflits entre sous-systèmes. D'un point de vue d'un droit des conflits intersystémiques, les clauses générales ne filtrent pas seulement le degré d'interventionnisme étatique qui affecte le contrat mais aussi les influences qui proviennent d'autres sous-systèmes sociaux. La matérialisation qui s'ensuit est un essai d'utilisation des moyens légaux pour parvenir à une coordination – grains de sable dans les sociétés très différenciées fonctionnellement – entre les demandes sociales, contradictoires, qui se trouvent dès lors dans le contrat. Dans ce sens, la matérialisation signifie que les prévisions contractuelles deviennent dépendantes de structures normatives non consensuelles extrêmement variées, comprenant l'interventionnisme gouvernemental et coordonnant tout cela au sein même du contrat.

Pour comprendre ce point de vue de la matérialisation, il faut reformuler le rapport contractuel dans son ensemble et le définir comme étant un système autopoïétique au

(100) WEBER, *op. cit.*, p. 882 et s ; ASSMANN, Heinz-M., Gert BRÜGGEMEIER, Dieter HART et Christian JOERGES, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein/Ts, Athenäum, 1980.

(101) ESSER, Josef, « § 242 BGB und die Privatautonomie », *Juristenzeitung*, 1956, p. 556.

milieu d'un monde de systèmes autopoïétiques (102). Une telle conception remplace la théorie traditionnelle du contrat, basée sur le consensus grâce à une « rencontre des volontés », par un concept plus moderne du contrat, conçu comme une relation sociale à multiples facettes. Cette reformulation s'est faite à partir des concepts classiques du système considéré comme un tout et constitué par des éléments et leurs relations. Ces concepts incluent : la définition du contrat comme une « institution », la clarification du rapport entre les normes juridiques et les structures sociales (103), la conceptualisation du contrat comme un « organisme » (104), la production du modèle d'un ensemble vivant dont les parties collaborent de façon cohérente, la conception du contrat comme une « structure et un processus », mettant l'accent sur deux aspects centraux du système (105).

Les théories du « contrat relationnel » ont développé un point de vue similaire (106). Par contraste avec le modèle, simple, du consensus contractuel, le « contrat relationnel » est basé sur « une interaction et une coopération parmi les participants, sur l'état des valeurs et des besoins, sur le contrat considéré comme un processus, sur la marginalité du contrat juridique formel par rapport aux pratiques actuelles, sur l'ambivalence de la "juridification" du contrat par les nombreuses interventions étatiques » (107). Köndgen (108) décrit la pensée « relationnelle » du droit contractuel comme un « éloignement du dogme de la validité finale quasi-codificatrice du consensus contractuel ». Cela signifie une analyse « microscopique » des attentes et des perceptions de réciprocité des parties et une analyse « macroscopique » des changements dans les prévisions générales de l'état social moderne.

Ces idées, qui évoquent la « flexibilité particulière du contrat en rapport avec la réalité sociale » (109), ont été développées ultérieurement à partir d'une conception du contrat comme système social ouvert à l'environnement. Un contrat n'exprime pas seulement le consensus des parties, il a ses propres problèmes fonctionnels, particuliers, à résoudre pour répondre aux influences extérieures et ce tout en maintenant ses frontières (110). Le contrat est alors défini comme un ensemble d'actions dont l'ordonnancement interne ne dépend pas seulement du consensus mais, simultanément, des demandes des différentes sous-sphères sociales (111). Cette dépendance simultanée préfigure le résultat du conflit, qui met le contrat en face de demandes structurelles contradictoires.

(102) V. DEGGAU, Hans-Georg, « Die Geschäftsgrundlage. Eine methodische Irritation der Zivilrechtsdogmatik », Hannover, Typoscript, 1987 ; *id.*, « Versuch über die Autopoiese des Vertrages », Hannover, Typoscript, 1987.

(103) RAISER, « Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrechts », art. cit., p. 147.

(104) SIBERT, Heinrich, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, p. 1.

(105) LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14<sup>ème</sup> éd., München, Beck, 1987, p. 25.

(106) MCNEIL, 1980, 1983 ; KÖNDGEN, Johannes, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1981 ; SCHMIDT, Walter, *Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p. 108 et s. ; DAINITHI, Terence, « The Design and Performance of Long-Term Contracts », in *Contract and Organization*, *op. cit.*, p. 164 ; JOERGENS, « Franchise-Verträge », art. cit., p. 211 et s.

(107) JOERGENS, *ibidem*, p. 211 et s.

(108) *Op. cit.*, p. 12 et 128.

(109) GERNHUBER, Joachim, *Bürgerliches Recht*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1976.

(110) PARSONS, Talcott et Neil J. SMELSER, *Economy and Society. A Study in the Interaction of Economic and Social Theory*, London, Routledge, 1956, p. 104 et s., 143 et s..

(111) TEUBNER, « Die Generalklausel von "Treu und Glauben" », art. cit., p. 45 et s.

Le contrat comme système social est apparu récemment dans les travaux de J. Schmidt (112). Schmidt rejette, avec raison, un concept basé sur la personne où les parties au contrat apparaîtraient comme éléments. Pour lui au contraire, « les éléments du système ne sont pas des gens (empiriques) mais des interactions sociales ; c'est-à-dire des ensembles d'actions rationnellement ordonnés ». Ceci met en évidence l'environnement du contrat : le contrat développe ses structures au contact de l'économie, de la politique, du droit. Ce modèle, cependant, est emprisonné dans la théorie des systèmes ouverts (113). Les structures du contrat sont dépendantes de l'environnement du système.

Si l'on va au-delà d'une théorie des systèmes ouverts, une reformulation autopoïétique modifierait ce modèle vers une direction constructiviste, en bâtissant des niveaux additionnels d'observation (114). De ce point de vue, le contrat est dans un sens un système d'interaction autoreproductif, qui définit son propre environnement et qui, en conséquence, interagit avec lui (c'est-à-dire que l'environnement est construit communicativement parmi les parties contractuelles). Et, dans un autre sens, le contrat est un « objet d'observation » pour le droit, partie de son environnement autodéfini (c'est-à-dire le point focal de certaines communications juridiques). Des interférences mutuelles entre le contrat et le droit engendrent la dynamique de la relation contractuelle : elle n'est définie de façon exclusive, ni par les termes du consensus lui-même, ni par les diktats du droit, pas plus que par n'importe quel autre sous-système dont le contrat est l'objet.

Les éléments non contractuels du contrat (115) ne sont alors rien d'autre que la reconstruction des demandes des différentes sphères sociales dans le contrat spécifique. Ces demandes apparaissent à trois niveaux et correspondent à des niveaux différents de la formation du système : 1) au « niveau interaction », le contrat reconstruit les prévisions des partenaires contractuels, en constituant leurs relations personnelles ; 2) au « niveau institutionnel », le contrat doit traiter avec les demandes du marché et de l'organisation, en dépassant les attentes des parties individuelles à l'accord ; 3) au « niveau sociétal », le contrat doit tenir tête aux demandes des grands sous-systèmes fonctionnels tels que les domaines politique, économique et juridique. Ces différents niveaux n'ont aucun lien hiérarchique, en principe ce sont des modes distincts de formation du système, mais ils ont en commun le contrat parce qu'ils sont enchevêtrés (116).

Si nous retournons à notre question originelle relative au mécanisme interne de résolution des conflits intersystémiques, la clause générale peut être entendue comme une règle qui servirait à résoudre les conflits intersystémiques. Elle fournit un espace pour la résolution des conflits à l'intérieur de chaque niveau et, en reconnaissant l'existence des différents niveaux, elle permet leur synchronisation légale.

Le débat en cours sur les clauses générales « matérialisées » se place exactement dans ce processus : celui de la compatibilité de demandes sociales contradictoires sur une relation spécifiquement contractuelle. Dans ce sens, on peut parler d'une « socialisation » du

(112) *Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 184 et s.

(113) Similaires à la « théorie de la contingence de l'organisation », LAWRENCE, Paul et Jay W. LORSCH, *Organizations and Environment*, Boston, Harvard University Press, 1967 ; *id.*, *Developing Organizations : Diagnosis and Action*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 1969.

(114) Von FÖRSTER, *Observing Systems*, *op. cit.*

(115) DURKHEIM, Emile, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1930.

(116) Sur les trois niveaux de la formation du système, V. LUHMANN, Niklas, « Interaktion, Organisation, Gesellschaft », in *2 Soziologische Aufklärung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975, p. 9 et s.



contrat par les clauses générales, d'une irruption des « situations sociales » (117) dans le droit des contrats. Le débat actuel sur la clause générale consiste à réduire la nature indéfinie de cette socialisation, en transformant son caractère *ad hoc* en quelque chose de plus systématique, en prenant en compte les exigences sociales.

De façon plus détaillée :

1) *Au niveau interactionnel*, la sociologie juridique montre que des normes informelles parviennent à des relations contractuelles dyadiques qui entrent en compétition avec des prévisions contractuelles formalisées. Une coordination mutuelle de conduite et sa stabilisation dans le temps se cachent derrière des normes informelles dans la relation contractuelle dyadique. Ces normes informelles ont autant d'influence sur la conduite des parties que les déclarations formalisées de l'accord (118). Des chocs au niveau de l'interaction résultent de la dislocation de ces normes, au moment où les normes informelles des parties entrent en collision avec les prévisions contractuelles. Par le biais de la clause générale, le juge peut reconnaître ces conflits qui proviennent de l'interaction personnelle des parties contractantes et développent des solutions juridiques. Les normes produites par le système même d'interaction personnelle réduisent l'incertitude de la clause générale qui, en retour, rend la solution légale.

2) *Au niveau institutionnel*. Au-delà des prévisions personnelles, un ensemble de demandes générales sur le contrat est dû à son adhésion à des contextes institutionnels plus larges, comme le marché et l'organisation. Le droit des contrats peut aussi reconnaître cette contextualisation du contrat. La clause générale assume donc la coordination des « relations extérieures » du contrat, en garantissant que les obligations contractuelles s'adaptent bien aux structures institutionnelles. Pour réduire l'incertitude, le juge se base sur des standards et des idées qui dérivent du contexte institutionnel, c'est-à-dire des standards sociaux légalement sanctionnés, ou des normes autorisées aptes à jouer des rôles déterminés par le contexte institutionnel, ou enfin des rôles redéfinis de façon à ce qu'ils répondent aux intérêts de l'institution.

3) *Au niveau sociétal*. Dans une société différenciée, le contrat s'enchevêtre dans une multiplicité de sphères sociales (c'est-à-dire la « politique », l'« économie », le « droit », la « famille », la « culture », la « religion »), ce qui rend le conflit entre le contrat et les autres sphères sociales important. A mesure que la différenciation augmente, l'autonomie des sphères sociales augmente ainsi que leur interdépendance ; si les régularités séparées des sphères sociales deviennent plus fortes, les « frictions », contradictions et conflits entre elles s'amplifient aussi ; les contrats servent à stabiliser cette interdépendance en se comportant comme s'ils étaient des îlots de stabilité dans une mer de turbulences. Ils peuvent agir ainsi seulement s'ils sont aidés par des médiateurs. Comme avec les niveaux interactionnel et institutionnel, les clauses générales jouent ce rôle.

(117) STRUCKK, Gerhard, « Ungleichzeitigkeit im Zivilrecht », 10 *Demokratie und Recht*, 1982, p. 259.

(118) Pour cela, V. Max WEBER, *op. cit.*, p. 754 et s. ; GEIGER, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied, Luchterhand, 1964, p. 46 et s. ; KÖNDGEN, *op. cit.*, p. 167 et s. ; LUHMANN, Niklas, *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge & Kegan, 1985, p. 25 et s.

## VIII

Le rôle de médiateur des clauses générales dans le droit des contrats nous permet de percevoir les moyens pour venir à bout de l'indétermination juridique dans des conditions modernes. A la différence de la société hiérarchiquement ordonnée du rabbin Eliezer, ici l'incertitude ne peut être repoussée par l'intervention du plus haut dépositaire de l'autorité parce que la différenciation fonctionnelle de la société contemporaine entraîne une interdépendance latérale et non pas un ordre hiérarchique.

Pour traiter de la nouvelle incertitude, le droit doit se servir d'outils comme la clause générale pour diagnostiquer et s'occuper des faiblesses de la rationalité dans les différents discours sociaux. Suffit-il au droit de se référer à la propre rationalité du discours social, ou alors la faiblesse d'une telle rationalité nécessite-t-elle une formule juridique compensatoire pour prendre en compte les demandes de l'environnement ? Un tel programme juridique qui essaie de servir de médiateur entre les différentes sphères de la vie sociale constitue un défi de premier ordre à la capacité de réflexion de la doctrine juridique.

Est-ce que la doctrine juridique est en mesure de concilier les demandes du discours juridique avec les demandes des autres sphères sociales ?

Cette formulation vient de Luhmann lorsqu'il reformule le concept de justice, en reliant la justice aux « deux contingences des demandes sociales relatives à la stabilisation juridique de la conduite de vie d'un côté et au niveau de demande au sein du système juridique de l'autre » (119). La question est de savoir si le droit, ainsi que le suppose clairement Luhmann, peut prendre en compte des demandes sociales de façon seulement *ad hoc*, au cas par cas, allant aveuglément d'un scandale politique qui embrase la législation à un autre. Ou bien alors le discours juridique est-il capable de développer méthodiquement des critères juridiques pouvant répondre aux demandes des systèmes autopoïétiques qui l'entourent ? Si l'on donne une réponse affirmative à cette question, la justice – entendue comme la version contemporaine de *iustitia mediatrix* (120) – ne jouerait pas longtemps le rôle de médiateur, « verticalement », entre le droit positif et le droit divin des sociétés structurées hiérarchiquement. Au contraire, en réponse à la différenciation fonctionnelle, elle équilibrerait « horizontalement » les demandes d'un droit positivisé et les demandes d'une multiplicité de sphères sociales autopoïétiquement fermées.

Les deux types de médiation, « vertical » ou « horizontal », réduisent seulement l'impact du paradoxe originel du droit en le laissant latent et en dernier lieu en échouant dans l'accomplissement de la « déparadoxification ». La hiérarchie des sources du droit du rabbin Eliezer, coiffée par l'obscur déclin du droit divin ou du droit naturel avait symbolisé la latence de ce paradoxe. Avec son équivalent moderne, la différenciation fonctionnelle des systèmes sociaux sert aussi de mécanisme de répression rendant invisible le paradoxe fondamental. Comme avec n'importe quel mécanisme de répression, le paradoxe refoulé du droit revient continuellement par la porte de service : « Et Dieu rit... ».

(119) « *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft* », 4 *Rechtstheorie*, 1973, p. 131 ; *id. Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, Kohlhammer, 1974.

(120) PLACENTINUS, « *Quaestiones de iuris subtilitatibus* », 1192, in *Quaestiones de iuris subtilitatibus des Irnerius* (Hermann Fitting éd.), Berlin, Guttentag, 1894.