

La justice, une formule de contingence. La tentation politique de Niklas Luhmann

Estelle Ferrarese

▶ **To cite this version:**

Estelle Ferrarese. La justice, une formule de contingence. La tentation politique de Niklas Luhmann . Lukas Sosoe. Le droit - un système social, Georg Olms Verlag, pp.91-102, 2015. halshs-01251514

HAL Id: halshs-01251514
https://shs.hal.science/halshs-01251514

Submitted on 16 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Lukas K. Sosoe (éd.)

Le droit – un système social
Law as a Social System

EUROPAEA MEMORIA
Studien und Texte zur Geschichte
der europäischen Ideen

Begründet und
herausgegeben von / *Directeurs-Fondateurs*
Jean Ecole,
Robert Theis

Herausgegeben von / *Directeurs*
Jean-Christophe Goddard,
Wolfgang H. Schrader †,
Günter Zöller

Reihe I: Studien
Band 109

Lukas K. Sosoe (éd.)

Le droit – un système social
Law as a Social System

2015
GEORG OLMS VERLAG
HILDESHEIM · ZÜRICH · NEW YORK

LUKAS K. SOSOE (ÉD.)

Le droit – un système social
Law as a Social System

Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann

2015
GEORG OLMS VERLAG
HILDESHEIM · ZÜRICH · NEW YORK

Der Herausgeber sowie die Autoren danken dem Fonds national de la Recherche von Luxemburg sowie dem Institut für Philosophie der Universität Luxemburg und der Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale der Universität Ottawa für die freundliche finanzielle Unterstützung.

L'éditeur et les auteurs remercient le Fonds national de la Recherche du Luxembourg ainsi que l'Institut de philosophie de l'Université du Luxembourg et la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale de l'Université d'Ottawa pour leur soutien financier.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über *http://dnb.d-nb.de* abrufbar.

ISO 9706
Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier.
Herstellung: Docupoint, GmbH, 39179 Barleben
© Copyright by Georg Olms Verlag AG, Hildesheim 2015
www.olms.de
Alle Rechte vorbehalten
ISSN 1613-7388
ISBN 978-3-487-15218-9

Estelle FERRARESE

LA JUSTICE, UNE FORMULE DE CONTINGENCE. LA TENTATION POLITIQUE DE NIKLAS LUHMANN

Pour Luhmann la validité des décisions du système juridique, loin de nécessiter un recours à la « problématique des fondements »[1], se transmet, circule d'une opération juridique à une autre ; la validité n'est pas une norme, mais une forme. Mais il ne faut pas en déduire que la justice ne compte pas parmi les communications et les préoccupations du système juridique ; elle en est au contraire la « formule de contingence ».

Une formule de contingence est dans l'architecture théorique de Luhmann ce qui rend compatible ce qui advient, dans son improbabilité, avec le système, et rend supportable l'incertitude quant à ce qui va advenir. Elle traduit l'indéterminé en contingence déterminée ou en tout cas déterminable. Le concept a été développé par Luhmann en lien avec d'autres systèmes fonctionnels que le système juridique, le système scientifique, le système économique, le système de l'éducation, mais c'est dans les écrits consacrés au système religieux qu'elle est le plus longuement évoquée. Celui-ci dispose d'une formule de contingence qui lui permet de limiter le spectre des possibles : Dieu. Elle réduit la complexité du monde en fondant sa contingence sur un principe suprême, conçu comme à la fois parfait et personnel[2]. L'idée que le monde lui-même est contingent, qu'il n'est qu'une sélection parmi une infinité d'autres possibilités devient acceptable parce que la perfection de cette sélection se trouve garantie par Dieu lui-même.

Reste qu'une formule de contingence peut également coïncider avec des vertus ou des valeurs. Pour le dire avec les mots de Jean Clam, il s'agit d'une formule « posée à l'intérieur d'un système comme *simplement incontestable*, et par rapport à laquelle le système, sans pouvoir l'observer lui-même, cherche continuellement à se positionner. »[3] Et elle sert autant à ouvrir un système à la contingence qu'à la dissimuler à celui-ci.

---

[1] Niklas Luhmann, *Politische Planung, Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung,* Opladen, Westdt. Verlag, 1971, p. 57.

[2] Niklas Luhmann, *Funktion der Religion*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, p. 201.

[3] Jean Clam, « Une nouvelle sociologie du droit ? Autour de *Das Recht der Gesellschaft* de Niklas Luhmann », *Droit et Société,* 33, 1996, p. 413.

La formule de contingence qu'est la justice renvoie en général, précise Luhmann dans le chapitre de *Das Recht der Gesellschaft* qui lui est consacré, à l'égalité. Le principe posé comme simplement incontestable dans le système juridique est un impératif de justice qui coïncide avec une répartition appropriée de l'égalité. Mais celle-ci est bien particulière. Si dans les sociétés pré-modernes, c'est la norme de la réciprocité ou celle de la mesure qui s'impose comme synonyme de la justice ; dans les sociétés complexes, justice signifie : même cas, même traitement. Dans les premières, l'enjeu était de savoir si ce que l'on reçoit, par échange ou octroi, a été déterminé de manière équitable ; dans les secondes, il est de déterminer si un cas concret porté devant le système juridique fait l'objet d'une décision juste (p. 220-221).

La « justice » est donc une réalisation du système juridique, elle garantit même sa clôture autopoïétique. L'égalité qu'il porte ne se réfère pas aux circonstances : elle ne coïncide pas avec la vieille idée de la justice comme échange ou comme vengeance, ni avec celle d'une comparaison entre les faits d'un cas et son contexte. Rendant superflue toute référence à des opérations, des contributions ou des définitions extérieures au système juridique, l'égalité est donnée par les similarités et les différences entre des « cas » construits par le système juridique. Elle émerge d'opérations qui retournent récursivement vers des actes précédents de même type, vers d'autres actes juridiques (p. 221). Les comparaisons permettant d'établir ce qui est égal et ce qui est inégal supposent d'examiner un cas actuel à l'aune d'un cas précédent, elles s'effectuent donc *dans le temps*. D'où une reformulation frappante de l'égalité, en même temps que comme consistance dans les décisions, comme « régularité », un concept temporel de part en part. Une particularité de la pensée de Luhmann est de placer véritablement le temps au cœur de la théorie sociale, et on en prend ici toute la mesure. Le système juridique se dote dans sa détermination même de l'égalité d'un temps propre qui creuse sa différenciation d'avec son environnement ; ce sont des rapprochements réglés entre des événements non-contemporains du système qui assurent que des valeurs comme la justice, loin de représenter un frein à son autonomie, se constitue en dimension purement interne du droit.

On n' « applique » donc pas des considérations sur la justice à une décision juridique ; la justice ne peut plus être appréhendée depuis un point de vue moral ou éthique. La modernité établit une distinction claire de la justice et du jugement moral, ce qui garantit notamment la possibilité d'un dissensus moral dans l'évaluation des questions juridiques (p. 225).

Le système juridique ne peut se passer de la référence à la justice, elle constitue pour lui une véritable contrainte. Le système juridique doit se définir d'une manière qui rende clair que la justice *doit* prévaloir. Et sur toute opération du système, sur chacune de ses structures pèse l'attente de se démontrer juste.

Quant aux juristes, ils n'ont aucun doute sur le fait qu'ils sont justes lorsqu'ils distinguent entre le juste et l'injuste et décident en fonction de la distinction opérée (quel que soit son critère).[4]

Pourtant la justice ne peut être ajoutée comme une troisième valeur entre, ou à côté de, celles qui constituent le code du système juridique, soit les valeurs légal/illégal, et elle n'est pas non plus identifiée au pôle légal, ce qui signifie d'une part que ce qui est légal n'est pas nécessairement juste, d'autre part que ce qui est illégal n'est pas systématiquement injuste. (p. 214, p. 217)

La justice comme formule de contingence constitue alors, pourrait-on poser, l'élément par lequel le système juridique se *juge* lui-même. Il évalue ses propres opérations en mobilisant une norme, dont il active en même temps la possibilité de la déception. Ce que signifie donc norme sous la plume de Luhmann dans ce texte, c'est une prétention contre-factuelle à la validité, qui se maintient face à sa déception.

Niklas Luhmann se défend d'adopter une position normative en pensant la justice de cette manière, insistant sur le fait qu'une formule de contingence n'est pas « une indication de la direction souhaitable pour [l'] évolution » d'un système (p. 217).

Et bien au-delà des dénégations offertes par ce chapitre, il proclame régulièrement qu'aucune critique en vertu d'un « ce qui aurait dû être » explicitement défendu ou tacitement porté, en creux, par un énoncé, n'a pas de place dans une théorie de la société. Non pas que la position défendue par Luhmann se réduise à une défense de la *Wertfreiheit*, à une neutralité axiologique de type wébérienne ; elle s'appuie plutôt sur le constat de l'inadéquation, pour la société contemporaine, d'une orientation congruente avec des valeurs. Pourtant, ses écrits sont émaillés d'énoncés prescriptifs, certains ordonnancements de la société sont clairement décrits comme meilleurs que d'autres, et pas simplement du point de vue du système et de son maintien. Le chapitre 5 de *Das Recht der Gesellschaft* offre une illustration particulièrement dense de ce que l'on pourrait nommer la « tentation politique » de Luhmann. Elle prend trois directions au moins : l'attribution d'une valeur, d'une désirabilité, à la contingence et son libre développement dans un système ; le geste critique de dévoilement d'un phénomène latent ; la restriction, d'ordre normative, de l'égalité à une égalité juridique et formelle, qui plus est menacée par les contributions politiques sur le thème de la « justice ».

[4] Niklas Luhmann, « Are There Still Indispensable Norms in Our Society ? », *Soziale Systeme*, 14, 2008, Heft 1, p. 19.

La désirabilité de la contingence

L'affirmation de Luhmann selon laquelle la formule de contingence ne constitue pas « une indication de la direction souhaitable » du système pour son évolution contredit en réalité l'absence proclamée d'engagement de l'auteur en faveur d'un mode d'existence de la justice ; car, ajoute-t-il, indiquer une voie préférable suppose nécessairement d'ignorer les coûts, les dysfonctionnements et les perturbations entraînées par les sélections forcées. (p. 217) Ce qui se dessine ici, c'est la valeur accordée par Luhmann à la contingence, qui renvoie dans ses travaux à tout ce qui est ni impossible, ni nécessaire. Pour lui, la modernité n'atteint son apogée que pour autant que la contingence se fait omniprésente, qu'elle devient sa valeur intrinsèque (*Eigenwert*)[5], car avec elle se trouve largement ouvert l'espace des possibles, lequel rend possible le choix.

L'accroissement vertigineux du nombre des possibles, et l'obligation à la sélection – contingente – qu'il entraîne pour le système social, qui caractérisent la société contemporaine, ne conduisent pas Luhmann à diagnostiquer l'avènement d'une société du risque, loin s'en faut. Ce serait bien plutôt une société pauvre en complexité et en contingence qui constituerait pour lui une société de la catastrophe. L'hostilité dont il fait régulièrement montre vis-à-vis du motif du consensus, par exemple, parce qu'il suppose un refus de la contingence, trahit bien une prise de parti de type normative : « Une intégration consensuelle des systèmes de communication est quelque chose plus à redouter qu'à espérer. »[6] Comme tous les mécanismes ou principes qui impliquent l'exclusion d'autres possibilités, elle

> indique une priorité permanente de l'histoire en relation avec le futur, c'est-à-dire la priorité d'une complexité déjà réduite en relation avec des possibilités encore ouvertes. Une telle conception ne peut fonctionner que dans des organisations sociales dans lesquelles prédomine un style de vie traditionnel[7].

L'égalité comme formule de contingence constitue à l'inverse un facteur puissant de sortie du droit traditionnel, dans la mesure où elle est une lentille pour l'auto-observation, critique, du système et une contrainte à l'argumentation et au déploiement des différentes positions. Elle suppose et assure conjointement la rupture avec le droit naturel : il n'y a plus de lien direct possible entre « naturel » et « juste » (p. 215), la distinction égal/inégal ou différent n'est plus établie sur la base d'une contrainte à suivre les lois d'une nature décrite comme inégalitaire, ou au contraire comme égalitaire. Non seulement les essences perdent toute pertinence (p. 225), mais l'égalité telle

---

[5] Niklas Luhmann, « Kontingenz als Eigenwert der modernen Gesellschaft », in *Beobachtungen der Moderne*, Opladen, Westdt. Verlag, 1992, p. 95.
[6] Niklas Luhmann, *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990, p. 75.
[7] Niklas Luhmann, *Politische Planung, op. cit.*, p. 60.

qu'elle structure le système juridique ne saurait être définie substantiellement : elle ne peut servir de point de départ pour déduire une décision, elle n'est pas elle-même une raison. Elle ne contient aucune directive quant à ce qui doit être traité comme égal et ce qui doit être traité comme inégal. L'égalité peut être décrite comme une préférence du système juridique, qui inscrit dans l'unité du système une *demande de raisons* justifiant la décision juridique. (p. 218) Toute inégalité doit être justifiée, et elle seule doit l'être (une décision se plaçant sous le principe de l'égalité n'a pas à l'être). L'égalité constitue donc le motif par lequel Luhmann reconnaît, dans une veine qui pourrait sembler presque habermassienne, une primauté à l'argumentation, au sein du système juridique. Les décisions s'insèrent dans des arguments et toute modification du droit en vigueur interpelle argumentativement même le droit non touché par cette modification.

Pour le dire de manière ramassée, la formule de contingence qu'est la justice procéduralise le droit et de cette manière ouvre le champ de ses possibles, ce qu'elle opère en plaçant toute décision juridique devant la même question : ce cas doit-il être traité de la même manière que le précédent ? Elle introduit l'indétermination au moyen d'une structuration élevée, celle qui est permise par une question unique.

N'indiquant aucune direction déterminée, ne reposant sur aucun postulat d'un ensemble restreint de sélections possibles, l'égalité n'est rien de plus qu'un programme. Elle est même ce qui assure le maintien, voire l'accroissement de la contingence au sein du système juridique. Elle constitue en effet une provocation, soulevant perpétuellement la question : ce cas ne doit-il pas être traité autrement ? En d'autres termes, d'une part elle oblige le système à considérer à chaque fois une pluralité de possibles, et d'autre part elle s'oppose à la routine, contrariant la tendance du droit à sa simple perpétuation. Elle constitue un mécanisme interne au système qui provoque des changements dans le système lui-même (p. 228).

Gunther Teubner tire la conclusion que la justice, parce qu'elle suppose une forme de déplacement continuel, en vient toujours à devenir injuste, que l'égalité se mine perpétuellement elle-même. Le droit ne peut échapper à sa propre accusation, et cela constituerait une « expérience douloureuse ».[8] Pourtant, cette insertion d'une logique tragique dans la pensée de Luhmann ne va pas sans gommer le fait que l'auto-correction permanente ne procède pas de la sensation d'un défaut auquel il n'est pas de remède. Si le système juridique remet sans cesse en question la logique de ses chaînes de décisions, s'il réexamine perpétuellement ses règles, et éprouve continûment ses raisons, c'est ce processus

[8] Günther Teubner « Selbstsubversive Gerechtigkeit : Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts ? », in Gunther Teubner (Hrsg.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann : Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2008, p. 9-36.

même qui prend le nom de justice, il n'en constitue pas l'échec. En d'autres termes, le doute est le moteur de l'évolution du système juridique

Surtout, l'égalité, en tant que réalisation du droit, démontre comment l'impératif social de non-discrimination propre à une modernité dont la structure sociale repose sur une inclusion universelle, est absorbée par un système, mais aussi surmontée par lui dans la mesure où il l'assujettit à d'autres finalités, ici son ouverture à la contingence. Loin donc d'être tragique, le processus de re-chaotisation qui accompagne l'institutionnalisation de la formule de contingence permet le plein déploiement d'une modernité associée par Luhmann au règne du choix et de l'inconnu, c'est-à-dire de la liberté.

Une sociologie de la latence ?

Luhmann insiste longuement dans ce chapitre sur le fait que le statut de « formule de contingence » de la justice est une fonction latente de celle-ci, qui n'est perceptible que depuis la perspective d'un observateur de second ordre. Pour le système juridique lui-même, elle ne constitue rien d'autre qu'une norme incontestable, ou encore un programme de tous les programmes.

Les formules de contingence traversent la frontière entre détermination et indétermination. Mais ce « passage » ne peut être accompli de manière évidente, il importe qu'il demeure caché. D'une part, une auto-description non-paradoxale du système juridique n'est véritablement possible que si des opérations et des processus systémiques cruciaux demeurent latents. Car la justice, en tant que norme, est un outil d'auto-observation et d'auto-description du système (p. 213), et elle ne peut s'avouer indéterminée. D'autre part, il importe, pour que la formule de contingence se réalise, c'est-à-dire que l'orientation vers la contingence soit assurée, que le système juridique reste aveugle à sa fonction réelle. (p. 216) Luhmann décrit volontiers les conditions de la modernité comme constituant une avancée en ceci que de quelque manière que nous voyons, décrivons et agissons sur le monde, nous sommes conscients, que nous pourrions voir, décrire et agir sur le monde d'une manière différente. Pourtant, à bien y regarder, il introduit, en même temps que la fonction latente de la formule de contingence, une différence, pour le système juridique, entre envisager les autres possibilités, ce que le droit positif fait indéniablement (il n'y a pas qu'une solution unique, indiquée par la nature), et avoir et garder conscience qu'il pourrait en être autrement, qu'une autre décision, qu'une autre distinction égal/inégal, qu'une autre allocation du juste et de l'injuste aurait pu avoir lieu. Cela reste invisible, car il importe que le système juridique se décrive comme juste, et non comme aléatoire ou indéterminé. Pour stimuler la contingence, pour que la re-chaotisation perpétuelle s'opère, il faut donc que le système la dissimule, qu'il se la taise à lui-même.

Il échoit alors à l'observateur de second ordre (c'est-à-dire l'observateur d'une observation faite par un autre système), qu'est le sociologue Niklas Luhmann, de révéler à quoi sert « la justice » dans le système juridique.

Luhmann semble alors s'exposer ici à l'ironie dont il a fréquemment fait preuve vis-à-vis des sociologies fascinées par les phénomènes latents, et qui se donnent pour tâche leur dévoilement. Si dans ses premières œuvres, on trouve des passages où il fait usage du vocabulaire de la duplicité de certaines dispositions ou dispositifs[9], il développe par la suite une critique des sociologies qui partent de l'hypothèse qu'il existe une logique, une causalité dissimulée au sens commun. Sa réfutation de la sociologie « critique » tout particulièrement se fonde sur la malhonnêteté de l'explication par la latence. Le discours « critique » constitue selon lui une forfaiture dans la mesure où il n'est rendu possible que par un déplacement permanent de la tache aveugle des distinctions qu'il utilise, ce qui lui permet perpétuellement de voir ce que les autres ne voient pas, de mettre en évidence des logiques cachées, d'opérer une métamorphose générale des contingences en latences, qui n'en repoussent pas moins dans l'inobservable aussi bien le « sujet » que le « monde »[10]. Luhmann assure pour sa part substituer à cette posture épistémologique une préférence pour la contingence, encore :

> se rendre compte de la contingence de toutes les opérations replacerait la sociologie en contact avec un aspect de la société moderne, la transformation des liens sociaux traditionnels et organiques en sélections contingentes[11].

Pourtant la fonction qu'il « découvre » au principe de la formule de contingence « justice » (ouvrir le système à la contingence en la dissimulant) n'est en rien contingente, elle présente même une dimension téléologique. Elle permet de penser un système de mieux en mieux adapté aux buts (dont on ignore qui ou quoi a formé le dessein), et s'intégrant de la sorte à un tout harmonieux. Si Luhmann a, ailleurs, en lien avec la notion de système fonctionnel, tenté de repenser la « fonction » comme créant le problème qu'elle aide à résoudre, ici une fonction découpée par rapport à la résolution d'un problème qui lui pré-existe – développer une complexité adéquate – est attribuée à la « justice » (p. 219). Un mécanisme caché opère un mouvement qui gouverne l'évolution du système juridique, et ce pour son bien.

---

[9] Ainsi *La légitimation par la procédure*, publié en 1969, dote-t-il les procédures que sont, dans le système politique, la législation et l'élection, d'une fonction d'absorption des conflits par la spécification de l'insatisfaction, et d'effritement des contestations. (*La légitimation par la procédure*, Paris/Québec, Cerf/Presses de l'Université Laval, 2001).

[10] Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000, p. 314.

[11] Niklas Luhmann, *« Was ist der Fall ? » und « Was steckt dahinter ? » Die zwei Soziologien und die Gesellschaftstheorie,* Bielefeld, Universität, Presse- und Informationsstelle, 1993, p. 22.

Il importe de relever que le souci du dévoilement de ce à quoi sert vraiment la valeur « justice » dans le système juridique se manifeste dans un ouvrage publié pour la première fois en 1993, soit cinq ans avant la mort de Luhmann ; il figure donc dans l'œuvre tardive du sociologue, et il est écrit de manière quasi contemporaine à l'article qui cadre ses objections à la sociologie critique : « *Was ist der Fall ? » und « Was steckt dahinter ? » Die zwei Soziologien und die Gesellschaftstheorie*[12]. Loin donc de pouvoir être interprétée comme une imprécision précoce, ou comme un bras abandonné de sa pensée, c'est une tentation permanente que signale cette juxtaposition.

L'égalité formelle et la politique comme problème

L'égalité, en tant que sémantique, ne circule pas, dans l'architecture luhmannienne, qu'au sein du système juridique. Ce n'est que dans le droit que la justice s'impose comme l'unique formule incontestable servant l'orientation du système[13], mais elle est un programme parmi les autres dans le système politique, la morale, le système économique.

Plus largement, relève Luhmann, la sémantique de l'unité de la société humaine, après avoir pris la forme du bonheur (entendu comme l'acceptation de son propre statut ou de sa propre condition dans la société) au XVII^e^ siècle, puis de la solidarité comme devoir moral au XIX^e^, coïncide aujourd'hui avec la réalisation de l'égalité sociale. La société contemporaine prétend être une société tendant activement vers un *nivellement des conditions de vie*. Même s'il ne s'agit que de sémantique, car il n'y a aucun signe de réalisation et « l'écart par rapport à la réalité est encore plus visible pour les conditions de vie qu'il ne l'était dans les cas de la solidarité ou du bonheur[14] », l'égalité est un problème et une préoccupation pour l'ensemble du système social et chacun de ses mécanismes dans les conditions de la modernité.

On relèvera néanmoins qu'en dépit des assurances que Luhmann donne de ci de là quant à sa polycontextualité, la thématique de l'égalité n'est guère traitée en tant un problème politique ; contre toute attente, elle n'est évoquée que de manière éparse dans *Die Politik der Gesellschaft*, par exemple.

Une lecture attentive du chapitre 5 de *Das Recht der Gesellschaft* nous donne à voir que cette quasi-absence n'est pas fortuite. C'est l'égalité juridique que Luhmann conçoit comme la forme désirable d'égalité, c'est sur son modèle que sont conçues les incarnations de cette norme, pour autant qu'elles ne sont pas décrites comme problématiques.

---

[12] *Op. cit.*
[13] Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, p. 469 *sq.*
[14] Niklas Luhmann, « Globalization or World Society : How to Conceive of Modern Society », *International Review of Sociology*, 1997, 7, p. 74.

Luhmann décrit dans ce chapitre, rappelons-le, l'égalité (1) comme une question de *traitement* : elle renvoie à des différences ou des convergences entre des cas juridiquement construits, à des similarités ou des écarts entre des « si » pris dans des raisonnements juridiques, et non à des propriétés attribuées à des individus (p. 227). (2) Il en fait un phénomène *formel*, général, qui désigne quelque chose qui tient de la régularité ou de la cohérence dans les décisions. Et cette cohérence ne procède pas de la poursuite constante d'une finalité unique : l'égalité surgit de l'exécution d'un programme conditionnel (si…alors), qui pose à la fois le respect de la forme comme une modalité centrale de la réalisation de l'égalité, d'autre part découpe une définition strictement procédurale de la justice. (3) Elle n'interdit pas l'inégalité, car il s'agit au contraire de décider ce qui est égal *et* ce qui ne l'est pas (p. 226), mais *l'arbitraire.*

Si l'on se penche à présent sur la manière dont « l'inclusion » est caractérisée dans l'œuvre luhmannienne, c'est-à-dire sur l'égalité assurée par le système social en général (ou pour le dire encore autrement, sur l'égalité réalisée par la structure sociale, et non plus en tant qu'elle constitue une sémantique), il apparaît qu'elle présente une forte homologie avec le type d'égalité préférée, et produite par le système juridique[15].

En effet, dans le cas de l'inclusion structurelle comme de l'égalité juridique, Luhmann parle d'une égalité de traitement (1), d'une égale considération. Ainsi *Die Gesellschaft der Gesellschaft* énonce-t-il que « l'inclusion doit donc être conçue comme une forme dont la face interne (l'inclusion) est désignée comme la possibilité pour les personnes d'être *pris socialement en considération*. »[16]. L'égalité renvoie, dans toutes ses manifestations, à une égale distribution de la considération du système social, laquelle coïncide avec une attention basse, limitée à l'octroi de chances de participation. Si l'inégalité instituée par l'exclusion se nomme négligence, l'égalité potentiellement réalisée porte elle le nom d'indifférence.

(2) Le principe d'égalité formulé et institutionnalisé dans la société moderne n'interdit pas l'inégalité, il n'en est qu'un principe limitatif. Pour Luhmann, l'égalité ne peut se matérialiser que face à son contraire ; construite de manière paradoxale, elle inclut l'inégalité.[17] Le principe égalité proscrit donc simplement les décisions qui ne se laissent comprendre que par le caprice.

(3) Il s'agence, dans le système juridique comme ailleurs, à une égalité de raisons données ou exigibles, permise par un impératif de justification. Toutes les différences peuvent être et doivent être ignorées à l'exception de celles qui,

---

[15] Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à notre article « La "Begriffsgeschichte" de Niklas Luhmann. Place et sens du concept d'*égalité* dans l'évolution de la société moderne », in Thomas Kisser dir., *Événement et histoire. Niklas Luhmann et l'historiographie*, Verlag Diaphanes, édition bilingue, à paraître.

[16] Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 620. C'est nous qui soulignons.

[17] Niklas Luhmann, « Are There still Indispensable Norms in Our Society ? », *op. cit.*, p. 33.

dans une relation spécifique à une fonction, peuvent être justifiées comme sensées.

Non seulement l'égalité juridique est le modèle sur lequel est pensée l'égalité engendrée par la société moderne, mais les contributions concurrentes sur le thème de l'égalité, et en particulier celles du système politique, sont décrites comme constituant un problème pour la justice.

D'abord, si le système juridique a besoin de se penser lui-même comme générant de la justice, le système politique doit, lui, se décrire comme légitime. Or, ces deux nécessités entrent en conflit. La légitimité du système politique est liée à sa réalisation du principe d'inclusion universelle ; l'État-providence crée en permanence, dans cette finalité, des programmes. Mais des programmes découpés exclusivement à l'aune d'une *fin*, lui subordonnent *les moyens* de sa réalisation ; pour cette raison, non seulement ils entrent en contradiction avec la justice procédurale du système juridique, mais en violentant les moyens, ils « génèrent de l'injustice » (p. 223).

Ensuite, la justice *distributive* portée par le système politique, en particulier sous l'espèce de la redistribution promise par l'État-providence, fait l'objet d'une critique virulente, de type normative, de la part de Luhmann. Elle n'est selon lui pas en mesure d'assurer le jeu d'accords et de désaccords entre formes d'égalité et d'inégalité attendues de la sémantique de l'égalité dans la société moderne, et elle est tout autant destinée que celles qui l'ont précédée à échouer à résoudre, ou à soulager, la question de la signification et de la possibilité de l'unité de la société[18].

La conception distributive de la justice est indissociable de son apparition dans les sociétés stratifiées, où elle assurait l'allocation *a priori* des différences et des égalités, en fonction de la naissance et du rang. Une fois la structure sociale modifiée, c'est-à-dire dès lors que la différenciation sociale s'opère sur une base fonctionnelle, son utilisation perdure, mais elle devient aporétique, ce que masque son succès persistant en philosophie politique. Luhmann distribue les mauvaises notes ; il interprète les travaux de Michael Walzer comme une tentative maladroite de concilier sémantique distributive et différenciation fonctionnelle. Elle échoue selon lui à dépasser le simple constat du caractère situé et immanent des solutions adoptées par les différentes sphères de biens, et ne parvient pour cette raison pas à isoler un véritable principe de justice (p. 219, n. 29). Quant à John Rawls, c'est une naïveté toute nue que Luhmann lui impute, celle de confondre la justice avec un super-code juste/injuste contraignant l'ensemble des sélections dans la société moderne. (p. 216, n. 21) Par delà ses protubérances théoriques peu convaincantes, la justice distributive

[18] Niklas Luhmann, « Globalization or World Society : How to Conceive of Modern Society », *International Review of Sociology*, 1997, 7, p. 74.

est aujourd'hui, parce qu'elle ne peut plus être fondée dans l'idée de droit naturel qui lui conférait une assise non problématique, le terrain d'exercice de la contingence des décisions politiques – ce à quoi Luhmann oppose la consistance et la régularité qui sont au principe de l'égalité juridique.

La justice commutative, qui règle les échanges et les formes de la réciprocité, se révèle une concurrente tout autant mal équipée pour la modernité ; elle aussi taillée pour une société qui suppose des inégalités de rangs, elle est inadéquate à la société complexe, car il y devient impossible d'évaluer correctement les réalisations des uns et des autres, à l'exception de la commensurabilité permise par les mécanismes du marché, et cantonnée au système économique. En bref, c'est l'ensemble des propositions en matière de justice qui persistent à être portées par d'autres systèmes que le système juridique qui sont déclarées néfastes par Luhmann.

Enfin, Luhmann insiste, pour le déplorer, sur le fait que le système juridique est exposé à des initiatives politiques qu'il doit traiter de manière permanente dans les procédures législatives, les régulations administratives, les décisions des tribunaux. Il est forcé de réagir aux modifications continues de la législation ; or celles-ci rendent possible de décider de manière inégale sur des cas égaux, et de manière égale sur des cas inégaux (p. 222). Le système politique, par sa production permanente de nouveaux textes, provoque une rupture du temps propre du système juridique, normalement assuré par la mesure d'un cas actuel à l'aune d'un cas précédent. Le système politique constitue, en d'autres termes, une menace pour la texture temporelle de la justice portée par le système juridique.

Luhmann conçoit alors ce qu'il nomme une « solution », qu'il situe dans le confinement de la formule de contingence au cœur du système juridique, en en attribuant la réalisation aux seuls tribunaux (p. 222). Il place en effet, comme il l'expliquera plus finement deux chapitres plus loin, les tribunaux au centre du système juridique, et la législation à sa périphérie, s'appuyant sur le double argument selon lequel seuls les tribunaux sont astreints à produire des opérations juridiques, et qu'ils travaillent dans des conditions d'auto-isolement cognitif bien supérieur à celui du législateur, qui est lui sujet à la pression politique. La justice serait alors garantie par son imperméabilité au système politique. Luhmann entre de plein pied avec ce raisonnement dans la posture de la recommandation politique.

Ainsi, loin de ses proclamations selon lesquelles la théorie systémique prend acte du fait qu'aucune théorie scientifique ne peut se substituer à l'auto-description d'un système ou prétendre qu'elle dispose d'une meilleure conception de celui-ci, Niklas Luhmann effectue ici, à l'occasion d'une réflexion sur une norme, un triple mouvement, évaluatif, critique et prescriptif, qui trahit une tentation d'instruire sur le monde et d'agir sur lui.