



## LE PROBLÈME DE LA FONCTION SOCIALE DU DROIT

[Hugues Rabault](#)

Presses Universitaires de France | « Droits »

2020/1 n° 71 | pages 227 à 242

ISSN 0766-3838

ISBN 9782130823131

Article disponible en ligne à l'adresse :

-----  
<https://www.cairn.info/revue-droits-2020-1-page-227.htm>  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

## LE PROBLÈME DE LA FONCTION SOCIALE DU DROIT

Nous voulons attirer l'attention sur un ouvrage essentiel pour la pensée juridique, *Le droit de la société*, de Niklas Luhmann, enfin accessible au public francophone grâce à la traduction parue à la fin de l'année 2019 aux Presses de l'université Laval au Québec<sup>1</sup>. La première édition de l'ouvrage remonte à 1993<sup>2</sup>. L'ouvrage connaissait déjà de nombreuses traductions<sup>3</sup>, notamment en anglais (2004), en espagnol (2005), en italien (2012) ou en japonais (1998).

Si l'œuvre de Niklas Luhmann relève du domaine disciplinaire de la sociologie générale, la sociologie du droit y occupe une part importante, et cela tient au fait que Luhmann fut juriste de formation puis de profession, avant de s'orienter vers des recherches en science administrative puis en sociologie<sup>4</sup>. Du point de vue de la sociologie du droit, le livre sur le droit de la société doit être vu comme l'aboutissement d'un parcours, anticipé par un ouvrage qui connut une réception importante, sa *Sociologie du droit*<sup>5</sup>, dont la première édition remonte à 1972, et de nombreuses contributions, notamment dans des revues spécialisées<sup>6</sup>.

Malgré la clarté de la traduction de Lukas K. Sosoe, professeur de philosophie politique et juridique à l'université de Luxembourg, qui a consacré au sociologue allemand une part de ses recherches, *Le droit de la société* de Niklas Luhmann ne fait pas partie des ouvrages d'un accès facile. Sa lecture suppose

1. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* [=RdG] (1993), Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1995 ; *Le droit de la société* [=DS], Québec, Presses de l'université Laval, 2019.

2. La revue *Droit et Société* signala la parution de l'ouvrage. Voir Jean Clam, « Une nouvelle sociologie du droit ? Autour de *Das Recht der Gesellschaft* de Niklas Luhmann », *Droit et société*, n° 33, 1996, p. 405-423 ; Hugues Rabault, « La conscience inquiète d'un juriste », *Droit et société*, n° 38, 1998, p. 150-156.

3. Pour une bibliographie des traductions en langues étrangères, voir Oliver Jahraus, Armin Nassehi et alii (dir.), *Luhmann Handbuch. Leben, Werk, Wirkung*, Stuttgart, Weimar, J. B. Metzler, 2012, p. 460-462.

4. Pour une esquisse biographique et des références bibliographiques, voir Hugues Rabault, « La théorie du droit fonctionnaliste de Niklas Luhmann », *Droits*, n° 68, 2018, p. 201-221.

5. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie* [=RS] (1972, 1983), Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, traduit en anglais (1985), en italien (1977), en japonais (1977) et en portugais (1983, 1985).

6. Voir surtout le recueil d'articles, Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* [=AdR] (1981), Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1999.

une manière d'ascèse. À certains égards, la *Sociologie du droit*, moins abstraite, davantage parsemée d'exemples, donne des clefs de lecture. Néanmoins *Le droit de la société* ouvre des perspectives d'une richesse telle que l'ouvrage ne saurait être ignoré du public curieux de théorie juridique. Comme le remarque Lukas K. Sosoe dans son introduction, la spéculation juridique de Luhmann ressortit tout autant à la sociologie qu'à la théorie juridique au sens large ou à la philosophie du droit<sup>1</sup>.

Si l'ouvrage repose sur une conceptualisation complexe, on peut en retenir quelques idées saillantes dont la présentation facilitera l'accès au lecteur. La sociologie juridique de Luhmann repose sur trois hypothèses fondamentales. La première consiste dans l'idée que, dans la société moderne, le droit est caractérisé par une certaine autonomisation, par une *différenciation sociale*. Cette différenciation sociale du droit s'explique par la *fonction sociale* propre au droit de la modernité. Or la fonction sociale du droit implique une spécialisation opérationnelle qui provoque une *clôture* expliquant les difficultés du droit pour accéder à la compréhension de sa propre fonction sociale et la nécessité d'une approche sociologique<sup>2</sup>. Nous traiterons donc dans un premier temps l'idée de la différenciation sociale, qui s'explique par le thème de la fonction du droit au sein de la société.

## LE DROIT COMME SYSTÈME SOCIAL DIFFÉRENCIÉ

Dans la théorie de Niklas Luhmann, le droit de la société moderne apparaît comme différencié vis-à-vis d'autres champs de la vie sociale, comme la politique, la science, l'économie ou la religion. Cette différenciation s'exprime par des formes linguistiques, ce que Luhmann exprime à travers l'idée d'une « sémantique » propre au droit.

### *La différenciation sociale du droit*

Les théories du droit ont souvent tendance à identifier droit et politique. La pratique juridique comme aboutissement d'un processus d'application des

1. Lukas K. Sosoe, « Présentation », *DS*, p. XI : « Plusieurs disciplines pourraient revendiquer partiellement le contenu : la sociologie, la théorie juridique et la philosophie du droit. »

2. Voir Hugues Rabault, « Nécessité épistémologique de la sociologie juridique selon Niklas Luhmann », in Olivier Jouanjan, Elisabeth Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 309-353.

normes, d'un processus structuré de concrétisation du droit<sup>1</sup>, s'inscrirait dans une dynamique descendante qui en ferait une expression concrète du principe de démocratie. Nombre de théories politiques ou juridiques identifient ainsi droit et démocratie, et c'est un apport critique de l'œuvre juridique de Niklas Luhmann que de remettre en cause l'univocité de ce lien. On aboutit donc souvent, en théorie du droit, à une approche moniste de la relation entre droit et politique. Celle-ci est incarnée avec une intensité particulière par le décisionnisme de Carl Schmitt<sup>2</sup>, mais aussi par la thèse bien connue, chez Hans Kelsen, de l'identité entre droit et État<sup>3</sup>.

Dans ses premières recherches, Luhmann intégrait encore le droit au système politique<sup>4</sup>. C'est à partir de sa *Sociologie juridique* que surgit l'idée d'une distinction nette, au sein de la société, entre droit et politique<sup>5</sup>. Dans la forme ultime de sa théorie, Luhmann considère le droit et la politique comme des systèmes sociaux parfaitement distincts<sup>6</sup>. La politique incarnerait le principe de la décision collective alors que le droit prendrait en charge le principe de légalité. Cette distinction entre politique et droit est repérable empiriquement dans la sémantique régissant ces domaines de l'existence sociale. La politique opère dans le registre de la décision en vue d'une finalité, là où le droit oppose souvent à l'idée d'une poursuite des buts quels qu'en soient les moyens le strict principe de légalité. Cette distinction peut être symbolisée par l'opposition entre légalité et raison d'État. Mais la distinction entre droit et politique apparaît également dans la structure même de la société. Le gouvernement, le parlement et l'administration, en un mot les structures de gouvernement<sup>7</sup>, ce qu'on symbolise par le concept d'État, sont les lieux de la politique. D'un point

1. Pour reprendre la thèse de Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, Berlin, Duncker et Humblot, 1990 ; traduction française, *Discours de la méthode juridique*, Puf, 1996.

2. La théorie de Schmitt évolue d'un « décisionnisme » vers une « pensée de l'ordre concret ». Voir Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique* (1934), Puf, 1995.

3. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (1960), Dalloz, 1962, p. 370-419. Voir Hugues Rabault, « Théorie juridique de l'État », in Pascal Mbongo, François Hervouët, Carlo Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Berger-Levrault, 2014, p. 921-925.

4. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (1965), Berlin, Duncker & Humblot, 2009. Voir Hugues Rabault, « La théorie des droits fondamentaux de Niklas Luhmann : une apologie critique des droits fondamentaux », *Droits*, n° 65, 2017, p. 163-179.

5. La différenciation du droit et de la politique est au cœur du phénomène de « positivisation » du droit, thème central de la *Sociologie juridique* de Luhmann. Voir RS, p. 24-25.

6. Comparer DS et Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2000. Voir Hugues Rabault, *Un monde sans réalité ? En compagnie de Niklas Luhmann : épistémologie, politique et droit*, Québec, Presses de l'université Laval, 2012, p. 87-242. Voir encore Flavien Le Bouter, « Droit et politique selon Niklas Luhmann », in Lukas K. Sosoe (dir.), *Le droit – un système social. Law as a Social System*, Hildesheim, Zürich, New York, Georg Olms Verlag, 2015, p. 75-90.

7. Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, op. cit., p. 189-227.

de vue sociologique, droit est au contraire structuré, selon Luhmann, autour d'un système juridictionnel nettement différencié<sup>1</sup>.

Dans une perspective sociologique, Luhmann considère donc que le droit de la modernité tend à s'autonomiser de la politique à travers l'émergence d'une caste spécialisée dans le traitement des questions juridiques. La corpora-tion des juristes, englobant les spécialistes du droit, les juges, avocats et autres professionnels, mais aussi enseignants et chercheurs spécialisés, est suffisamment développée pour confirmer l'idée d'une différence, au sein de la société, entre le monde politique et le monde juridique, ce qui n'interdit pas la circulation entre ces deux espaces. La différenciation du monde social des juristes a certes des racines anciennes<sup>2</sup>, mais elle ne se développe qu'avec la complexité de la société moderne. Le droit et la politique sont ainsi assez distincts pour que cela entraîne des tensions, ce que Luhmann nomme des *irritations*<sup>3</sup>, réciproques. Toutefois, les systèmes juridique et politique fonctionnent également conjointement, notamment dans la mesure où la décision politique est une source de la légalité. Luhmann parle alors d'un *couplage*<sup>4</sup> entre droit et politique.

Nous traitons ici de la différenciation entre droit et politique parce qu'elle est souvent ignorée, et parfois dénoncée, par la théorie juridique. Mais il faudrait encore évoquer d'autres formes de la différenciation sociale du droit moderne, comme la différenciation entre droit et science, entre droit et économie ou entre droit et religion. Pourquoi la théorie juridique ignore-t-elle souvent la différenciation du droit par rapport à la politique ? Cela tient en particulier à l'héritage aristotélien encore vivant dans la société moderne. La tradition occidentale s'ancre dans une conception moniste où la société se conçoit comme une cité (*polis*), c'est-à-dire comme une république, comme une communauté politique. L'ouvrage de Platon sur les lois<sup>5</sup> demeure le modèle d'une conception où l'unité politique s'exprime à travers un système cohérent de lois, où le système juridique apparaît comme une incarnation de l'identité politique.

La différenciation du droit vis-à-vis d'autres domaines de l'existence sociale n'est donc pas, dans la sociologie de Luhmann, une qualité intemporelle du

1. *DS*, p. 237-270 ; *RdG*, p. 297-337. Voir Klaus Thomalla, « Die Bedeutung von Gerichten und juristischer Argumentation aus Sicht der Luhmann'schen Rechts-theorie », in Lukas K. Sosoe (dir.), *Le droit – un système social*, op. cit., p. 177-192.

2. Luhmann identifie l'émergence du droit à la redécouverte du droit romain aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles. Luhmann écrit, *DS*, p. 45 : « Harold Bergman a collecté de nombreuses preuves qui attestent que cette transformation de l'autonomie du système juridique a déjà eu lieu aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles sous la forme d'une "révolution" de l'ensemble de la culture juridique. »

3. *DS*, p. 357-402 ; *RdG*, p. 440-495.

4. *DS*, p. 359 : « Les concepts de "couplage structurel" et d'"irritation" se conditionnent mutuellement. »

5. Platon, *Les lois*, 2 tomes, GF-Flammarion, 2006, reste le modèle des utopies fondées sur l'institution de lois idéales.

droit, mais le produit d'une évolution sociale<sup>1</sup>, un effet de la modernité. La tradition occidentale privilégiait l'idée d'une fusion du droit et de la politique à travers un fond culturel commun éthique et théologique<sup>2</sup>. C'est la spécialisation technique de la modernité qui accéléra la différenciation et l'autonomisation du droit comme système social. La difficulté à appréhender la différenciation sociale du droit propre à la modernité n'est que l'effet de la persistance d'un ancrage des représentations présentes dans la tradition prémoderne<sup>3</sup>. La mission de la sociologie juridique consisterait ainsi à décrire la spécificité du droit de la modernité, à savoir, répétons-le, d'un domaine différencié et autonomisé vis-à-vis des autres domaines de l'expérience sociale.

Luhmann oppose sa théorie sociologique aux Lumières dans ce sens que l'esprit des Lumières ne faisait que reformuler à sa façon la tradition politique issue d'Aristote. Le projet des Lumières demeure l'idéal d'une cité composée de citoyens raisonnables, auteurs potentiels d'une constitution parfaite, fondement juridico-politique de la vie sociale. La sociologie de Luhmann veut *expliquer* l'échec spéculatif du projet des Lumières<sup>4</sup>. La société moderne atteint un degré de complexité qui lui interdit de se réaliser comme unité. La crise écologique<sup>5</sup> ou le surmenage de l'économie par l'État social<sup>6</sup> s'expliquent précisément par la différenciation sociale fonctionnelle. La modernité n'est en effet pas la solution mais la source des problèmes qu'elle prétend traiter, et qui ne sont qu'un effet de la complexité sociale. C'est pourquoi Luhmann entend substituer aux Lumières de la modernité ce qu'il appelle des Lumières sociologiques<sup>7</sup>, c'est-à-dire une théorisation explicative de l'échec des utopies de la modernité.

### *Le droit comme sémantique différenciée*

Comment s'explique la différenciation sociale du droit dans la société moderne ? La sociologie de Luhmann postule que toute différenciation d'un

1. Voir Hugues Rabault, « La sociologie politique de Niklas Luhmann : État, théorie sociale et sémantique du pilotage », *Droit et Société*, n° 58, 2004, p. 706-731. Republié dans *Un monde sans réalité ?*, op. cit., p. 127-170.

2. Même si dans la culture médiévale s'amorce déjà une différenciation du droit. Voir *supra*, p. 234, note 2.

3. Voir Hugues Rabault, « La modernité comme "catastrophe". Sens de la notion de sécularisation selon Niklas Luhmann », *Droits*, n° 60, 2014, p. 137-150.

4. *Ibid.*

5. Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen ?* (1986), Opladen, Westdeutscher Verlag, 1988.

6. Niklas Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat* (1981), München, Olzog, 2011, est l'un des ouvrages les plus diffusés de Luhmann, traduit en anglais, italien, japonais, coréen, polonais, espagnol et turc. L'hypothèse selon laquelle l'État social se caractériserait par un surmenage du système économique par le système politique est confirmée par la croissance, depuis les années quatre-vingt, des déficits publics.

7. Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 1. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005.

système social suppose une fonction de ce système dans la société. Ici s'exprime la dimension *évolutionniste* de la sociologie de Luhmann<sup>1</sup>. Seule une fonction peut expliquer l'émergence d'un système social différencié. Un principe d'économie semble impliquer qu'une émergence sociale non fonctionnelle ne pourrait se perpétuer. Luhmann explique ainsi la différenciation sociale par la fonction exercée par les systèmes sociaux au bénéfice de la totalité sociale<sup>2</sup>. La politique<sup>3</sup>, nous l'avons dit, vise la prise de décisions collectives, la science<sup>4</sup> produit des vérités, l'économie<sup>5</sup> traite la question de la rareté, c'est-à-dire le problème de la satisfaction des besoins matériels, la religion<sup>6</sup> de la question de la transcendance, etc. Dans le contexte d'une telle différenciation sociale, la fonction du droit demeure mystérieuse. L'intérêt de la sociologie juridique de Niklas Luhmann tient à ce qu'elle nous propose des hypothèses nouvelles relatives à la fonction sociale du droit<sup>7</sup>.

Le problème de la fonction sociale du droit a été traité depuis longtemps, d'abord par la philosophie du droit, puis par la sociologie juridique. Toutes les grandes sociologies juridiques sont des théories de la fonction sociale du droit. La notion de « justice » correspond à l'explication la plus traditionnelle en la matière<sup>8</sup>. Mais la justice correspondait plus largement dans la tradition à la finalité d'ensemble de la société. La justice était un idéal non seulement juridique, mais également politique, religieux et économique. C'est pourquoi la sociologie moderne a voulu décrire la fonction du droit d'une façon plus spécifique. Le droit peut être conçu comme incarnant une fonction de solidarité sociale<sup>9</sup>, de rationalisation sociale<sup>10</sup>, de contrôle social<sup>11</sup> ou de domination

1. *DS*, p. 189-235 ; *RdG*, p. 239-296. *DS*, p. 190 : « Nous utiliserons le concept d'évolution selon la théorie de Darwin [...] ».

2. Voir Niklas Luhmann, « Le droit comme système social », in André-Jean Arnaud, Pierre Guibentif (dir.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, LGDJ, 1993, p. 55-72. Voir p. 59 : « Le système juridique est un système fonctionnel qui se différencie à l'intérieur de la société. Au moyen de ses propres opérations, il assure donc toujours aussi l'autoreproduction (autopoïèse) du système social. [...] Cela signifie non seulement que le système juridique remplit une fonction pour la société, qu'il est à son "service", mais aussi qu'il participe à sa construction réelle [...] ». Nous complétons la citation de Lukas K. Sosoe, *op. cit.*, p. XIX. Définition analogue, *DS*, p. 447.

3. Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, *op. cit.*

4. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1990.

5. Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1988.

6. Niklas Luhmann, *Die Religion der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2000.

7. *DS*, p. 95 : « il s'agit de savoir quel problème du système social est résolu par la différenciation des normes spécifiquement juridiques, et finalement par la différenciation d'un système juridique particulier ».

8. R.W. Dyson (édition), *Saint Thomas Aquinas. Political Writings*, Cambridge University Press, 2002, p. 76-266.

9. Émile Durkheim, *De la division du travail social* (1893), Puf, 1998.

10. Max Weber, *Sociologie du droit*, Puf, 1986.

11. Roscoe Pound, *Social Control through Law*, New Haven, Yale University Press, 1942.

sociale<sup>1</sup>. De façon originale, la théorie de Luhmann propose l'idée que le droit remplirait, dans le contexte de la société moderne, plutôt une fonction de *stabilisation sociale*<sup>2</sup>.

Dans la théorie de Luhmann, le droit est analysé comme un système de communication fondé sur un code. La politique comme sémantique repose sur le code gouvernants/gouvernés, la religion sur le code immanence/transcendance, la science sur un code vérité/erreur, etc. Le droit est entièrement réduit à une distinction légal/illégal. Cela signifie que le problème traité par le droit dans la société contemporaine, et, pour ainsi dire, au bénéfice de la société, est celui de la légalité. En d'autres termes le droit n'a d'autre objet dans la société que de distinguer le légal de l'illégal. Le problème qui surgit alors est de savoir quelle est, précisément, la fonction de la légalité. Pourquoi la société a-t-elle besoin de légalité ? Il y a effectivement dans la légalité un mystère irritant, comme lorsque Jacques Derrida remarque que la légalité n'est pas la justice<sup>3</sup>.

La notion de systèmes sociaux<sup>4</sup> au sens de la théorie de Luhmann désigne, au niveau macrosocial, la société et ses sous-systèmes, comme la politique, l'économie, la religion, le droit, etc., et, au niveau microsociale, les organisations, comme l'entreprise, une administration, un parti politique, etc. Les systèmes sociaux en un tel sens tendent à se fixer des buts, à programmer leur comportement en fonction de finalités. Une entreprise aspire à conquérir des marchés, un parti politique à prendre le pouvoir, une administration à atteindre des objectifs d'intérêt général. La logique dominante des systèmes sociaux est finaliste. Le droit n'échappe pas à cette logique lorsqu'il se pose comme voué à la poursuite de la justice<sup>5</sup>.

La spécificité du droit selon la théorie de Luhmann consiste toutefois dans la place qu'y occupe la *programmation conditionnelle*<sup>6</sup>. La programmation finaliste, par opposition à la programmation conditionnelle, consiste dans l'établissement d'un rapport entre une fin et des moyens. La priorité est le but, qui doit être atteint par le choix pertinent des moyens. Or le droit est caractérisé par la subordination du traitement juridique à des conditions. Ainsi la répression pénale exige-t-elle l'infraction, étroitement définie par les textes de loi. C'est cette subordination du traitement juridique à des conditions légales que

1. Pierre Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 3-19.

2. DS, p. 125 : « la véritable fonction du droit [...] est de stabiliser les attentes normatives ». Luhmann écrivait déjà dans RS, p. 43 : « Les normes sont ainsi des *attentes de comportements contrefactuelles stabilisées*. »

3. Jacques Derrida, *Force de loi*, Galilée, 1994, p. 38 : « Le droit n'est pas la justice. » La méthode philosophique de la déconstruction conclut à l'issue de raisonnements sophistiqués à un constat qui n'est pas de nature à surprendre le juriste positiviste.

4. Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (1984), Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1996, p. 16. En français : *Systèmes sociaux. Esquisse d'une théorie générale*, traduction et introduction par Lukas K. Sosoe, Québec, Presses de l'université Laval, 2010, p. 36.

5. DS, p. 169-188 ; RdG, p. 214-238.

6. DS, p. 153-163 ; RdG, p. 195-206.



Luhmann analyse comme la spécificité du fonctionnement juridique, par opposition, par exemple, au fonctionnement politique<sup>1</sup>. Une telle programmation conditionnelle caractérise le droit<sup>2</sup> comme système de sens, comme sémantique<sup>3</sup>, alors que la politique demeure régie par une logique finaliste.

Concrètement, le traitement juridique, l'application d'une peine en droit pénal, le calcul du montant de l'impôt en droit fiscal, etc., supposent la réunion de conditions de droit et de fait. Les juridictions sont spécialisées dans ce mode de fonctionnement. Elles déterminent par la qualification juridique d'une situation si le traitement prévu par la loi est applicable. Si l'on considère le droit fiscal, où le principe de légalité s'applique avec radicalité, on dispose d'un vaste domaine fondé sur ce mode de fonctionnement<sup>4</sup>. La dette fiscale suppose l'existence d'une base d'imposition à laquelle s'applique un système de calcul. Le litige en matière fiscale pose souvent le problème de la qualification d'une somme d'argent comme base d'imposition, notamment comme revenu, comme chiffre d'affaires ou comme bénéfice imposable, compte tenu d'une définition légale qui, du fait de son abstraction ou de sa précision, est complexe.

Le modèle de ce type de fonctionnement est le droit pénal, qui subordonne l'application d'une peine à la qualification de l'infraction. Que ce soit en droit pénal ou en droit fiscal, on constate la prise de milliers, voire pour le droit fiscal, de millions de décisions, sur la base d'une telle routine. On objectera certes qu'en droit fiscal c'est le plus souvent l'administration qui prend la décision et que le contentieux n'occupe qu'une part marginale de l'activité fiscale. Les juridictions demeurent toutefois les gardiennes du principe de légalité, c'est-à-dire qu'elles garantissent la cohérence juridique de la décision administrative. En ce sens, du point de vue du droit fiscal, les juridictions demeurent le centre du système fiscal, même s'il n'est fait appel à elles que de façon marginale.

La tension entre droit et politique évoquée plus haut tient au conflit entre logique finaliste et logique conditionnelle. Le bien commun, objectif de la politique, semble devoir se trouver soustrait à des conditions de forme contrai-

1. Voir Hugues Rabault, « La machine comme modèle : programmation et algorithmisation de la vie sociale par le droit », in Lukas K. Sosoe (dir.), *Systèmes psychiques et systèmes sociaux*, Hildesheim, Zürich, New York, Georg Olms Verlag, 2017, p. 19-57.

2. En non-juriste, Jacques Derrida perçoit cette spécificité du droit. Opposant l'idéal de justice et le fonctionnement du droit, il décrit, *op. cit.*, p. 53, le droit comme tendant à « l'application programmable ou le déroulement continu d'un processus calculable ».

3. *DS*, p. 97 : « Nous appelons sémantique l'autofixation d'un système de communication. Seule cette sédimentation d'une sémantique aux fins d'un usage répété conduit à des consolidations temporelles, en un sens restreint dont il sera question par la suite. » Voir Hugues Rabault, « La théorie juridique de Niklas Luhmann : le droit comme sémantique », *Droit et Société*, n° 72, 2009, p. 471-495. Republié dans Hugues Rabault, *Un monde sans réalité ?*, *op. cit.*, p. 295-330.

4. Pour un exemple d'application de la théorie à la fiscalité, voir Hugues Rabault, « Stabilisation du système fiscal par le droit. Sens d'une "juridicisation" de la fiscalité », in Emmanuel de Crouy-Chanel, Cédric Glineur, Céline Husson-Rochongar (dir.), *La justice fiscale (X<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle)*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 217-234.

gnantes, et c'est pourquoi l'on aboutit parfois en politique à l'idée que la fin peut justifier les moyens. Pour le droit en revanche, aucune finalité ne devrait ignorer le principe de légalité. L'imprécision de la loi justifie la libération d'un inculpé dont les agissements sont moralement condamnables, un fraudeur fiscal avéré se trouve déchargé de l'impôt du fait d'un vice affectant la procédure de redressement, etc. Les juristes font souvent l'expérience de l'incompréhension du public face aux exigences apparemment absurdes auxquelles le droit subordonne la poursuite de finalités louables.

#### FONCTION SOCIALE ET CLÔTURE DU DROIT

La différenciation sociale du droit s'explique par sa fonction dans la société. Le droit se trouve néanmoins, du fait même de sa spécialisation, dans l'incapacité de percevoir sa fonctionnalité.

#### *Fonction sociale de la légalité*

Le droit apparaît comme un domaine distinct, par son fonctionnement, de celui de la politique, où il est question du bien commun, de celui de la science, où il est question de vérité, de celui de la religion, où il est question du salut, etc., car sa fonction essentielle n'est autre que la garantie du principe de légalité. La légalité apparaît donc, dans la société moderne, différenciée de la vérité, de la spiritualité, ou encore, ce qui semble plus paradoxal, de la poursuite du bien commun. Comment expliquer une telle différenciation sociale du droit ? La sociologie de Luhmann postule, nous l'avons dit, que toute différenciation sociale peut s'expliquer par une fonction. Dans la société moderne, le droit serait donc caractérisé par la spécificité de sa fonction. Nous sommes alors amenés à reposer la question de la fonction sociale de la légalité.

Dans la tradition occidentale la société poursuivait une finalité unifiée, à savoir l'avènement de la justice divine, vers laquelle convergeaient, comme dans la *Somme théologique* de Thomas d'Aquin, le droit, la politique ou l'économie, qui n'étaient en définitive que des instruments de la justice divine<sup>1</sup>. La notion de justice pouvait ainsi fédérer les différentes dimensions de la vie sociale. Le monarque se devait d'être juste, les prix devaient être régis par un principe de justice (le *pretium justum*), le droit humain n'était autre que la transposition approximative du droit divin dans la cité, etc. Or la légalité

1. Dans la sociologie de Luhmann, la sémantique correspond à la structure sociale. De la sémantique médiévale, Luhmann écrit, *DS*, p. 11 : « Elle pouvait se fonder sur un système social stratifié correspondant à une architecture stratifiée du monde ».

moderne échappa à cette cohérence du fait du phénomène que Luhmann désigne par la notion de *positivation* du droit<sup>1</sup>. À partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, le droit commença de cesser de faire partie d'un fond de culture commune, théologique, éthique et politique, pour devenir un instrument de l'État. Cette évolution apparaît surtout à travers les théories de la souveraineté et la multiplication des codifications juridiques au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2</sup>.

C'est ainsi que le principe de légalité, dont la plus haute expression est la légalité pénale, apparaît non comme inhérent à un droit éternel, mais comme typique du droit moderne. Il y avait certes dans le droit traditionnel des formes de légalité. L'idée même d'une légalité formelle vient du droit romain. Mais la modernité confère à la légalité une place centrale dans le fonctionnement juridique. Le droit archaïque se présentait comme recherche de la justice<sup>3</sup>, le droit moderne se définit avant tout comme garantie de la légalité. Le positivisme juridique comme courant théorique n'est que l'expression d'une évolution concrète du système juridique, que Luhmann désigne par la notion de *positivation* du droit.

À quoi sert la légalité ? Nous avons dit qu'on voit souvent dans la légalité l'expression de l'idée de justice, ce qui est un héritage ancien, ou la mise en œuvre du principe de démocratie, ce qui représente une interprétation politique du fonctionnement juridique. Mais pour qui examine le droit dans le détail, il apparaît que nombre de questions juridiques échappent à ce type d'explication. Est-il plus juste de rouler à droite ou à gauche sur les routes ? La garantie de la concurrence est-elle juste en soi ? Les théories économiques ne sont pas unanimes en la matière. Le droit des brevets ou le droit d'auteur garantissent des monopoles transitoires. De même les différentes formes de sociétés commerciales visent-elles non un objectif de justice, mais à ouvrir des possibilités<sup>4</sup> en termes d'organisation de l'entreprise. On pourrait multiplier les exemples montrant que, lorsque l'on entre dans le détail technique, le droit

1. Le thème de la « positivation » ou, dans la traduction de Lukas K. Sosoe, « positivisation » (*Positivierung*), du droit est au centre de RS. Voir p. 24-25. Dans DS, p. 25, la positivation est rattachée au problème de la clôture du droit comme système.

2. DS, p. 339 : « Précisément, l'imposition du "positivisme de la loi" au XIX<sup>e</sup> siècle et la prolifération frénétique de nouvelles lois [...] ont conduit à des développements qui ont rendu perceptible la séparation du système juridique du système politique. »

3. Digeste, 1, 1, 1, 1 (Ulpian) : « *Cujus meritò quis nos sacerdotes appellet : justitiam namque colimus ; et boni et aequi notitiam profiteamur ; aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes* [etc.] » ; « On peut avec raison nous appeler les ministres du droit, car nous sommes les sectateurs de la justice, et nous faisons profession de connaître ce qui est bon et juste [etc.] ». Nous reprenons la traduction de Henry Hulot, in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, Metz, Behmer, Lamort, an XII / 1803, tome 1, p. 41.

4. DS, p. 104-105 : « On se représente souvent le droit comme une restriction des possibilités de comportement. Le droit peut aussi bien avoir pour fonction d'autoriser un comportement qui ne serait pas possible sans lui. Pensons aux possibilités qui découlent du droit privé en raison de la figure de la propriété, du contrat ou de la personnalité juridique dotée d'une responsabilité limitée. »

s'analyse difficilement en termes de justice abstraite et encore moins en termes de démocratie.

Les choix juridiques sont souvent arbitraires, comme dans le choix de rouler à droite ou à gauche, parce que l'objet de la décision importe moins que l'existence même d'une décision. L'hypothèse de Luhmann quant à la fonction de la légalité s'exprime à travers la notion de *stabilisation d'attentes normatives*<sup>1</sup>. Ce concept signifie qu'il existe dans la société une attente de normes distincte de l'attente, par exemple, de justice ou de vérité. La question se pose alors de savoir quel est le sens social de l'idée de norme.

Dans la théorisation de Luhmann, le problème fondamental auquel sont confrontés les individus aussi bien que les organisations est l'incertitude de l'avenir. La société traite de cette question de différentes façons. La science comporte une dimension prédictive. On attend des épidémiologistes des scénarios concernant l'évolution d'une pandémie, des économistes des prévisions en termes de croissance, etc. Du point de vue de la fonction sociale, la connaissance est un mode de traitement de l'incertitude de l'avenir. L'incertitude peut ainsi être traitée au moyen de la connaissance du monde physique aussi bien que social. C'est donc la fonction de la science comme système social que de dispenser des connaissances, c'est-à-dire des informations relatives à l'avenir tel qu'il se présente à la société et aux organisations qui la composent.

La science toutefois ne répond qu'imparfaitement à ce besoin dans le domaine des comportements sociaux. Le contenu d'un contrat ne saurait être assigné par les données de la science. C'est pourquoi le contexte des interactions sociales admet un autre type de traitement des attentes, qui s'exprime à travers la notion de norme. Les normes sociales revêtent ainsi une fonction d'anticipation limitée au contexte des interactions sociales. Nous pouvons déduire des conventions sociales ce qui doit se passer, par exemple lorsque des clients nombreux se présentent devant un magasin. Une file d'attente se met en place, les clients patientent dans un certain ordre, etc. La norme sociale revêt ici la fonction, analogue à celle de la connaissance, de produire une information sur ce qui va se passer, qui permet aux individus aussi bien qu'aux organisations de s'orienter dans le temps.

Dans la sociologie de Luhmann, le droit comme système social spécialisé dans la production de normes remplit précisément la fonction, dans une certaine tranche de réalité, de rendre l'avenir prévisible, de limiter l'aléa, de réduire la contingence des interactions sociales. L'entreprise anticipe les échéances fiscales, peut prévoir le montant de l'imposition de l'année à venir, les modalités de recouvrement, etc. C'est précisément la fonction de la législation fiscale<sup>2</sup> que de confirmer cette prévisibilité, parce qu'elle s'impose à l'administration fiscale, parce que si l'administration ne met pas en œuvre la

1. *DS*, p. 101 : « Dans une perspective abstraite, le droit a affaire avec le coût social du lien temporel d'attentes. Concrètement, il s'agit d'une fonction de stabilisation des attentes normatives à travers une régulation de leur généralisation temporelle, objective et sociale. »

2. Voir Hugues Rabault, « Stabilisation du système fiscal par le droit. Sens d'une "juridicisation" de la fiscalité », *op. cit.*

programmation prévue par la loi l'entreprise bénéficie de recours juridictionnels, etc.

C'est ce type de phénomène que désigne le concept formulé par Luhmann de stabilisation d'attentes normatives. C'est ainsi que, dans la société moderne, caractérisée par la complexité, le droit, par sa technicité, contribue à synchroniser sur le plan macrosocial une multitude d'organisations sociales différenciées, les nombreuses administrations, les entreprises, etc.

### *La clôture du droit comme système social*

La sociologie de Niklas Luhmann propose des hypothèses sociologiques originales quant à la fonction sociale du droit, notamment une explication fonctionnaliste de l'importance prise par le droit dans la société moderne. Comment s'explique l'essor du droit dans la société contemporaine, ce qu'on appelle la judiciarisation des relations sociales, ou encore l'inflation législative ? C'est que, dans sa forme moderne, le droit apparaît comme une réponse à un besoin de stabilisation sociale, ou, plus exactement, de « re-stabilisation » d'une société déstabilisée par sa complexité croissante<sup>1</sup>. Ainsi l'évolution technologique apparaît-elle, par exemple, productrice de risque. Cela justifie l'émergence de législations, voire de nouvelles branches du droit, comme le droit de l'environnement, le « droit de l'atome<sup>2</sup> », le droit de l'Internet. Le droit n'empêchera naturellement pas une catastrophe chimique ou nucléaire de se produire, mais les législations spécialisées instituent des protocoles visant à limiter le risque, ou, au minimum, à donner au public l'illusion d'une maîtrise politique de la menace technologique.

Plus largement, la différenciation et la multiplication des branches du droit au XX<sup>e</sup> siècle correspondent à une complexification des structures sociales. La vieille distinction entre droit public et droit privé fait place à une profusion de domaines : le droit administratif, le droit des sociétés, le droit du travail, le droit des affaires, le droit fiscal, etc. Il est assez évident, du point de vue d'une sociologie juridique, que les nouvelles branches du droit correspondent à l'autonomisation de structures sociales, au développement ou au surgissement d'administrations publiques, de secteurs économiques ou d'organisations sociales spécialisés. La différenciation des structures sociales produit des normes déterminant leurs relations avec d'autres structures. Ainsi la différenciation du droit fiscal vis-à-vis du droit administratif répond-elle à une autonomisation croissante de l'administration financière. De sorte que la complexité sociale croissante provoque une expansion du stock des normes juridiques.

1. C'est ainsi que le droit peut s'analyser comme « système immunitaire » de la société. Voir *DS*, p. 460-462 ; *RdG*, p. 565-568.

2. Par exemple, Wolf-Georg Schärf, *Europäisches Atomrecht. Recht der Nuklearenergie*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2012.

La sociologie juridique propose donc des hypothèses éclairantes relatives à la fonction et à l'évolution du droit. Or ce type de thématiques n'est que rarement évoqué dans les diverses disciplines juridiques, et encore moins en droit positif, dans la législation, les décisions jurisprudentielles ou la réglementation. C'est que le droit, traitant des questions de droit, remplit sa fonction sociale sans avoir à l'intégrer ou à la prendre en considération dans son fonctionnement courant. Mettant en œuvre le code légal/illégal à travers des programmes conditionnels, le problème de droit se pose toujours en termes de légalité et ne pose jamais la question de la fonction de la légalité.

Dans le contexte d'une mise en examen, le problème est pour le juge de déterminer si l'infraction est constituée. Le juge n'a pas à s'interroger sur la question de savoir si l'existence légale d'une infraction est justifiée. Il n'a pas non plus, dit Luhmann, à prendre en compte des conséquences indirectes de sa décision, par exemple les conséquences d'un redressement fiscal sur les conditions d'existence d'une famille<sup>1</sup>. En d'autres termes, le fonctionnement de la légalité implique précisément l'exclusion de tout ce qui excède la question de droit<sup>2</sup>. Ce phénomène est désigné dans la théorie de Luhmann par la notion de « clôture opérative<sup>3</sup> ». Les opérations réalisées par le système juridique consistent toujours en la mise en œuvre de la distinction légal/illégal, ce qui suppose l'exclusion des considérations sociologiques et notamment de l'interrogation concernant la fonction sociale de la légalité.

Luhmann relève donc l'imperméabilité du droit à l'interrogation sociologique<sup>4</sup>. Cette étanchéité, pour ainsi dire, entre droit et sociologie, n'est pas le fait du hasard, mais représente une condition du fonctionnement juridique. Le droit, pour résoudre les questions de droit, doit sélectionner les informations, de droit et de fait, permettant le traitement juridique des cas. Il va de soi que le système pénal cesserait de fonctionner si le juge allait au-delà de la mission qui lui est impartie, de constater l'infraction et de prononcer la peine, pour s'interroger sur l'efficacité des politiques pénales. Le droit, dans son fonctionnement concret, se trouve, du fait de sa « clôture opérative », à l'abri des interrogations sociologiques.

C'est ainsi que les hypothèses formulées par Luhmann sur la fonction sociale du droit ne relèvent pas du droit mais d'un regard extérieur sur le

1. *RS*, p. 231 : « Le suicide du détenu n'est pas mis au compte du juge, qui devait le condamner en vertu de la loi, le juge de la faillite n'a pas à examiner et à évaluer si les enfants du débiteur devront abandonner leurs études ou si son épouse se séparera de lui », cité dans Hugues Rabault, « La machine comme modèle », *op. cit.*, p. 50.

2. *DS*, p. 43, Luhmann parle de « spécification fonctionnelle du droit, c'est-à-dire une concentration sur un problème particulier de la société ».

3. Ou, dans la traduction de Lukas K. Sosoe, « clôture opérationnelle » (*operative Geschlossenheit*), *DS*, p. 25-94 ; *RdG*, p. 38-123.

4. *DS*, p. 43 : « On voit aussi que "la fonction du droit" ne joue aucun rôle dans la pratique de ce dernier comme référence utilisée pour l'argumentation juridique. » Voir Margarida Garcia, « L'"argumentation juridique" comme clôture observationnelle du système juridique », in Lukas K. Sosoe (dir.), *Le droit – un système social*, *op. cit.*, p. 103-134.

droit<sup>1</sup>. Cela n'interdit pourtant pas au droit de connaître des développements scientifiques propres. Mais comme on le constate, par exemple, dans la « théorie pure » du droit, la théorie juridique ne fait qu'élever à un haut niveau d'abstraction ce qui relève de ce qu'on nomme en pratique les questions de droit. Les développements théoriques portent ainsi sur les notions de norme, de validité, sur la hiérarchie des normes, etc., c'est-à-dire sur les conditions fondamentales du fonctionnement juridique. D'autres types de théorisation peuvent également porter sur les modalités de la décision et revêtir une dimension plus méthodologique<sup>2</sup>.

La sociologie juridique de Luhmann repose de la sorte sur une épistémologie où se trouvent opposées l'activité réflexive interne au système juridique, désignée par la notion d'autodescription<sup>3</sup>, qui peut accéder à un haut niveau d'abstraction et se transformer en une science juridique, et les descriptions « étrangères » au droit. Le droit peut en effet être observé sous divers angles<sup>4</sup>. L'analyse économique du droit représente une observation du droit par le système économique<sup>5</sup>. La théologie dispose d'une théorie, où le droit est un instrument du salut de l'homme, qui observe le droit du point de vue du système religieux<sup>6</sup>. La théorie du droit comme instrument de la démocratie représente sans doute une description du droit du point de vue du système politique<sup>7</sup>. La sociologie juridique s'entend également comme une description « étrangère<sup>8</sup> » du droit, une description spéculative correspondant au point de vue de la science comme système réflexif de la société<sup>9</sup>.

L'épistémologie de Luhmann, profondément sociologique dans ce sens que les conditions de la connaissance sont identifiées à des structures sociales, aboutit à la conclusion que le droit, pour remplir sa fonction sociale, doit l'ignorer<sup>10</sup>. Il est en ce sens vain d'attendre du juriste agissant en tant que

1. DS, p. 7 : « Le sociologue observe le droit de l'extérieur, le juriste l'observe de l'intérieur. »

2. Voir, par exemple, Hugues Rabault, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, 1997.

3. DS, p. 403-446 ; *RdG*, p. 496-549.

4. DS, p. 403 : « Ceci n'exclut pas d'observer le système juridique de l'extérieur [...]. C'est ainsi qu'on peut décrire le système juridique à partir du système politique [...] ou à partir du système éducatif [...] ou à partir du système scientifique [...] »

5. Voir, par exemple, *Économie & prévision*, n° 202-203, 2013/1-2, consacré à « l'économie du droit ».

6. L'Église subordonne à la question du salut non seulement le droit de l'Église, mais aussi le droit de l'État. Voir, par exemple, Jean des Gravières, *Le droit canonique*, Puf, 1981, p. 7-10.

7. C'est ainsi que nous interpréterons Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1994 ; traduction française, *Droit et démocratie. Entre faits et norme*, Gallimard, 1997.

8. Le terme allemand est *Fremdbeschreibung*, DS, p. 8.

9. DS, p. 19 : « la sociologie s'adresse à la science, et non au système juridique ».

10. DS, p. 175 : « la fonction doit être remplie de manière latente ». La notion de latence est fondamentale dans l'épistémologie de Luhmann. Hugues Rabault, « Nécessité

juriste une sociologie juridique. La sociologie juridique apparaît comme un développement « orthogonal » au fonctionnement juridique. Mais ce constat vaut pour chacun des systèmes sociaux. La sociologie générale de Luhmann propose ainsi des hypothèses sur la fonction sociale de la politique, de l'économie ou de la religion, qui ne relèvent ni de la science politique ni de la science économique ni de la théologie. Le droit se trouve enfermé dans son fonctionnement et ne peut percevoir, même au plus haut niveau d'abstraction, sa fonction sociale, parce qu'il ne peut remplir sa fonction qu'en toute indifférence à cette fonction.

*Conclusion : L'utilité de la sociologie juridique de Niklas Luhmann.* La sociologie juridique de Luhmann a cela de particulier qu'émanant d'un authentique juriste elle apparaît soucieuse de dimensions techniques qui échappent parfois aux sociologues. C'est pourquoi il convient de signaler l'importance de l'événement que constitue la publication tardive, en langue française, d'un ouvrage majeur de la pensée juridique, qui bénéficiait déjà d'une large réception internationale.

Luhmann distinguait parmi ses propres travaux les contributions à la théorie juridique et à la sociologie du droit<sup>1</sup>. L'approche fonctionnaliste privilégiée par Luhmann est en effet applicable à une théorie juridique non sociologique. La différenciation dans le droit de structures de sens, telles que les notions de droits subjectifs ou de droits fondamentaux, la différenciation de procédures, etc., peut s'expliquer en termes de fonction<sup>2</sup>. C'est ainsi que la logique juridique apparaît comme impliquant une fonction spécifiquement juridique de garantie de la cohérence du système juridique au service, plus fondamental, de la fonction sociale stabilisatrice du droit. Toutefois, si le *Droit de la société* met en avant, comme nous l'avons vu, la séparation nette de la science juridique et de la sociologie, Luhmann, tout au long de son parcours, n'a pas toujours été aussi radical. Dans les premiers temps de sa recherche de sociologie juridique, le juriste devenu sociologue put nourrir le projet d'un travail interdisciplinaire entre juristes et sociologues, ce dont témoigne un ouvrage sur le droit publié de façon posthume en 2013<sup>3</sup>.

Un apport important au droit, comme en témoigne la littérature de méthodologie juridique<sup>4</sup>, de la théorisation juridique de Luhmann consiste, nous

épistémologique de la sociologie juridique selon Niklas Luhmann », *op. cit.* Voir p. 325-329.

1. *AdR*, p. 7-9.

2. Voir Hugues Rabault, « La théorie des droits fondamentaux de Niklas Luhmann : une apologie critique des droits fondamentaux », *op. cit.*

3. Niklas Luhmann, *Kontingenz und Recht. Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*, Berlin, Suhrkamp, 2013.

4. Par exemple, Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München, C. H. Beck, 1990, p. 25-38 ; Egon Schneider, Friedrich E. Schnapp, *Logik für Juristen. Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung*, München, Franz Vahlen, 2006, p. 84-85.



l'avons montré, dans l'idée de programmation conditionnelle. Il est généralement admis que le langage juridique est fortement structuré par des formes logiques. La structure de sens « Si..., alors... », que Luhmann analyse comme structure sémantique caractéristique du droit moderne, correspond à ce que les logiciens désignent par les notions logiques d'inférence ou d'implication<sup>1</sup>. La question de la place de la logique dans le droit est un point de discussion dans la théorie juridique. Si les juristes non-théoriciens s'entendent sur l'idée que le droit revêt un caractère logique, la place de la logique dans le droit est parfois relativisée par les théories juridiques critiques. La théorie de la fonction sociale du droit défendue par Luhmann donne un appui sociologique à l'idée du caractère fondamentalement logique du droit.

Selon Luhmann le droit n'est certes pas entièrement régi par une telle logique formelle. Le droit combine la programmation conditionnelle avec des formes de programmation finaliste<sup>2</sup>. Le législateur peut parfois privilégier les concepts indéterminés, voire la fixation d'objectifs abstraits ou la référence à des valeurs. Mais il n'en reste pas moins que des pans entiers du système juridique, par opposition aux autres sémantiques sociales, sont caractérisés par une programmation conditionnelle rigide. Ce phénomène est expliqué dans la sociologie juridique de Luhmann, comme cela a été dit, par la fonction de stabilisation sociale du droit. La logique a pour fonction, au sein du droit, de rigidifier la programmation juridique du traitement des cas, ce qui est particulièrement tangible, nous l'avons vu dans le domaine du droit fiscal ou du droit pénal.

La rigidité sémantique du droit a pour fonction la garantie de l'anticipation des solutions. La prévisibilité du régime fiscal de l'entreprise, par exemple, dépend de la rigueur et de la précision dans la rédaction des textes de loi. Le droit constitutionnel, en revanche, est beaucoup plus vague que le droit fiscal. On y puisera facilement des exemples pour démontrer la faiblesse de la contrainte logique du droit. Mais c'est que le droit constitutionnel se trouve en réalité à l'intersection du droit et de la politique. La tendance logique du droit s'accroît en effet avec l'autonomie du droit. Il nous semble en ce sens que la sociologie juridique de Luhmann, dans sa dimension explicative, comporte des apports concrets, qui peuvent être réinjectés dans la science juridique. Cela rend d'autant plus nécessaire la lecture par les juristes de la somme théorique que constitue *Le droit de la société* de Niklas Luhmann.

1. Willard V. O. Quine, *Méthodes de logique*, Armand Colin, 1972, p. 49-60.

2. *DS*, p. 157 : « Malgré tout cela, on trouve en droit des programmes orientés vers des fins et des sociologues du droit [...] pourraient considérer comme "réfutée" la théorie proposée ici. [...] Manifestement, il ne s'agit en aucun cas ici d'"authentiques" programmes orientés vers des fins [...] ». Les programmes finalistes du droit s'inscrivent dans un contexte de programmation conditionnelle dominant, *ibid.*, p. 160 : « Le cadre de décision du droit n'est donc jamais un programme orienté vers une fin ». Voir Hugues Rabault, « La machine comme modèle », *op. cit.*, p. 34-41.