

POUR UNE ÉPISTÉMOLOGIE CONSTRUCTIVISTE DU DROIT

GUNTHER TEUBNER

« *Law and society* » en question

L'ouverture du droit à des disciplines voisines, particulièrement à l'économie, à la sociologie et à l'histoire, représente l'un des phénomènes les plus surprenants du droit moderne. Les mouvements *law and society* et *law and economics* ont marqué une irruption spectaculaire de l'interdisciplinarité dans la science du droit, en rompant le splendide isolement du formalisme juridique traditionnel. Ceci s'est accompagné d'une transformation progressive de la fonction primaire du droit : la solution des conflits a fait place à la régulation de la société. C'est sur une base réaliste et individualiste que se sont développées les idées, aujourd'hui prédominantes, d'une régulation juridique de la société.

Considérés comme fondements épistémologiques de la pensée juridique moderne, le réalisme et l'individualisme représentent pourtant le problème majeur d'un échange interdisciplinaire fécond. C'est en vain que la pensée juridique instrumentale moderne réagit au retour de la grande théorie¹ et à l'invasion du post-structuralisme, de la théorie critique, de la théorie du discours et de l'autopoïèse dans le monde socio-juridique. La décentration du sujet et la dissolution constructiviste de la réalité sociale privent les nouvelles sciences sociales de tout effet significatif en droit. L'idée moderne de régulation recourt en effet à des « acteurs ». Qu'il s'agisse d'individus ou d'acteurs collectifs pourvus d'intentions, de buts et de stratégies, la régulation présuppose des sujets. Son fonctionnement fait également appel à des objets humains, dont les motifs et les comportements doivent être influencés, et la résistance vaincue. Par ailleurs, la régulation juridique recourt à une « réalité ». Le droit doit être en mesure d'influencer effectivement la réalité sociale, au moyen d'un savoir adéquat des enchaînements de causalité propres à la situation régulatoire. Il faut alors pouvoir disposer des modèles d'efficacité et des recherches sur l'efficacité du droit que développent la sociologie et l'économie juridiques.

Une approche constructiviste du droit devrait se distancier nettement des réifications de cette « métaphysique quotidienne » — nous reprenons ici les termes polémiques qu'utilise Pizzorno pour désigner le réalisme épistémolo-

FIGURES DE DISCOURS

gique et l'individualisme méthodologique qui ressortent des développements de la sociologie et de l'économie du droit consacrés à la régulation². L'anti-réalisme n'équivaut cependant pas à un retour aux positions de l'idéalisme épistémologique. L'anti-individualisme ne peut davantage être assimilé au holisme méthodologique ou au collectivisme. Il n'est pas question de renouveler les anciennes dichotomies réalisme/idéalisme et individualisme/collectivisme, qui dominèrent les débats de théorie du droit durant la première moitié du xx^e siècle. Au contraire, la sociologie juridique se fixe aujourd'hui un double objectif. D'une part, elle cherche à remplacer le réalisme épistémologique par un nouveau constructivisme social. D'autre part, elle cherche à destituer l'acteur rationnel de l'individualisme méthodologique au profit de construits sociaux comme le discours, l'auto-réflexion sociale et l'auto-organisation.

Que signifie pour le droit cette réorientation radicale de la théorie sociale ? Pour le droit, le point crucial est la combinaison du changement dans l'épistémologie et de la nouvelle perception de l'individualité : le constructivisme écarte l'hypothèse de réalité naïve d'après laquelle les acteurs humains forment, par leurs actions intentionnelles, les éléments de base de la société. De cette combinaison découlent les thèses principales de cet article :

1. Dans une épistémologie sociale constructiviste, les perceptions juridiques de la réalité ne peuvent se doubler d'une réalité sociale « extérieure », qui leur correspondrait d'une manière ou d'une autre. C'est plutôt le droit, comme sujet épistémique autonome, qui construit de lui-même une réalité sociale.

2. Ce ne sont pas les individus humains qui produisent, par leurs actions intentionnelles, le droit comme artefact culturel. C'est au contraire le droit comme processus communicationnel qui produit, par ses opérations juridiques, les acteurs humains comme artefacts sémantiques.

3. Puisque la société moderne se caractérise par une fragmentation en différentes épistémès, mais aussi par leur interférence mutuelle, le discours juridique est pris dans un « piège épistémique ». En raison d'une simultanéité de dépendance et d'indépendance à l'égard des autres discours sociaux, le droit moderne oscille en permanence entre des positions d'autonomie et d'hétéronomie cognitives.

Constructivisme et autopoïèse

Depuis Berger et Luckmann³, la « construction sociale de la réalité » est devenue monnaie courante en sociologie⁴. Nos trois thèses montrent cependant que l'on peut développer une compréhension du constructivisme social qui dépasse de loin l'idée reçue d'une influence des institutions sociales, des communautés scientifiques et des cultures de laboratoire sur la perception et la pensée des acteurs individuels. Une épistémologie sociale ne se contente absolument pas de dire que les « intérêts des agents sociaux » répondent de la manipulation du savoir⁵. Les traditions de pensée du post-structuralisme, de la théorie critique et de la théorie de l'autopoïèse, dont nous mesurerons l'intérêt pour une épistémologie constructiviste du droit, ont en tout cas donné au « social » une signification bien plus radicale dans la production du savoir. Les conséquences de cette radicalisation sont importantes pour le constructivisme juridique dont

il nous faut ici tracer les lignes. Que signifie exactement l'affirmation ambiguë d'après laquelle le droit « constitue » une réalité autonome ? Que veut-on dire en qualifiant l'individu de pur construit social ou juridique ? Et peut-on dire en un sens non métaphorique que le droit « pense » ?

La persistance du syndrome réalisme/individualisme dans la pensée juridique contemporaine ne relève pas tant de sa validité interne que d'un manque d'alternatives crédibles. Les alternatives traditionnelles, idéalisme épistémologique et collectivisme méthodologique, semblent, à juste titre, peu séduisantes. Mais ces alternatives sont-elles vraiment les seules disponibles, elles qui se présentent comme des « structures impersonnelles pourvues d'une vie propre », et qui donnent à croire que « les êtres humains sont asservis aux exigences de ce cycle vital constructeur ou destructeur, au gré des décisions de l'esprit du monde »⁶ ? Évidemment non. Parmi les mouvements de mode amples et diffus qui courent sous le signe du « constructivisme social » et de la « décentration du sujet », j'aimerais souligner une théorie assez nettement définie : la théorie de l'autopoïèse. Je chercherai alors à montrer ce qu'une compréhension plus profonde du constructivisme social signifie pour le droit.

La théorie de l'autopoïèse⁷ radicalise le constructivisme épistémologique⁸. Toute connaissance, qu'elle soit psychique ou sociale, qu'elle soit scientifique, politique, morale ou juridique, est une construction purement interne du monde : la cognition n'a aucun accès à la réalité « out there ». Toute activité cognitive, qu'il s'agisse d'une étude théorique ou d'une recherche empirique, est une construction interne du processus de connaissance. Chaque procédure de vérification, même lorsqu'elle prétend tester la validité des modèles, n'est qu'une comparaison interne de constructions du monde conditionnées différemment. Cette version radicalisée d'un constructivisme social ne laisse par ailleurs aucune place à l'idée du sujet humain comme fondement de la cognition⁹. L'autopoïèse sociale repose exclusivement sur la communication, définie comme synthèse d'expression, d'information et de compréhension, qui produit récursivement la communication¹⁰.

La construction sociale de la réalité doit être nettement distinguée de sa construction psychique. C'est ici que se situe l'importante différence entre Luhmann et Habermas, qui rassemble communication et conscience dans le concept ambigu d'intersubjectivité. C'est aussi sur ce point que prend place la différence par rapport à Foucault, pour qui le sujet ne représente qu'une construction historiquement contingente de constellations discours/pouvoir variables. Dans la théorie de l'autopoïèse, les processus psychiques forment en effet un réseau reproductif original — l'autopoïèse psychique — qui n'est accessible qu'à lui-même et reste inaccessible à toute communication. Les processus communicationnels forment par ailleurs un réseau auto-reproductif original — l'autopoïèse sociale — qui n'est accessible qu'à lui-même et reste inaccessible aux processus psychiques. Les individus humains réapparaissent certes dans ce monde de la communication, mais simplement comme des construits communicationnels, des artefacts sémantiques qui ne correspondent pas à la conscience, aux processus autopoïétiques du monde psychique¹¹. Les processus psychiques et sociaux coexistent donc, ils sont « couplés » par synchronisation et coévolution, mais leurs opérations ne se recouvrent pas. Nous nous trouvons face à une symétrie de constructions de la réalité : les processus

FIGURES DE DISCOURS

psychiques produisent des construits mentaux de la société, et les processus sociaux des construits communicationnels de la psychè.

Outre la radicalisation du constructivisme et la désindividualisation du discours, l'autopoiétique de Luhmann contient un troisième aspect, qui se distingue tout aussi nettement de l'analyse du discours dans sa version de Francfort ou de Paris : il s'agit d'une représentation de la modernité comme conflit impossible à résoudre de différentes épistémès¹². Alors que Foucault représente l'histoire comme une suite de formations discursives incommensurables, dictant l'épistémè paradigmatique d'une époque historique donnée, et décrit la modernité comme le régime social d'une épistémè « subjectiviste » consécutive à la révolution kantienne, Luhmann y voit au contraire une fragmentation de la société en une multiplicité de discours autonomes, une multiplication des épistémès. La différence par rapport à Foucault est que la société moderne se caractériserait par la perte d'un mode de connaissance unificateur, fragmentée qu'elle est en une multiplicité de réseaux communicationnels fermés. Chaque réseau construit sa propre réalité, qui est en principe incompatible avec les constructions des autres réseaux. En même temps, les individualités sont multipliées et fragmentées conformément à la multiplication et à la fragmentation des discours sociaux. Sur la base d'un code spécifique et de programmes particuliers, chaque réseau communicationnel spécialisé produit des « personnes » — les acteurs individuels comme artefacts sémantiques — auxquelles sont imputées des actions¹³. Le « soi multiple¹⁴ » est le produit de la fragmentation des discours sociaux d'après les conditions de la modernité.

Tel est le « point essentiel » de l'autopoesie de Luhmann — et en même temps sa « tache aveugle ». En accentuant la fragmentation, la différenciation, la séparation, la fermeture et l'auto-référence des épistémès sociales, la théorie s'embarasse, pour le dire au bas mot, des problèmes touchant à la reconstruction de leur interconnexion, de leur interférence, de leur ouverture et de leur hétéro-référence. Tandis qu'Habermas¹⁵ ou Foucault cherchent à tout prix à contourner les pièges de l'auto-référence, Luhmann a le courage remarquable d'aborder directement les paradoxes qui proviennent des phénomènes auto-référentiels du droit et de la société. Il considère même que le droit repose sur les paradoxes de l'auto-référence¹⁶. En se commettant de la sorte avec l'auto-référence, il court cependant le risque de finir par s'empêtrer dans la fermeture de ses propres constructions auto-référentielles. Et par tout progrès de connaissance vis-à-vis de la théorie des systèmes ouverts, l'autopoiétique s'est manifestement chargée du problème de savoir comment elle peut traiter des relations entre différentes épistémès autonomes, de leurs conflits, de leurs incompatibilités, de leurs interférences¹⁷. Pour une théorie de la fragmentation des épistémès, la question ouverte est la suivante : y a-t-il dans la société moderne quelque chose comme un minimum épistémique, servant aux discours sociaux de dénominateur commun en dépit de toute autonomisation ? Peut-on parler de covariation, ou même de coévolution d'épistémès sociales autonomes ? Ne faut-il pas plutôt considérer que la connexion ne peut provenir que de la reconstruction d'une épistémè dans le cadre d'une autre épistémè ? Toutes ces questions réapparaîtront lorsque nous examinerons plus en détail comment une épistémologie constructiviste reconstruit les connaissances juridiques dans leurs conflits avec les autres modes de connaissance dans la société.

Le droit, un sujet épistémique ?

Comment le droit « pense »-t-il ? Mary Douglas a soulevé l'ancienne question : « How Institutions Think »¹⁸. Elle trouve finalement sa voie dans un retour au bon vieil individualisme : seul pense bien entendu l'individu, et non l'institution ; le contexte institutionnel influence néanmoins la pensée de l'individu. Dans cette version d'une théorie sociale de la connaissance, l'élément social se réduit à la simple socialisation de l'individu. Les horreurs du collectivisme sont bannies, et ce sont les individus qui pensent pour les institutions.

Notre reconstruction de Luhmann fait brusquement changer cette image. Il est vrai que les institutions sociales comme le droit socialisent la cognition de l'individu (le constructivisme ajouterait ici qu'étant donné le défaut d'accès de la communication à la conscience, cette socialisation ne peut être qu'auto-socialisation). Mais ce n'est pas tout : il faut dire aussi que les institutions comme le droit « pensent » littéralement, indépendamment des processus psychiques de leurs membres. En tant que discours social, le droit traite les informations de manière autonome, crée des mondes de signification indépendants, établit des objectifs et des fins, produit des constructions de la réalité et définit des attentes normatives — tout cela dans l'indépendance la plus complète à l'égard des constructions du monde des juristes. Cette épistémologie constructiviste du droit comme discours social n'est ni individualiste, ni collectiviste. Elle n'exige aucun retour aux acteurs individuels et à leurs intentions, mais elle ne présuppose pas non plus l'existence d'une entité collective supra-individuelle.

Le droit est communication, et communication seulement. Cette solution conceptuelle permet de surmonter les déficits de l'individualisme méthodologique. Celui-ci définit en effet le droit comme une série de règles restreignant l'agir individuel, et c'est pourquoi, — abstraction faite de la catégorie fourretout des effets pervers — il ne dispose pas d'instruments théoriques lui permettant d'analyser l'autonomie du social, et encore moins celle du « *proprium* juridique »¹⁹. Elle permet en même temps d'échapper aux pièges du collectivisme, qui considère le droit comme un sujet supra-individuel, mais qui ne peut expliquer qui agit au nom et pour le compte de cette entité.

La construction exacte se présente comme suit²⁰. Le droit est défini comme un système social autopoïétique, c'est-à-dire comme un réseau d'opérations élémentaires qui reproduit récursivement des opérations élémentaires. Les éléments de ce système sont des communications — les actes juridiques — et non des règles. A la différence des théories juridiques analytiques-normatives, le droit n'apparaît pas comme un système de règles, mais comme un système d'actes juridiques enchaînés entre eux. Les règles de droit sont par contre des structures qui régulent les actes juridiques dans leur enchaînement. A la différence des théories sociologiques-réalistes, le droit n'est pas défini comme un système d'organisations et d'experts de la décision. Le caractère auto-reproductif du droit comme processus social ne devient perceptible que lorsque l'on considère que des communications en forment les éléments. Ces communications sont définies comme synthèses de trois sélections du sens : expression, information et compréhension. Dès lors, les communications juridiques sont

FIGURES DE DISCOURS

également les instruments cognitifs grâce auxquels le droit, comme discours social, est en mesure de « connaître » le monde.

Les communications juridiques ne peuvent appréhender le monde extérieur réel, qu'il s'agisse de la nature ou de la société : elles ne peuvent que communiquer à propos de la nature et de la société. Toute métaphore en termes d'accès au monde extérieur serait inopportune à leur propos. Ces communications ne reçoivent pas du monde extérieur des informations, qu'elles filtreraient et transformeraient selon les exigences du processus juridique. Il n'y a pas d'« instruction » du droit par le monde extérieur, il n'y a que la « construction » d'un monde extérieur par le droit. Ceci ne saurait signifier cependant que le droit « invente » arbitrairement une réalité sociale. Il ne faudrait pas confondre perspective constructiviste et solipsisme méthodologique²¹. Le constructivisme recherche plutôt une voie moyenne entre représentationnalisme et solipsisme²². Un constructivisme juridique présuppose donc l'« existence » d'un environnement du droit. Il n'est pas question d'isoler le droit comme une monade mais de concevoir la construction autonome de modèles juridiques de la réalité, élaborés sous l'impression des perturbations de l'environnement : l'ordre juridique par le bruit social.

Qu'en est-il des constructions du monde des juristes et des profanes ? L'agrégation de ces constructions individuelles n'est-elle pas identique à la construction collective du monde par le droit²³ ? Le processus communicationnel du droit présuppose certes des juristes et des profanes : il ne pourrait fonctionner sans leurs intentions, leurs stratégies et leurs actions. Mais leurs intentions (« subjectives », internes, psychiques) ne peuvent jamais rejoindre la communication (« objective », externe, sociale) du droit. Elles sont et restent des processus psychiques, qui « accompagnent » en synchronisation les processus sociaux du droit et coévoluent avec eux. En tant que processus communicationnel, le droit n'est pas accessible à ces processus psychiques d'accompagnement, et n'y possède inversement pas d'accès. Les processus psychiques ne fonctionnent que comme des « perturbations », des « chocs exogènes »²⁴, sous l'influence desquels les processus communicationnels du droit élaborent un ordre autonome spécifique, et produisent le monde de la signification juridique²⁵.

Le droit comme processus social n'est-il cependant pas confronté immédiatement et en permanence à des hommes ? Le processus juridique n'est-il pas mû par les motivations, stratégies et actions réelles des clients, des experts, des juges et des législateurs ? Le droit ne cesse-t-il pas d'avoir cet accès tout immédiat aux états psychiques des hommes concrets, à leurs intentions, à leurs objectifs, à leurs consensus et dissensus, à leurs malentendus, à leurs négligences ? Tout ceci est exact. Mais les « personnes » auxquelles la communication juridique accède directement ne sont pas des hommes de chair et de sang, pourvus d'un cerveau et d'un esprit. Il ne s'agit pas des systèmes psychiques autopoïétiques mentionnés plus haut, mais de purs construits, d'artefacts sémantiques que le discours juridique a lui-même produits. Les états mentaux en question sont « des construits de discours pratiques, nécessaires pour la formation de cercles communicationnels, de communautés discursives »²⁶.

En tant que construits sociaux, ils sont indispensables à la communication juridique, car le droit comme processus social doit imputer les communications

à des acteurs (individuels ou collectifs) pour pouvoir poursuivre son auto-reproduction. Ces acteurs ne sont pourtant que des faisceaux de rôles, des masques de caractère, des produits internes de la communication juridique²⁷. Le monde abondamment peuplé des personnes juridiques, des demandeurs et des défendeurs, des juges et des législateurs, des parties au contrat et des associés, des associations et de l'État, est une « invention » interne du processus juridique. La personne morale organisée en association, et même la personne juridique individuelle et concrète, ne sont autres que ces fameux « êtres artificiels, invisibles, intangibles, n'existant que dans la contemplation du droit » que découvrit le *Chief Justice Marshall* dans la célèbre affaire *Dartmouth College versus Woodward*, 4 Wheaton 518, 627 (1819).

C'est ainsi que les acteurs humains mènent une double existence curieuse dans le monde de l'autopoièse. Dans leur existence sociale, ils ne sont que les pâles construits de systèmes sociaux autopoiétiques, parmi lesquels le droit ; dans leur existence psychique, ils sont eux-mêmes des systèmes autopoiétiques vibrants. Il est donc tout simplement faux de prétendre, comme on le fait souvent, que l'autopoièse déshumaniserait la société²⁸, qu'elle ne ménagerait aucune place aux acteurs, aux intentions, aux stratégies²⁹, qu'elle ne pourrait plus tenir compte de l'individu comme sujet connaissant³⁰. L'essentiel est ailleurs : il n'est pas question d'extinction de l'individu, mais de multiplication des centres de cognition. Les nouveaux sujets épistémiques sont les discours sociaux, qui entrent en concurrence avec la conscience des individus. Il reste vrai que la théorie de l'autopoièse participe au mouvement de décentration du sujet, dans la mesure où elle insiste sur l'autonomie épistémique d'une multiplicité de discours sociaux, et destitue par conséquent le sujet humain de sa position privilégiée comme centre de cognition unique et ultime.

Le piège épistémique

Alors qu'une analyse du discours du type de celle de Foucault voit dans la société moderne l'hégémonie d'une épistémè³¹, et ne considère le droit et les autres disciplines que comme des expressions particulières du complexe pouvoir/savoir dominant³², la théorie de l'autopoièse caractérise la société moderne par sa fragmentation en une multiplicité d'épistémès autonomes³³. Le discours juridique des modernes est pris dans un conflit impossible à résoudre entre autonomie et hétéronomie épistémiques³⁴. D'une part, la dynamique de la différenciation sociale contraint le discours juridique à produire des constructions autonomes de la réalité, mais d'autre part cette même dynamique rend le droit dépendant d'une multiplicité d'épistémès autonomes et concurrentes.

L'autonomie épistémique du droit résulte du processus de différenciation de la société qui le mène à l'autopoièse de second degré³⁵. Dans la dynamique de l'évolution de la société, des relations auto-référentielles se multiplient au sein du processus juridique, et culminent en une jonction hypercyclique des composantes du droit. Le droit s'autonomise par rapport à la communication sociale en général. Il forme un réseau communicationnel fermé qui ne produit pas seulement des actes juridiques comme éléments et des règles juridiques comme structures mais aussi des constructions juridiques de la réalité. L'autonomie du

droit moderne concerne en premier lieu ses opérations normatives qui s'affranchissent de la normativité morale et politique³⁶. C'est en second lieu que l'autonomie concerne les opérations cognitives qui doivent construire, sous la pression des opérations normatives, des images idiosyncratiques du monde, et les séparer toujours plus nettement des constructions du monde du quotidien et de celles du discours scientifique³⁷.

Le discours du droit invente une hyper-réalité juridique qui a perdu le contact avec les réalités du quotidien et qui octroie en même temps à ce quotidien de nouvelles réalités. Pour Bourdieu, il s'agit d'une « efficacité quasi magique » révélée par le droit dans ses pratiques de production du monde³⁸. Grzegorzczuk parle d'une « herméneutique officielle du monde », par laquelle le droit organise le monde social³⁹. Et les célèbres « faits institutionnels » comme la personne morale, le contrat et le testament ne sont que la partie visible d'un iceberg de constructions juridiques du monde, dérivant sur un océan de « faits bruts » de la communication sociale diffuse⁴⁰. Le discours juridique modifie de plus en plus la signification des constructions quotidiennes du monde et les remplace, en cas de conflit, par des constructions autonomes.

L'optique constructiviste ne donne pas la possibilité de mettre en question l'autorité épistémique du droit, que ce soit par les réalités sociales elles-mêmes, par le savoir quotidien, ou par les observations scientifiquement contrôlées. Cette perspective fait comprendre pourquoi le droit est « essentiellement un discours qui se valide lui-même », s'avérant « largement inaccessible à tout défi sérieux des autres champs de connaissance »⁴¹. Il est tout simplement naïf de jouer la réalité sociale elle-même, contre le « ciel des concepts juridiques »⁴², ou contre le « non-sens transcendantal » du droit⁴³. S'il n'y a pas d'accès cognitif direct à la réalité, il faut se contenter de la concurrence des différents discours qui fournissent de cette réalité des constructions diverses. Aucune raison ne porte à croire que le droit libre, la jurisprudence sociologique ou le réalisme juridique ont rendu le droit plus « réaliste ». Ils n'ont pas rapproché les concepts juridiques de la réalité sociale « out there », mais n'ont fait que remplacer une jurisprudence conceptuelle par une autre. Les « intérêts sociaux », atomes d'une jurisprudence réaliste, sont des fictions irréelles, des produits sémantiques artificiels, tout comme l'étaient les sujets de droit, atomes de la jurisprudence classique.

Les mouvements *law and society* et *law and economics* ne font pas mieux lorsqu'ils pensent pouvoir invoquer l'autorité de l'observation scientifique contrôlée contre les « mystifications juridiques » du monde social⁴⁴. Pour autant que le constructivisme épistémologique soit pourvu d'effet, il discrédite les prétentions des sciences modernes à posséder un accès privilégié à la réalité⁴⁵. Pour un constructivisme radical, la science ne produit qu'une construction du monde parmi d'autres ; la validité de cette construction ne repose que sur les distinctions propres à la science, et non sur une vérification dans le monde en tant que tel. C'est pourquoi la science ne peut revendiquer l'autorité de détenir l'unique et correct accès au monde réel, et de le communiquer aux autres⁴⁶.

Prenons un exemple. Une théorie de science sociale portant sur le rapport entre organisation et action collective n'est en aucune façon plus proche de la réalité qu'un énoncé de dogmatique juridique sur le rapport de l'entreprise à la

personne morale. Il s'agit d'artefacts discursifs à droits égaux, dont la construction n'est pas arbitraire, mais obéit rationnellement à des codes et à des programmes spécifiques. De même, les dysfonctions empiriquement constatées dans l'organisation, faits bruts résultant d'une analyse scientifiquement contrôlée, ne sont en aucune façon « plus vraies » que les faits juridiques de violation d'obligations du droit des sociétés, produits selon les règles juridiques de la preuve. Dans les deux cas, des procédures et des conventions rationnelles d'établissement de faits mènent à des énoncés empiriques sur la réalité de l'organisation. Et si ces faits empiriques entrent en conflit, les construits scientifiques n'ont aucune prépondérance sur les construits juridiques, comme l'aurait aimé les sociologues du droit du début des années soixante-dix⁴⁷. L'autorité épistémique est à la fois revendiquée par le discours scientifique et par le discours juridique. Dans les deux cas, ce qu'un réalisme naïf appelle observation de faits n'est autre que production d'artefacts dont la « vérité » n'est garantie que par des procédures formalisées, lesquelles sont nettement différentes en droit et en sciences. D'autre part, ces procédures sont des conventions qui reflètent certaines expériences historiques dans les discours correspondants. Le relativisme résultant de cette idée présente peu de points communs avec un relativisme à la Feyerabend (« Anything goes »). Il ne s'empare pas de données subjectives arbitraires en leur conférant des droits égaux, mais juxtapose un nombre limité de discours sociaux développés par l'histoire. Ce relativisme invite la science à renoncer à sa prétention de représentation exclusive de la vérité face aux modèles et aux mythes des autres discours (religion, droit, politique), et à « examiner les types de critères et d'acceptabilité propres aux différentes espèces de modèles et de mythes construits »⁴⁸.

L'autorité épistémique du discours juridique est un fait de la société moderne⁴⁹ qui a trouvé les voies et les moyens de faire face à des vérités différentes : vérité scientifique, vérité juridique, vérité politique. La *res judicata* est l'exemple classique d'un conflit institutionnalisé entre faits juridiques et faits scientifiques. Même si l'inexactitude de faits rapportés dans une procédure juridique peut être scientifiquement prouvée, et sous réserve des exceptions très strictement définies de la révision, le jugement de fait et, ce qui est pire, ses conséquences juridiques, économiques et sociales, ne peuvent être annulés si les règles de procédure ont été respectées et si les instances d'appel sont épuisées. Des faits scientifiques entrent ici en conflit avec des faits juridiques, mais nous nous sommes accoutumés à vivre avec ce conflit en le rationalisant par recours à des valeurs supérieures comme la sécurité juridique, ou en nous référant tout simplement au relativisme de nos provinces culturelles.

Les choses ne sont cependant pas aussi simples. Le célèbre « juriste en tant que tel » de Windscheid, que la loi de la différenciation sociale habilite au fond à négliger les considérations éthiques, politiques ou économiques⁵⁰, se voit contraint par la même loi de renoncer à cette habilitation, et de réintroduire malgré tout ces considérations non juridiques dans son processus autonome de justification. C'est ce que j'aimerais nommer le « piège épistémique » du droit moderne. Le droit est contraint de produire une réalité juridique autonome, mais il ne peut en même temps s'immuniser contre les réalités, par là même conflictuelles, que produisent les autres discours de la société.

La raison plus profonde de cette confusion est l'interférence, c'est-à-dire la

FIGURES DE DISCOURS

diffusion mutuelle du droit et des autres discours⁵¹. L'interférence est l'un des problèmes les plus difficiles qui se posent à la théorie de l'autopoïèse, si celle-ci veut résister aux tentations du solipsisme et du monadisme. Bien que le discours juridique soit fermé dans son auto-reproduction et ne produise de la réalité que des constructions propres, il reste communication sociale, utilise les constructions de la réalité en général, et influence la communication sociale en général par ses constructions spécifiques du monde. L'interférence du droit et des autres discours sociaux ne signifie pas qu'ils se confondent en un super discours multidimensionnel, ni que l'information est échangée entre eux. L'information est plutôt reconstituée dans chaque discours, et l'interférence n'ajoute que la simultanéité de deux événements communicationnels⁵². Les construits juridiques ne cessent d'être en concurrence avec ceux des autres discours, particulièrement avec ceux de la science. La communication sociale permanente les expose à un test de cohérence sociale, qui remplace l'ancienne fiction d'un test de correspondance à la réalité extérieure.

Dans le monde de la communication non juridique, les construits du droit seront inévitablement les perdants de la compétition épistémique (sauf peut-être dans la discussion de questions morales). La science possède ici l'avantage de s'être spécialisée dans des procédures d'opérations purement cognitives, tandis que le droit n'utilise d'opérations cognitives que secondairement. Mais qu'en est-il des conditions de concurrence au tribunal, au bureau d'avocats, et au parlement ? La discipline juridique requiert ici d'asservir les opérations cognitives en fonction des exigences du contexte normatif et des objectifs institutionnels. Les procédures de preuve du procès juridictionnel et de la consultation parlementaire ne veulent en rien se conformer aux profils fixés par Opp et par Rottleuthner (et doivent dès lors accepter qu'on leur reproche le caractère arriéré de leur mentalité théorique quotidienne). Les modèles « empiriques » de la communication juridique se trouvent en fait sous la ferme emprise de modèles « stratégiques » et « opérationnels » du droit⁵³.

Cependant, le contexte institutionnel du processus juridique lui-même produit une contradiction interne. Alors qu'il exige, comme on l'a dit, des constructions idiosyncratiques de la réalité au travers de la communication juridique, il contraint en même temps cette communication à réélaborer des construits scientifiques au sein du discours du droit. La communication juridique se voit de la sorte obligée d'exposer, au niveau cognitif, les construits juridiques à l'autorité « supérieure » de la science. Le caractère conflictuel des procédures juridiques en est la raison : dans l'application du droit comme dans la législation et dans la dogmatique, ces procédures contraignent en principe le discours juridique à examiner la pertinence pour le droit de tout savoir nouveau produit à l'extérieur du monde juridique. Cet examen de pertinence (pour le code juridique et pour les programmes juridiques en vigueur) est un processus de reconstruction du savoir de la société qui est interne au droit. L'avocat cherchant à mettre en cause une instruction judiciaire agirait à l'encontre de ses intérêts et violerait ses obligations professionnelles s'il omettait d'introduire une nouvelle méthode scientifique de preuve dans le procès en cours. Dans le processus législatif, l'opposition politique ne manquera pas d'attaquer une loi relative à la santé dès l'apparition de preuves scientifiques suffisantes de l'inexistence du lien causal qu'elle présuppose entre une maladie et des facteurs

déterminés. Et dans le processus scientifique, les spécialistes de l'analyse économique du droit atteignent leur plus haute renommée lorsqu'ils mettent les tribunaux au fait de la naïveté de leurs modèles pré-scientifiques du comportement humain, et leur proposent avec succès des alternatives scientifiquement éprouvées.

Le piège épistémique du droit moderne représente dès lors un extraordinaire défi pour la dogmatique juridique, la théorie du droit et la sociologie du droit. Par la bouche des juges et des professeurs de droit, la dogmatique ne cesse de produire des propositions positives destinées à savoir comment échapper au piège. La théorie du droit tente réflexivement d'élargir les voies d'évitement, en généralisant des solutions particulières et en important le savoir utile d'autres disciplines. La sociologie juridique positive déploie un zèle tout scientifique à étudier les corrélations entre ces sémantiques juridiques et le contexte socio-culturel plus large, tandis que revient à la théorie critique du droit le privilège de déconstruire ces tentatives, en faisant impitoyablement remarquer aux juristes qu'ils se trouvent toujours enfermés dans le vieux piège.

Voies d'évitement

Pour le discours juridique, la plus simple façon d'échapper à ces difficultés serait de renoncer, au moins partiellement, à la souveraineté épistémique. Luhmann, qui sous-estime probablement les conflits d'autorité entre épistèmes sociales, semble recommander cette voie d'évitement, lorsqu'il cherche à décharger le droit du réexamen d'images quotidiennes ou de construits scientifiques tels « la femme », « la capacité du cylindre », « l'habitant », « le thallium »⁵⁴. Une aussi nette séparation des sphères sociales ne peut malheureusement être escomptée. L'idée d'une division du travail reviendrait en outre à sous-exploiter l'aptitude de la théorie de l'autopoïèse à consacrer des relations de recouvrement, et il faudrait s'attendre à des réfutations empiriques.

Dans la pratique décisionnelle quotidienne, le droit se trouve en effet dans la nécessité permanente de statuer sur des questions cognitives qui relèvent soit de la compétence du discours scientifique ou de la communication quotidienne⁵⁵. Si le mode d'opération normatif du droit requiert des énoncés cognitifs propres à des causes spécifiques, le droit peut sans doute s'aider du sens commun ou de la connaissance scientifique pour entreprendre des opérations. Mais dès que ces énoncés cognitifs deviennent controversés dans le processus juridique — ce qui est souvent le cas pour les problèmes politiquement ou juridiquement « chauds » —, le droit ne peut plus écarter ces questions ou les confier à la philosophie. Le processus juridique doit alors — *hic et nunc* — mettre en œuvre des procédures destinées à résoudre ces contestations. Une décision réglant juridiquement ces questions doit être rendue, même lorsqu'elles sont controversées ou indécidables pour la science⁵⁶. L'exemple du droit de l'environnement, où les conflits politiques et juridiques requièrent souvent une grande part d'expertise scientifique et technique, montre dans quelle mesure les décisions de droit doivent être basées sur une évaluation spécifiquement juridique de controverses scientifiques, ou bien doivent être rendues indépendamment de tout résultat scientifique⁵⁷.

FIGURES DE DISCOURS

L'autre voie d'évitement du piège épistémique du droit moderne est l'intégration du droit et des sciences sociales. Au lieu de séparer nettement les domaines de la connaissance juridique de ceux de la connaissance scientifique, on attend ici du discours juridique qu'il incorpore le savoir social dans ses constructions du monde, et révisé ses modèles de réalité sociale chaque fois que l'état des connaissances dans les sciences sociales le demande. Cependant, malgré les surprenants succès que peut rétrospectivement constater la pensée des sciences sociales concernant son influence sur la pratique juridique⁵⁸, les grandes attentes d'éclaircissement du droit qui avaient été formulées dans les universités ont été déçues. Bien entendu, la psychiatrie, la sociologie, l'analyse politique et l'analyse économique ont pénétré avec succès le monde juridique, mais de tous ces efforts ne résulte aucune isomorphie supérieure du droit et de la réalité sociale, qui assurerait en même temps la politique juridique d'une plus grande rationalité. L'éclaircissement du droit par les sciences sociales s'est plutôt soldé par des effets imprévus : la production d'artefacts hybrides, au statut épistémique incertain et aux conséquences sociales inconnues⁵⁹.

La pondération des intérêts est un exemple du succès qu'a connu la jurisprudence sociologique en cherchant à remplacer l'argumentation juridique formaliste, conceptuelle⁶⁰. Aujourd'hui, la pondération des intérêts domine réellement la pratique décisionnelle des tribunaux : les juges analysent les conflits juridiques en s'interrogeant sur les intérêts qui les sous-tendent, et pondèrent ces intérêts sur la base de critères tirés d'évaluations législatives propres à des contextes comparables. Mais que peut-il y avoir de sociologique dans cette jurisprudence sociologique ? Aucun sociologue sérieux ne prendrait le risque de suivre les juristes dans leurs tentatives de définir, d'opérationnaliser et d'identifier empiriquement ce qu'ils qualifient d'intérêts sociaux (par exemple les intérêts du créancier ou ceux du débiteur, l'intérêt de l'entreprise, celui de l'association, ou bien les intérêts publics). Sans parler des méthodes juridiques servant à pondérer ces intérêts entre eux : il suffit de voir la multiplicité des hypothèses normatives explicites et implicites, tirées de la dogmatique du droit, qui entrent dans une pondération juridique d'intérêts. La jurisprudence des intérêts devient *de facto* la nouvelle jurisprudence conceptuelle, soutenue initialement par les sciences sociales, mais ayant gagné entre temps sa propre autonomie. Il se peut qu'une telle analyse d'intérêts contienne les éléments d'une nouvelle rationalité du droit (flexibilité, ouverture et capacité d'apprentissage)⁶¹, mais c'est alors l'affaire d'expériences institutionnelles, et non d'importations de savoir sociologique.

L'« analyse politique » (*policy analysis*) peut être considérée comme un cas similaire. Il s'agit en fait d'une méthode de décision qui s'inspire de l'usage instrumental du savoir des sciences sociales⁶². Cette méthode recommande d'exprimer les objectifs fixés dans le processus politique, d'identifier les conditions de base réelles de la situation régulatoire, de choisir les instruments de régulation en fonction du savoir nomologique des relations fin/moyen, de tenir compte des effets collatéraux, et de tirer si possible de la pratique des leçons sur les conséquences imprévues et les effets pervers. Mais qu'a fait de cette « jurisprudence rationnelle » la pratique juridique ? Les juristes ont simplement transféré leurs méthodes scolastiques d'argumentation dogmatique à un autre niveau : du niveau des normes et des concepts juridiques à celui des « policies »

et des objectifs politiques. L'argumentation fin/moyen, limpide et contrôlée en sciences sociales, s'est perdue dans l'herméneutique obscure de l'interprétation téléologique du droit. Le contrôle juridique des conséquences est devenu la caricature d'une analyse causale empiriquement informée⁶³. Ce qui vaut comme conséquence pertinente d'une règle ou d'une décision déduite dogmatiquement est défini de façon circulaire par la dogmatique juridique elle-même. Cette dogmatique, qui devait initialement être contrôlée par ses conséquences sociales, les contrôle à présent elle-même. Il semble en outre que le calcul rationnel des conséquences probables des décisions juridiques se perde pratiquement dans la projection de théories judiciaires quotidiennes. Enfin, le contrôle des conséquences n'est pris au sérieux qu'au niveau des règles juridiques, et non au niveau des décisions individuelles : si le calcul des conséquences s'avère faux, ces décisions ne sont pas réformées, ni rétractées. Ici encore, ce ne sont pas les sciences sociales que l'on rencontre en droit, mais un nouveau genre de dogmatique juridique, qui a remplacé les droits et les obligations d'ancienne mode par des « polices », lesquelles sont devenues les nouveaux construits du droit.

On pourrait continuer avec la misère de la psychiatrie. Est-il concevable, du point de vue d'une science positive, qu'un expert-psychiatre se prononce sur la distinction entre causalité et culpabilité⁶⁴? Bien que tout concept de culpabilité individuelle ne représente du point de vue scientifique qu'une « question trans-scientifique »⁶⁵, il est de routine que les psychiatres légistes émettent de telles opinions, car ils autorisent les juristes à « asservir » les concepts fondamentaux de leur discipline.

Les dernières batailles de la guerre des épistémès sont menées sur le champ de l'analyse économique du droit. Une question entièrement ouverte consiste à se demander si l'impérialisme économique finit par s'imposer — comme l'aimerait le juge Posner⁶⁶ — ou bien si la dogmatique juridique réussit pour sa part à coloniser la pensée économique. Entre les mains des juristes économisants en particulier, les concepts économiques analytiques se transforment en construits juridiques normatifs, servant alors de pierre angulaire à de nouveaux édifices dogmatiques. Si l'on considère par exemple la littérature économique et juridique plus récente sur l'entreprise comme *nexus* de contrats⁶⁷, on peut se demander ce qu'il reste véritablement des principes méthodologiques de l'économie tels ceux qu'a formulés Williamson⁶⁸ : ouverture théorique, disponibilité à l'apprentissage provenant des autres champs d'expérience, falsifiabilité empirique. En tout cas, l'article-clé du juge Easterbrook, « Corporations as Contracts⁶⁹ » représente plutôt un prototype d'orthodoxie idéologique, de rigidité dogmatique et d'immunisation conceptuelle contre l'expérience contradictoire.

Afin d'éviter les malentendus, signalons que ces remarques polémiques ne sont pas destinées à défendre la pureté de la conceptualisation scientifique contre son utilisation abusive par les juristes. Elles devraient montrer tout au contraire que l'incorporation de construits de sciences sociales dans le droit ne se réduit pas à leur transformation ou à leur perversion, mais que le droit les reconstitue entièrement⁷⁰. La recherche, sur ce point, n'est pourtant pas encore assez radicale⁷¹ : à défaut d'accomplir véritablement le pas vers la reconstruction par interférence, elle continue à se servir des concepts de « transforma-

FIGURES DE DISCOURS

tion», de « contextualisation », de « trivialisation ». La notion de « disparition » est encore ici la meilleure. Aussi pourrait-il rester insuffisant de limiter la question à celle d'un objet identique, considéré sous des angles différents d'après les méthodes et les intérêts disciplinaires⁷² : on présupposerait alors une réalité sous-jacente, susceptible d'unifier les différents aspects qu'accroissent les différentes disciplines, et de trancher les conflits de leurs descriptions. La différence se trouve plutôt dans les réalités mêmes que produisent les différents discours. Ces réalités ne peuvent être unifiées, ni conciliées.

L'incorporation du savoir des sciences sociales n'ouvre donc pas véritablement d'issue pour échapper au piège épistémique du droit moderne. Elle ne résout pas le conflit des réalités juridiques et scientifiques, mais crée une nouvelle réalité, qui ne représente quant à elle une construction ni purement juridique, ni purement scientifique. Les construits de la jurisprudence sociologique, de l'analyse économique du droit, de la politologie juridique et des disciplines intermédiaires analogues sont des créatures hybrides, que le processus juridique produit en faisant appel à l'autorité des sciences sociales. La compétence et la responsabilité épistémiques ne sont plus situées auprès des sciences sociales, mais auprès du droit ; leur « vérité », leur adéquation sociale et leur viabilité ne font plus l'objet d'une décision du discours scientifique, mais de la pratique du discours juridique. Par exemple, certains modèles déterministes de la psychologie n'ont aucune chance de devenir des construits valides du monde juridique, lequel repose sur des hypothèses de culpabilité et de responsabilité individuelles. A l'inverse, le succès relatif de l'analyse économique du droit par rapport à la jurisprudence sociologique ne pourra s'expliquer par ses valeurs scientifiques intrinsèques, mais plutôt par son affinité structurelle avec la dogmatique juridique traditionnelle⁷³.

Une procéduralisation du savoir ?

L'incorporation de savoir social dans le droit ne devrait pourtant pas être considérée comme irrationnelle. Eu égard aux tensions immanentes entre réalité juridique et réalité scientifique et du fait de l'autorité des sciences modernes, il est au contraire tout à fait rationnel que le droit cherche au moins à maintenir la compatibilité de ses construits avec les développements scientifiques les plus récents. De ce point de vue, le droit ressemble à la religion⁷⁴, car il convient au dogme juridique tout comme au dogme théologique d'harmoniser le monde de la croyance avec celui de la vérité scientifique. De plus, l'intégration du droit et des sciences sociales peut en définitive s'appuyer sur des arguments qui ne se limitent pas à la perspective d'une compatibilité de constructions contradictoires du monde. Une fois admis, les divers mouvements « *law and...* » ont des effets absolument positifs sur la qualité décisionnelle du droit moderne, du point de vue de la justice et de l'utilité : les résultats de recherche les plus récents des sciences sociales représentent pour le droit un défi permanent. Pour les microvariations continues des mondes juridiques, ces résultats représentent une source extraordinairement riche, que l'on ne peut comparer qu'avec l'abondance des causes de litiges. Pourtant, dès qu'elles entrent sur la scène juridique, les sciences sociales perdent le contrôle de ces microvariations : leur

sélection et leur rétention relèvent purement et simplement de l'évolution juridique.

Des indices de plus en plus nombreux révèlent aujourd'hui que cette reconstruction juridique du savoir scientifique devient une entreprise hasardeuse lorsqu'on la pousse trop loin. En droit de l'environnement par exemple, Gerd Winter perçoit une « angoisse » croissante du juge face à l'évolution technique des risques et face aux autres formes d'incorporation du savoir scientifique : elle s'exprimerait dans la tendance à réduire le champ des questions de fait susceptibles d'examen juridique⁷⁵. En fait, le droit ne peut monopoliser l'autorité épistémique et assumer l'entière responsabilité de toutes les constructions de la réalité qu'il implique ; il ne peut pourtant pas déléguer totalement l'autorité épistémique aux autres discours sociaux. Son rôle consiste plutôt à définir certaines conditions d'incorporation du savoir social dans le processus juridique, en formulant les standards procéduraux et méthodologiques minimums de la production sociale du savoir.

Cette tendance s'est clairement manifestée dans la décision du Tribunal constitutionnel fédéral allemand relative à la cogestion⁷⁶. Depuis longtemps déjà, les constitutionnalistes avaient apprécié la constitutionnalité des droits de cogestion sur la base de leurs effets économiques : efficacité de l'entreprise, performances de l'économie ouest-allemande et situation de celle-ci dans la concurrence internationale. En ce sens, les acteurs collectifs impliqués, à savoir les grandes entreprises, les associations d'employeurs, les syndicats, le gouvernement et le parlement avaient élaboré des scénarios détaillés des conséquences socio-économiques de la cogestion, comme catastrophiques ou bienfaitantes selon leur position⁷⁷. Des experts avaient été mobilisés pour étayer scientifiquement les scénarios différents. Le Tribunal constitutionnel a pourtant refusé de prendre position sur le contenu de ces scénarios, et a opté pour une solution procédurale. Au lieu de confirmer ou de rejeter des constructions de la réalité, la juridiction s'est lancée dans une sorte d'allocation des risques : elle a réparti les risques de l'information et du pronostic entre les acteurs collectifs impliqués, dont elle-même faisait partie, et a assigné au législateur une nouvelle obligation juridique, celle de réviser la décision dont les pronostics de base devaient s'avérer faux⁷⁸.

Les transformations socio-structurelles viennent au-devant de ces tendances du droit. Depuis quelques années se manifeste un processus de scientificisation des décisions institutionnelles et des discours publics, processus au cours duquel les acteurs collectifs élaborent des capacités propres de recherche pour produire un savoir politiquement utilisable⁷⁹. En Allemagne seulement, il existe aujourd'hui des « centaines d'instituts de collecte d'informations et d'analyses de données. Il s'agit des bureaux de recherche et de planification des grandes entreprises techniques nationales et transnationales et des grandes banques. On trouve également de tels bureaux auprès des associations patronales et des syndicats, auprès des partis et des fondations publiques, des ministères fédéraux et locaux, des autorités européennes et internationales, des grands journaux et des mass média, au niveau de la planification urbaine et régionale, des clubs nationaux et internationaux, des communautés des plus diverses, des organisations de planification et des centres de documentation privés et semi-publics »⁸⁰. Les tendances à la procéduralisation des tribunaux peuvent s'appuyer sur cette

FIGURES DE DISCOURS

production plurale de savoir. Dans quelques décisions récentes, le Tribunal constitutionnel a accentué ces tendances : conversion d'une construction substantielle de la réalité en une définition juridique de procédures de connaissance ; délégation de l'autorité épistémique à différents acteurs collectifs (instances de gouvernement, entreprises privées, syndicats, institutions de recherche, groupes d'intérêt, parlement et tribunaux), sans préjudice de la conservation d'une prérogative de correction finale ; allocation des risques de l'information et du pronostic ; prescription de procédures et de méthodes de production de la connaissance ; identification des acteurs collectifs devant supporter la « charge de la preuve » d'une construction de la réalité ; et enfin, formulation de responsabilités pour les conséquences des erreurs d'information et de pronostic⁸¹.

Ces tentatives de « procéduraliser » le conflit entre autonomie et hétéronomie épistémique du droit moderne pourraient s'appuyer dans une certaine mesure sur une perspective constructiviste. Les théories de la correspondance de la vérité doivent être remplacées par des théories de consensus et de la cohérence ; l'autorité des sciences ne peut se baser que sur leurs procédures internes de validation ; les contextes institutionnels comme le droit sont condamnés à l'autonomie épistémique et ne peuvent se prévaloir d'autorités externes. Toutes ces données orientent l'attention pratique et théorique sur les procédures juridiques, qui dictent les présupposés, le contenu et les conséquences des constructions institutionnelles de la réalité. On ne tardera pas à se demander si le droit peut se contenter d'une correction occasionnelle du savoir produit par les institutions sociales liées à des intérêts. De nouvelles coalitions pourraient alors s'esquisser entre le droit « impartial » et la science « neutre », marquant un nouveau mouvement dans la permanence de l'oscillation épistémique.

La procéduralisation du conflit du savoir entre le droit, la science et les institutions sociales représenterait-elle dès lors, pour se le demander avec David Nelken⁸², « la vérité sur le droit » ? Ne s'agirait-il pas simplement de « la vérité du droit » ? Ou même de « la vérité sur la vérité du droit » ? C'est à juste titre que Nelken adresse ces questions critiques à l'idée d'une procéduralisation du conflit du savoir par l'intermédiaire du droit. Il me semble toutefois que sa recherche d'une tierce position, d'une méta-théorie porteuse de critères neutres de solution du conflit épistémique néglige tout simplement les conditions de la modernité. La fragmentation des discours exclut toute compétence d'un centre de cognition général de la société. Ceci n'empêche cependant pas le discours juridique de développer, dans ses propres limites, une tierce position, une métadogmatique énonçant des règles de conflit pour la confrontation épistémique du droit et de la science. La pratique séculaire du droit des conflits de lois dans le droit privé procède à une démarche intellectuelle analogue : le développement d'un méta-droit national destiné à réguler le conflit du droit national et du droit étranger. Dans une situation paradoxale et en dépit de celle-ci, le droit semble donc en mesure d'opérer, c'est-à-dire de réguler son conflit avec un monde étranger par une tierce position développée de manière interne⁸³. Dans la société mondiale contemporaine, les frontières traditionnelles entre territoires nationaux sont remplacées par de nouvelles frontières entre discours sociaux incommensurables, parmi lesquels le droit et la science jouent un rôle important⁸⁴. Cette situation constitue un nouveau défi pour le droit. La procéduralisation ne serait alors que l'une des nombreuses solutions possibles du conflit

épistémique. Par là, le discours juridique se lancerait dans une pratique qu'Arnaud a exclue pour des raisons de logique : se trouver simultanément « sur la scène et au balcon »⁸⁵. Ceci semble paradoxal et contradictoire. On pourrait dire que les discours sociaux autonomes sont pris dans un jeu infini d'observation réciproque, où le droit joue un rôle spécifique en vertu de la rationalité de sa procédure. Ne définirait-on pas de la sorte « la vérité du droit sur la vérité et sur le droit » ?

Gunther TEUBNER
London School of Economics
et Institut Universitaire Européen, Florence

Traduit par Nathalie Boucquey

NOTES

1. Q. SKINNER, *The Return of Grand Theory in the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

2. A. PIZZORNO, « Spiegazione come-identificazione », L. SCIOLLA et L. RICOLFI éd., *Il soggetto dell'azione: paradigmi sociologici e immagini dell'attore sociale*, Milan, Angeli, 1989.

3. P. L. BERGER et Th. LUCKMANN, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, New York, Doubleday, 1966.

4. Voir par exemple D. BLOOR, *Knowledge and Social Imagery*, Londres, Routledge and Kegan, 1976 ; B. LATOUR et S. WOOLGAR, *Laboratory Life: The Construction of Scientific Facts*, Princeton, Princeton University Press, 1979 (trad. frse, *La vie de laboratoire: la production des faits scientifiques*, Paris, La Découverte, 1988) ; K. KNORR-CETINA, *Die Fabrikation von Erkenntnis: Zur Anthropologie der Naturwissenschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1984 ; N. GILBERT et M. MULKAY, *Opening Pandora's Box*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984 ; H. COLLINS, *Changing Order: Replication and Induction in Scientific Practice*, Beverly Hills, Sage, 1985 ; S. FULLER, *Social Epistemology*, Bloomington, Indiana University Press, 1988.

5. B. BARNES, *Scientific Knowledge and Sociological Theory*, Londres, Routledge and Kegan, 1974.

6. R. W. GORDON, « Critical Legal Histories », *Stanford Law Review*, 36, 1984, p. 117.

7. H. MATURANA et F. VARELA, *Autopoiesis and Cognition*, Boston, Reidel, 1980 ; H. VON FÖRSTER, *Observing Systems, Seaside Intersystems Publications, 1981* ; N. LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Francfort, Suhrkamp, 1984, p. 270 ss.

8. J. PIAGET, *La construction du réel chez l'enfant*, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1963 ; E. VON GLASERFELD, « Radical Constructivism and Piaget's Concept of Knowledge », F. B. MURRAY éd., *Input of Piagetian Theory*, Baltimore, University Park Press, 1975 ; « An Epistemology for Cognitive Systems », G. ROTH et H. SCHWEGLER éd., *Self-Organizing Systems: An Interdisciplinary Approach*, Francfort, Campus, 1981 ; « Konstruktion der Wirklichkeit und des Begriffs der Objektivität », H. GUMIN et A. MOHLAR éd., *Einführung in den Konstruktivismus*, Munich, Oldenbourg, 1985 ; H. MATURANA (n. 7) ; H. VON FÖRSTER (n. 7) ; N. LUHMANN (n. 7) p. 647 ss ; G. ROTH, « Erkenntnis und Realität : Das Gehirn und seine Wirklichkeit », G. PASTERNAK éd., *Erklären, Verstehen, Begründen*, Brême, Universität, 1984 ; « Die Entwicklung kognitiver Selbstreferentialität im menschlichen Gehirn », D. BAECKER et alii, *Theorie als Passion*, Francfort, Suhrkamp, 1987 ; M. A. ARBIB et M. B. HESSE, *The Construction of Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986 ; S. SCHMIDT éd., *Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus*, Francfort, Suhrkamp, 1987.

FIGURES DE DISCOURS

9. N. LUHMANN, « Individuum und Gesellschaft », *Universitas*, 39, 1983, p. 1 ; « Die Auto-poiese des Bewußtseins », *Soziale Welt*, 36, 1985, p. 402 ; « The Individuality of the Individual : Historical Meaning and Contemporary Problems », T. C. HELLER, M. SOSNA et D. E. WELLBERY éds, *Reconstructing Individualism : Autonomy, Individuality, and the Self in Western Thought*, Palo Alto (Ca.), Stanford University Press, 1986, p. 313 ss.
10. N. LUHMANN (n. 7), p. 193 ss ; « The Autopoiesis of Social Systems », F. GEYER et J. VAN DER ZOUWEN éds, *Sociocybernetic Paradoxes*, Londres, Sage, 1986, p. 172 ss.
11. N. LUHMANN (n. 7), p. 158 ss ; (n. 9), 1986, p. 313 ss.
12. N. LUHMANN, « Closure and Openness : On Reality in the World of Law », G. TEUBNER éd., *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society*, Berlin, de Gruyter, 1988, p. 335 ss.
13. N. LUHMANN (n. 7), p. 155 ss.
14. J. ELSTER éd., *The Multiple Self*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986 ; A. ETZIONI, *The Moral Dimension : Toward a New Economics*, New York, Free Press, 1988 (trad. frse, *Droit. Un système autopoïétique*, Paris, PUF, à paraître).
15. G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Francfort, Suhrkamp, 1989, p. 102 ss.
16. N. LUHMANN, « The Third Question : The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History », *Journal of Law and Society*, 15, 1988, p. 153.
17. N. LUHMANN, « Die Codierung des Rechtssystems », *Rechtstheorie*, 17, 1986, p. 171 ; (n. 12).
18. M. DOUGLAS, *How Institutions Think*, Syracuse, NY, Syracuse University Press, 1986.
19. Ph. SELZNICK, « Law : The Sociology of Law », *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 9, 1968, p. 50.
20. G. TEUBNER, « Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese », H. HAFERKAMP et M. SCHMID éds, *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung, Beiträge zu Luhmanns' Theorie sozialer Systeme*, Francfort, Suhrkamp, 1987, p. 106 ss ; « Evolution of Autopoietic Law », G. TEUBNER éd., *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society*, Berlin, de Gruyter, 1988 (trad. frse, *Le droit réflexif*, Paris, LGDJ, à paraître) ; « L'ordre social par le bruit législatif ? La fermeture autopoïétique comme un problème de régulation juridique », *Archives de philosophie du droit*, 32, 1987, pp. 249-275 ; (n. 15), p. 36 ss.
21. J. A. FODOR, « Methodological Solipsism Considered as a Research Strategy in Cognitive Psychology », *Behavioural Brain Science*, 3, 1980, p. 63.
22. F. J. VARELA, « Living Ways of Sense-Making : A Middle Path for Neuro-Science », P. LIVINGSTONE éd., *Disorder and Order : Proceedings of the Stanford International Symposium*, Saratoga, CA, Anma Libri, 1984, p. 217.
23. A. FEBBRAJO, « The Rules of the Game in the Welfare State », G. TEUBNER éd., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, de Gruyter, 1985, p. 134 ss. ; M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 157 ss ; F. OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *Archives de philosophie du droit*, 31, 1986, p. 133 ss.
24. M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (n. 23), p. 159.
25. G. TEUBNER (n. 15), p. 102 ss ; H. VAN FÖRSTER, « Entdecken oder Erfinden ? Wie läßt sich Verstehen verstehen ? », A. MOHLAR éd., *Einführung in den Konstruktivismus*, Munich, Oldenbourg, 1985, p. 36.
26. A. PIZZORNO (n. 2), p. 9.
27. G. TEUBNER (n. 20), 1987, p. 113 ss ; « Unternehmenskorporatismus — New Industrial Policy und das « Wesen » der Juristischen Person », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2, 1987, p. 65 ss.
28. H. GRÜNBERGER, « Dehumanisierung der Gesellschaft und Verabschiedung staatlicher Souveränität : Das Politische System in der Gesellschaftstheorie Niklas Luhmanns », I. FETSCHER et H. MÜNKLER éds, *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, Munich, Piper, 1987 ; Ch. GRZEGORCZYK, « Système juridique et réalité : Discussion de la théorie autopoïétique du droit », *Archives de philosophie du droit*, 33, 1989, p. 12.

29. U. SCHIMANK, «Der mangelnde Akteurbezug systemtheoretischer Erklärungen gesellschaftlicher Differenzierung — Ein Diskussionsvorschlag», *Zeitschrift für Soziologie*, 14, 1985, p. 421; R. MAYNTZ, «Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente: Zur Präzisierung des Problems», *HiMon — DB*, 70, Siegen, Universität, 1986; F. OST (n. 23), p. 133 ss; H. ROTTLEUTHNER, «Les métaphores biologiques dans la pensée juridique», *Archives de philosophie du droit*, 31, 1986, p. 231.
30. K. PODAK, «Ohne Subjekt, ohne Vernunft: Bei der Lektüre von Niklas Luhmanns Hauptwerk «Soziale Systeme»», *Merkur*, 7, 1984, p. 734; G. FRANKENBERG, «Der Ernst im Recht», *Kritische Justiz*, 20, 1987, p. 296.
31. M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, chap. 2; *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966, chap. 5.
32. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, chap. 4.
33. N. LUHMANN (n. 17); (n. 12), p. 335 ss.
34. G. TEUBNER (n. 15), p. 96 ss, p. 123 ss.
35. H.-G. DEGGAU, «The Communicative Autonomy of the Legal System», G. TEUBNER éd., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, de Gruyter, 1988, p. 128; Th. HELLER, «Accounting for Law», G. TEUBNER éd., *op. cit.*, p. 283; K.-H. LADEUR, «Perspectives on a Post-Modern Theory of Law», G. TEUBNER éd., *op. cit.*, p. 242; G. TEUBNER (n. 20), 1987a, p. 106 ss; (n. 15), p. 36 ss.
36. L. MENGONI, «La questione del 'diritto giusto' nella società post-liberale», *Fenomenologia e Società Diritto ed Etica Pubblica*, 11, 1988, p. 15.
37. P. NERHOT, «Le fait du droit», *Archives de philosophie du droit*, 31, 1986.
38. P. BOURDIEU, «La force du droit: Éléments pour une sociologie du champ juridique», *Actes de la Recherche en Sciences sociales*, 1986, p. 13.
39. Ch. GRZEGORCZYK (n. 28), p. 21.
40. N. MACCORMICK, «Law as Institutional Fact», *Law Quarterly Review*, 90, 1974, p. 102.
41. R. COTTERRELL, «Law and Sociology: Notes on the Constitution and Confrontation of Disciplines», *Journal of Law and Society*, 13, 1986, p. 15.
42. R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, Breitkopf und Haertel, 1884, p. 245.
43. F. S. COHEN, «Transcendental Nonsense and the Functional Approach», *Columbia Law Review*, 35, 1935, p. 809.
44. V. AUBERT, «On the Relationship between Legal and Sociological Concepts», E. BLANKENBURG, E. KLAUSA et H. ROTTLEUTHNER éd., *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1980, p. 117 ss; *In Search of Law: Sociological Approaches to Law*, Oxford, Robertson, 1983, p. 98 ss; H. ROTTLEUTHNER, «Diskussionsvotum zum vorstehenden Beitrag», E. BLANKENBURG *et alii* (éd.), *op. cit.*, p. 137 ss; M. ADAMS, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, Heidelberg, Decker und Schenck, 1985; R. POSNER, «The Decline of Law as an Autonomous Discipline 1962-1987», *Harvard Law Review*, 100, 1987, p. 761.
45. D. BLOOR (n. 4); B. BARNES (n. 5).
46. N. LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1990.
47. K.-D. OPP, *Soziologie im Recht*, Reinbek, Rowohlt, 1973; H. ROTTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Francfort, Fischer, 1973, p. 192 ss.
48. M. A. ARBIB et M. B. HESS (n. 8), p. 10.
49. Z. BANKOWSKI, «The Value of Truth: Fact Scepticism Revisited», *Legal Studies*, 1981, p. 257; «The Jury and Rationality», M. FINDLAY et P. DUFF éd., *The Jury under Attack*, Londres, Butterworths, 1989; J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, Oxford University Press, 1981; D. NELKEN, «The Truth about Law's Truth», *European Yearbook in the Sociology of Law*, 1992.
50. B. WINDSCHEID, «Die Aufgaben der Rechtswissenschaft», B. WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, Duncker, 1904, p. 101.

FIGURES DE DISCOURS

51. L. MENGONI (n. 26), p. 23.
52. G. TEUBNER (n. 15), p. 102 ss.
53. G. TEUBNER, «Generalklauseln als sozio-normative Modelle», H. STACHOWIAK éd., *Bedürfnisse, Werte und Normen im Wandel*, t. 1, Munich, Fink und Schöningh, 1982, p. 96 ss.
54. N. LUHMANN (n. 12), p. 340.
55. D. NELKEN (n. 49).
56. L. BREUNUNG et J. NÖCKE, «Die Kunst als Rechtsbegriff oder wer definiert die Kunst?», B. DANKERT et L. ZEHLIN édés, *Literatur vor dem Richter*, Baden-Baden, Nomos, 1988.
57. H. KITSCHALT, *Der ökologische Diskurs: Eine Analyse von Gesellschaftskonzeptionen in der Energiedebatte*, Francfort, Campus, 1984; R. WOLF, *Der Stand der Technik*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986; G. WINTER, «Die Angst des Richters bei der Technikbewertung», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 20, 1987, p. 425.
58. R. COTTERRELL, *The Sociology of Law: An Introduction*, Londres, Butterworths, 1984, p. 253 ss.
59. R. KREISL, «Soziologie und soziale Kontrolle: Mögliche Folgen einer Verwissenschaftlichung des Kriminaljustizsystems», U. BECK et W. BONSS, *Weder Sozialtechnologie noch Aufklärung?*, Francfort, Suhrkamp, 1989, p. 432 ss; D. LUCKE, «Sozialwissenschaftliche Ergebnisse und Argumente in der Familiengesetzgebung», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 9, 1988, p. 130; «Zu diesem Heft: «Verwendung soziologischen Wissens in juristischen Zusammenhängen»», *op. cit.*, 1988, p. 121; J. LIMBACH, «Die Suche nach dem Kindeswohl: Ein Lehrstück der soziologischen Jurisprudenz», *op. cit.*, 1988, p. 155.
60. K.-H. LADEUR, «Abwägung» — *Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Francfort, Campus, 1984, p. 11 ss, p. 57 ss.
61. K.-H. LADEUR (n. 60), p. 216 ss.
62. H. ALBERT, «Law as an Instrument of Rational Practice», T. DAINITH et G. TEUBNER édés, *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Berlin, de Gruyter, 1986, p. 34 ss.
63. N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, Kohlhammer, 1974; H. ROTLEUTHNER, «Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, supplément 13, Wiesbaden, Steiner, 1979; G. LUBBE-WOLFF, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, Fribourg, Alber, 1981.
64. H. PRINS, *Offenders, Deviants of Patients? An Introduction to the Study of Socio-Forensic Problems*, London, Tavistock, 1980, chap. 2.
65. A. M. WEINBERG, «Science and Trans-Science», *Minerva*, 10, 1972, p. 209; G. MAJONE, «Process and Outcome in Regulatory Decision-Making», C. H. WEISS et A. BARTON édés, *Making Bureaucracies Work*, Beverly Hills, Sage, 1979; *Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process*, New Haven, Yale University Press, 1989, p. 3 ss.
66. R. POSNER (n. 44), p. 772.
67. A. A. ALCHIAN et H. DEMSETZ, «Production, Information Costs and Economic Organization», *American Economic Review*, 62, 1972, p. 777; E. F. FAMA et M. JENSEN, «Agency, Problems and Residual Claims», *Journal of Law and Economics*, 26, 1983, p. 327; R. C. CLARK, «Agency Costs versus Fiduciary Duties», J. W. PRATT et R. J. ZECKHAUSER édés, *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston, Harvard Business School Press, 1985; E. SCHANZE, «Potential and Limits of Economic Analysis: The Constitution of the Firm», T. DAINITH et G. TEUBNER édés, *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Berlin, de Gruyter, 1986; «Contract, Agency and the Delegation of Decision Making», G. BAMBERG et K. SPREMAN édés, *Agency Theory, Information and Incentives*, Berlin, Springer, 1987.
68. O. E. WILLIAMSON, «The Logic of Economic Organization», *Journal of Law, Economics and Organization*, 4, 1988, p. 65.
69. F. EASTERBROOK, «Corporations as Contracts», Conference Paper, présenté à la Stanford Law School, 1988.

70. D. NELKEN, «Criminal Law and Criminal Justice: Some Notes on Their Irrelation», I. DENNIS éd., *Criminal Law and Justice*, Londres, Sweet and Maxwell, 1987, p. 139.
71. U. BECK et W. BONSS, «Verwissenschaftlichung ohne Aufklärung», U. BECK et W. BONSS éd., *Weder Sozialtechnologie noch Aufklärung? Analysen zur Verwendung sozialwissenschaftlichen Wissens*, Francfort, Suhrkamp, 1989, p. 20 ss; V. RONGE, «Verwendung sozialwissenschaftlicher Ergebnisse in institutionellen Kontexten», U. BECK et W. BONSS éd., *op. cit.*, p. 332 ss; D. LUCKE (n. 59), 1988b, p. 126 ss.
72. Comme le font pourtant V. AUBERT (n. 44), 1980, p. 117; (n. 44), 1983, p. 98 ss; H. ROTTLEUTHNER (n. 44), p. 137 ss.
73. D. NELKEN (n. 49).
74. M. A. ARBIB et M. B. HESSE (n. 8), p. 16 ss; p. 197 ss.
75. G. WINTER (n. 57).
76. Bundesverfassungsgericht, 50, p. 290.
77. P. BADURA, F. RITTNER et B. RÜTHERS, *Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz: Gemeinschaftsgutachten*, Munich, Beck, 1977, p. 137 ss, p. 246 ss; F. KÜBLER, W. SCHMIDT et S. SIMITIS, *Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe*, Baden-Baden, Nomos, 1978, p. 35 ss, p. 99 ss, p. 145 ss, p. 197 ss.
78. R. WIETHÖLTER, «Materialization and Proceduralization in Modern Law», G. TEUBNER éd., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, de Gruyter, 1985; «Social Science Models in Economic Law», T. DAINTITH et G. TEUBNER éd., *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Berlin, de Gruyter, 1986; «Proceduralization of the Category of Law», C. JOERGES et D. TRUBEK éd., *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, Nomos, 1989; R. FREY, *Vom Subjektiv zur Selbstreferenz: Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie*, Berlin, Duncker und Humblot, 1989, p. 103 ss; voir également G. MAJONE (n. 65), 1979, 1989; Z. BANKOWSKI (n. 49), 1989.
79. U. BECK et W. BONSS (n. 71), p. 31 ss; V. RONGE (n. 71), p. 338 ss.
80. W. L. BÜHL, «Zwischen Offenheit und Richtungslosigkeit: Zur Situation der Zukunftsplanung in der Bundesrepublik Deutschland», *Der Staat*, 28, p. 527.
81. Voir pour le droit de l'environnement B Verf GE 49, p. 89; pour le droit des sociétés B Verf GE 72, p. 155: en ce qui concerne la propriété, B Verf GE 74, p. 264.
82. D. NELKEN (n. 49).
83. WIETHÖLTER, «Begriffs — oder Interessenjurisprudenz», *Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort, Metzner, 1977, p. 213.
84. G. TEUBNER (n. 15), p. 123 ss.
85. A. J. ARNAUD, «La distinction «interne-externe»», *Droit et Société*, 1986, p. 139.