

Existe-t-il encore des normes indispensables dans notre société ?

Niklas Luhmann

Numéro 3, 2021

La désorganisation postmoderne des sociétés

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1090186ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1090186ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Collectif Société

ISSN

2562-5373 (imprimé)

2562-5381 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Luhmann, N. (2021). Existe-t-il encore des normes indispensables dans notre société ? *Cahiers Société*, (3), 293–313. <https://doi.org/10.7202/1090186ar>

Résumé de l'article

Dans nos démocraties libérales, les droits fondamentaux ont, entre autres, acquis le statut de droits inviolables, indispensables sur le plan national et international. Par son article, Niklas Luhmann pose le problème de leur inviolabilité. Il démontre par l'exemple de la lutte antiterroriste en quoi le discours de l'invulnérabilité des droits fondamentaux est une illusion face aux responsabilités politiques de la protection de l'ordre public. Par l'exemple extrême du combat antiterroriste, le sociologue nous révèle l'inadéquation des limites de l'État de droit aux discours politiques. Pour autant, Niklas Luhmann ne cède pas à la tentation du rejet de la notion de droits fondamentaux comme la critique du « droits-de-l'homme », mais veut montrer que, sous les auspices de la modernité, le discours des normes absolues n'a pas de sens et que leur inviolabilité doit se comprendre autrement. Elle désigne plus modestement les difficultés juridiques et constitutionnelles entourant leur exemption. La nécessité des droits fondamentaux s'épuise dans, et fait place à, leur contingence dans la réalité politique.

© Collectif Société, 2021



Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

éru
dit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Existe-t-il encore des normes indispensables dans notre société¹ ?

Niklas LUHMANN

I

Suivant une bonne tradition de juristes, la présentation d'un cas pourrait nous mettre à l'unisson sur le thème de cette conférence². Imaginez que vous êtes un officier de police de haut grade. Dans votre pays – et cela pourrait être l'Allemagne dans un avenir pas si lointain – il y a de nombreux terroristes de gauche et de droite et, chaque jour, des meurtres, des attaques à la bombe, de nombreux innocents sont tués ou blessés. Vous avez attrapé le responsable de ce groupe. Si vous le torturez, vous pourriez probablement sauver beaucoup de vies humaines – dix, cent, mille vies humaines – nous pouvons faire varier le cas. Le feriez-vous ?

En Allemagne, l'affaire semble simple. On doit se référer à la Constitution. L'article premier (la dignité humaine) n'a pas prévu d'exception³. Le non-juriste s'étonne tout d'abord que la norme soit formulée comme un fait. Est-ce donc possible que torturer ne viole pas la dignité humaine ? Le juriste fera connaître une meilleure formulation du problème. Jusqu'ici ça va. Si on ne le peut pas conformément à la justice, du moins on le peut conformément au droit.

Il y a dans la *common law*, qui ne procède pas de manière aussi positiviste, une discussion extensive pertinente à ce sujet. La question est de savoir si chaque question juridique peut se décider ou non, en dernière instance, sur la base de considérations relatives aux conséquences – on pourrait alors influencer cette décision en manipulant l'évaluation des conséquences. Ou s'il y a ou non des droits indispensables qu'il faut

1. Traduction de L. Sosoe basée sur la version de l'article parue dans Niklas Luhmann, *Die Moral der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 2008, p. 228-252.

2. Conférence prononcée à l'Université de Heidelberg en 1992 et publiée une année plus tard aux éditions C. F. Müller. C'est ce qui explique pourquoi cet article ne se retrouve pas dans la liste bibliographique de Niklas Luhmann à la fin de l'ouvrage consacré à son œuvre : *Luhmann Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*, O. Jahraus, A. Nassehi et al. (dir.), Stuttgart, J.B. Metzler, 2012.

3. Voir Winfried Hassemer, « Unverfügbares im Strafprozeß », dans A. Kaufmann, E.-J. Mestmäcker et H. F. Zacher (dir.), *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Francfort, V. Klostermann, 1988, p. 183-204.

respecter indépendamment de toutes les conséquences⁴. Il est frappant qu'il soit question de *droits* et non, par exemple, de *devoirs* comme le suggéreraient Pufendorf, Kant et surtout le droit juif⁵. L'insistance sur les droits est peut-être un héritage libéral, mais elle a l'avantage qu'on peut l'utiliser en même temps dans un sens technique juridique pour disposer des pouvoirs de recours. En outre, dans le monde entier, il est question des droits de l'homme et non des devoirs de l'homme. Cependant, cette question ne nous avance pas plus quant à la décision, car nous aurions encore à prendre une décision préliminaire : existe-t-il des droits inaliénables qui doivent être respectés quelles que soient les conséquences de la décision ?

Pour compliquer la décision et la rendre ultimement indécidable, on peut varier le cas hypothétique. Les terroristes disposent d'une bombe atomique et il s'agit de la trouver et de la désamorcer. Procéderiez-vous à la torture ?

Il n'est pas de la compétence du sociologue de prendre la décision ou même d'en recommander une (« après avoir porté l'attention requise à l'ensemble des circonstances », comme disent les juristes). En tant que sociologue, on s'intéresse au *problème* ; ou comme on pourrait le dire sur la base de certains critères, à *la forme du problème*. On ne peut que se tromper. C'est un cas de « choix tragique⁶ ». Alors que dans les cas ordinaires, les juristes n'ont pas de doute d'avoir raison quand ils font la distinction entre le juste [*Recht*] et l'injuste [*Unrecht*] et décident en conséquence (peu importe comment la décision est justifiée), ce cas pourrait se présenter inversement : on est injuste quand on distingue entre le juste et l'injuste. La solution habituelle du paradoxe de l'autoréférence du code juste/injuste, qui consiste à doubler la valeur positive et à déclarer légale la distinction elle-même, ne fonctionne pas. Ou alors, elle fonctionne seulement si on applique à la valeur négative la même opération de résolution du paradoxe. Comme dans les anciennes tragédies grecques, l'affirmation de la justice est déjà en elle-même une injustice. Le code lui-même doit être d'abord produit, institutionnalisé, exempt de paradoxe. Athéna intervient, établit le tribunal de l'Aréopage et se réserve la décision des « causes difficiles » (comme le disent les Américains de leur façon inimitable).

Puisqu'il manque à notre droit une légitimation religieuse, nous ne pouvons pas considérer cette issue. Nous ne disposons pas non plus de l'institution des jugements divins à l'aide desquels les « causes difficiles » étaient décidées⁷. Nous savons

4. Voir principalement Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, HUP, 1978.

5. Voir par exemple George Horowitz, *The Spirit of Jewish law*, New York, 1973, [1953] p. 7 sq.

6. C'est ainsi que le formulent les économistes. Voir Guido Calabresi et Philip Bobbitt, *Tragic choices*, New York, W.W. Norton & Company, 1978.

7. Voir Jean Bottéro, « L'ordalie en Mésopotamie ancienne », *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa, Classe di Lettere e Filosofia*, sér. III, vol. XI, 1981, p. 1005-1067. Voir aussi Salem Alafenish, « Der Stellenwert der Feuerprobe im Gewohnheitsrecht der Beduinen des Negev », dans F. Scholz et J. Janzen (dir.), *Nomadismus. Ein Entwicklungsproblem ?*, Abhandlungen des Geographischen Instituts,

certes, grâce à Gödel, que nous devons « gödéliser » les problèmes des paradoxes internes et avons besoin pour ce faire de références externes ; mais, en même temps, depuis Saussure, le développement de la sémiologie nous apprend que ces références externes n'existent pas et qu'un système demeure dépendant des distinctions qu'il a introduites lui-même.

Par ces réflexions, nous n'avons certes pas obtenu de décision, mais plutôt l'idée qu'il s'agit d'un problème d'un niveau théorique élevé. Ici, il convient en tout cas d'éviter tout jugement moral (et cela signifie aussi toute construction éthique du problème) parce que cela ne pourrait que discréditer moralement l'une ou l'autre option⁸ et chasser le démon du droit par le Belzébuth de la morale. Je propose en revanche de recourir à une analyse sociologique, donc de tirer parti de la distance prise par le sociologue par rapport au système juridique. D'emblée, il doit être clair que le juriste ne peut en attendre une proposition de décision. Mais une certaine réorganisation sémantique du savoir peut être utile – du moins dans l'effort d'atteindre une formulation du problème qui convienne à la société moderne.

Car, il se pourrait qu'une longue tradition nous accuse d'erreur de commande dans la façon de poser le problème. Peut-être attendons-nous encore, mais vraisemblablement sans succès, une correspondance entre la décision et un principe, une formule salutaire finale, un système dans le sens de Kant ou une loi universelle valide *a priori*⁹. Cependant, le fondement ultime de toute décision réside peut-être non dans un principe, mais dans un paradoxe.

II

La distance prise par le sociologue ne commence pas avec l'épineuse question de décider si dans notre société moderne il y aurait ou non des normes indispensables. Elle réside plutôt, de façon générale, dans la conception du normatif lui-même. Par le concept de norme, les juristes (et ceci s'applique également aux éthiciens) présupposent l'existence de quelque chose de particulier qui est désigné depuis le XIX^e siècle comme « validité » et distingué de l'existence d'un fait. Ils procèdent

Anthropogeographie, vol. 33, Berlin, Dietrich Reimer, 1982, p. 143-158.

8. Il y a ici quelques réserves préoccupantes dans le droit juif – mais, de nouveau, c'est en raison d'une légitimation religieuse. Voir Robert M. Cover, « The Supreme Court, 1982 Term — Foreword : Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, vol. 97, n° 1, 1983, p. 4-68.

9. Sur la tradition, voir par exemple Girolamo Cardano, *De Uno*, 1663, cité d'après Hieronymus Cardanus, Caroli Sponii (dir.), *Opera Omnia I*, Lyon (réimpr. Stuttgart-Bad Cannstatt, 1966), p. 277-283 : « *Unum bonum est, plura verò malum* » [Il n'y a qu'un seul bien, mais véritablement beaucoup de mauvaises choses]. Voir aussi la garantie de procéder de haut en bas opposée aux aristotéliens, p. 279 : « *non ergo tendunt in unum se ab uno procedunt* » [c'est pourquoi ils ne tendent pas vers l'un, mais procèdent de l'un].

avec cette présupposition parce que, pour le système juridique, il s'agit d'ordonner les faits selon les normes et de décider si un comportement correspond à la norme ou la viole. C'est pourquoi le système juridique cherche, dans la *distinction* entre normes et faits, la base de sa propre manière d'observer le monde. En revanche, la sociologie est libre de traiter les normes aussi comme des faits – naturellement comme des faits d'une sorte particulière. Une construction possible est de concevoir les normes comme des formes *d'attentes contrefactuelles*, c'est-à-dire des attentes de comportement qui ne se laissent pas irriter par des comportements factuels, mais sont encore maintenues même quand elles sont déçues¹⁰. La distinction rectrice n'est pas faits/normes, mais apprentissage/non-apprentissage. La manière ordinaire de s'exprimer alignée sur le « *Sollen* » donc en termes de « validité », est conçue comme une expression du droit de refuser d'apprendre et du droit de maintenir des attentes quand bien même elles sont déçues. Mais il s'agit toujours d'attentes réellement occurrentes, constatables, donc d'états de fait dans le système social de la société que l'on peut saisir dans des communications empiriquement connaissables. Cela devient ainsi une question de faits de déterminer si la communication « normes indispensables » dans une société a du succès ou non, de quoi elle dépend, de quels tests (le cas : des terroristes disposent d'une bombe atomique) et à quelles épreuves de vérité l'acceptation d'une telle norme est soumise.

Dans une autre terminologie, on peut décrire l'invention culturelle de la normativité comme un *dédoublement de la réalité* – comme on peut distinguer le jeu du sérieux ou distinguer, selon l'évolution du langage, les signes linguistiques de ce qu'ils désignent ; ou quelque chose de similaire s'appliquant à l'hypothèse d'un sens religieux en arrière-fond du monde phénoménal ou à la distinction dans le système de l'art entre réalité fictionnelle et réalité réelle – peu importe comment, dans de tels cas, on se représente le couplage et les possibilités de traverser les limites. Il n'y a aucun doute que la communication langagière se déroule réellement, même si elle n'« est » pas ce qu'elle « désigne ». Il n'y a non plus aucun doute que le comportement conforme aux normes est réellement attendu, même si – et particulièrement si – il doit être distingué du comportement attendu et ne pas être confondu avec ce dernier. C'est à l'aide de ces dédoublements de la réalité que l'on gagne la possibilité d'une représentation plus précise de la réalité réelle [*realer Realität*], de cultiver une réalité dure et factuelle parce qu'on l'a distinguée et qu'on peut l'observer de l'autre côté de la distinction. Du point de vue de l'histoire culturelle, il ne sera pas faux de penser d'abord à la sémantique de la transcendance religieuse et l'on voit que l'art aussi bien que le droit apparaissent à travers des processus lents de différenciation qui ensuite génèrent leurs propres formes de comparaison, donc aussi leurs propres descriptions de la réalité

10. Voir Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2^e éd., Opladen, Westdeutscher, 1983, p. 43 sq. Aussi, du même auteur, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1993.

réelle¹¹. Le durcissement de la réalité n'est possible que par la fiction, l'individualisme nominaliste des faits (Occam et ses successeurs) crée ses propres fondements dans une théorie du langage qui lui correspond et légitime son déficit de réalité par de simples habitudes (Hume) et aujourd'hui par des analyses statistiques qui ne disent rien d'un cas concret¹². Et cela s'applique aussi au droit positif d'aujourd'hui.

À la différence des sociétés qui partaient d'une assise religieuse du monde, nous contemporains [*Heutigen*] ne pouvons plus intégrer dans un principe transcendantal ces descriptions de réalité reposant sur des dédoublements [*Verdoppelungen*]. Même le sujet transcendantal a échoué dans cette perspective (et dans d'autres). Notre société se décrit elle-même « polycontextuellement¹³ », c'est-à-dire à l'aide d'une pluralité de distinctions avec lesquelles un observateur désigne ses objets et qui servent en même temps à le distinguer de ses objets, donc à le placer dans un « *unmarked space*¹⁴ » à partir duquel il peut observer quelque chose, mais pas s'observer lui-même.

Pour les réflexions suivantes sur le thème de l'indispensabilité de certaines normes, ces considérations accordent la liberté de dire comment le système juridique décrit ce problème et de découvrir ainsi avec un regard sociologique des faits non arbitraires. Nous abandonnons ainsi la façon plus typique de la sociologie de poser la question, d'examiner le caractère « institutionnalisable » des normes. Il s'agit ainsi, en dernière instance, de la question de savoir si, et dans quelles perspectives, une attente normative est normativement attendue et surtout si, et comment, cette attente normative de l'attente normative peut être assumée sans information¹⁵. De cette manière, on pourrait certes parvenir à l'analyse empirique des chances sociales de succès de la normalisation, mais non au problème qui nous intéresse ici, celui de savoir si, et avec quels moyens sémantiques, le système juridique peut justifier l'*indispensabilité* des normes.

III

Examine-t-on les tentatives de la théorie juridique et de la philosophie juridique de démontrer ou de justifier les normes indispensables que le regard se tourne

11. Pour une poétique de la vieille Europe, voir par exemple Heinz Schlaffer, *Poesie und Wissen : Die Entstehung des ästhetischen Bewußtseins und der philologischen Erkenntnis*, Francfort, Suhrkamp, 1990.

12. George Spencer Brown, *Probability and Scientific Inference*, Londres, Longmans, 1957.

13. C'est la terminologie de Gotthard Günther. Voir par exemple : « Life as polycontextuality », dans Gotthard Günther, *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, vol. 2, Hambourg, Felix Meiner, 1979, p. 283-306.

14. Selon George Spencer Brown, *Laws of Form*, réimpr. New York, E. P. Dutton, 1979 [1969].

15. À ce sujet, l'ouvrage de Floyd Henry Allport vaut toujours la peine d'être lu : *Institutional Behavior : Essays toward a re-interpreting of contemporary social organization*, Chapel Hill, UNCP, 1933.

aujourd'hui encore vers le droit naturel. Déjà, le fait qu'on ait parlé de l'« éternel retour du droit naturel » devrait nous servir d'avertissement¹⁶ et Norberto Bobbio en a déduit un manque de maturité¹⁷. Mais puisque le concept appartient au groupe du petit nombre de notions qui demeurent dans la discussion et puisqu'on a toujours attendu du droit naturel une protection contre les atrocités politiques, ce qui vient immédiatement à l'esprit c'est de l'examiner. Ce faisant, on tombe sur certaines bizarreries de la tradition qui n'existent presque plus dans le débat aujourd'hui. Cela vaut aussi bien pour la conception aristotélicienne de nature que de quelques références tirées du code civil romain.

Pour Aristote, la nature était distinguée de la technique, des produits fabriqués, et était déterminée par cette distinction. Appartenaient également à la nature, entre autres, des êtres qui, tel l'être humain, peuvent s'observer, mais aussi des cités et d'autres corps sociaux. Se demande-t-on, par conséquent, comment sa propre nature et la nature des autres peuvent s'observer qu'on tombe sur l'instruction suivante : l'observateur doit porter son attention sur l'état parfait et non sur l'état corrompu¹⁸. Apparemment, la nature peut en conséquence avoir un état naturel et un état contraire à la nature. Ainsi, apparaît-elle à l'observateur, qui a en conséquence à l'esprit l'existence d'un état de chose [*Seinssachverhalt*] paradoxal en lui-même. Ce paradoxe est dissous par l'hypothèse d'une autonormalisation de la nature dans le sens de sa propre perfection. La nature est conçue d'une façon téléologiquement ordonnée et Aristote part de l'hypothèse que, dans la plupart des cas, la nature atteint ce vers quoi elle est orientée. Il ne reste plus qu'à s'occuper des résidus déficients. L'ordre économique domestique et l'ordre politique, entre autres choses, y pourvoient. Aujourd'hui, ce concept de nature n'est plus usité et la relation correspondante qu'il implique entre normalité et normativité ne pourrait plus nous convaincre non plus.

Il est difficile de discerner dans les textes classiques du code civil romain dans quelle mesure précisément cette conception de la nature a joué un rôle. Mais on y trouve quelque chose de tout à fait semblable. Dans un passage d'Ulpien, amplement utilisé au Moyen Âge, on distingue le droit naturel du *ius gentium* (droit des gens) du droit civil, mais il n'est considéré d'aucune manière comme un droit supérieur. Le droit naturel se distingue plutôt par le fait qu'il gouverne tous les êtres vivants, donc les êtres humains et les animaux¹⁹. La conséquence en est qu'on doit saisir le

16. Voir la publication beaucoup citée de Heinrich Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2^e éd., Munich, J. Kösel, 1947.

17. Voir Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 2^e éd., Milan, Edizioni di Comunità, 1972 [1965], p. 159 *sq.* et aussi p. 190.

18. Aristote, *Les Politiques* 1254a 36/37 (formulé par *skopein*, donc observer !). Voir aussi Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIae, q. 57 a.2 ad primum « *Natura autem hominis est mutabilis, et ideo id quod naturale est homini, potest aliquando deficere* » [La nature de l'homme est mutable et c'est pourquoi l'homme, ce qui lui est naturel, peut lui manquer quelquefois].

19. Voir D. 1.1.1.3 : « *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit* » [Le droit est naturel en ce

développement civilisationnel comme une *déviaton du droit naturel*²⁰. Le mariage pose des limites à l'instinct naturel de reproduction. La propriété restreint l'égal accès de tous à tous les biens (de la présumée communauté originelle des biens). Les institutions comme l'esclavage, le servage ou le travail contractuel salarié restreignent ce que l'on doit présupposer comme une liberté naturelle. Aussi bien les légistes que les canonistes du Moyen Âge construisaient en conséquence la condition légale dans la société comme une déviation du droit naturel alors que – et là nous rencontrons encore un paradoxe caché – ils utilisaient les concepts de *communitas*, d'*universitas*, de *civitas* pour désigner des corps naturels²¹.

Le traitement du problème ne change pas fondamentalement si on travaille au XVII^e siècle avec la doctrine du contrat social (*pactum socialis*). Seulement, cela ne fait que mettre plus nettement en relief le paradoxe fondamental. Le point de départ se trouve dès lors dans l'hypothèse de la liberté qu'on peut individuellement gérer. Cela signifie précisément que renoncer à la liberté sur la base de raisons bien considérées fait partie de la liberté. Plus tard, on intégrera plus clairement encore le paradoxe dans le concept même de liberté et on le dissoudra dans ce dernier par une distinction visant précisément la liberté, à savoir la distinction entre *libertas* et *licencia*²².

Dans cette version, la sémantique historique du droit naturel a pu accompagner l'ordre féodal et sa désintégration, l'État territorial naissant qui se développait, puis la transition vers une compréhension absolutiste de l'État, même celle d'un absolutisme éclairé. Et même la transition vers l'État constitutionnel d'obédience libérale se sert encore du droit naturel²³. Contrairement à tout ce qu'on a supposé et postulé après 1945, la sémantique du droit naturel séduit précisément par sa capacité d'adaptation. L'idée des droits de l'homme et de leur caractère inaliénable est entrée

que la nature enseigne à toutes les créatures]. Il est du reste frappant que la nature enseigne à elle-même. Donc, le droit naturel ne doit pas être enseigné ni appris ni étudié. L'étude se rapporte aux textes, pas à la nature !

20. Pour preuves, Rudolf Weigand, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, Munich, Max Hüber, 1967.

21. Il y a un texte souvent cité de Gaius de D. 4.5.8 qui lui correspond et qui affirme qu'un changement de l'état du droit (ici *capitis deminutio*) n'invalide pas les lois naturelles : « *quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest* » [parce que la raison civile ne peut pas corrompre les lois naturelles]. Comme toujours, les décisions légales s'accordent bel et bien, mais pas les formules mnémoriques et fondatrices que le Moyen Âge puisait alors des textes.

22. Du reste, parce que cette distinction rend utilisable le concept de liberté par la « déparadoxisation », elle peut servir aussi bien les visées plutôt conservatrices que celles plus révolutionnaires ; il est tout simplement question d'exclure l'arbitraire du concept. Voir par exemple Christian Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum, Pars I*, § 150 sq., cité d'après l'édition Francfort-Leipzig, 1740, réimpr. Hildesheim, Georg Olms, 1972, p. 90 sq., et Richard Price, *Observations on the nature of civil liberty : The Principles of government, and the justice and policy of the war with America*, 2^e éd., Londres, 1776, p. 12 sq.

23. Pour l'époque moderne et pour la transition vers le XIX^e siècle, voir Diethelm Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1976.

dans la discussion seulement vers la fin du XVIII^e siècle et ceci dans des États qui, à l'instar des États-Unis d'Amérique, connaissaient encore l'esclavage, la persécution des opposants religieux, l'expropriation massive des « royalistes », mais aussi, signe dans ce cas de modernité, bien des profits colossaux provenant de la spéculation. Or, tout cela nous permet d'appuyer l'idée qu'il n'est resté du droit naturel qu'une coquille vide, utilisable de façon ronflante et qui a besoin d'être constitutionnellement transposée en droit positif. En tout cas, rien ne découle du sens historiquement déductible de la loi naturelle qui pourrait répondre à notre question sur la validité des normes indispensables dans la société d'aujourd'hui.

IV

Comment avait-on pu supposer indispensable qu'une norme quelconque *en elle-même* de par sa propre nature contiendrait la garantie d'une validité inviolable ? Dans l'ancien monde cela a été garanti par les mythes des origines – qui pour leur part constituaient des dissolutions des paradoxes d'un commencement sans « avant ». Depuis le début de la modernité, la métaphore de la « source du droit » reprend cette fonction²⁴. Derrière l'idée d'une origine sans précédent se cache le paradoxe d'une décision qui construit une possibilité dans laquelle elle (la décision) n'a pas lieu²⁵. Par quoi cette supposition est-elle plausible ? Manifestement pas par le fait qu'on continue à chercher l'origine de l'origine ou la fondation de la fondation. La métaphore a le sens de mettre un point final à la réflexion ; elle a la fonction de rendre invisible le décideur de la décision. Et, si elle est plausible, c'est donc pour d'autres raisons.

On peut supposer comme sociologue que les déploiements de paradoxes de ce type ou d'autres types – à savoir la substitution de distinctions avec des identités fixes – doivent leur plausibilité à leur adéquation sociale-structurelle. Cela exige des analyses sociologiques du savoir. Pour cela nous n'utiliserons plus l'approche Marx-Mannheim qui recourait à la classe ou à la position et en dernière instance à des intérêts (conscients ou inconscients) spécifiques aux acteurs. Nous le remplaçons par l'hypothèse d'une connexion entre la sémantique de la société et la forme dominante de la différenciation systémique²⁶.

24. En l'absence de recherches approfondies sur ce sujet suivant le modèle de l'histoire des idées, on peut lire René Sève, « Brèves réflexions sur le droit et ses métaphores », *Archives de philosophie du droit*, vol. 27, 1982, p. 259-262. On trouvera beaucoup de matériel également chez Juan B. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982.

25. Voir G. L. S. Shackle, « Imagination, formalism, and choice », dans M. J. Rizzo (dir.), *Time, uncertainty, and disequilibrium : Exploration of austrian themes*, Lexington, Lexington Books, 1979, p. 19-31.

26. Voir comme introduction Niklas Luhmann, « Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition », dans, du même auteur, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, vol. 1, Francfort, Suhrkamp, 1980, p. 9-71.

Il est facile de montrer que la sémantique du droit naturel (si on l'accepte dans le sens précédent) s'accorde avec les impératifs immanents à la société de noblesse, donc avec une différenciation stratifiée, et acquiert par là sa force de conviction. Qu'une société avec des exigences d'organisation plus élevées doive être fondée sur la déviation du droit naturel reflète précisément les réquisits de différenciation d'une couche sociale noble. La généalogie de la famille doit être assurée à travers la lignée, donc à travers le mariage, peu importe ce que la pulsion naturelle de reproduction fournit en termes de pathologie. La noblesse doit pouvoir imprimer par son nom son droit de propriété foncière et la défendre, peu importe que surgissent encore d'autres besoins²⁷. Les systèmes sociaux stratifiés exigent l'inégalité de rang et de répartition des ressources et y voient une condition vitale (indispensable !) de l'ordre social. S'y ajoute le fait que le travail doit être fait et donc que les libertés doivent être limitées ; ce n'est que beaucoup plus tard qu'on a pu s'appuyer pour cela sur un attrait suffisant du gain et de la dépense d'argent, donc sur le travail salarié.

Il peut être curieux que cet ordre soit déclaré une *dévi*ation du droit naturel. Mais cela suffit manifestement pour décrire ce qui le rattache à la nature – telle qu'elle est donnée de toute éternité dans un cosmos des essences ou telle qu'elle est créée par Dieu – et donner des justifications spécifiques aux déviations respectives. Cette « déparadoxisation » des paradoxes est plausible dans l'ordre existant où d'autres possibilités ne sont pas en vue.

Il en va de même pour le concept aristotélicien de nature. Il peut être immédiatement copié dans l'autoreprésentation de la noblesse. La noblesse exige la bonne extraction et la compétence (*arété*, *virtus*), donc une nature qui n'est déjà pas d'elle-même ce qu'elle est, mais qui a besoin d'attention et de soin. Une abondante littérature fleurissant encore pendant les crises de la noblesse des XVI^e et XVII^e siècles discute de la hiérarchie de ces critères²⁸. Les doctrines de l'éducation insistent sur le fait que l'adolescence est particulièrement mise en danger par la passion et la séduction. Mais cela se rapporte à des enfants de naissance noble, *condition*, *qualité*²⁹. Pour les juristes,

27. Cela ne doit pas nécessairement être assuré, et normalement ce ne l'est pas, en termes de propriété individuelle dans le sens juridique du terme et cela ne présuppose même pas une distinction claire du droit pénal et du droit civil pour l'attribution de l'autorisation de gouverner et de se défendre. C'est d'abord l'économie monétaire qui a contraint, surtout à sauvegarder le crédit, les droits individuels de disposer, donc de dissoudre l'ordre féodal. Voir là-dessus et sur les conséquences de la première inflation anglaise autour de 1200, Robert C. Palmer, « The Origins of property in England », *Law and History Review*, vol. 3, n° 1, 1985, p. 1-50 ; du même auteur, « The Economic and cultural impact of the origins of property : 1180-1220 », *Law and History Review*, vol. 3, n° 2, 1985, p. 375-396.

28. Parmi la vaste littérature secondaire, voir par exemple, Claudio Donati, *L'Idée di Nobilità in Italia : Secoli XIV-XVIII*, Rome, Bari, Laterza, 1988 ; Arlette Jouanna, *L'idée de race en France au XVI^e siècle et au début du XVII^e*, 2^e éd., Montpellier, Impr. de recherche Université Paul Valéry, 1981 ; Ellery Schalk, *From valor to pedigree : Ideas of nobility in France in the sixteenth and seventeenth centuries*, Princeton, PUP, 1986.

29. N.d.t. : en français dans le texte original.

il est clair en tout cas qu'un paysan, aussi vertueux soit-il, ne pourrait pas devenir noble³⁰. Il fallait un ennoblissement ou la certification de l'appartenance à une vieille noblesse. L'ambivalence du concept de nature se confirme, pourrait-on dire, dans une discussion à laquelle il ne manque pas de clarté ni de critères pour gérer ces problèmes aussi longtemps que la société se différencie sous la forme de la stratification.

Aujourd'hui, la société est autrement construite et cela a des conséquences importantes qui s'étendent à tous les détails de la sémantique sociale. La forme première de différenciation sociale est passée de la stratification à la différenciation fonctionnelle. Cette dernière se rattache avant tout à la position sociale des individus eux-mêmes. Car, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, l'insistance sur l'individualité de l'individu a été le mécanisme sémantique par lequel l'ancien ordre a été miné. La position sociale des individus ne vient plus de leur origine, mais de leur carrière – qui certes est différemment favorisée ou défavorisée par leur origine. Mais l'influence de l'origine (comme éventuellement de la race ou du sexe) n'est qu'une parmi d'autres dans un mécanisme d'intégration complexe qui présente d'abord une structure temporelle, à savoir que les positions acquises constituent les conditions pour atteindre d'autres positions, chaque pas dépendant de la collaboration contingente d'auto-sélection et d'hétéro-sélection (par exemple liés à la conjoncture économique).

Cela correspond à une orientation temporelle dans laquelle le passé et le futur ne sont déjà plus liés par les nécessités/impossibilités assignées à travers des formes essentielles, mais doivent être plutôt couplés par des décisions. Cela implique qu'on attribue ce qui ne peut plus être changé à des décisions et qu'on planifie les décisions en termes de séries de décisions qui en (les décisions planifiées) sont dépendantes, mais qu'on ne peut pas encore déterminer. C'est pourquoi le temps n'est plus vécu comme dans la différence entre *aeternitas/tempus*, si bien qu'il ne peut plus y avoir des normes invariables du point de vue temporel. La différence temporelle dominante est celle du passé et de l'avenir et seule la limite, qui sépare les deux côtés de la forme temporelle, compte comme le présent, mais ne peut plus être située dans la forme. C'est pourquoi l'orientation sociale aussi doit s'ajuster à l'insécurité et au risque, au fait qu'« au moment suivant les choses peuvent être autrement³¹ », et il s'agit de développer des formes d'arrangement sociales qui supportent cette instabilité et y acquièrent de la maturité. Cela s'applique également à la projection de normes à l'aide desquelles on tente de soumettre les attentes futures au schème conforme/déviant et ainsi de distribuer des positions favorables/non favorables – avec la réserve que la décision peut changer.

30. « *Rusticus, licet probus, dives & valens, tamen non dicitur nobilis* » [Un paysan peut être vertueux, riche et robuste, mais il n'est jamais appelé noble], lit-on chez Bartolus, *De Dignitatibus*, fol. 45 v et ad 52, cité d'après l'édition *Omnia, quae extant, Opera*, Venise, 1602, vol. VIII. En réalité, les relations n'étaient en aucun cas aussi claires, surtout lorsqu'il était question d'exonération fiscale.

31. Voir Niklas Luhmann, *Soziologie des Risikos*, Berlin, W. de Gruyter, 1991.

La raison de ce degré d'individualisation et de cette temporalisation réside dans la différenciation systémique fonctionnelle. Cette dernière ne permet pas d'affecter des individus concrets à un système de fonction déterminé et uniquement à ce système de telle sorte qu'un individu « existe » seulement juridiquement, l'autre existe seulement du point de vue de l'éducation, le suivant, seulement économiquement et un autre encore seulement politiquement. L'inclusion sociale doit plutôt être tenue ouverte et il faut accorder à tous les individus l'accès à tous les systèmes de fonction. C'est précisément pour cela que la liberté et l'égalité sont conçues comme des normes abstraites de telle sorte que le degré de limitation des libertés et de l'inégalité résulte des régulations de l'inclusion dans les systèmes de fonction. La raison du choix de cette forme de norme réside en ce que le futur est imprévisible et qu'on doit s'attendre à ce que des conséquences inconnues découlent des actions. C'est pourquoi il ne peut pas y avoir non plus une hiérarchie sociale des sous-systèmes entre eux, donc pas de représentation de la société dans la société, mais les influences des sous-systèmes les uns sur les autres, qui sont plus intenses que dans l'ancien ordre, changent de situation en situation et ne peuvent pas être socialement contrôlées – et ceci pour des événements se déroulant de façon séquentielle aussi bien que simultanée, à telle enseigne que l'environnement interne à la société devienne incontrôlable pour les systèmes.

Si cette analyse est correcte dans ses grands traits, cela doit avoir des conséquences pour le thème de l'indispensabilité d'une ou de plusieurs normes fondamentales. Il serait certainement précipité de conclure à un « décisionnisme », à un relativisme ou à un arbitraire fondamental du genre « *anything goes* ». Ce ne sont que de simples dévaluations qui s'imposent quand on ne veut pas renoncer aux certitudes du vieux monde. On doit au contraire pouvoir s'attendre à ce qu'une telle structure d'opérations contingentes, structure organisée de façon récursive, non hiérarchique, mais hétérarchique, génère « des valeurs intrinsèques » [*Eigenwerte*] et projette des « *inviolable levels* » correspondant à leur type d'ordre³². La question est de savoir : sous quelles formes ?

V

Si on regarde attentivement ce que la société moderne elle-même recommande, le slogan est : valeurs. Le concept de valeur a une longue histoire à plusieurs pistes, qui, cependant, n'apportent rien à notre question. Cela s'applique aussi bien au

32. Sur « *Eigenwerten* » en relation avec le concept logique-mathématique, voir Heinz von Foerster, « Objects : Tokens for (Eigen-) Behaviors », dans du même auteur, *Observing Systems*, Seaside, Calif., Intersystems Publications, 1981, p. 273-285, et d'autres chapitres dans ce volume. Sur les « *inviolable levels* » comme formes du déploiement des paradoxes de l'autoréférence, voir Douglas R. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach : An eternal golden braid*, Hassocks et New York, Harvester, 1979, particulièrement p. 686 sq.

concept de *valor* pour la noblesse qu'à la distinction économique entre valeur et prix. Déjà au XVIII^e siècle, on trouve un concept de valeur non spécifique, utilisé plus occasionnellement. Toutefois, ce concept ne gagne le plus haut rang sémantique qu'au XIX^e siècle. C'est la première piste de l'adoption d'une sémantique spécifiquement moderne.

Certainement que le concept doit son appréciation à la philosophie – en partie à la distinction philosophique entre l'être et la validité, en partie au néokantisme, en partie à la phénoménologie, dans tous les cas à la faim insatiable d'aprioris. Entre-temps, le concept [de valeur] s'est démodé en philosophie. En revanche, il paraît indispensable pour la formulation des programmes de partis politiques et pour la jurisprudence de la Cour fédérale constitutionnelle [allemande]. Pour ce qui concerne les formulations, elle [la valeur] remplace ici une orientation selon une véritable analyse de la situation sociale à laquelle la politique est confrontée et une orientation selon la forme classique de la doctrine juridique (par exemple : les droits subjectifs). Ce concept marque exactement ce que nous cherchons : la pertinence maximale avec un contenu normatif. C'est pourquoi on aimerait savoir plus précisément à quoi se rapporte ce concept (en dehors du rapport à lui-même). Pour la sociologie, cela devrait signifier : à quel type de réalité.

Dans les comportements communicatifs courants, l'usage des jugements de valeur fait apparaître que ces derniers ne sont pas affirmés sous forme de thèses, mais par implication. Les valeurs « sont valides » par la façon dont la communication est sous-entendue. On part du présupposé qu'il y a consensus sur les appréciations de valeurs, qu'on peut recourir à des précompréhensions. Quand on parle du tabagisme on suppose que c'est nocif pour la santé, et que tous les participants préfèrent la valeur positive santé et non la valeur négative maladie ; ou préfèrent la vie à la mort, la paix à la guerre, la liberté à la servitude, la démocratie à la tyrannie, etc. La question « pourquoi ? » est omise parce que les thématiques explicites sont déjà comprises dans la communication de telle sorte que l'acceptation ou le rejet du sens imposé entre en considération. Rien que la simple insinuation de cela dans la communication manquerait le sens de la validité de la valeur [*Wertgeltung*] ou serait à tout le moins comprise comme une provocation. Donc les valeurs sont valides sans justification, c'est ce qu'indique l'observation d'une communication se déroulant réellement. Alors, on ne peut même pas exiger qu'elles soient justifiées. C'est pourquoi les valeurs servent en pratique à stopper la réflexion. Si cela ne fonctionne pas, de plus petits systèmes se différencieront dans lesquels cela fonctionnera. Du point de vue de la communication télévisée normale, de telles déviations semblent radicales, fondamentalistes, ésotériques. Elles sont traitées à l'aide de sémantiques de prise de distance, bien que, en termes de genèse et de validité, le même mode soit à l'œuvre comme dans le domaine des valeurs universellement acceptées. Même les différenciations, l'absence de proximité, même les controverses et les luttes ne remettent donc pas en question la sémantique des valeurs *comme forme*. Ceci peut

aussi servir d'indicateur pour un « *inviolable level* », un lieu profond remplaçant la nature et la raison dans la détermination de normes.

Comme les étoiles dans le ciel, les valeurs sont innombrables ; c'est pourquoi on a besoin de valeurs fondamentales pour exprimer l'importance. Des concepts traditionnels tels que liberté, égalité, justice, paix, sécurité, dignité, bien-être et solidarité sont utilisés pour souligner un statut particulier³³. L'ordre de référence des valeurs lui-même se raffermirait encore davantage. Mais même s'il s'agit de valeurs qu'on peut facilement citer, cela ne change rien au mode de validité qu'elles impliquent. On ne peut pas dans le cours de la communication – surtout dans ce cas – demander si ces valeurs sont acceptées ou rejetées.

Dans cette forme, avoir des valeurs est facile. Si certaines valeurs deviennent discutables, de nouveaux « *inviolable levels* » se forment. Mais il y a un hic : rien dans les valeurs ne permet de résoudre des conflits de valeurs. Comme on le dit souvent, il n'y a pas d'ordre hiérarchique (transitif) de sorte que certaines valeurs soient toujours préférées à d'autres, que la liberté soit, dans tous les cas, plus importante que la sécurité, la paix toujours plus importante que la liberté, la justice toujours plus importante que la paix, etc. La question de la préférence est décidée d'avance en relation à la valeur opposée (la paix est meilleure que la guerre), mais non pas en rapport avec des exigences contradictoires des différentes distinctions entre les valeurs et les non-valeurs. Différentes valeurs ne s'excluent pas mutuellement, elles permettent toujours d'ajouter de nouvelles valeurs. Elles nous sont toutes disponibles comme des pistes d'orientation dans le système. Les théoriciens des valeurs fondent leur espoir là-dessus pour la stabilité. Les collisions de valeurs demeurent limitées à des cas individuels, mais c'est précisément les cas où les valeurs doivent démontrer leur pertinence pratique. Elles perdent leur valeur directive précisément quand on en a besoin. Et l'inverse est vrai aussi : parce que les décisions ne sont à prendre que lorsque les valeurs posent des exigences conflictuelles (autrement, la décision aurait été prise³⁴), les décisions elles-mêmes demeurent non réglées.

Il peut être utile à titre de comparaison de voir comment ce problème de collision est résolu sur le plan des programmes conditionnels typiques du droit. Ou cela se passe selon des règles de suppression : le nouveau droit casse l'ancien droit, ou

33. Des concepts traditionnels – pour prendre en compte le fait que ces concepts changent de sens et partiellement de forme linguistique lors de la transition de la société différenciée par strates à la société fonctionnellement différenciée. En ce qui concerne la dignité, Pufendorf a déjà ajusté *dignitas* à *dignatio*. Au XVII^e siècle, *securitas* retranche les vieilles connotations religieuses pour une autoprotection mesurée. Au XVIII^e siècle, la liberté s'est singularisée. Au XIX^e siècle, la solidarité apparaît pour la première fois et avec elle, une référence aux conséquences de la différenciation fonctionnelle (d'abord, l'industrialisation) est déjà signalée.

34. On peut ajouter avec Heinz von Foerster : « *Only those questions that are in principle undecidable, we can decide* » (« Ethics and second-order cybernetics », *Cybernetics and Human Knowing*, vol. 1, n° 1, 1992, p. 9-19).

(quand il s'agit de droit constitutionnel) l'inverse. Ou alors on introduit la collision dans le schème de la règle et de l'exception. On confirme la règle, comme on dit, lorsqu'on concède des exceptions. De cette manière, le droit produit croissance, différenciation et commensurabilité des cas sous des formes qui, comme telles, peuvent être transmises. Cependant, tout cela ne peut être transposé sur le plan des valeurs. Une valeur n'élimine pas l'autre en cas de conflit, et il n'existe pas non plus de gain en complexité sous la forme de règles/d'exceptions prêtes à l'emploi. On peut décider seulement *ad hoc* des collisions de valeurs parce qu'on a besoin des indices tirés de la situation pour justifier la pondération [*Werteabwägung*] des valeurs. Cela s'applique surtout quand plus de deux valeurs sont en jeu. Plus il y a de valeurs, et plus le chaos est important sur le plan de la décision.

Nous avons là encore un paradoxe éventuel. On peut le mettre sous la forme d'une théorie modale. Les valeurs sont *nécessaires* pour donner un appui aux décisions dans l'incertitude. Les décisions conduisent cette *nécessité* à la forme de la *contingence*. De son côté, la nécessité du respect des valeurs devient une évaluation contingente qui – au moment de décider – peut s'avérer différente selon la constellation des valeurs, la situation de la décision et les influences sur le cours de la décision. La jurisprudence et la doctrine juridique parlent de « pondération des valeurs³⁵ », mais il s'agit d'une formule qui montre son unité seulement tant qu'elle ne trahit pas les résultats auxquelles elle parvient, donc qui ne dit pas (comme c'est typique pour tout déploiement de paradoxe) qu'elle ne dit pas ce qu'elle ne dit pas. Bien entendu, ce n'est pas une « erreur » qui serait à réprimander, mais une sémantique transitoire qui permet la formation de décisions précédentes que l'on peut prendre en considération par la suite à l'aide de la technique juridique approuvée de l'analyse juridique des raisons d'une décision ou qui peuvent être davantage développées dans un processus du *distinguishing and overruling*.

Tant qu'il est question de valeurs et de décisions, la société opère sous la condition de l'*incertitude autogénérée*³⁶. Elle crée d'abord le « cadre³⁷ » qui détermine qu'on ne doit pas fixer d'avance ce qui en résultera. On doit d'abord s'habituer aux conséquences qui en découlent pour l'interaction sociale, pour la mise à jour continue de compréhensions modifiées, et pour la culture d'autoprésentation correspondante.

On peut douter que quelque chose de similaire à un concept de jurisprudence de style classique puisse s'en dégager. Peut-être que le développement va plutôt dans la direction des précédents, typiques de la *common law*, avec un besoin complexe

35. Pour de nombreux exemples, voir Hans-Martin Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes*, 2^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 1991, p. 378 sq.

36. Comme dans un contexte différemment spécifié, Karl-Heinz Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie : Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1992.

37. « Frame » dans le sens d'Erving Goffman, *Frame analysis : An essay on the organization of experience*, Cambridge, HUP, 1974.

correspondant en connaissance des décisions et avec un autre style d'argumentation moins conceptuel. C'est une pratique déjà largement répandue dans le droit continental visant à autoriser les recours. En aucun cas, ni le caractère arbitraire des décisions ni les influences externes sur la pratique juridique ne peuvent être déduits de la fondation paradoxale du droit. On doit plutôt s'attendre à des autoformations internes mal synchronisables du système juridique. Mais ce serait alors une caractéristique typiquement prévisible dans le cas d'un système social fonctionnellement différencié : les changements plus lents et en même temps plus rapides se déroulent simultanément dans les systèmes à différenciation fonctionnelle et la synchronisation y devient toujours plus difficile.

De cette façon, plus que cela n'a été reconnu officiellement, le problème du caractère indispensable des normes spécifiables ou de l'inventaire de ces normes est dissous. La solution de remplacement, déjà pratiquée, prévoit seulement encore comme formule d'unité un paradoxe pouvant être déployé. On peut construire rétrospectivement l'histoire du problème comme si cela avait toujours été le cas. Mais c'est une histoire écrite pour notre temps. Dans la société d'aujourd'hui, il s'agirait de l'idée que le problème ne réside pas dans la différence entre la fidélité aux principes et l'arbitraire. Les principes devraient être si généralisés qu'ils ne disent plus rien. D'un autre côté, considéré dans les faits, l'arbitraire ne survient pas dans la réalité sociale. C'est pourquoi la question peut être seulement de savoir si dans l'avenir on pourra préserver ou non l'autonomie, la détermination et la clôture opérationnelle du système juridique³⁸. Il n'est donc plus question que ce système puisse structurer sa propre autonomie, développer le paradoxe de l'unité de ses propres distinctions (même celui de l'égal et de l'illégal) et arriver à s'en sortir avec la nécessité de la contingence. L'indispensabilité de la norme – c'est l'autopoïèse du système.

VI

Même dans ce cas le problème des *tragic choices* demeure, soit le problème du droit à la violation du droit. De Kant à Habermas, on peut observer une recherche de solutions proches du concept de l'autonomie du système. Pour Kant, « la paix perpétuelle » ne peut être garantie que par des États qui accordent aux individus la protection juridique³⁹. Habermas ajoute à ce desideratum le point de vue de la participation

38. Sur ces concepts, voir Niklas Luhmann, « Operational closure and structural coupling : The Differentiation of the legal system », *Cardozo Law Review*, vol. 13, n° 5, 1992, p. 1419-1441 ; ainsi que la discussion qui suit. Plus en détail : Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1993 (trad. fr. Lukas K. Sosoe, *Le droit de la société*, Québec, PUL, 2020).

39. Voir le traité de Kant *Vers la paix perpétuelle* ; voir Fernando R. Tesón qui élabore le point de vue de Kant : « The Kantian theory of international law », *Columbia Law Review*, vol. 92, n° 1, 1992, p. 53-102.

démocratique des personnes concernées à la procédure constitutionnelle⁴⁰. Les deux propositions sont modernes dans la mesure où elles évitent une anticipation dogmatique (métaphysique, religieuse, indiscutable) des décisions justes qui trieraient d'avance les béliers et les moutons. Mais les deux propositions sont déterminées par l'irréalisme et l'ignorance du droit [*Weltfremdheit und Rechtsferne*]. Ni Kant ni Habermas ne posent le problème du droit à la violation du droit. Pour les deux, la solution du problème réside dans des institutions qui permettent de se soumettre aux idées de la raison. De son côté, la raison est traitée comme un tribunal ou comme une source d'idées qui, sous condition d'une communication sans contrainte, permet précisément ce qu'elle présuppose, à savoir la compréhension sans coercition. Mais si jamais la négation existe, il n'y a pas seulement des autoréférences positives, mais également négatives, et la situation du monde contemporain attire le regard plutôt sur le problème de la décision entre justice et injustice [*Recht und Unrecht*] faite d'une façon non conforme au droit – par exemple, dans le cas de la torture, mentionné au début, dans des cas d'intervention internationale ou encore dans des cas de condamnation rétroactive de « crimes » qui, au moment où ils ont été commis, étaient protégés par le droit positif (mais prétendument pas par le droit « supra-positif »).

S'y ajoute le fait que, malgré la société mondiale communiquant de façon planétaire par de nombreuses interdépendances dans tous les domaines de fonction, les postulats de l'autonomie fonctionnelle – l'État de droit (constitutionnel) et la démocratie – n'ont pu s'imposer que dans peu de régions⁴¹, c'est-à-dire à un point tel que les violations y sont traitées comme des cas isolés à l'aide de procédures appartenant au système qu'elles ont violé. À l'échelle planétaire, cela constitue plutôt l'exception que la règle et ceci bien que nulle part aucune autre possibilité ne soit en vue. Un diagnostic général devrait faire apparaître que la société mondiale s'est adaptée à la différenciation fonctionnelle. Cependant, dans beaucoup de domaines (y inclus l'économie, la politique et le droit), une forme de différenciation aussi invraisemblable du point de l'évolution ne peut s'imposer – mais aucune autre ne le peut !

L'apparition massive des « *tragic choices* » semble correspondre à cette situation : le développement économique à la faveur de l'exclusion d'une grande partie de la population ; la démocratisation seulement par le despotisme présidentiel et autres choses similaires ; les garanties juridiques seulement par le droit à la violation du droit. Si on se limite à l'examen du système juridique (ce par quoi on écarte, entre autres, les problèmes plus compliqués d'une éthique appropriée à tout), on trouve

40. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp, 1992.

41. Voir Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne : Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, Duncker und Humblot, 1992.

alors des exemples de notre problème de la paradoxalité du code légal-illégal du système qui ont été juridicisés avec un parfait succès – un cas célèbre et un cas moins célèbre, mais hautement pertinent.

Le cas classique est le cas de la dérogation, la violation illégale du droit par le détenteur du pouvoir politique suprême⁴². Au Moyen Âge, ce droit à la violation du droit était considéré comme une composante de la *iurisdictio* englobante et était ainsi rapproché des régulations d'exception – par exemple, la préservation des privilèges. Le début de l'ère moderne y voyait le problème de la « raison d'État. » C'était ainsi qu'étaient justifiés les assassinats commis par l'État de Venise (les intérêts de la République ont la préséance sur les droits des personnes privées⁴³ !). Cependant, ce ne devait être qu'à regret [*seufzend*] uniquement dans des cas d'urgence. Sur cette base, parallèlement au développement d'un droit à l'expropriation contre un dédommagement fondé sur le *dominium eminens*, l'idée d'un droit éminent dans l'état d'urgence a été acceptée. Au XVIII^e siècle, cela relève du répertoire de l'autorité légale normale du souverain⁴⁴ et enfin des affaires qu'une constitution doit régler.

Un autre développement moins célèbre du droit part de la prémisse que l'exercice des droits ne peut pas aller contre le droit : « *Qui suo iure utitur neminem laedit* » [Celui qui agit selon ses droits ne fait de mal à personne]. Mais alors on devrait interdire tout ce qui pourrait éventuellement porter préjudice aux autres. L'alternative rigoureuse « soit légal, soit illégal », qui est et demeure raisonnable comme code du système, prendrait donc effet au niveau du programme du système. Pour éviter cela, des figures juridiques ont été inventées qui prévoient qu'on peut être tenu pour responsable (responsabilité stricte) des préjudices même si ces derniers résultent de l'exercice irréprochable (conforme au droit, sans culpabilité) du droit⁴⁵. Cela suppose

42. Pour l'exemple de textes plus anciens, voir Alessandro Bonucci, *La derogabilità del diritto naturale nella scolastica*, Pérouse, Bartelli, 1906. Voir aussi Rodolfo de Mattei, « Il problema della deroga e la "Ragion di Stato" », dans E. Castelli (dir.), *Cristianesimo e Ragion di Stato*, Rome, Fratelli Bocca, 1953, p. 49-60 ; du même auteur, *Dal premachiavellismo all'antimachiavellismo*, Florence, G. C. Sansoni, 1969.

43. Voir par exemple Giovanni Maria Memmo, *Dialogo nel quale dopo alcune filosofiche dispute : si forma un perfetto principe et una perfetta republica, e parimente un senatore, un cittadino, un soldato, et un mercatante*, Venise, 1563, p. 12 : « *Et Meglio e, che un Cittadino privato patisca a torto, che permettendogli, si tanta lizencia, e autorità, egli si faccia lecito a una Republica fare ogni opera, quantunque ingiusta, derivando da quella una tanta utilità, quanta e la libertà publica* » [Et c'est mieux que le citoyen privé souffre une injustice, que de se permettre autant de licence et d'autorité, et d'opprimer légalement sa liberté publique pour la conservation de ce qui est légal dans une république bien que l'injustice arrive de ce seul usage, aussi bien que la liberté publique].

44. Par exemple, Carl Weitzel, *Von der Macht weltlicher Regenten wider die göttliche (sic) Rechte Gesetze zu geben*, Francfort, Leipzig, 1749.

45. Un ouvrage emblématique de l'apparition de cette tendance est celui de Josef Esser, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung : Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatsrechts*, Munich, C. H. Beck, 1941. Pour la problématique du code « juste-injuste », voir Rudolf Merkel, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen*, Strasbourg, Trübner, 1895. La façon

l'institution secondaire de l'assurabilité et la possibilité de répercuter les coûts sur les prix – et à nouveau : l'égalité de traitement juridique des concurrents sur le marché.

On a seulement besoin d'utiliser un peu le pouvoir de l'imagination pour s'apercevoir que notre cas de torture a une structure similaire. C'est pourquoi on pourrait penser à une solution juridique similaire – indépendamment de toutes considérations legalistes en référence à l'article premier de la Constitution fédérale allemande. Par exemple, la permission de la torture sous la supervision des cours internationales, la surveillance télévisée de la scène à Genève ou au Luxembourg, l'intervention télécommandée, la supervision par télécommunication, le transfert de la distinction légal-illégal sur le compte de l'option de la victime d'être un héros ou un traître. Dans l'ensemble, aucune solution n'est pleinement satisfaisante. Mais il n'est pas non plus satisfaisant de s'abstenir de faire quoi que ce soit et de sacrifier des innocents au fanatisme des terroristes.

VII

Au niveau planétaire, on peut observer une attention croissante aux problèmes des droits de l'homme. Certes, la fondation de la vieille ou de la nouvelle Europe sur la nature et sur la raison pouvait difficilement convaincre. Les droits de la « liberté » et l'« égalité » sont peu appropriés pour fonctionner comme des droits de l'homme. En eux-mêmes, ils sont construits de façon paradoxale. Cela signifie qu'ils incluent leur contraire et doivent pour cela toujours être modifiés légalement ou par contrat. À cet égard, on ne peut en centraliser la disponibilité. Ce que l'on peut toutefois observer, c'est une façon de générer des normes sur la base d'événements scandaleux auxquels les médias de masse donnent un écho planétaire. Qu'il y ait des textes qui interdisent telle chose, ou qu'il y ait des gens qui les établissent et qui les ratifient ou non, ne joue aucun rôle. Nous ne sommes pas obligés de comparer le texte de loi et la conduite pour conclure que quelque chose viole ou non la loi. À un niveau beaucoup plus immédiat, le scandale lui-même peut produire une norme (qui n'avait pas du tout été formulée auparavant) dans des cas comme la déportation et le déplacement forcés [de populations], la disparition mystérieuse de personnes s'accompagnant d'une obstruction à l'enquête par l'État, l'incarcération illégale et la torture, ainsi que les assassinats politiques de toute sorte. Celui qui réagit avec indignation dans de telles situations et exprime des attentes contrefactuelles ne doit pas s'attendre au

d'argumenter de la *common law*, qui, partant du concept d'objets dangereux, est parvenue à des résultats comparables, se trouve bien décrite chez Edward H. Levi, « An introduction to legal reasoning », *University of Chicago Law Review*, vol. 15, n° 3, 1948, p. 501-574. Une discussion animée s'est engagée récemment aux États-Unis sur le coût énorme des dédommagements et sur les limites de l'assurabilité qui, à cause des conséquences économiques, fait souffrir des personnes totalement innocentes. Voir George L. Priest, « The New legal structure of risk control », *Daedalus*, vol. 119, n° 4, 1990, p. 207-227.

dissensus ; c'est presque comme si le sens de la norme était couvert par des pouvoirs sacrés. La genèse des normes suit le modèle de Durkheim, elle se prévaut de la colère publique⁴⁶. Une mise en forme juridique, une régulation du droit international peut s'y rattacher, mais ne peut pas assumer le rôle d'une source du droit.

La tendance dominante, surtout depuis la Deuxième Guerre mondiale et la décolonisation du globe, est d'élargir les droits de l'homme – aussi bien dans le sens de l'exigence d'un respect planétaire que d'en étendre le contenu. Parallèlement au développement de l'État-providence, le concept de la protection des droits de l'homme a été complété, si ce n'est remplacé, par un concept de soutien public. On regroupe les besoins déclarés fondamentaux et les intérêts de l'être humain et on exige remède⁴⁷. Cela correspond exactement au concept de valeur traitée plus haut et crée pour tous ceux qui s'en occupent, professionnellement ou occasionnellement [*feiertäglich*], un bon point de départ de communication. La question de savoir comment des conflits de valeurs peuvent se résoudre peut être mise de côté pour le moment. Politiquement, cette notion de droits de l'homme sert de base aux exigences adressées par des pays plus pauvres aux pays plus riches. En même temps, par cette extension, on en arrive à un degré terrifiant de violation des exigences minimales de la dignité humaine. L'inflation de l'idée et de la terminologie peut conduire à l'impression répandue que les droits de l'homme sont de toute façon méprisés (on parle d'« idéaux »), et que par rapport à cette question, tous sont assis dans une maison de verre. C'est pourquoi, il est recommandé de restreindre la discussion des droits de l'homme aux problèmes de violation de la dignité humaine⁴⁸. Si cela n'arrive plus, on peut continuer à chercher, avec la prudence habituelle des juristes.

En fonction de cela, il faudrait distinguer les causes : les « expériences d'injustice exemplaire⁴⁹ » sont une chose, la consternation et l'outrage (impuissant) une autre. Il ne doit s'agir en aucun cas d'un travail social de style mondial de chercher une

46. Voir Émile Durkheim, *De la division du travail social*, 2^e éd., Paris, PUF, 1973 [1893], particulièrement le chapitre II, p. 35 sq.

47. Voir seulement Winfried Brugger, « Menschenrechte im modernen Staat », *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 114, 1989, p. 537-588 ; du même auteur, « Stufen der Begründung von Menschenrechten », *Der Staat*, vol. 31, 1992, p. 19-38 – toutefois avec le danger de l'« inflation » (1992, p. 31) et de l'idéologie (1992, p. 30) qu'on ne peut éviter par ce concept. Eibe H. Riedel s'exprime de manière sceptique relativement à l'applicabilité juridique de la fondation anthropologique, *Theorie des Menschenrechtsstandards : Funktion, Wirkungsweise und Begründung wirtschaftlicher und sozialer Menschenrechte mit exemplarischer Darstellung der Rechte auf Eigentum und Arbeit in verschiedenen Rechtsordnungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 205 sq. et p. 346 sq.

48. Aussi Heiner Bielefeldt, « Die Menschenrechte als Chance in der pluralistischen Weltgesellschaft », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 21, 1988, p. 423-431.

49. Voir Brugger, *op. cit.*, 1989, p. 562 et *op. cit.*, 1992, p. 21 sq., sur les distinctions « expériences d'injustices exemplaires » et « expériences de souffrances exemplaires » et avec un catalogue différencié. Par le dernier sens mentionné, je comprends les formulations de Heiner Bielefeldt, *op. cit.*, 1988, p. 430 : des expériences historiques concrètes d'injustice. Mais on devrait les raffiner pour distinguer les insatisfactions scandaleuses des insatisfactions justifiées.

norme qui échappe à tous les conflits d'intérêts. Que ce ne soit pas ici une objection contre le travail social et l'aide au développement devrait aller de soi. Toutefois, compte tenu de l'opportunité politique et des possibilités économiques limitées, il s'agit de problèmes d'un autre calibre. Des violations des droits de l'homme, éprouvées unanimement au niveau mondial, on ne peut parler qu'en termes d'événements absolument inacceptables, où la pondération du pour et du contre n'est plus possible, et où on ne peut tout au plus en attendre qu'une compréhension en termes de choix tragiques. D'injustice, dans tous les cas.

On pourrait dans cette situation remplacer la sémantique des *droits* de l'homme par la sémantique des *devoirs* de l'homme. Cela signifierait tenir les gouvernements des États responsables, du moins dans le sens d'établir de l'ordre dans leur territoire. Et cela correspondrait à une tendance croissante de structurer plus solidement le système social mondial de la politique et de ne pas seulement comprendre l'organisation des États comme l'expression de la volonté du « peuple », mais, d'abord et avant tout, comme une exigence internationale relative aux questions d'organisation d'ordre.

Mais il faut aussi considérer ce qui a été abandonné par ce changement de terminologie. Le discours des droits subjectifs avait été un programme de déploiement de paradoxes. Il s'agissait d'accorder aux droits subjectifs une validité objective, c'est-à-dire de reconnaître socialement l'individualité et de faire de l'insociabilité de l'individu le fondement de la régulation du système juridique de la société. Indépendamment de toutes les controverses juridico-théoriques qui pourraient indiquer le caractère illogique de cette idée, elle a fait ses preuves dans la pratique juridique. Mais, précisément, cette figure s'est aussi avérée être le principe de base de tous les excédents de revendications possibles, jusqu'à la prétention d'organiser le droit et la politique selon l'opinion propre de l'individu. On peut le tolérer ou non selon les conditions cadres de la politique, mais si cela aboutit aux luttes des individus les uns contre les autres, l'État (aussi longtemps qu'il existe encore) ne peut se contenter d'observer passivement seulement parce qu'il donne raison aux différentes parties. On peut en arriver à la perte de plausibilité du programme du déploiement du paradoxe des droits subjectifs – mais pas nécessairement à l'abandon de la figure technique juridique. Cependant, le programme mène certainement à des questions de pertinence de cette figure quand se pose le problème de l'indispensabilité de certaines normes vitales au système.

Par conséquent, cette analyse change donc aussi la façon dont l'indispensabilité des normes devient un problème. D'un point de vue réaliste, il ne s'agit pas de formules conclusives d'un édifice normatif, ni de principes, ni d'une norme fondamentale ou d'une valeur suprême qui contient et dépasse tout. Mais il ne s'agit pas non plus de reporter la décision jusqu'à ce que des discours menés sans coercition aient abouti à un résultat raisonnable susceptible de produire le consensus parmi des individus perspicaces censés uniquement établir des conditions procédurales. Cognitivement, il s'agit de paradoxes, d'autoblocages de la connaissance qui ne sont pas à résoudre

logiquement, mais de façon créative. D'un point de vue normatif, il s'agit de scandales avec un potentiel générateur de normes. Le problème est d'une très haute acuité à cette époque contemporaine, face aux réalités de la société mondiale et face à un défaitisme intellectuel qui s'étend et qui y réagit. Ultimement, la question à laquelle cette situation nous confronte est naturellement : que peut-on faire ? Mais une question préliminaire indispensable est de savoir : comment peut-on observer et décrire de manière adéquate ?

(Traduit par Lukas K. Sosoe. Revu et corrigé par Yvette Lajeunesse.)