

La nature de l'établissement judiciaire des faits

Csaba VARGA

Institut d'études juridiques de l'Académie des Sciences de Budapest

Les faits, en tant que catégories relationnelles de la prise en possession cognitive par l'homme de la nature première et secondaire, sont des produits de sa conscience active ¹. Dans la praxis cognitive et communicative de l'homme, le fait constitue cette certitude relative (relativisée notamment par la dépendance de l'homme envers sa propre pratique) sur laquelle il peut s'appuyer à titre provisoire, tout en reproduisant en même temps son propre système de paradigmes.

L'existence sociale est inconcevable sans la praxis cognitive et communicative de l'individu. Dans ce contexte, il est incontestable que les faits « existent » dans la pratique humaine. C'est un élément de base de l'ontologie sociale. Puisque « les rapports et les relations sont des facteurs constitutifs réels de l'existence sociale [...], il faut incontestablement les ressentir comme s'ils étaient la réalité même et il faut, dans la vie pratique, les prendre en considération comme états de fait réels et, par conséquent, la réflexion est souvent contrainte de les transformer, en les réifiant, en choses »².

I. — EN TANT QUE JEU D'UN JEU

En conséquence, les faits ne découlent pas d'eux-mêmes. Les relations considérées comme faits ne deviennent pas automatiquement des faits juridiques dans la praxis cognitive et communicative de l'homme.

En réalité, il deviendra un fait juridique de manière à ce que – selon les formalités procédurales et l'idéologie officielle qui peuvent être exclusivement mentionnées ici – on reconstruise les constatations de fait qui sont ou pourraient être accomplies dans la pratique sociale, faisant appel à la qualité spécifique du système juridique ; et cette constatation redoublée gagne une signification propre ; tandis que nous, qui accomplissons cela, faisons partie d'un jeu soumis au jeu intégral de la société.

En tout cas, il apparaît une clôture formelle dans le processus, car les règles « extérieures » ne sont plus « valables » dans ce jeu. Celui qui participe à ce jeu peut jouer uniquement selon les règles propres au jeu. C'est donc une présupposition accep-

¹ Cf. Csaba Varga, « The Fact and Its Approach in Philosophy and in Law », *Law and Semantics 3*, ed. Roberta Kevelson, New York, Plenum 1990, p. 357-382.

² Georg Lukács, *Marx's Basic Ontological Principles*, trans. David Fernbach, London, Merlin, 1978, p. 41.

tée dans le cadre du jeu qu'on peut jouer seulement et exclusivement sur la base des faits qui existent dans la réalité. D'une part, tout le monde peut se référer aux faits pour prendre part au jeu (à vrai dire, dans la réglementation juridique actuelle, c'est bien sûr un cercle plus restreint de sujets qui peuvent agir, un cercle qui peut être limité encore davantage, selon l'effet voulu en rapport avec certaines sortes de faits). D'autre part, le fait auquel on se réfère doit être prouvé. La preuve elle-même (aussi bien que n'importe quelle « participation » au jeu portant référence aux faits) est le jeu lui-même : elle se passe exclusivement selon les règles du jeu.

La règle principale du jeu ne permet pas qu'une intrusion forcée se produise. N'importe qui, voulant adhérer, ne peut y participer qu'en tenant compte des règles. Celui qui voudrait forcer sa propre communication de faits, éludant ce qu'on a stipulé ci-dessus, fait usage de violence. Il signifierait la fin du jeu, comme s'il mettait le feu à la maison où l'on joue. Et s'il continuait ce jeu ainsi forcé, ce serait déjà un autre jeu. Il est donc évident que celui qui impose d'autres règles dans le jeu, le corrompt par cela même³. Celui qui change la validité du jeu d'une manière non conforme au jeu, commence, ainsi, un autre jeu⁴.

C'est une caractéristique du jeu abordé ici que l'on parle toujours de la « vérité » mais uniquement basée sur des « preuves » formées par une « conviction » gagnée en procédure. Dans des cas extrêmes, quand le juge joue un rôle décisif dans la procédure entamée entre les parties en conflit, il se peut même que l'une des parties gêne mutuellement les preuves de l'autre — sans toucher par cela même, par ailleurs, la pertinence des preuves en question.

S'il fallait caractériser le jeu d'un point de vue cognitif, nous pourrions établir que sa structure se caractérise fondamentalement (1) par une organisation et une tendance normatives (c'est-à-dire tout ce qui y joue un rôle de principe sélectif, ordonnateur et organisateur, est incontestablement subordonné aux objectifs pratiques extérieurs), aussi bien que (2) par une clôture procédurale, laquelle, tout en terminant le processus même à un certain point, en déclarant le résultat ainsi obtenu comme *res judicata*, détermine en même temps le processus tout entier, c'est-à-dire son organisation, le choix du terrain et des directions, comme aussi ses phases, ses délais et ses formalités.

De même, le fonctionnement du jeu peut être caractérisé par les traits suivants :

(1) sélectivité (puisque le déploiement du processus en toutes directions possibles est lié à la condition que la pertinence normative des faits auxquels on se réfère, a été établie préalablement) ;

(2) formalité (puisque les faits peuvent être pris en considération seulement si et dans la mesure où la présence de quelques autres propriétés sont aussi démontrées, sans égard à la pertinence ou importance supposée des faits, et, par propriété, on entend ici

³ Tout comme le fait le voyageur du drame métaphorique de Friedrich Dürrenmatt (*Die Panne*, Zurich, Diogenes, 1965), qui entreprend le jeu verbal d'un procès judiciaire comme un jugement moral, se condamnant lui-même.

⁴ Tout comme le fait César, jouant aux échecs avec Jussuf, le pirate qui le rend esclave, mais qui lui promet la liberté si César gagne. César, tout en profitant de la « règle » qu'il « institutionnalise » à l'instant en saisissant l'épée de son ennemi, coupe la tête de Ben Jussuf. Cf. Frigyes Karinthy, « Caesar és Abu Kair [II] », *A lélek arca : Összegyűjtött novellák* [Recueil de nouvelles de Karinthy], 2e éd. par Béla Abody et Károly Szalay, Budapest, Magvető, 1957, p. 27-30.

une relation qui peut être pleinement artificielle, extérieure et même fortuite vis-à-vis de ces faits) ; et finalement,

(3) procéduralité (le résultat du jeu sera fonction de réponses aux questions du type « qui affirme cette chose ? » et « quand et comment le fait-il (elle) ? » plutôt que du type « qu'est-ce qu'on a affirmé ? »).

En somme, d'un point de vue épistémologique, on peut dire que le processus n'est plus ou moins que l'utilisation dans un contexte pratique des connaissances brutes, entièrement déterminées par des objectifs, méthodes, formes et procédures homogènes spécifiques.

II. — EN TANT QUE CONDITION PRÉALABLE POUR QU'UNE SANCTION JURIDIQUE SOIT ÉTABLIE

Dans le cas d'un événement juridique, ni le droit ni le fait ne peuvent être identifiés par eux-mêmes ou prenant position pour lui-même. Je me permets cette proposition, même si elle semble absurde : à vrai dire, droit et fait ne sont même pas des composantes de la procédure. Ils deviennent seulement indirectement des facteurs de procédure, c'est-à-dire dans la forme et par la médiation de la référence à une affirmation, présentée par les parties et acceptée par le juge comme une des prémisses de son syllogisme de décision.

Dans le même sens, on peut constater également que l'ordre juridique n'est pas la « conséquence » des normes mais de la pratique sociale conventionnalisée (ou bien, pour être précis, l'ordre juridique lui-même *est* la pratique sociale conventionnalisée)⁵. En fait, l'ordre juridique est le fruit de la pratique référée aux normes qui, en même temps, impose que ces références soient reconnues comme si elles correspondaient aux normes. Certainement, on peut d'ores et déjà ajouter que même le monde des faits jugé dans cette pratique n'est pas la « conséquence » des faits.

Pour nous en assurer, nous pouvons aussi confirmer que les faits en soi ne sont pas du tout des phénomènes juridiques. C'est seulement leur constat qui leur fait ouvrir la voie pour devenir fait juridique. Notamment, (1) une constatation qui, dans un sens épistémologique, n'est pas une proposition d'existence mais l'affirmation d'une exigence pratique pour débiter ou modifier un processus juridique en se référant à un fait pertinent dont le cas a été ou a pu être établi. Cette constatation elle-même ne peut être transformée en événement juridique que (2) par une autorité compétente qui l'accepte en sa procédure comme base pour cette procédure.

Dans la reconstruction formelle de la logique qui se manifeste dans le droit moderne, le fait se présente comme une condition préalable pour établir une sanction juridique⁶. Même si cela peut sembler cynique, ce n'est pas autre chose que la confirmation de la

⁵ Cf. de l'auteur, « Kelsens Rechtsanwendungslehre : Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme, Perspektiven », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 76 (1990) 3, p. 348-366 et « Judicial Reproduction of the Law in an Autopoietical System ? » *Technischer Imperativ und Legitimationskrise des Rechts*, hrsg. Werner Krawietz *et al.*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, p. 305-313 [Rechtstheorie, Beiheft 11].

⁶ Cf., p. ex., Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2e éd., Vienna, Deuticke, 1960, en particulier p. 245.

logique spécifique d'un fonctionnement spécifique. (Tout comme le fait Lukács en s'exprimant ontologiquement, précise que ce qui est théorique peut être pertinent en pratique parce que et seulement dans la mesure où il est pratique⁷). Ce qui veut dire que la notion de théorie affrontant celle de pratique n'est pas vérifiée. En plus, comme parts de la réalité discrètes et contrastées, théorie et pratique n'existent pas du tout, étant donné que la praxis est la seule entité qui existe. En pratique, c'est-à-dire conformément à sa forme d'existence réelle, la « théorie » se qualifie en même temps comme praxis. Cependant, comme la logique et les mathématiques montrent que les systèmes de schémas conceptuels, artificiellement formés par la théorie, peuvent être projetés sur la réalité, il est évident que quelque chose comme la théorie existe. Elle existe, bien que, ontologiquement parlant, ce ne soit pas quelque chose qui serait ajouté de l'extérieur à la praxis mais pris de l'intérieur de celle-ci, comme un médiateur plus ou moins parfaitement homogénéisé. En même temps, comme un médiateur soulevé au dessus de l'hétérogénéité de la praxis – à côté de quelques aspects homogènes de l'organisation, de la structure et d'opération –, la théorie confronte la praxis comme la mesure même de la praxis. Il est clair que c'est la raison d'être de son existence. Le message de fond, c'est la relativité des sphères homogènes vis-à-vis des hétérogénéités sous-jacentes. En même temps, la relativité en question présuppose le développement et le soutien des principes particuliers de la construction et du fonctionnement dans le cadre de cette hétérogénéité. C'est l'hétérogénéité de la vie quotidienne qui pourvoit comme la vraie médiation de toute homogénéisation, la base ainsi que le cadre, la source et l'objectif, et surtout et nécessairement le moyen réel de toute homogénéisation⁸. Les sphères homogènes enlisées dans l'hétérogénéité sociale se manifestent par des principes d'organisation et de fonctionnement propres dans le processus général de la reproduction sociale.

Pour en revenir au processus de la prise de décision normative, il serait erroné de supposer (comme l'hypothèse cartésienne l'a fait, en confondant les différentes sphères homogènes) qu'une « connaissance » vient la première et qu'elle est suivie par une « réaction pratique »⁹. Car, de ce point de vue, le processus de la prise de décision normative n'est autre chose qu'une sorte de réaction pratique à une certaine constatation des faits qui met à l'épreuve, dans un processus limité, aussi bien cette constatation que la réaction à celle-ci.

On peut en tirer deux conclusions. La première est qu'aucune constatation de faits ne dérive – dans un ordre normatif – des événements écoulés ou de leur prise de connaissance. Ou bien, l'ordre normatif rend possible de constater autant de « cas juridiques » constitués par des « faits » (en se référant au même événement), autant de conséquences juridiques pouvant être tirées comme conclusions offertes sur une base de références justifiables. La deuxième, qu'aucune constatation du fait ne peut entraîner une procédure seulement parce qu'elle est vraie. Un fait peut conduire à entamer une procédure uniquement parce qu'il était constaté d'une façon appropriée au moment de la mise en marche d'une procédure. En conséquence, sa vérité n'est pas pertinente d'un point de vue juri-

⁷ Cf. Lukács, *op. cit.*

⁸ Par exemple, même à la lumière d'une microanalyse, il n'y a rien dans l'homogénéité du domaine juridique ou de son fonctionnement qui ne serait pas hétérogène en même temps. Voir de l'auteur, « Domaine "externe" et domaine "interne" en droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1985, n° 14, p. 25-43.

⁹ Cf. Gilbert Ryle, *The Concept of Mind*, Harmondsworth, Penguin, 1984.

dique mais seulement de celui de la chance pratique de ce que sa constatation subisse une attaque par référence à l'absence de sa vérité. Puisque la condition préalable de la mise en marche d'une procédure n'est pas la vérité des faits prétendus mais leur prouvabilité. La vérité du constat des faits et l'exigence que leur épreuve prétendue sera examinée par une preuve procédurale ne sont pas autre chose que des bases de référence établies par l'ordre normatif et soutenues par l'idéologie professionnelle de la culture juridique. Il va de soi que tout en restant dans le cadre des limitations de l'ordre juridique, ouvertement ou explicitement, on ne peut aller contre eux ni les nier.

De l'autre côté, le droit qualifiera le résultat final comme certainement « prouvable », comme « prouvé » actuellement par la procédure, et finalement le verbalisant comme « vrai ». Suivant cette voie, tout les composantes étant fonction de la procédure normative, je pourrais conclure par l'intermédiaire d'une sorte de *reductio ad infinitum* que ce que le droit exige est, en dernière analyse, non pas la vérité mais une affirmation non attaquée se référant à la vérité.

III. — EN TANT QU'ACTIVITÉ HOMOGENÈME DIFFÉRENTE DE LA FACULTÉ COGNITIVE

On rencontre des caractéristiques différentes des différentes sphères homogènes, semble-t-il, même si l'on approche des processus en question par des présuppositions qui contournent les notions élaborées en leur sein.

Si je veux prendre connaissance d'un sujet, je fais usage (tout en créant) de catégories et de notions qui doivent refléter d'une certaine façon ses mouvements et propriétés pour que je puisse définir ses paramètres et principes d'organisation. Ce sont vraiment des définitions d'existence, pour autant qu'elles reflètent, d'une certaine manière et en un certain sens, ce qui est supposé comme existant indépendamment d'elles, même si c'est, pourtant, par la force de ma définition. Ainsi, elles ne peuvent être qu'anthropomorphisées. En dehors de cela, elles sont aussi désanthropomorphisées, au moins dans la limite de mon comportement, en faisant tout ce qui est possible pour que ma présence, c'est-à-dire ma simple existence physique, ne soit pas pertinente du point de vue de ce qu'elles reflètent actuellement. En même temps, comme moyens pour former des notions, je crée des types, par lesquels je définis des configurations, formes d'organisation et lignes de force cognitivement caractéristiques, sans égard au fait qu'elles aient, ou non, une apparence concrète dans le cas particulier.

Si je veux exercer une influence pratique sur ce qui existe indépendamment de moi (à condition que ce ne soit par une force physique, prenant prise sur le sujet, etc.), l'unique interlocuteur dont je dispose c'est la langue — comme dans le cas de la cognition. Il faut noter que « la langue exprime les processus qu'elle reflète sous forme de choses ; et plus elle se prouve éclectique comme moyen de communication sociale, plus elle le fera »¹⁰. Par conséquent, tout objet, événement et communication humains représentés par la langue, sont formulés d'une manière quasi-cognitive, sans égard à ce qu'ils aient ou non un trait cognitif. Bien sûr, cela peut entraîner une confusion. Si mon action pra-

¹⁰ György Lukács, *A társadalmi lét ontológiájáról* [Sur l'ontologie de l'être social], Budapest, Magvető, 1971, vol. 11, p 652.

tique est transmise par la langue, ce que je peux faire, – puisque je ne peux influencer l'attitude des autres qu'en prédisant et infligeant des conséquences précises à ces attitudes –, c'est conceptualiser et linguistiquement exprimer et les attitudes en question et les conséquences qui leur sont propres.

En général, il y a donc deux possibilités d'intervention. La première, c'est d'avoir un plan global construit d'une façon axiomatique. Néanmoins, la construction axiomatique ne sera jamais achevée et réalisée, au moins entièrement, à cause des différences et des désaccords qui se manifesteront nécessairement et aussi parce que les intérêts réels (et non les règles idéologiques d'une logocratie) forceront enfin des solutions, tout au moins de compromis. Sinon, je peux agir aussi par la voie de la définition des événements ou des aspects comme des questions pertinentes de la pratique, à propos desquels je stipule qu'une intervention réglementaire est nécessaire. En fonction du choix retenu, je commence la conceptualisation ou bien par la nominalisation de l'attitude en question (auquel cas aucune considération matérielle ne sera pertinente) ; ou bien en imposant l'objectif, en mesurant les effets primaires et secondaires qui découlent de sa réalisation (auquel cas l'attitude actuelle et sa dénomination ne seront pas pertinentes). Dans tous les cas, indépendamment de la voie choisie, je vais finalement arriver à une définition de types.

Du point de vue de la réalité, le type sera nécessairement défini par hasard, donc en principe de façon arbitraire, puisqu'il n'est qu'un outil, construit artificiellement pour être projeté sur la réalité pour l'intervention pratique. Il sert de toile de fond aux références normatives. Par conséquent, allant à l'encontre de son apparence conceptuelle désanthropomorphe, il est tout de même anthropomorphe. En d'autres termes, on ne peut pas le concevoir comme une entité qui reflète la réalité dans l'intérêt de la connaissance de celle-ci. Bien au contraire, ce sont des types qui projettent dans la réalité un arrangement idéal, déterminé par des considérations pratiques pour façonner la réalité. C'est pour cela que cet arrangement ne contient aucune sorte de « réalité objective », à laquelle le type devrait correspondre en sens épistémologique par un reflet adéquat. En fait, ce qu'il reflète n'est pas autre chose que son domaine intérieur, c'est-à-dire, ce qui est en lui.

Il est sûr que c'est le cas de toute expression, objectivation et institutionnalisation humaines en général. Ce qu'elles poursuivent peut être retracé en arrière en remontant jusqu'à une volonté subjective ou son substitut social, représentant l'exigence de l'intervention pratique. Nonobstant, il n'y a pas de réduction qui pourrait mener à un résultat identifiable, interprétable ou tout simplement utile pour une analyse des conséquences¹¹. La seule entité qu'on peut retenir, c'est son expression linguistique, c'est-à-dire un texte quelconque composé d'une série de signes définis par des conventions sociales, transportant le message humain dont il tient lieu. En ce sens, sa dernière parti-

¹¹Pour une critique de l'interprétation du droit comme une expression de volonté, voir Michel Villey, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Archives de Philosophie du Droit*, 2, 1957, pp. 87-98 ; Hans Kelsen, « Value Judgements in the Science of Law » [1942], *What is Justice ? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1960, p. 209-230, en particulier §§ II-IV ; Kelsen, *op. cit.* (1960), p. 307 ; Karl Olivecrona, *Law as Fact*, 2nd ed., London, Stevens, 1971, en particulier p. 73-77 et 268-270 ; Csaba Varga, *The Place of Law in Lukács' World Concept*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1985, p. 95-99.

cule identifiable, interprétable et utile pour l'analyse, c'est sa forme d'objectivation. Puisque, éventuellement, l'objectivation est le résultat de ce que (et en quelle direction) le type a objectivé¹².

Autrement dit, c'est une création artificielle comme tous les moyens qui reflètent, au lieu de la réalité, l'objectif humain dans le but de refaçonner la réalité¹³. Du point de vue ontologique, il est tout à fait exact que des objectifs et représentations humaines ne peuvent pas être rompus par la réalité ou sa réflexion cognitive et quasi-cognitive, et notionnelle et linguistique. Pourtant, un tel affermissement de l'unité ontologique finale ne fournit pas un critère fonctionnel pour l'analyse des processus non cognitifs et elle n'est pas pertinente du point de vue de la fonction spécifique de la complexité partielle en question. Donc, ce n'est pas une question cognitive, mais plutôt le résultat de l'intention pratique d'intervenir¹⁴.

Par conséquent, même ce qui se trouve être cognitif ou quasi-cognitif dans cette sphère est aussi exprimé ici dans un milieu homogène. Ce qu'on exprime ici est abstrait de l'hétérogénéité de la vie quotidienne, mais située dans une sphère qui diffère de la cognition, qui est subordonnée aux mécanismes homogénéisés différents de la cognition, déployant une autre sorte de spécificité et de distinction. Ici, la connaissance est pertinente du point de vue de la classification à faire, seulement pour que soit donnée la définition des événements comme un des cas parmi un nombre déterminé de cas idéaux et possibles. Autrement dit, le travail judiciaire tend à réduire des événements extérieurs, nommés faits, à une sorte d'actualisation concrète d'un concept général, défini normativement dans un contexte normatif.

Donc, la généralisation classificatrice n'est pas faite par des moyens libres (non codifiés et, pour cela, infiniment variés), pour qu'elle établisse des classes de notions et de catégories logiques pour décrire le sujet avec une différenciation raisonnable. Au lieu de cela, elle classifie des événements dans un amas de classes fermées, toutes prêtes, établies et déterminées au préalable. Allant à l'encontre de la connaissance et des systèmes normatifs non institutionnalisés (p. ex. la morale), la liberté de démolir le système conceptuel au cours de l'événement judiciaire de l'application du droit ne serait pas concevable et n'aurait pas de raison d'être. La véritable raison de l'application du droit est de faire usage de l'homogénéité spécifique de la superstructure juridique pour que des dispositions juridiques soient « appliquées » dans la pratique. Logiquement, une « application » est seulement possible par l'attribution de certains événements extérieurs, qualifiés comme *le cas des cas juridiques normativement définis*, aux conséquences de ce qui suit de l'actualisation de la proposition juridique.

Tout cela signifie que la classification normative est la précondition logique pour que ce qu'on appelle « conséquence juridique » soit infligé. Cela explique que tous les éléments cognitifs peuvent avoir un rôle à jouer dans cette classification ; pourtant, aucune connaissance n'est suffisante en soi à un bien fondé ou à un remplacement de la subordination normative. Dans le système de justification accepté en droit, la

¹² Cf., p. ex., Vilmos Peschka, « A jog mint objektiváció » [Droit en tant qu'objectivation], *Allam-és Jogtudomány*, 26 (1983), p. 6-19 et Vilmos Peschka, *Die Eigenartige des Rechts*, Budapest, Akadémiai Kiado, 1988, ch. I.

¹³ Cf. Varga, *op. cit.* (1981), p. 144 et s. et 205 et s.

¹⁴ Lukács, *op. cit.* (1971), vol. 11, p. 217.

subordination doit être pourvue d'une rationalité suffisante. En termes pratiques, cela signifie qu'elle doit se faire comme si elle était une conclusion logique, ne disposant d'aucune alternative, bien que, cela va sans dire que elle s'appuie finalement sur la volonté de subordination et les considérations pratiques derrière cette volonté.

IV. — EN TANT QUE REPRODUCTION DU DROIT COMME SYSTÈME

Que signifie qu'un jeu est joué ? Où sont les limites du jeu ? On peut conclure que, par le fait même d'avoir joué, le jeu s'est reproduit. Justement par le jeu, pendant le jeu et comme conséquence du jeu, le jeu se reproduit dans son contexte normatif.

A. — *L'exigence d'une clôture normative*

Comment tout cela est-il possible ? La participation à un événement juridique, à une action juridique, se qualifie par sa référence au système juridique, se déclarant soi-même comme un événement (ou action) de l'intérieur de la sphère du droit corroboré par l'approbation de la communauté. Exprimé en notions analytiques, ce sont des séries d'actions performatives qui prennent place dans un contexte institutionnel, où les événements constituent comme événements juridiques le droit, tout en le reproduisant en sa continuité. Il faut s'en souvenir : « Le système juridique même consiste exclusivement en actions communicatives dont découlent des conséquences juridiques (il ne consiste pas, par exemple, en événements physiques, pas plus, que dans des attitudes individuelles isolées que personne ne voit et n'entend). Il consiste uniquement dans leur thématization dans une communication qui les traite comme juridiquement pertinents et, par cela, la lie au système juridique »¹⁵.

Dans un tel système, la validité normative est transmise pas à pas, de l'événement juridique à l'événement juridique, réduisant ou étendant le champ d'action du droit. Cela signifie que l'action pratique du droit se manifeste par sa propre reproduction, tout en assurant sa continuité dans le temps.

Le droit n'est autre chose en fin de compte que pratique conventionnalisée. Il n'a pas d'autre forme d'existence ; il ne dispose pas non plus de propriété physique et d'une existence objective autre que pratique.

Des institutions sociales comme fonction des conventions humaines peuvent exister seulement communicativement, par des échanges de signification. Par conséquent, leur existence propre est par cela même dépendante d'une pratique sociale : « Tout signe *en soi-même* semble mort. *Qu'est-ce qui* lui donne la vie ? – Quand on en fait usage, il est vivant. Est-ce qu'on souffle la vie dedans par l'usage ? – Ou bien est-ce l'usage qui est sa vie ? »¹⁶. Évidemment, les institutions jaillissent de la pratique qui donne la vie aux conventions et les reproduit constamment. Comme le développement avance, la

¹⁵ Niklas Luhmann, « The Unity of the Legal System », *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, ed. Gunther Teubner, Berlin, de Gruyter, 1988, p. 19.

¹⁶ Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, trans. G. E. Anscombe, Oxford, Blackwell, 1953, § 432 p. 128.

socialisation va progresser non seulement par l'intermédiaire des institutions mais aussi en tendant à la continuation de l'institutionnalisation. Parmi d'autres conséquences, l'espèce humaine, tout en réifiant sa propre pratique, commence à se rapporter à la convention de sa propre pratique comme si c'était un don de la nature. Les institutions commencent à vivre leur propre vie, s'appuyant sur le rattachement continu en pratique, par l'effet de la réification de cette pratique, aussi bien que par l'esprit réifié de tout cela dans la pratique. Éventuellement, cela peut déboucher sur un détachement progressif du milieu humain concret, individuel et social : le seul qui leur donne la vie. Au niveau de l'esprit individuel, « cette abstraction a la même rigueur ontologique des faits qu'une voiture qui passe sur votre corps »¹⁷. Il faut que je fasse observer ici que l'attachement à la pratique est une condition *sine qua non* de toute connexion relationnelle, du moins dans le sens où « si [...] sa thématization entre en vigueur, alors simultanément un sujet y sera également supposé »¹⁸. Par conséquent, un phénomène lié à la pratique devient, par là même, processuel dès son début. Le fait est que la conceptualisation de la réalité comme un processus est un choix méthodologique bien connu, qui est offert par les ontologies de la nature¹⁹. Au sein des ontologies de l'existence sociale, la processualisation fournit la clef d'une compréhension générale. Ceci dit, l'existence même pour un système (ou un contexte ou une totalité) sera la somme de ce qui découle de la totalité des relations mutuelles des composantes²⁰.

Le système est autonome. Chaque unité et toute unité qui fonctionne comme un élément du système est constituée par le système. Le système se référant à soi-même est aussi constitutif de soi-même. De la même manière, son existence consiste dans la pratique institutionnelle de se référer à soi-même par des facteurs exécutant ces opérations au nom du système — une pratique qui finalement reproduit le système aussi bien dans son identité que dans son unité. En même temps, on peut dire que le système est clos normativement. Pourtant, ce qui est normativement clos est en même temps (« pas comme contradiction mais comme condition réciproque ») ouvert à l'environnement pour que le premier puisse traiter normativement le second²¹. Donc sa clôture se manifesterà en « contrôle normatif », c'est-à-dire dans sa manière d'accepter un événement

¹⁷ Lukács, *op. cit.*, (1978), p 40.

¹⁸ György Lukács, *Az esztétikum sajátossága* [Die Eigenartige des Ästhetischen], Budapest, Akadémiai Kiado, 1965, vol. I, p. 515.

¹⁹ P. ex. Alfred N. Whitehead, *Process and Reality. An Essay in Cosmology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929.

²⁰ Cf. Lukács, *op. cit.* (1971), vol. II, ch. II et vol. III, p. 172.

²¹ Niklas Luhmann, « The Self-reproduction of Law and Its Limits », *Dilemmas of Law in the Welfare State*, ed. Gunther Teubner, Berlin, de Gruyter, 1986, p. 113. La considération qui rend le système ouvert, c'est, ontologiquement parlant, l'appropriation, notamment l'inclusion de quelque chose d'extérieur dans la pratique du système comme facteur de la pratique. Cybernétiquement parlant, c'est une ouverture pour apprendre. Néanmoins, cette ouverture n'a rien de commun avec une réflexion de la réalité dans un sens épistémologique. Par conséquent, lorsque Luhmann (*A Sociological Theory of Law*, trans. Elizabeth Kind and Martin Albrow, London, Routledge and Kegan Paul, 1972, p. 283) attribue à cette dualité les termes de « clôture normative/ouverture cognitive », « cognitif » tient lieu ici seulement de la différenciation fonctionnelle faite habituellement en sociologie entre les termes de l'expectation « normative/cognitive ». Cf. Luhmann, *op. cit.* (1972), p. 32-33 et Alexander Sesonke, « “Cognitive” and “Normative” », *Philosophy and Phenomenological Research*, 17 (1956).

comme événement juridique et du genre de référence à soi-même à l'aide de laquelle le système accepte l'événement en question comme constitutif de lui-même. Je pourrais même ajouter là que c'est la clôture normative (manifestée en contrôle normatif) qui crée le cadre et les limites de ce qui est ouvert. C'est par le moyen clos de sa référence à soi-même pendant le processus normatif que le système s'élèvera à la sphère du droit par ce qui et pour ce qu'il est ouvert. C'est certainement le point où l'on peut voir l'effet sélectif de la pertinence juridique. Parce que c'est le point où la procéduralité déterminera le procès juridique entier tout en constituant son résultat, et où le caractère purement normatif du résultat selon lequel le fait a été transformé en un composant du procès juridique, sera identifié²².

C'est dans un tel contexte que la stipulation : « même la constatation des faits prouvant qu'un délit a été commis est la fonction entièrement constitutive d'un tribunal »²³ trouve sa signification la plus complète. Puisque le système est ouvert à son environnement seulement et exclusivement pour le faire avancer d'une manière spécifique au système. En ce qui concerne n'importe quel autre point de vue, le système est clos. Autrement dit, aucune réponse ne peut substituer la réponse du système même. À l'exception du stimulus provenant du système, rien ne peut faire démarrer un processus ou une opération quelconque dans son sein. Le système fonctionne comme une « boîte noire » qui s'ouvre seulement et exclusivement par la déclaration normative que le système prend son *input* de son environnement et que son *output* s'adresse à son environnement. Autrement dit, l'événement juridique est entièrement constitué par le système. Conformément à la reconstruction analytique normativiste, « dans la pensée juridique, le fait constaté par l'autorité compétente remplace le fait qui – dans une pensée non juridique – est la condition d'un acte coercitif. C'est seulement ce constat de fait qui le conditionne »²⁴. Il est inclus dans cette stipulation que « ce que le système au niveau de ses opérations considère comme réalité, est la construction même du système. Les thématiques que le système accomplit comme hypothèses de la réalité ne sont en fait que des structures du système qui en fait usage »²⁵. Cela veut dire que tout ce qui existe objectivement et tout ce qui se passe au niveau d'une nécessité causale ou logique, peut devenir un élément du système si et seulement si le système même le formule par son acte normativement clos et d'une façon non substituable de l'extérieur.

Il va sans dire que la représentation de l'environnement purement constituée par le système s'applique à la « perception » de l'environnement par le système ainsi qu'à sa sensibilité. Cela veut dire qu'une clôture opérative se manifeste au processus tout entier pour devenir également un *input*. En principe, même dans les cas idéaux, « pour n'importe quel système, est accessible uniquement ce qui est accessible pour ses propres opérations. » Cela réduit évidemment la relative totalité de n'importe quel événement, dans le meilleur des cas, à une représentation instrumentalement transformée. C'est parce que « tout ce qui "est" s'est formé par la réduction de sa complexité » dans le

²² Cf. Csaba Varga, « The Judicial Establishment of Facts and Its Procedurality », *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts : Festgabe für Kazimierz Opalek*, hrsg. Werner Krawietz et al., Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 45-58 .

²³ Kelsen, *op. cit.* (1960), p. 244 [Pure Theory of Law, trans. Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 239].

²⁴ Kelsen, *op. cit.* (1960), p. 246 [*op. cit.* (1967), p. 240].

²⁵ Luhmann, *op. cit.* (1988), p. 337.

système ²⁶. La « boîte noire » déployant son fonctionnement présentera la même autonomie en acceptant *l'input* qu'en émettant quelque chose en tant *qu'output*, puisque tous les deux sont préconditionnés par le code structurel du système et de la programmation de son processus ²⁷.

B. — *L'ouverture de la communication des faits*

Le fait de base qu'en principe le droit ne diffère aucunement de n'importe quelle autre forme de l'existence sociale – étant réduit, en dernière analyse, à la transmission de signes, c'est-à-dire à une communication – semble apparemment contredire ce que nous avons établi à propos de l'autonomie du droit et sa constitution de soi-même. Parce que les systèmes sociaux sont reproduits au moyen de la communication, et la communication elle-même, par l'intermédiaire de la communication d'elle-même ²⁸. C'est ainsi, dans la mesure où la spécificité de la communication au sein du droit n'importe pas ²⁹, on peut au plus conclure que le droit est une sorte de communication particulière au sein de la communication sociale générale. Cela signifie que les propriétés de la communication générale (ses conventions, présuppositions, paradigmes et orientations, etc.) s'appliquent également à tous ses variantes. « Et imaginer une langue signifie imaginer tout un mode de vie » ³⁰. La communication dans le cadre du droit préserve (même si c'est d'une manière sublimée) les sémantiques, la syntaxe, les pragmatismes, etc. de la langue commune. En même temps, les valeurs sociales et paradigmes importants dans le commerce social, tous ensemble, prennent leur part dans l'immense jeu commun de la pratique de la langue. Il est superflu de mentionner que la communication, à l'intérieur de n'importe quelle sphère homogène, est continuellement rattachée au jeu total de la langue. Ainsi, sans considérer les particularités homogènes, les pratiques partielles – au niveau de base de l'hétérogénéité – sont constamment corrélées et jusqu'à un certain point aussi entrelacées.

En dépit de l'autonomie et de la détermination de soi-même des sphères individuelles homogènes, celles-ci les rendent aussi dépendantes des différentes déterminations pratiques de la pratique sociale. C'est ainsi que la totalité sociale se forme. Puisque d'un point de vue intérieur, il n'importe pas quel degré d'autonomie est préservé à l'activité du sujet en ce qui concerne la reproduction du système. Ontologiquement et en dernière analyse, la mesure où le système est indéterminé par sa logique de discrétion est fortement limitée.

« D'une manière ou autre, ces sujets sont confrontés dès le début (éventuellement sous la menace de leur destruction) avec le champ d'action qui est à leur disposition à chaque moment du processus entier. Il se manifeste donc une certaine unité tendancielle dans tous les domaines, sans pourtant prêter une sorte d'unité absolue au processus (dans

²⁶ Luhmann, *op. cit.* (1988), p. 338-339.

²⁷ Cf. Niklas Luhmann, *The Coding of the Legal System*, Florence, European University Institute, 1985, p. 41-45.

²⁸ P. ex. Niklas Luhmann, *The Autopoiesis of Social Systems*, Florence, European University Institute 1985, p. 5.

²⁹ Voir p. ex. Luhmann, *op. cit.* (1988), p. 340.

³⁰ Wittgenstein, *op. cit.*, § 19, p. 8.

le sens du matérialisme ancien ou comme une conséquence logique dérivée de la logique de Hegel) »³¹. Au fond, c'est la liberté du constructeur des instruments qui est concernée. Considéré ontologiquement, pourtant, il n'y en a rien d'arbitraire là-dedans : « La clôture formelle d'un système d'arrangements de ce genre peut avoir des relations incongruentes avec le matériel qui doit être rangé en tant que son reflet, mais certains de ses éléments actuels, essentiels pourtant, doivent être saisis correctement par la pensée comme dans la pratique pour qu'il puisse manifester sa fonction régulatrice »³². Ainsi et le résultat final de la totalité de l'interaction des mouvements sociaux partiels et leur arbitraire apparent constituent « un système tendanciellement corrélé » (ici aussi, exclusivement en sens ontologique)³³ – justement de la façon dont « une certaine unité tendancielle » sera formée aussi par l'interaction des sphères individuelles homogènes.

On peut conclure que l'influence réciproque dialectique entre la particularisation progressive (distinction et différenciation), d'une part, et la réaffirmation de la totalité dominante, d'autre part, est un aspect de base de tout mouvement social. Dans une telle influence réciproque, il fait partie de sa propre logique (ce qui est exprimé en catégories théoriques comme « inclusion », « conclusion », « attachement », « correspondance ») de déterminer les principes par lesquels n'importe quel sous-système va se séparer des autres. Pourtant, pour le fonctionnement réel, un rétrocouplage continu par action réciproque continue à être dominant (c'est ce qu'on appelle « ouverture cognitive » dans la théorie). En même temps, pendant son fonctionnement, le système définit de l'intérieur et les opérations exécutées et les événements qui peuvent prendre place en son intérieur (indépendamment des motifs possibles qui peuvent être en jeu à l'extérieur). C'est ainsi que, par une référence à soi-même, le système se reproduit tout en constituant son système (et c'est ce qu'on appelle « clôture normative » dans la théorie).

Toutes les présuppositions qui sont définies par des institutions procédurales, par des doctrines juridiques ou qui sont sanctionnées par la pratique juridique (peu importe s'ils se révèlent même être idéologiques), incorporent des considérations pratiques, nécessaires au fonctionnement particulier du droit. Elles peuvent englober des revendications multiples. Par exemple :

- l'établissement judiciaire des faits est reconnu comme « cognition » ;
- les institutions procédurales sont introduites seulement pour promouvoir la « connaissance judiciaire » ;
- l'évidence et la preuve juridique sont construites sur le modèle de la « connaissance scientifique » ;
- atteindre la « vérité matérielle » est pour cela un objectif réel ;
- la « cognition judiciaire » peut élever au niveau de la certitude des éléments cognitifs qui, séparément, et dans le meilleur des cas, peuvent être considérés comme probables.

En effet, toutes ces présuppositions sont en fait des parties intégrantes, composantes de l'idéologie professionnelle du type en question de l'application du droit, traits qui, dans leur ensemble, ont déjà prouvé leur fonctionnalité dans l'existence sociale, tout en

³¹ Lukács, *op. cit.* (1971), vol. III, p. 296.

³² Lukács, *op. cit.* (1978), p. 127.

³³ Lukács, *op. cit.* (1971), vol. 11, p. 217.

transmettant convenablement les besoins sociaux actuels. Pour la construction et pour le fonctionnement de la culture du droit formel moderne, de telles composantes peuvent être et, en effet, sont nécessaires. Elles sont nécessaires au même degré que d'autres composantes, p. ex. les institutions juridiques et l'idéologie professionnelle des juristes (définissant l'idéal de la médiation normative, c'est-à-dire la désirabilité et la possibilité d'une médiation par un filtre juridique)³⁴.

Le normativisme, en ce sens, plaide pour une domination par des lois. Comme une idéologie, il concerne la désirabilité et la possibilité d'une domination par des faits de sorte que la domination des lois puisse se matérialiser sans une domination par les hommes. Autrement dit, la domination par des lois déclare l'*ethos* de la distinction juridique par l'institutionnalisation d'une clôture normative, tandis que la domination par des faits proclame un fonctionnement juridique enfoui dans des faits, enraciné dans l'évidence du sens commun et soutenu par une sorte d'ouverture pratique. Pour résumer, tandis que la domination par des lois prétend différencier le droit du non-droit, la domination par des faits souligne pourquoi l'entreprise juridique (nonobstant la domination par des lois) est ce qui suggère et l'hétérogénéité de la pratique quotidienne et l'expérience de la vie commune.

En dernière analyse, je soupçonne que les deux aspects mentionnés peuvent servir l'intérêt commun seulement en se complétant l'un l'autre, l'intérêt de faire fonctionner le droit de façon à qu'il tienne compte aussi de l'intérêt social. Ceci dit, ils doivent assurer un fonctionnement juridique distinct, d'un côté, tandis que de l'autre côté, des conditions doivent être présentes pour accomplir toutes les préconditions normatives³⁵.

³⁴ Voir Varga, *op. cit.* (1985), p. 152 et s.

³⁵ Cf., de l'auteur, *A Theory of the Judicial Process. The Establishment of Facts*, Budapest, Akadémiai Kiado, pour un contexte théorique, et « The Context of the Judicial Application of Norms », *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift für Robert S. Summers*, ed. Werner Krawietz *et al.*, Berlin, Duncker & Humblot 1994, p. 495-512, pour une application ultérieure.