

Maison des Sciences de l'Homme

■  
Réseau Européen Droit et Société

*Sous la direction de  
Jean Clam  
et  
Gilles Martin*

# Les transformations de la régulation juridique

**Droit  
et Société**  
Recherches et Travaux

5

L.G.D.J

~~024257843~~

34

37167469

Revue des Sciences de l'Homme  
Revue Européenne Droit et Société

# Les transformations de la régulation juridique

Les transformations  
de la régulation juridique

Droit  
et Société  
5

DL

L.G.D.J

2006 - 160935

REVUE DE LA BIBLIOTHÈQUE

LES CARACTÉRISTIQUES  
DE LA RÉVISION JURIDIQUE

Maison des Sciences de l'Homme



Réseau Européen Droit et Société

*Sous la direction de*

**Jean Clam**

et

**Gilles Martin**

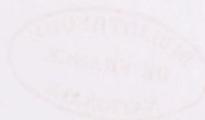
# Les transformations de la régulation juridique

**Droit  
et Société**

Recherches et Travaux

**5**

L.G.D.J.



DL-21 01 1999 02890

© 1998 Jean CLAM et Gilles MARTIN

Série publiée par le Réseau Européen Droit et Société à la Maison des Sciences de l'Homme,  
54, boulevard Raspail, Bureau 106, 75270 Paris Cedex 06

Directeurs de la publication : André-Jean ARNAUD et Jacques COMMAILLE

Diffusion : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 31, rue Falguière, 75741 Paris Cedex 15

I.S.B.N. 2-7351-0826-0 (M.S.H.) - 2-275-01777-1 (L.G.D.J.)

I.S.S.N. 1289-7906



## Table des matières

Les développements qui suivent sont le fruit d'un travail collectif entrepris par les différents signataires à l'occasion et à partir d'un colloque portant sur le thème « *Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation : premier bilan* », organisé par le Centre de Recherche en Droit Économique (CREDECO) de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, équipe associée au CNRS.

Le travail de chacun et la confrontation des points de vue furent si riches que l'équipe du CREDECO demanda à tous ceux qui avaient tant apporté de remettre l'ouvrage sur le métier pour produire un livre. Mais le colloque et ceux qui ont permis qu'il se tienne ne doivent pas être oubliés.

Que soient ici chaleureusement remerciés l'Université de Nice-Sophia Antipolis, et tout particulièrement la Faculté de Droit, de Sciences économiques et de Gestion et don Doyen, le Professeur René Cristini, pour l'aide qu'ils ont apportée à la tenue et à l'organisation du colloque. La ville de Nice et le Conseil général des Alpes-Maritimes, en mettant gracieusement à la disposition des organisateurs une salle dans les locaux du musée d'Art Moderne et d'Art Contemporain et en soutenant financièrement la manifestation, ont donné à ce projet scientifique une dimension qui, sans ces aides, lui aurait manqué. Enfin, le présent ouvrage n'aurait pu voir le jour sans le travail attentif de J. Clam, chargé de recherche CNRS au CREDECO. Qu'il trouve ici la manifestation de notre gratitude.

Gilles J. MARTIN  
Professeur (CREDECO)



## Table des matières

δ	Avant-propos par Jean CLAM.....	9
δ	<b>Introduction générale</b> <i>Vers un droit postmoderne ?</i> par Jacques CHEVALLIER.....	21
δ	<b>Introduction à la sémantique de la régulation</b> <i>Des concepts en jeu</i> par Antoine JEAMMAUD .....	47
	<b>Première partie :</b> Les transformations de la régulation juridique et la production du droit	
	<b>Introduction</b> par André-Jean ARNAUD.....	75
	<b>A) Des régulations publiques en mutation</b> <i>Corporatisme, néocorporatisme et régulations en mutation</i> par Raphaël ROMI .....	85
	<i>Le citoyen et la décision d'aménagement</i> par Jean-Claude HELIN .....	91
	<i>À propos de la décision publique en matière d'environnement</i> par Gérard MONÉDIAIRE .....	105
	<i>La production négociée du droit des pollutions agricoles</i> par Isabelle DOUSSAN .....	137
	<b>B) Vers de nouvelles régulations</b>	
δ	<i>Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée</i> par Gérard FARJAT .....	151
	<i>La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit</i> par Geneviève KOUBI .....	165
	<i>La valeur juridique de la normalisation</i> par Laurence BOY.....	183
	<i>La dimension internationale de la production du droit :</i> <i>L'exemple du droit financier</i> par Alain COURET .....	197
	<b>Deuxième partie :</b> Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits	
	<b>Introduction</b> par Mireille DELMAS-MARTY .....	209
	<b>A) Arbitrages</b> <i>L'évitement du juge civil</i> par Serge GUINCHARD.....	221
	<i>Les dérives procédurales de l'arbitrage</i> par Jean-Baptiste RACINE .....	229

B) Administrations et jurisprudences

À propos des autorités administratives indépendantes  
et de la déréglementation par Nicole DECOOPMAN ..... 249

La pluralité des registres de la jurisprudence en matières de plans sociaux  
par Claude DIDRY ..... 259

**Troisième partie :**

La redécouverte des « piliers du droit » : le contrat et la responsabilité

**Introduction** par Marie-Anne FRISON-ROCHE ..... 279

A) Contrat

*Logique concurrentielle et logique contractuelle (à propos du règlement  
européen relatif à la distribution des véhicules automobiles)*  
par Antoine PIROVANO ..... 293

*Le rôle régulateur des contrats internationaux de transfert de technologie :*  
*« Du contrat contrôlé au contrat libéré »* par Bernard REMICHE ..... 313

*Contrat et décentralisation : de nouvelles formes de régulations  
au plan local* par François RANGEON ..... 321

*Aux frontières du contrat : l'expérimentation biomédicale  
sur des sujets humains* par Catherine LABRUSSE-RIOU ..... 335

B) Responsabilité

*La responsabilité administrative entre régulation et réglementation*  
par Marcel SOUSSE ..... 359

*Les « responsables publics » et les personnes morales de droit public  
à l'épreuve de la responsabilité pénale* par Jeannine HERMANN ..... 375

*Principe de précaution et responsabilités* par Gilles MARTIN ..... 415

**Conclusion générale**

*Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment  
le droit se traite dans la société de l'information* par François OST ..... 423

**À propos des auteurs** ..... 451

## ERRATUM

Gilles Martin a assuré la direction scientifique de l'ouvrage, Jean Clam la direction éditoriale.

Une fâcheuse inadvertance est, en outre, à l'origine de l'omission en 4<sup>e</sup> de couverture de M. le professeur Gérard Farjat parmi les auteurs de l'ouvrage.

L'entrée suivante manque également dans la liste des contributeurs, p. 451 et suiv. :

FARJAT Gérard, Professeur émérite à l'Université de Nice-Sophia-Antipolis, CREDECO, UPRESA 6043 CNRS, Rédacteur en chef de la *Revue Internationale de Droit Economique* Thèmes de recherches : Droit économique et philosophie du droit. Publications : *Droit économique*, PUF 1982, Coll. *Themis*. « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales : Mélanges Goldman*, Litec 1983. « La notion de droit économique », in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 37, 1992.



## Avant-propos

Jean CLAM

### **Droit et régulation d'une société de changement : perspectives sociologiques**

La conscience du changement est intense dans nos sociétés. La croissance du nouveau autour de nous nous semble extrême. Notre peine est grande pour trouver des repères qui permettent de juger, en dehors du foisonnement de nos impressions, de la vitesse réelle avec laquelle les choses changent. Même la sphère du quotidien, celle qui semble la plus consuetudinale, la plus rythmiquement répétitive et du fait la plus résistante à l'innovation brusque, est envahie par la variation. En effet, l'orientation en elle sur des objets ou des valeurs représentant la dichotomie fondamentale du durable et de l'éphémère est de plus en plus difficile. Les repères quasi-intuitifs que représentaient, même dans les sociétés industrielles, les saisons – pour la mode vestimentaire ou la consommation culinaire –, les années – pour les modèles automobiles – ou les grandes dates – pour les pratiques commémoratives – font place à un continuum d'innovation qui transforme la durée dans son ensemble en un flux d'« événements »<sup>1</sup>. Le temps fort de la novation devient le continu du temps lui-même. On a affaire à une inversion de l'orientation qui érode la catégorie de la durée et éphéméralise tout le devenir social. Comme dans les situations d'exposition à des stimuli continus et abondants, les dispositions de l'attention s'inversent : ce ne sont plus le bruit ou l'événement qui surprennent et éveillent l'attention, mais le silence et l'absence d'advenir.

La modernité est son propre thème depuis son avènement. Elle est ouverture et conscience d'ouverture à un nouveau qu'aucune tradition n'authentifie et qu'aucune expérience ne peut garantir. Ce qui arrive est privé de toute nécessi-

---

1. Il serait trop long de détailler ce point. Les descriptions sociologiques existent, qu'elles soient qualitatives (BAUDRILLARD) ou quantifiées. Il suffirait de citer un fait auquel LÛBBE a attiré l'attention, qui est celui de l'accélération de l'émergence de styles artistiques depuis le début du siècle – la comparaison serait bien sûr beaucoup plus drastique avec des époques plus reculées. L'art contemporain engendre jusqu'à deux (nouveaux) mouvements artistiques par an. Même évolution, plus accentuée parfois, dans la musique.

té, c'est-à-dire n'est plus soumis aux sélections drastiques du possible qui le restreignent à la pure reproduction de l'étant. La modernité laisse advenir du contingent pur, un possible qui ne s'insère pas dans la facture de ce qui a toujours été. Elle ne se ferme pas à ce qui aurait pu être autre qu'il n'est et que rien ne prédestine à s'insérer dans l'ordre substantiel de l'être. Elle ne se raidit pas sur un être sans alternatives. Et elle sait que c'est cela qui fait sa spécificité par rapport à toutes les figures de sociétés apparues jusque-là dans l'histoire humaine. La modernité est son propre thème privilégié dans la mesure où, d'une part, elle est la seule époque capable de se thématiser elle-même selon une dichotomie historique radicale opposant ce qui fut à ce qui est (précisément elle) ; d'autre part, la modernité est une énigme pour elle-même et s'offre à son propre regard comme improbable, rendant l'explication de son émergence à la fois nécessaire et difficile. Dans tous les cas, elle dirige un immense effort cognitif – qui dès l'abord couvre toute l'aire de la sociologie – vers l'exploration de son propre avènement. Elle ne sort pas de l'étonnement face à son miracle et met tout en œuvre pour comprendre comment elle a été possible : quels sont les facteurs, les conjonctions causales, déterminées ou fortuites, qui ont fait qu'un petit nombre de sociétés voisines situées dans une aire culturelle donnée ont, à elles seules, rompu le ban traditionnel dans lequel toutes les autres demeuraient et qu'elles n'ont jamais songé de quitter. L'émerveillement est celui de la découverte d'un soi, accomplie dans l'émergence d'une nouveauté radicale se sachant telle<sup>2</sup>.

La situation de nos sociétés actuelles est à première vue toujours caractérisée par cette même constellation. Novation, conscience de la novation et centralité de la novation comme thème de la communication sociale. Nos sociétés s'observent comme des ensembles en changement constant, se comprennent comme telles et sont sensibles à cette observation de soi qui joue dès lors le rôle de catalyseur du changement lui-même. Et pourtant à tous les niveaux se manifestent des ruptures : dans la quotidienneté, dans les différents systèmes sociaux, dans les rationalités organisatrices des différents domaines d'action, on fait face à des phénomènes qui révèlent un changement du changement. La novation mute, elle est d'un autre type. Cette mutation est si profonde que l'on peut sensément parler d'un changement du paradigme du changement (moderne). La postmodernité désigne ainsi la situation cognitive où la configuration de changements réflexifs – et en général de structures réflexives – devient pa-

---

2. WEBER est bien sûr la figure paradigmatique de cette réflexivité sans point fixe en-dehors d'elle-même. La question de la modernité dans les termes weberiens est celle d'un processus dont le produit est une figure scientifique et humaine (exemplairement WEBER lui-même) qui tente de comprendre ce même processus qui la fait être ce qu'elle est. Le processus mène à la question du processus et il n'y a rien d'autre dans ce processus que la constitution de sa propre question. L'approche weberienne de la modernité est vue par M. WEHRSPAUN (« Kommunikation und (soziale) Wirklichkeit. Weber, Elias, Goffmann », dans *Konstruktivismus und Sozialtheorie, Delfin 1993*, édd. G. RUSCH et S. J. SCHMIDT, Francfort 1994 Suhrkamp, p. 12) comme une question sur les « conditions de possibilité [de la manière] dont soi-même [le moderne] a été produit » (Bedingungen der Möglichkeit seines eigenen Hervorgebrachtwordenseins). Sur la réflexivité de la modernité en général, voir BECK, U., GIDDENS, A., SCOTT, L., *Reflexive Modernization : Politics, Tradition and Aesthetics in the modern social order*, Cambridge, 1994 (Polity Press).

radoxale et sans issue rationnelle unitaire<sup>3</sup>. Il n'y a pas de repères possibles dans les structures circulaires et pas d'orientation dans un flux parcourant des paysages eux-mêmes mobiles<sup>4</sup>. Cependant, la postmodernité reste modernité dans la mesure où elle demeure solidaire d'une problématique de l'ouverture de la communication sur la contingence d'un avenir en croissance vertigineuse ; solidaire également d'une problématique de la réflexivité d'une communication qui est son propre thème. Elle est néanmoins plus que modernité dans la mesure où la dichotomie entre passé et présent, entre le durable et l'éphémère, entre structure et processus perd toute saillance et se résout en vagues continuités.

L'érosion de la dichotomie fondatrice de la modernité, celle précisément qui permettait la perception forte d'un changement qui fait décoller les choses de leur adhérence à des substrats historiquement permanents, sème une profonde confusion catégorielle. Prenons un exemple : la science économique fait état, comme les autres sciences sociales, d'une césure au début des temps modernes, de laquelle date un ébranlement de la novation que plus rien n'arrêtera. Cette novation est soutenue et répétée, elle est cycliquement structurée. Le capitalisme qui est la configuration économique derrière cet ébranlement de la novation, est un moteur de changement donnant des impulsions novatrices dont l'onde de choc se propage le long de cycles qui se chevauchent sur le plan temporel. Chaque poussée d'innovation destructrice fait basculer, à la manière d'un pari sur l'avenir<sup>5</sup>, le système économique de l'avant et le tire ainsi vers la réalisation de ses promesses. Or, la phase d'innovation technologique (en électronique et informatique) que connaissent les économies développées depuis deux décennies semble déboucher sur une atomisation de la notion de cycle qui le vide de son contenu. En effet, loin de se stabiliser à un niveau de maîtrise de certaines techniques fondamentales, et de lancer le cycle de l'innovation productive sur ces bases, elle ne cesse de miner le terrain même où elle devrait s'établir et de s'emballer en détruisant ses toutes dernières créations au profit de technologies encore plus performantes. Il y a transformation de la qualité du changement menant à une désintégration de la macrocyclicité des processus. L'économie ne peut plus s'observer comme elle faisait jusque-là au travers de

- 
3. La « paradoxie » des arrangements systémiques en fait des ensembles logiquement incohérents, mais opérativement performants. Cela veut dire d'une part, que ces arrangements sont si paradoxaux qu'une rationalité linéaire ne trouve pas d'issue logique à leur inconsistance interne ; d'autre part, et c'est ce qu'il faut fortement souligner, cette situation de paralysie logique n'inhibe en rien la performance opérative des systèmes. Ceux-ci ne sont nullement bloqués par des « contradictions », mais vivent au contraire d'une pluralisation de leurs options logiques, d'une multiplication de leurs chemins cognitifs et opératifs ainsi que d'alternances très rapides de l'un à l'autre dès que la tentative de passer opérativement le long d'un « path » donné devient impossible ou trop dispendieuse.
  4. Ulrich BECK (dans *Die Risikogesellschaft*, Francfort 1989) voit la modernité s'éténuer au bout de son parcours, au moment où elle commence à s'appliquer à elle-même et n'a plus de point d'appui dans autre chose qu'elle (par exemple, la tradition). Ce propos ne rejoint pas tout à fait le nôtre, relatif aux phénomènes de l'autoréférence dont la théorie a été livrée par le systémisme.
  5. Nous faisons allusion à la théorie schumpeterienne selon laquelle l'innovation entrepreneuriale se finance par création bancaire de monnaie et donc par investissement-endettement productif à terme.

la dichotomie entre une dimension structurelle relativement durable et une dimension processuelle éphémère. Certains remettent en question aujourd'hui la pertinence des cycles d'affaires et admettent la nécessité d'une conception non-cyclique de la croissance et de l'innovation. Ce serait le programme d'une déconstruction de la macro-économie en une sorte d'économie quantique processuelle où il n'y aurait plus lieu de faire une distinction entre ordre central et désordre marginal, capital et information ou encore routine et innovation. Chaque opération contiendrait en elle, complexement distribuées, les deux.

Cet exemple pris dans l'économie pourrait être appareillé à une multitude d'autres pris dans tous les domaines de la communication sociale, et en particulier dans le droit. Ainsi, nous retrouverions la même logique à l'œuvre dans l'érosion de la distinction entre les niveaux constitutionnel et légal du droit ainsi qu'entre ceux de l'invention et la position de la norme d'une part et celle de son application de l'autre. La hiérarchie des textes et des normes, pierre angulaire du système et de la théorie juridiques classiques, est rendue caduque par la processualisation tant de l'invention de la norme dans des consensus mouvants et pluriels que de son application dans des procédures dont la qualité ancillaire est complètement retournée pour faire place à la centralité de rationalités procédurales de « second ordre »<sup>6</sup> qui, plurielles, emboîtées et complexes, deviennent le support primaire de la décision juridique.

Nous voudrions montrer dans cet avant-propos de quelle manière les problématiques rencontrées par la « postmodernisation » du droit sont solidaires de la problématique sociologique générale de la postmodernité et qu'elles se laissent particulièrement bien éclairer au travers d'une réinsertion théorique judiciaire dans ce cadre général. En effet, le droit positif a certes conscience de participer à une évolution générale qui frappe ses structures les plus anciennes et les plus confirmées ; ce qui lui manque c'est un appareil conceptuel capable de saisir cette évolution. Nous pensons, avec un certain nombre de théoriciens du droit, qu'il n'a de chance de trouver cet appareil qu'auprès d'une théorie de la société capable de thématiser les très fortes réflexivisations qui rendent paradoxale – ou « paradoxisent », pour parler avec les systémistes – la communication dans l'ensemble de ses formes différenciées. Cette théorie devra s'indexer épistémologiquement sur une théorie d'une généralité plus haute encore, disponible aujourd'hui et issue d'une convergence de la recherche dans tous les domaines d'objets vers des catégorialisations complexes. En effet, les phénomènes de réflexivisation et de paradoxisation se retrouvent dans toutes les sciences, tant humaines qu'exactes ou expérimentales, et poussent au développement de catégories adéquates. Les tentatives d'application au droit et d'assimilation par lui de ces théories sont tout à fait probantes : les travaux de LADEUR et de TEUBNER témoignent des capacités de la théorie juridique à emboîter le pas aux réactualisations épistémologiques les plus fines tentées dans les sciences humaines. Comparé à d'autres domaines, le droit est loin d'être en reste. En effet,

---

6. Nous suivons la terminologie de LADEUR.

l'intensité de l'intérêt et la qualité de la production y est tout à fait considérable<sup>7</sup>.

Tentons de saisir les points de rupture dans l'évolution que nous avons esquissée. Ils pourront désigner les jonctions entre une théorie sociologique et cognitive générale de la postmodernité et la problématique particulière du droit dans nos sociétés actuelles. Nous ébaucherons cette jonction sur la base de trois concepts centraux passés rapidement en revue.

### *Paradigme*

La gravité de l'effondrement du paradigme scientifique déterministe n'a cessé de se confirmer depuis le début du siècle. Le phénomène est d'autant plus impressionnant qu'il a touché des sciences exactes et expérimentales au sommet de leur maîtrise conceptuelle, mathématique et logico-déductive de leur objet. La physique, la biologie ont dû innover par l'introduction de principes d'incertitude, de localité, d'irréversibilité, de rétroaction informationnelle,... Les sciences humaines, délivrées de la tyrannie méthodologique de leurs aînées, ont été libres de s'intéresser à la créativité, à l'inventivité des rationalités à l'œuvre dans leurs domaines. Les modèles de l'équilibre imposés par la paradigmatization de la description déterministe pour toute visée de connaissance scientifique, ont été rejetés au profit de modèles du déséquilibre créatif ou de modèles heuristiques du changement. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, le marché n'était plus conçu comme lieu où les diverses forces productives rencontraient les besoins sociaux pour s'équilibrer à un point d'ajustement des différentes grandeurs et de leur variation, mais comme un processeur informationnel inventant tant les besoins que les forces, que les techniques, que les rapports économiques et leur régulation. On pourrait passer en revue la totalité des sciences sociales et mettre à chaque fois en évidence une série de concepts débordant complètement la problématique déterministe et inaugurant le basculement vers des rationalités complexes.

Le phénomène plus particulièrement intéressant pour notre propos se situe en aval de ce basculement. Il s'agit de la prise de conscience de la portée épistémologique des nouveaux paradigmes et de la tentative de décrire ce qui se passe en eux avec l'acuité nécessaire. C'est là qu'apparaissent les théories de l'auto-organisation et de l'autoréférence mettant en œuvre des reconstructions de la logique des arrangements systémiques complexes. En effet, avec le passage aux modèles du déséquilibre et de l'inventivité interne des systèmes, l'on se rend compte que de tels systèmes ne peuvent se décrire en terme d'interaction linéaires – quelque'emboîtées que soient leurs séquences. La circularité, le retour automodificateur sur soi, l'absence de référence externe capable d'orienter des processus ou des changements autoprogrammants, sont les données fondamentales de la nouvelle situation épistémique. La réalité des arrangements, les objets de la description scientifique, ne peuvent être dominés ni opérativement ni théoriquement par des niveaux de gouvernance ni d'obser-

7. Il n'est pas présomptueux de soutenir que les apports inauguraux de LUHMANN, qui a fait du droit un champ d'exercice privilégié du systémisme sociologique, ont été déterminants. LADEUR et TEUBNER se meuvent sur le sol que ces apports ont constitué.

vation scientifique supérieurs. La réalité auto-organisationnelle relève d'une rationalité complexe dont l'autoréférence empêche qu'elle puisse être dominée ou surplombée par un niveau d'où elle pourrait être planifiée, organisée, objectivée en entités identiques et stables. Face à des projets de maîtrise ou même de pilotage pratique ou théorique, cette réalité se dilue en des multiplicités de produits d'observations, de distinctions contingentes et parfois autorésolvantes. Le nouveau paradigme en est un où la distinction entre un niveau « méta » et un niveau « objet », entre structures et processus, réflexion et réfléchi n'est plus possible<sup>8</sup>. Le caractère illusoire d'une régulabilité légale par exemple, des processus juridiques eux-mêmes – et encore moins de la communication sociale – ressort ainsi immédiatement d'une explicitation, même sommaire, du paradigme épistémique actuel.

### Identité

Nous avons parlé d'une dilution de la réalité en produits contingents de l'observation. Qu'est-ce que cela veut dire ? D'abord, que le paradigme déterministe a entraîné dans sa chute, de par la violence des remises en question qui se sont conjoints en lui, l'essentiel de l'ontologie métaphysique classique. Les théoriciens des nouveaux modèles parlent d'une faillite de l'ontologie identitaire qui posait des substances autosuffisantes et closes, à l'identité bien définie et indépendantes de leur observation par un sujet extérieur à elles – ou encore corrélats d'une subjectivité aprioriquement et immuablement organisée. Qu'il s'agisse des choses du monde physique, des valeurs du monde moral, des institutions du monde politique ou des entités du monde social, partout sont posées par l'ontologie identitaire des entités massives qui sont ce qu'elles sont ou doivent être ce qu'elles doivent être. Même les remises en questions modernes de la cause externe des identités (dans un Dieu extramondain ou une raison universelle), de leur justifiabilité (dans une théodicée ou une utopie) et l'accusation de leur facticité ne viennent pas à bout des préjugés identitaires diffus dans nos savoirs et nos systèmes d'actions. La modernité n'est que partiellement et parfois, comme beaucoup de philosophes l'ont montré, très superficiellement subversive de la métaphysique.

Il faudra attendre les ondes de choc qui, au début du siècle, partent du structuralisme saussurien et leur prolongement dans le déconstructivisme post-moderne pour obtenir un véritable congé des positions ontologiques, souterrainement encore fort solides. Parallèlement, ce sont les approches que nous pourrions désigner de cognitivistes avant la lettre qui, dans un ensemble de nouvelles disciplines, explorent expérimentalement, et au départ sans visée critique particulière, un terrain qui se trouvera profondément désontologisé sous leur action. Ainsi théories de la communication et de la décision, cybernétique, psychiatrie et anthropologie constructivistes, logique différentielle ont convergé vers une épistémologie constructiviste. Développant des modèles qui hébergent des paradoxes irréductibles, elles acceptent la résolution et la recombinaison arbitraire

---

8. C'est surtout LADEUR dans sa *Postmoderne Rechtslehre* (Berlin 1992) qui se fait le théoricien de l'usure (*Verschleifung*) de ces distinctions.

de leurs objets, considérés jusque-là comme des tous unitairement ou téléologiquement organisés. C'est la découverte, derrière l'écran de ce qui se présentait comme rationalité unitaire et globale, de rationalités partielles, locales, parallèles ou détournées, qui alimente le rejet progressif des schémas de l'ontologie. Qu'il s'agisse de l'homme biologique ou culturel, des systèmes d'organisation humains (institutions de pouvoir, firmes, écoles,...) ou de formes de consociation (familles, sociétés...), l'approche constructiviste se détourne de la perspective dans laquelle ces tous apparaissaient comme des identités fermes dont la cohérence s'expliquait à partir d'une organisation ou d'une téléologie unitaires.

La nouvelle rationalité systémique n'est plus celle de ces tous et de leur loi d'organisation interne qui fonde leur identité – et qui se trouve le plus souvent associée à l'idée de finalité supposée de ce tout. Elle est celle du maintien de leur différence d'avec des environnements mouvants. Le maintien de cette différence est négocié dans une multiplicité de processus qui ont leur rationalité partielle et qui dans un agencement complexe et constamment risqué, intégrant la dimension complexe du temps comme mémoire, configurent et consolident continuellement le système. Les rationalités partielles étant elles-mêmes fondées sur des différences et s'orientant sur des distinctions qui structurent le domaine où elles s'appliquent, l'image finale qui résulte de la découverte de la rationalité systémique est celle d'une multiplicité de processus ouverts sur la pluralité des problèmes issus du maintien de la différence d'un système au sein d'un environnement hypercomplexe. Ces processus travaillent avec des distinctions substituables, dont le nombre et la nature peut varier. Multiplicité, variabilité et risqué sont les nouveaux constituants d'une identité construite sur un jeu ouvert de distinctions dont l'agencement mouvant peut transformer dans son sens et sa structure l'entité qui est son construct.

Ainsi, pour en revenir au droit, ces positions de thèses devraient mener à la révision de deux grands groupes de questions. En droit public, l'on continue à travailler avec des entités dont la compréhension est par trop dépendante des représentations intuitives que l'on en a. L'idée d'un collectif social unitaire (« la » société) et d'une norme d'intégration (inclusion universelle) de tous ses membres passant par le biais d'un consensus le plus large et le plus authentique possible – exprimant ainsi la véritable volonté des personnes concernées, qui sont les vrais sujets de ce collectif – sont autant de concepts massivement identitaires, relevant de l'ancienne ontologie et fermés à la rationalité systémique. L'exemple choisi, où l'on aura reconnu les thèses habermassiennes, montre à quel point les conceptions les plus actuelles de la philosophie et de la sociologie politique et juridique sont encore tributaires de la logique de l'identité. Or, nos sociétés complexes ont atteint un degré tel d'intrication de leur fonctions, leurs plans d'opération, leurs technicités, leurs constructions morales et psychologiques en même temps que d'hétérogénéité de tous ces facteurs, que toute conception d'intégration non-complexe est non seulement illusoire, mais périlleuse. Nos « sociétés du risque » (*Risikogesellschaft*) demandent le maintien d'un degré de variété – ou si l'on veut de désordre ou de « bruit » – assez éle-

vée afin que leurs décisions soient adéquates aux conditions d'incertitude qui sont les leurs.

Quelle que soit la taille du problème, l'imprévisibilité essentielle de la diffusion de ses externalités rend ces décisions toujours ambiguës et risquées. Or, la variété se maintient par la conservation ou la multiplication d'un nombre non unitaire de procédures locales distribuées, s'orientant sur des distinctions partielles et substituables, et dont la fonction est de traiter la grande multitude de problèmes simultanés et hétérogènes rencontrés sur toutes les façades des différents systèmes sociaux. L'insistance sur l'identité et l'unité est anachronique dans la mesure où l'une et l'autre sont privées de tout fondement épistémique. Luhmann a rendu plausible la fonction centrale du dissensus dans nos sociétés et un critique « postmoderne » de Habermas, Ladeur, demande que l'on laisse la société se construire sur des différences et des distinctions. Au lieu de reculer devant les paradoxes qui en sont issus vers des positions intenable – à moins de revendiquer alors clairement une véritable différenciation sociale et d'en accepter les conséquences –, il s'agit de continuer à opérer, tant que cela « tient », avec ces paradoxes.

Une problématique semblable se retrouve dans la sphère du droit privé. En effet, les notions de personne juridique, d'entreprise ou d'organisation, de sujet titulaire de propriété, parmi tant d'autres, doivent être détachées de leurs fondements ontologiques-identitaires et s'ouvrir à une pluralisation des points de vue de leur construction juridique. L'organisation postmoderne évolue vers une flexibilité de plus en plus grande au moyen d'une diversification et d'une hétérogénéisation de ses structures – celles qui « donnent » sur sa façade extérieure, le marché, et celles qui organisent ses relations sur la façade interne de son personnel, par exemple<sup>9</sup>. Les théories cognitivistes de l'organisation ont montré à quel point celle-ci était intérieurement diverse. L'application à une telle entité de la logique identitaire d'un sujet compact de droit se justifie de moins en moins. De même, la propriété dont le modèle juridique et philosophique classique est celui d'une disposition sur des choses, se trouve révolutionnée au contact avec la dématérialisation de la disposition qui s'exerce de moins en moins sur des ressources substantielles, et de plus en plus sur des signes. Elle relève dès lors d'une problématique cognitive-informationnelle et doit se penser en partie en terme de mémoire.

### Médias

Le dépassement des horizons conquis par la modernité et l'ouverture de champs d'action qu'elle ne pouvait investir sont visibles devant les approfondissements de la novation apportés par la médialisation de la communication. Certes, la modernité a connu, avec l'imprimerie, une transmutation médiatique de premier ordre, sans laquelle elle n'aurait d'ailleurs pas été possible. La postmodernité, elle, peut être caractérisée par une dynamisation extrême de la communication médiatique qui va jusqu'à s'autonomiser par rapport à ses réfé-

---

9. Nous renvoyons pour une telle théorie de l'organisation à LUHMANN (*Funktionen und Formen formaler Organisation*, Berlin 1964) et LADEUR (*op. cit.*).

rants réels et faire du médium un signe pur sans couverture substantielle. La communication annule dès lors son adhérence à un sol réel de valeurs concrètes, incorporées dans des fins consommatoires de l'action individuelle ou collective. Nous entendons en effet, avec Parsons, par médium un moyen symbolique abrégiant la communication et la « généralisant » par rapport à la variété de ses contextes, c'est-à-dire réduisant au maximum son exposition à leur influence. C'est dans ce sens que l'argent est, dans la théorie parsonnienne, le médium paradigmatique de l'ensemble des médias symboliques généralisés de la communication. Plus la communication aura tendance à passer par ces média, plus elle sera abstraite et dépendante des signes – plus elle s'indexera sur un traitement de l'information véhiculée par le médium et confiée à sa mémoire.

La tendance pour les média de notre postmodernité est celle d'une potentialisation de leur indirectitude. De plus en plus, la communication médiatique s'éloigne des fins qui la consomment naturellement et vers lesquels elle pointe, de toute sa signification. Si l'argent n'était qu'un moyen de facilitation de l'échange en vue d'une satisfaction plus adéquate, plus rapide et moins coûteuse de besoins multiples, nombreux et irrégulièrement distribués, son être-signe s'épuiserait et s'effacerait dans l'avènement de ce dont il tient lieu. Comme symbole, il s'éteindrait avec la présence de son symbolisé qui est l'accomplissement des satisfactions de l'échange. Or, l'argent – pris ici pour modèle des autres médias – est loin d'être, à l'époque du déploiement maximal de sa logique médiatique, un simple symbole inerte qui n'ajoute ni ne retranche rien à son symbolisé, entrant dans sa médiation et en sortant à la manière d'un pur véhicule neutre. Le médium transforme au contraire le message en brisant sa structure extensive : les sommes de réalités consommatoires dont le médium est le symbole (dans le sens de signe présent en leur lieu et place et auquel elles doivent à tout instant pouvoir se substituer), ne sont plus constantes du fait même de leur médiatisation. Le médium transforme la communication autour de son référent, en jeu à somme positive et en croissance constante. Au bout de sa logique, il quitte tout ancrage dans les quantités effectivement disponibles de son signifié. Il devient ainsi signe pur et fait basculer l'ensemble de la communication dans une économie du signe, expression d'une autonomisation de l'intermédiaire symbolique. En devenant lui-même le message et en annulant sa propre référence, le médium met en œuvre ce qu'on pourrait appeler une auto-référentialisation de l'indirectitude.

Nous sommes conscients que ces constats suscitent souvent des critiques passionnelles de l'époque qui les rend possibles. Ces critiques restent, comme beaucoup d'incriminations globales de la postmodernité, cependant très impressionnistes et manquent d'intérêt analytique. En effet, il faut placer la médialisation postmoderne dans la perspective des rationalisations complexes que nous avons décrites plus haut. La médialisation rend possible une très haute élasticité de la communication et la dirige d'une manière extrêmement rapide et précise vers les objets qui lui opposent, dans la conjonction donnée – et toujours hyper-complexe – d'un grand nombre de facteurs et d'opportunités, la résistance la moindre. La mise en œuvre du médium permet une division anonyme des difficultés qui s'effectue quasi spontanément – et passe ainsi inaperçue. Elle est en

effet capable, dans l'autonomie de son indirectitude, de manipuler des ressources virtuelles de son référent sans toucher à ses sommes réelles. Dans l'espace symbolique de l'entre-deux qui est le sien, elle manœuvre avec des pénuries ou des inflations supputées de son symbolisé sans que cela tire à conséquence. Elle amortit la drasticité des conséquences et des réactions qui seraient suscitées si ses manipulations n'avaient pas été virtuelles. En ce sens, elle livre un style communicationnel indispensable à la vie de nos sociétés dans les conditions, actuellement inatténuables, d'incertitude et de pluralité.

Dans la sphère juridique, une médialisation du droit est très nettement observable. Elle est perceptible à deux niveaux essentiellement : d'une part, dans la positivisation ou la neutralisation de sa référence, corrélative d'une symétrisation de son code ; de l'autre, dans son inventivité procédurale qui fait de la procédure un outil de virtualisation du droit. En effet, le droit positif de la modernité n'a cessé de distendre sa référence au Droit comme valeur substantielle et achèvement de la justice. Ce Droit est incapable de « circuler » dans et avec la communication sociale et à son rythme de reproduction dans nos sociétés. Les alternatives ouvertes par un Droit vrai, affirmé dans toutes les manifestations du système juridique, sont par trop rigides, indigentes et exclusives pour permettre la circulation d'un médium, d'un « symbole » juridique dans la communication sociale orientée sur le droit. Le médium juridique doit s'autonomiser par rapport à sa référence pour assurer une manipulation sans blocage de ce qui est droit et de ce qui est non-droit. Cette manipulation est accompagnée d'une permutation fréquente et nécessaire des valences du code juridique (droit, non-droit). Le droit vit, en effet, au rythme d'une innovation normative constante. C'est dans ce sens que le droit de notre postmodernité accuse la tendance du droit positif moderne à se libérer de sa référence à un Droit seul juste et vrai et à devenir parfaitement symétrique et du coup neutre par rapport à sa propre négation. Le droit n'est plus perfection transcendentale et n'a plus de prééminence essentielle par rapport au non-droit. Spécifiquement postmoderne est cependant le parachèvement de la médialisation du droit et l'autonomie complète de sa circulation.

Enfin les procédures juridiques sont le lieu où cette médialisation est la plus prégnante. L'intensification de la procéduralisation du droit, non seulement dans son application, mais dans son invention même, en est un premier témoin. Médialisation et procéduralisation vont dans le même sens d'une ouverture du droit à la rationalité multiple ou complexe qui rend des sociétés comme les nôtres, constructions si improbables en soi, possibles. Or, comme nous y faisons allusion plus haut, la possibilisation d'états improbables de déséquilibre constant ne peut se faire par le biais d'une implantation de structures dans la durée, mais par le maintien processuel, d'une opération à l'autre, de la complexité interne et externe des systèmes en acte. La procédure est le lieu d'une telle négociation constante et actuelle de l'interaction juridique. Dans le sens qu'elle prend ici, elle est congéniale de la médialisation dans la mesure où elle instaure un espace de manœuvre juridique où des grandeurs de droit et de non-droit sont manipulées de manière tentative, suivant une marche qui va vers leur dé-cision. Une contamination du droit postmoderne, dans ce qui n'est pas en lui procé-

deure, par la tentativité procédurale est visible par la transformation de la régulation juridique dans son ensemble en une entreprise de position normative expérimentale, cognitivement ordonnée à un apprentissage constant. Sans la médialisation du droit, une telle évolution serait impensable.

Nous avons tenté de replacer le droit postmoderne dans son environnement social global. Pour cela nous avons eu recours aux théorisations du paradigme postmoderne élaborées par la sociologie. Nous avons montré en quel sens l'on pouvait parler d'une transformation du « changement » moderne et à quel point l'érosion des distinctions directrices de la modernité était avancée. La désintégration de ces distinctions est en effet ce qu'il y a de plus caractéristique du paradigme de l'autoréférence postmoderne. Elle donne l'impression d'une chute ou d'une régression dans un « magma » où toute hiérarchie et toute structuration durable est impossible. Les théories et descriptions les plus courantes de la postmodernité se présentent souvent comme une phénoménologie de cette impression. Elles manquent souvent d'un versant analytique qui montre les logiques à l'œuvre derrière ce qui est présenté comme un « mou » ou un « flou » spécifiques de l'air de notre temps. Or, nous soutiendrons qu'assimiler la postmodernité à un style du temps, c'est se condamner à ne pas comprendre sa portée épistémologique et sociologique véritable. La complexification de la rationalité et l'émergence de types de rationalités plurielles, interconnectables, flexibles, de deuxième et de troisième ordre réflexif n'ont de fait rien à voir avec une mode ou une tendance, peut-être idéologiquement conditionnée, à la « softisation » de la vie et de la connaissance. Le ramollissement normatif dont le droit, à côté de la morale, de la politique et de la religion, fait l'épreuve, n'a rien à voir avec un relâchement des mœurs en cette fin de siècle. Ce n'est pas non plus une capitulation de la vertu politique ou du civisme républicain qui a mené au triomphe des valeurs du libéralisme économique et à la détabouisation de l'argent. Ce sont les phénomènes d'émergence de formes de rationalité complexe et plurielle, dans leur diffusion à travers tous les champs de la connaissance et de l'action et dans la profondeur des transformations qu'elles ont amenées, qui sont en cause. Nous avons tenté une description qui, dans sa brièveté, soit la plus suggestive possible de l'altérité de leurs dynamique et leurs logiques. Sans ces émergences, nos sociétés perdraient toute l'élasticité nécessaire à la coordination de tout le possible et à l'accueil de tout le nouveau auxquels elles s'ouvrent. La nostalgie d'un État recteur et d'un droit régulateur de la vie sociale, en adhésion immédiate aux valeurs transcendantales de justice et d'égalité, ne prend pas la mesure de l'anéantissement des présupposés ontologiques, épistémologiques et sociaux du monde qu'elle pense encore habiter.

The first section of the report is devoted to a general survey of the situation in the country. It is followed by a detailed account of the work done during the year. The report then discusses the results of the work and the conclusions reached. Finally, it contains a list of references and a list of names of the members of the committee.

The report is divided into several parts. The first part is a general survey of the situation in the country. It is followed by a detailed account of the work done during the year. The report then discusses the results of the work and the conclusions reached. Finally, it contains a list of references and a list of names of the members of the committee.

The first section of the report is devoted to a general survey of the situation in the country. It is followed by a detailed account of the work done during the year. The report then discusses the results of the work and the conclusions reached. Finally, it contains a list of references and a list of names of the members of the committee.

The report is divided into several parts. The first part is a general survey of the situation in the country. It is followed by a detailed account of the work done during the year. The report then discusses the results of the work and the conclusions reached. Finally, it contains a list of references and a list of names of the members of the committee.

## Vers un droit postmoderne ?

Jacques CHEVALLIER

Il m'a semblé qu'il convenait d'ouvrir le débat par une question forte, permettant de pénétrer d'emblée au cœur du sujet et qui pourrait surdéterminer l'ensemble des contributions et des réflexions : celle de l'avènement d'un nouveau droit, d'un droit « postmoderne », qui infléchirait ses formes d'emprise sur la vie sociale et modifierait les conditions mêmes de la « régulation juridique ». Tenter de répondre à cette question, c'est chercher à prendre la mesure des transformations que connaissent, en France comme ailleurs, les systèmes juridiques.

La formulation de cette question ne relève pas de l'évidence : elle présuppose, non seulement que les multiples et très diverses inflexions du droit, qui ont fait l'objet de maintes analyses et sont rangées sous des vocables divers (déréglementation, « droit mou », « droit flou » etc.) sont liées entre elles, forment une constellation, mieux une « configuration », au sens donné à ce terme par Norbert ELIAS (c'est-à-dire un ensemble organisé et hiérarchisé d'éléments unis par des relations d'interdépendance telles que ceux-ci ne sauraient être analysés isolément, indépendamment des liens qui les unissent), mais aussi qu'un saut qualitatif ait été effectué, que cette « configuration » soit nouvelle par rapport à l'ordre juridique ancien ; plus généralement encore, elle implique que ce passage à une nouvelle configuration juridique est indissociable d'une série de mutations sociales plus globales, illustrant l'entrée des sociétés contemporaines dans une ère nouvelle, celle de la « postmodernité ». Au droit classique, caractéristique des sociétés modernes, serait en voie de succéder un droit nouveau, reflet de la postmodernité. Cette présentation fait problème, non pas par le lien qu'elle établit entre droit et société, car il est bien évident que le droit, en tant que production sociale, est appelé à évoluer en fonction des mutations sociales, mais par l'analyse socio-historique sur laquelle elle repose. L'idée selon laquelle on serait entré dans l'âge de la « postmodernité » est en effet porteuse de lourdes équivoques : passant du descriptif (mise en évidence de certaines tendances d'évolution des sociétés contemporaines) au normatif (souhait de reformulation du lien social), mélangeant allègrement constatif (en restant au niveau factuel) et performatif (proclamer l'avènement de la société postmoderne, c'est déjà la faire advenir par la magie du discours), le thème de la « post-

modernité » est porteur d'une extraordinaire confusion<sup>1</sup> ; d'autant qu'aux analystes de la « postmodernité » s'ajoutent ceux qui, s'inscrivant de plein pied dans le « postmodernisme », se veulent les représentants et les propagateurs d'une pensée postmoderne, qui a gagné, à partir de l'art, de l'architecture ou de la chorégraphie, les champs philosophique (G. LIPOVETSKY, J.M. FERRY...), sociologique (D. BELL, R. SENNETT, A. GIDDENS, A. TOURAINE etc.), voire juridique (A.J. ARNAUD). L'amalgame de tous ces aspects, qui conduit à considérer la postmodernité comme un véritable paradigme, porteur d'effets pratiques et symboliques, entoure désormais la question de la postmodernité d'un véritable « halo », rendant difficile son approche. Un travail préalable de clarification s'avère dès lors indispensable.

1° Le concept de modernité renvoie à un contexte socio-historique précis : il permet de rendre compte du mode de construction sociale qui s'est imposé en Occident, s'appuyant sur la référence à certaines valeurs et débouchant sur certains équilibres sociaux. La modernité, c'est d'abord, et avant tout, la croyance dans les vertus de la Raison, qui, comme l'a montré Max WEBER, entraînera un processus général de « rationalisation » de l'organisation technique (industrialisme), économique (capitalisme), politique (construction de l'État, dans lequel l'autorité est fondée sur une légitimité légale-rationnelle, s'exerce selon des règles préétablies et s'appuie sur une bureaucratie professionnalisée et disciplinée). Cet empire de la Raison est assorti d'une série d'autres croyances, qui constituent autant de mythes inhérents à la modernité : croyance dans les vertus de la Science, dotant l'Homme d'une maîtrise toujours plus grande sur la Nature ; foi dans le Progrès, par l'amélioration progressive des conditions ; idée que l'Histoire a un sens (historicisme) et que la Raison doit progressivement imposer sa loi ; enfin, conviction de l'Universalisme des modèles construits en Occident, appelés à servir, en tant qu'expression même de la Raison, de modèles de référence. Mais la modernité s'appuie aussi sur un autre pôle, l'individualisme<sup>2</sup>, qui aboutit à mettre l'individu au centre de la société : l'individualisme, c'est l'affirmation de l'irréductible singularité de chacun, la reconnaissance d'une marge d'autonomie et de liberté qui lui permette de mener son existence comme il l'entend ; c'est aussi le relâchement des liens d'allégeance communautaire par un procès de subjectivisation, qui conduit à reconstruire l'organisation sociale et politique tout entière, en partant de l'individu, érigé en point de référence suprême.

Pour A. GIDDENS<sup>3</sup>, le « dynamisme de la modernité », qui s'est traduit par la diffusion à l'échelle planétaire d'un modèle institutionnel apparu en Occident, et caractérisé par le capitalisme, l'industrialisme, l'État-Nation et le con-

1. Confusion qu'on rencontre souvent chez les mêmes auteurs, fussent-ils sociologues : c'est ainsi qu'on trouve chez A. TOURAINE (*Critique de la modernité*, Fayard, 1992) à la fois une analyse sociologique de la modernité et le souhait d'avènement d'une modernité « pleine », réconciliant le culte de la Raison avec l'affirmation du Sujet. Plus clairement encore C. TAYLOR (*Le malaise de la modernité*, Cerf, 1992) analyse la crise de la modernité et les moyens d'y remédier (Voir Y. BONNY, « La modernité en question », dans *Sociologie du travail* 1996, n° 1, p. 101 ss).
2. C. DUMONT, *Essais sur l'individualisme*, Seuil, [coll. *Esprit*], Paris 1983.
3. *Les conséquences de la modernité*, 1990, L'Harmattan, 1994.

trôle des moyens de violence, s'explique par trois raisons essentielles : la « dissociation du temps et de l'espace », qui permet une organisation rationalisée des rapports sociaux et une unification des cadres spatio-temporels ; la « délocalisation des systèmes sociaux », rendue possible par la création de « gages symboliques », c'est-à-dire d'instruments d'échange universels, et l'établissement de « systèmes experts », mettant en œuvre des savoir-faire professionnels, qui reposent les uns et les autres sur la « confiance » ; la « réflexivité institutionnelle » surtout, qui entraîne l'examen et la révision constante des pratiques sociales à la lumière des informations nouvelles.

2° La modernité est cependant entrée en crise, et c'est à la faveur de cette crise qu'émerge le concept de postmodernité. Sur ce point, on est confronté à deux grands systèmes explicatifs.

Pour les uns, la crise de la modernité se traduit essentiellement par la mise en évidence de certains dangers qui étaient au cœur même de la société moderne. Cette analyse est notamment celle de C. TAYLOR, pour qui la modernité a produit trois malaises : l'individualisme a conduit à la « perte de sens », traduit par la disparition des idéaux et le repliement sur soi ; la primauté de la « Raison instrumentale » a conduit à l'« éclipse des fins », le seul étalon qui prévaut désormais étant celui de l'efficacité maximale ; enfin, la « perte de liberté » résulte du sentiment d'impuissance que ressent l'individu-citoyen, pris dans l'état du marché et de l'État. La postmodernité devrait dès lors avoir pour ambition de corriger ces dérives, en conciliant recherche d'« authenticité » et ouverture à des horizons de signification collective, en restaurant le sentiment de responsabilité et en desserrant la pression du marché et de l'État. De même, pour A. GIDDENS, la postmodernité se traduit, non pas par le rejet, mais au contraire par la « radicalisation » de la modernité, par la disparition des formes de pensée qui étaient restées présentes dans les discours de la modernité et des institutions dépassées par l'évolution sociale. Pour A. TOURAINE encore, la postmodernité doit passer par la réhabilitation du Sujet, qui avait été évacué, notamment à partir de l'essor du capitalisme, au profit de la toute-puissance de la Raison instrumentale : il s'agirait donc de retrouver les deux dimensions originaires et consubstantiellement liées de la modernité, à savoir la rationalisation et la subjectivation. Dans cette première perspective, la postmodernité n'est en fin de compte qu'une modernité plus authentique, une hyper-modernité.

Pour d'autres auteurs au contraire, la postmodernité constituerait une authentique rupture avec la modernité. Cette rupture se traduirait essentiellement par la remise en cause du primat de la Raison, entraînant corrélativement la perte de confiance dans la Science, et « l'incrédulité à l'égard des méta-récits utilisés par la Science pour se légitimer »<sup>4</sup>, les désillusions générées par l'idée de Progrès, la fin de l'idée que l'Histoire aurait un sens, la fin de la prétention à l'Universalité<sup>5</sup> : l'accent est mis désormais sur le désordre, la complexité,

4. J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Minuit, 1979.

5. Du comparatisme « universaliste », fondé sur l'idée de trajectoires communes d'évolution que devraient emprunter les divers pays dès l'instant où ils s'engageraient dans un processus de « modernisation », on passe à un comparatisme « relativiste », privilégiant l'expression des singularités et des diversités.

l'indétermination, le relativisme ; et de nouvelles figures, telles que celle du « rhizome »<sup>6</sup> ou celle du « labyrinthe »<sup>7</sup>, sont avancées pour rendre compte d'une organisation sociale ayant quitté les chemins bien balisés de l'ordre et de la simplicité. Parallèlement, l'individualisme aurait pris des directions nouvelles, traduites par une absolutisation du moi, une « culture du narcissisme » faisant de l'« épanouissement de soi » la principale valeur de la vie<sup>8</sup>, ainsi que par l'exaltation des différences et des singularités, conduisant au « tribalisme » (M. MAFFESOLI), au « multi-culturalisme », voire au « différencialisme » ; le repli vers le privé, le désinvestissement du collectif, l'érosion des identités collectives<sup>9</sup> qu'illustrerait cette « seconde révolution individualiste » (G. LIPOVETSKY) poseraient du même coup en termes nouveaux le problème du lien social et politique et de la « gouvernabilité »<sup>10</sup> de groupes formés d'individus atomisés et sérialisés. Dans cette perspective, la postmodernité apparaît comme l'antithèse de la société moderne, une anti-modernité.

On mesure dès lors plus clairement les enjeux de la question posée au départ. Si l'on admet que le système juridique a été partie prenante à la construction de la modernité en Occident et est dès lors imprégné par les valeurs sous-jacentes à celle-ci, il ne peut manquer de subir le contrecoup de la crise de la modernité, qui perturbe les principes et les modalités de son agencement (I). Si elle paraît bien rendre compte de la logique de ces inflexions, en interdisant de les envisager isolément, l'hypothèse d'un droit postmoderne doit cependant être maniée avec prudence dans la mesure où elle peut être entendue, soit comme l'annonce du passage à une rationalité nouvelle (II), soit comme l'exacerbation de dimensions déjà présentes au cœur de la modernité juridique (III). On espère montrer que ces interprétations ne sont pas nécessairement incompatibles, la postmodernité juridique étant à la fois une « anti-modernité » et une « hyper-modernité ».

## I. La crise de la modernité juridique

Le rapport du droit à la modernité est ambivalent : d'une part, le droit est travaillé par les valeurs et représentations inhérentes à la modernité, qui entraînent une certaine configuration juridique ; mais d'autre part, et en retour, le droit apparaît comme un puissant moteur de rationalisation de l'organisation sociale et politique, qu'il pare des attributs de l'objectivité et de la nécessité. Le droit est donc à la fois l'expression et le vecteur de la modernité. Aussi, le déclin des croyances entourant le droit apparaît-il à la fois un reflet et une composante de la crise de la modernité.

6. G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Rhizome*, Minuit, 1976.

7. J. ATTALI, *Chemins de sagesse. Traité du labyrinthe*, Fayard, 1996.

8. C. TAYLOR, *op. cit.* ; G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide*, Gallimard, 1973 ; A. MINC, *La machine égalitaire*, Grasset, 1987.

9. CURAPP, *L'identité politique*, PUF, 1994.

10. CURAPP, *La gouvernabilité*, PUF, 1996.

## A) Les caractéristiques du droit moderne

La modernité s'est traduite dans le droit par un processus de rationalisation, illustré par un double phénomène d'autonomisation et d'unification. Le droit traditionnel reste étroitement lié à la religion : c'est dans la volonté divine que s'enracine l'autorité de la Loi ; il faudra donc un mouvement de laïcisation, pour que le droit prenne son autonomie, en devenant un dispositif normatif spécifique, gouverné par une logique propre<sup>11</sup>. Par ailleurs, le droit traditionnel est marqué par le pluralisme : sous la féodalité, les sources du droit sont multiples ; il existe donc une très grande diversité de statuts juridiques, juxtaposés et enchevêtrés. L'apparition de l'État va entraîner un mouvement d'unification. Concentrant entre ses mains le pouvoir de contrainte, l'État entend être la source exclusive du droit, tout comme le seul détenteur de la force matérielle<sup>12</sup> ; et l'ordre juridique étatique va imposer progressivement sa suprématie, en se substituant, ou du moins en se superposant, aux ordres juridiques préexistants et en devenant le seul cadre juridique de référence pour l'ensemble de la collectivité. Cette promotion s'est doublée de profondes modifications dans la configuration même de l'ordre juridique : poussant la rigueur formelle beaucoup plus loin que les autres, l'ordre juridique étatique se caractérise par une rationalisation du processus de production du droit, confié à des organes spécialisés, aux compétences bien définies ; et surtout l'exécution des normes est garantie par l'intervention d'appareils de contrainte chargés de réprimer les manquements éventuels. L'État tend à devenir l'« ordre juridique total »<sup>13</sup>, qui intègre et ramène à lui tous les autres.

Ainsi refondé, le droit apparaît comme l'incarnation même de la Raison ; et le fait que tout l'édifice juridique soit construit sur la figure de l'individu coïncide avec le processus de subjectivisation : par son « rationalisme jusnaturaliste, axiomatique, laïque et subjectiviste »<sup>14</sup>, la conception nouvelle du droit est parfaitement congruente avec l'ensemble des transformations qui marqueront l'entrée des sociétés occidentales dans l'ère de la modernité.

1° Le droit moderne apparaît comme tout entier placé sous le signe de la Raison. Cette rationalité est attestée en tout premier lieu par un ensemble d'attributs intrinsèques. D'abord, la systématité<sup>15</sup> : le droit se présente comme une totalité cohérente, un « ordre » unitaire, c'est-à-dire un système de normes solidaires et hiérarchisées, reliées entre elles par des relations logiques et nécessaires ; cette systématité lui confère clarté, simplicité, certitude, tous attributs qui seront considérés comme inhérents à tout droit. Ensuite, la généralité : la réalité sociale est appréhendée par le droit à travers le prisme de con-

11. A.J. ARNAUD a justement souligné l'importance de l'École du droit de la nature et des gens, qui apportera un regard nouveau sur le droit, en l'émancipant de la tutelle de l'Église (*Pour une pensée juridique européenne*, PUF, [coll. *Les voies du droit*], 1991, p. 114).

12. N. ELIAS, *La dynamique de l'Occident*, 1969, Calmann-Lévy, 1975.

13. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1934, Dalloz, 1969, p. 393.

14. A.J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 114.

15. J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », dans *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 11-13 ; M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, [coll. *Les voies du droit*], 1988, p. 102.

cepts abstraits, regroupés en catégories de plus en plus larges et compréhensives, et les solutions applicables aux cas d'espèce peuvent être déduites de règles générales. Enfin, la stabilité : s'inscrivant dans la durée, les normes juridiques sont assurées d'une certaine permanence ; ainsi, chacun a-t-il la possibilité de prévoir à l'avance les conséquences de ses actes et de connaître la règle qui s'appliquera à lui. Cette rationalité de la production juridique est confortée par la construction d'une « science du droit » qui, en s'efforçant de « systématiser les solutions particulières, de les coordonner en un Tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer en une matière intelligible »<sup>16</sup>, contribue à accroître la cohérence et la rigueur formelles du droit. L'ordre juridique symbolise par là l'ordre social : à travers lui se profile l'image d'une société organisée, pacifiée et unifiée, conformément aux exigences de la Raison ; transcrivant et extériorisant les normes qui commandent le fonctionnement social sur un mode impartial et objectif, le droit fait savoir aux membres de la société qu'ils font partie d'un ensemble intelligible, cohérent et rationnel, dans lequel chacun a sa place, dispose d'un statut.

Mais l'aura de rationalité dont bénéficie le droit repose aussi sur un jeu de croyances plus profondes<sup>17</sup>. Le droit est d'abord investi d'un capital d'autorité, lié au privilège de la transcendance : la laïcisation n'a pas fait disparaître en effet cette dimension transcendante, en débarrassant le droit de la « gangue magique ou religieuse »<sup>18</sup> qui l'entourait dans les sociétés traditionnelles ; l'autorité qui s'attache à lui découle toujours d'un mécanisme d'imputation à un Sujet anonyme, insaisissable et mystérieux, qui est désormais l'État. Le droit reste ainsi perçu comme un Ordre sacré, projection d'une Raison transcendante, dépositaire du savoir et source de tout pouvoir. Ce n'est pourtant plus seulement un acte d'autorité, exprimant l'infinie sagesse du Sujet suprême qui l'a posé : la réalisation de l'idéal démocratique en a fait aussi l'expression d'une volonté collective, celle de la Nation ; la loi devient une parole dans laquelle chacun peut se reconnaître puisqu'il est présent, au moins indirectement ou de manière médiante dans son élaboration. Raison immanente celle-ci, résultant du fait que, comme le soulignait Rousseau, tous les citoyens sont censés concourir, par l'intermédiaire de leurs représentants, à la formation de la Loi.

2° Le droit moderne est fondé sur la figure de l'individu, censé être premier par rapport à l'organisation sociale et détenteur de « droits subjectifs » opposables à l'État. Cette « subjectivisation du droit »<sup>19</sup> trouve ses racines théoriques là encore dans l'École du droit naturel et des gens, qui a dominé la pensée juridique européenne aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles<sup>20</sup> : s'impose alors progressivement l'idée que l'individu préexiste à l'État, que celui-ci n'est que le fruit d'un

16. J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », Dalloz, 1951, I, Chron XXIII, p. 99-102.

17. J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », dans *Revue du droit public*, 1990, p. 1651 sq.

18. P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », dans *Revue du droit public*, 1982, p. 276.

19. L. FERRY, A. RENAUT, *Philosophie politique*, III : Des droits de l'homme à l'idée républicaine, PUF, 1985, p. 72.

20. A.J. ARNAUD, *op. cit.*

« contrat social », conclu dans l'intérêt et pour l'utilité de chacun ; l'individu est détenteur, en tant qu'Homme, de droits que l'État est tenu de garantir. Cette affirmation des droits de l'Homme face au pouvoir cheminera au fil de la lutte contre l'absolutisme monarchique, avant de recevoir à la Révolution une spectaculaire traduction. Partant de l'Homme, les révolutionnaires vont définir en effet les droits qu'il détient en tant que tel, droits antérieurs à toute vie sociale et auxquels il ne saurait renoncer en entrant dans la société : le but de l'organisation sociale est la sauvegarde de ces droits naturels et imprescriptibles ; les lois positives ne sont que le moyen d'assurer la protection de ces droits « subjectifs », historiquement et ontologiquement premiers<sup>21</sup>.

L'idée selon laquelle les individus sont titulaires de droits face au pouvoir constitue un élément fondamental de la modernité juridique : elle débouche sur la croyance en la bienfaisance d'un droit perçu comme un dispositif de protection, un moyen de libération, mais aussi un instrument de Justice et de Progrès ; qu'il soit conçu comme destiné à préserver l'égalité des individus dans leurs rapports mutuels (justice commutative) ou dans leurs rapports avec le groupe (justice distributive), le droit serait dans tous les cas dominé par un « idéal de justice »<sup>22</sup>. Cette vision subjectiviste s'étend à l'organisation politique, comme en témoigne en France le lien établi entre la Nation et l'État. Cette construction symbolique est tout à fait cohérente avec la théorie des droits subjectifs sur laquelle repose la proclamation des droits de l'Homme : tout comme l'individu, la Nation est perçue comme un « Sujet », disposant de « droits » (la souveraineté) qu'elle peut opposer à l'État ; avec la théorie de la « volonté générale », on passe logiquement de l'individuel au collectif et la Nation n'est en fin de compte que le prolongement de l'individu.

Ainsi paré des attributs de la Raison et de la Bienfaisance, le droit devient tout naturellement, dans la société moderne, le mode privilégié d'encadrement et de régulation des rapports sociaux : il se voit assigner pour fonction d'ordonner l'évolution sociale, d'harmoniser l'action des éléments constitutifs de la société. La normativité juridique devient ainsi le vecteur de la rationalité sociale : est rationnel ce qui est conforme aux normes juridiques, en vertu du postulat selon lequel ces normes sont elles-mêmes rationnelles. La société moderne repose ainsi sur une confiance absolue placée dans le droit, qui conduit au fétichisme de la règle : la norme juridique tend à être prise pour la réalité même, capable de faire advenir ce qu'elle énonce ; et le passage par la forme juridique en vient à constituer la garantie suprême. Cette vision du droit comme dispositif rationnel recouvre évidemment une conception idéalisée du droit, qui transfigure ses traductions concrètes ; l'idée selon laquelle l'ordre juridique, fondé sur un enchaînement rigoureux de propositions normatives et gouverné par les lois de la logique formelle, relève de la seule Raison relève de l'ordre des croyances ; elle n'en constitue pas moins un élément déterminant de la puissance normative du droit.

21. J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> 1994, [coll. *Clefs*], p. 56 sq.

22. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1973, Seuil, 1987.

La remise en cause de ces attributs ouvrira la voie à la crise de la modernité juridique.

## B) Les éléments de rupture

1° La crise du droit moderne, étroitement liée à l'avènement de l'État providence<sup>23</sup>, c'est d'abord et avant tout la crise de la Raison juridique : le droit n'apparaît plus comme l'incarnation même de la Raison ; ayant perdu l'*aura* qui l'entourait, il se trouve désormais soumis à l'épreuve du jugement critique. Tout se passe comme si le système de croyances sur lequel il s'appuyait était en voie d'épuisement. Sans doute, convient-il de ne pas exagérer la nouveauté du phénomène : la mythification du droit n'a jamais été telle qu'elle suffisait à dissiper tout germe d'incroyance ; il reste que le mouvement s'est amplifié, conduisant certains juristes à formuler l'hypothèse d'un « déclin du droit » (G. RIPERT, 1949).

Le droit a perdu les attributs de systématisme, généralité et stabilité, qui caractérisaient le droit moderne. L'ordonnement juridique a subi de redoutables secousses en raison de la prolifération des textes<sup>24</sup> qui a rendu plus flous les contours de l'ordre juridique, sapé sa cohésion et perturbé sa structure. La production du droit semble être désormais, moins régie par une logique déductive, procédant par voie de concrétisation croissante, que résulter d'initiatives prises par des décideurs multiples, disposant d'une marge d'appréciation de plus en plus étendue : c'est ainsi que le principe de légalité a été vidé d'une partie de sa substance, les lois se présentant de plus en plus comme des textes-cadre, laissant à l'administration le soin de définir les conditions de réalisation des objectifs fixés et lui donnant un très large pouvoir d'appréciation des situations concrètes. Cette prolifération des textes n'a pas été sans incidence sur la nature même des règles, devenues parcellaires et instables. La généralité de la loi a vécu<sup>25</sup> : les lois se présentent de plus en plus comme des textes spéciaux, au contenu technique très accusé, poussant très loin le souci du détail, et dont l'application est étroitement circonscrite dans le temps et dans l'espace, ce qui lui fait perdre toute prétention à l'universalité<sup>26</sup> ; derrière ces textes « en mille morceaux », « en dentelles », ou « de convenance », se profile le naufrage du droit commun, de la règle uniforme<sup>27</sup>. Corrélativement, cette volonté de serrer au plus près la réalité voue le droit à des ajustements constants : la stabilité de la règle juridique était liée à sa généralité ; dès l'instant où elle devient précise et détaillée, elle tend aussi à être frappée plus rapidement d'obsolescence. Ainsi, le droit ne présenterait-il plus les caractéristiques formelles qui étaient traditionnellement les siennes et témoignaient de sa « rationalité » ; ce constat n'est

23. J. CHEVALLIER, 1994, *op. cit.*, p. 102 sq.

24. Rapport du Conseil d'État 1991, Documentation française 1992.

25. B. OPPETIT, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits*, n° 4, 1986, p. 527.

26. Comme le dit J. CARBONNIER (*Flexible droit*, LGDJ, 1971, p. 11), la loi « n'est plus dans beaucoup de cas cette maxime de conduite universelle qui était solennellement proclamée à l'intention des générations futures mais un simple procédé de gouvernement ».

27. A. HOLLEAUX, « La fin des règles générales », *Bull. IIAP*, n° 39, juillet-sept. 1976, p. 7 sq.

cependant qu'épiphénoménal et renvoie à une crise plus profonde des croyances entourant le droit.

L'onction étatique et le sacre démocratique ne suffisent plus à attester de la conformité du droit aux exigences de la Raison. D'une part, l'État, en s'immisçant directement dans le jeu social, a perdu le privilège de la transcendance : la légitimité ne lui est plus acquise de plein droit mais au vu de la pertinence des actions engagées ; l'instrumentalisation croissante d'un droit, conçu au stade de l'État providence comme un moyen d'action au service de l'État, ne le place plus de plein pied dans l'ordre du « rationnel ». La rationalité du droit ne se présume plus : la norme est désormais passée au crible de l'efficacité, qui devient la condition et la caution de sa légitimité. D'autre part, la vieille mystique de la Loi « expression de la volonté générale » a perdu beaucoup de sa crédibilité : la conception selon laquelle les élus ne feraient que parler au nom de la Nation a fait place à une perception plus réaliste et à une évaluation beaucoup plus critique des vertus de la démocratie représentative ; quant au principe de majorité, il est considéré davantage comme un instrument permettant au plus grand nombre de faire prévaloir ses vues que comme la garantie du bien-fondé de la loi. Le droit perd du même coup le bénéfice du postulat de Justice et de Progrès sur lequel il s'appuyait : il apparaît comme le produit d'un rapport de forces politique et social contingent ; et l'idéal de justice dont il se réclame devient un simple moyen de légitimation. On verra ainsi naître, à la faveur de la crise de l'État providence, une critique radicale de la Loi, fondée sur la dénonciation du jeu des mécanismes démocratiques.

2° La rupture réside encore dans le reflux du subjectivisme. La théorie des « droits subjectifs » sur lequel le droit moderne a été construit fera l'objet de vives critiques au sein de la doctrine juridique : comme le souligne avec force DUGUIT, droits et libertés ne sauraient en effet avoir d'existence concrète en dehors de leur consécration par le droit positif et le pouvoir d'action juridique reconnu aux individus ne peut découler que d'une norme de droit objectif ; en présupposant une essence humaine, immuable et éternelle, saisissable antérieurement à toute vie collective et insensible à l'évolution sociale, la Déclaration de 1789 reposerait sur des fondements radicalement erronés. Les doctrines « objectivistes » qui se développeront dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle vont ainsi contribuer, sans toujours le vouloir ou le percevoir, à faire descendre l'individu de la position centrale qu'il occupait sur la scène juridique ; le droit est désormais censé prendre racine dans le groupe social. Comme le dit DUGUIT, c'est « l'état de conscience » de la masse des individus composant un groupe social donné qui est « la source créatrice du droit » : il y a en effet droit quand cette masse « comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée » ; c'est à ce moment précis que la simple norme sociale, fondée sur la solidarité et l'interdépendance, se transforme en norme juridique.

Ces doctrines « objectivistes », qui s'appuient souvent sur la sociologie naissante et entendent substituer le « droit social » au « droit naturel » sur lequel s'appuyait la théorie des « droits de l'Homme », auront un profond impact sur la pensée juridique : la tentative d'éradication de l'individu en tant que fon-

dement du droit modifiera la conception de celui-ci. Le reflux de la conception individualiste trouvera son prolongement dans le développement de « droits sociaux », « droits-créances » liés à l'appartenance à un groupe, à une catégorie sociale et se traduisant par un pouvoir d'exigibilité vis-à-vis de l'État : alors que les libertés classiques fixaient des bornes à l'État, ces droits nouveaux supposent au contraire pour leur réalisation la médiation étatique<sup>28</sup> ; et leur caractère indéfiniment extensible justifie le développement constant des interventions de l'État dans la vie sociale.

Cette perte par le droit des attributs conquis avec l'avènement de la modernité tend du même coup à le fragiliser : tout se passe comme s'il était devenu, au stade de l'État providence, un colosse aux pieds d'argile ; et il suffira que l'État providence entre en crise pour qu'un doute s'installe sur les bienfaits de ce droit nouveau. Le mouvement de déréglementation qui se développera à partir de la fin des années soixante-dix<sup>29</sup> est l'indice de cette perte de fiabilité du droit : il montre que le droit peut être considéré, non plus comme le garant nécessaire du progrès, mais aussi comme un frein et un obstacle, entravant le dynamisme de l'économie et de la société, voire comme un instrument d'intervention dans les rapports sociaux immoral et injuste (HAYEK). Néanmoins, la crise de la modernité juridique ne signifie pas la mort du droit : elle annonce et prépare tout au plus le passage à une conception nouvelle, donc « postmoderne », du droit, dont la singularité reste à évaluer. Pour certains, la conception moderne du droit serait bel et bien « morte », avec la fin des « illusions » qu'elle véhiculait (dans le Progrès, la Simplicité, la Raison, l'Universalité) ; simplement, elle survit encore quelque temps dans le droit positif, en tant qu'héritage historique<sup>30</sup>. On peut cependant penser que cette postmodernité comporte des aspects équivoques et qu'elle se présente tout autant comme une « hyper-modernité » que comme une « anti-modernité ».

## II. Le droit postmoderne comme anti-modernité

Anti-moderne, le droit postmoderne l'est dans la mesure où, sans pour autant renier les valeurs de la modernité (Raison, Ordre, Justice, Progrès...), il ne les situe plus dans l'ordre de l'absolu mais du relatif, ces valeurs n'étant plus conçues comme des attributs substantiels, des qualités intrinsèques, mais des cadres axiologiques très généraux : quittant l'univers des certitudes, il s'efforce de prendre en compte la complexité du réel ; et rompant avec une certaine dogmatique juridique, il entend faire preuve de pragmatisme. Le droit postmoderne entre ainsi de plein pied dans le monde de la complexité<sup>31</sup> : complexité

28. D. LOSCHAK, « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1984, n° 13, p. 84.

29. J. CHEVALLIER, « Les enjeux de la déréglementation », *Revue du droit public*, 1987, n° 2, p. 281 ss.

30. C'est l'interprétation d'A.J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 200.

31. Complexité qui, pour M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (*Le droit et les paradoxes du jeu*, PUF, [coll. *Les voies du droit*], 1992, p. 12), se reconnaît au triple signe de l'incertitude, de la récursivité et de la dialectique.

des mécanismes de production du droit ; complexité des modalités d'articulation des normes juridiques. Mais le droit postmoderne est aussi caractérisé par la flexibilité : flexibilité du contenu des normes ; flexibilité des processus d'adaptation. Par ces deux dimensions, le droit postmoderne s'oppose au droit moderne : à l'unité, il oppose en effet le pluralisme ; à la hiérarchie, la diversité ; à la contrainte, la régulation ; à la stabilité, l'adaptabilité<sup>32</sup>. Le droit postmoderne serait donc bien caractérisé par un ordre et une logique (propriétés inhérentes à tout système juridique), mais différents de « l'ordre euclidien » et de la « logique aristotélicienne »<sup>33</sup>.

Le droit européen constitue sans nul doute, comme le notent A.J. ARNAUD et M. DELMAS-MARTY, un lieu privilégié d'émergence, voire un « laboratoire d'expérimentation », des nouvelles figures de la postmodernité juridique<sup>34</sup> : marqué par le pluralisme, en raison des modalités mêmes de la construction européenne et de ses équilibres institutionnels, le droit européen est aussi un droit complexe, foisonnant, flexible<sup>35</sup>, traversé par des logiques contradictoires<sup>36</sup> ; mais ce pluralisme reste « ordonné », une harmonisation s'effectuant progressivement par l'utilisation d'un « double jeu de clés » – « clés d'interprétation », que fournit la technique des principes directeurs, « clés de légitimation » qu'impose la primauté éthique des droits de l'homme<sup>37</sup>. L'Europe juridique se construit ainsi, mais en suivant un mode souple et pluraliste, aux antipodes de l'unitarisme moderne ; et ce modèle juridique nouveau tendrait à se diffuser de proche en proche dans l'ensemble des pays européens<sup>38</sup>, entraînant un processus de rapprochement des systèmes juridiques : de même que la construction européenne a eu pour effet de promouvoir un « style nouveau de politiques publiques »<sup>39</sup>, fondé sur le pluralisme et l'ouverture, la négociation et le compromis, la conception nouvelle du droit mise en œuvre au niveau européen travaille en profondeur les ordres juridiques nationaux, en accélérant le passage à la post-modernité.

## A) Complexité

La complexité se mesure d'abord à la multiplicité des foyers de droit, très diversement articulés les uns aux autres, ce qui tend à transformer l'ordre juri-

32. Pour A.J. ARNAUD, la post-modernité signifierait que tout droit est relatif ; qu'il existe un pluralisme des sources ; qu'un retour au pragmatisme s'impose ; qu'on ne peut plus traiter du droit sans gérer la complexité du processus de création des normes juridiques.

33. M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 284.

34. Pour A.J. ARNAUD (*op. cit.*), Europe juridique et post-modernisme iraient de pair, la rationalité de l'une coïncidant exactement avec celle de l'autre.

35. On sait le rôle joué dans ce droit par les « principes généraux » et les « standards ».

36. Les équilibres subtils sur lesquels se fondent le droit européen sont illustrés par le règlement relatif à la distribution des véhicules automobiles, qui s'efforce d'articuler les deux logiques concurrentielle et contractuelle (cf. Troisième partie, A, chap. 1 (A. PIROVANO)).

37. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, 1994, p. 244.

38. L'extension de la participation du public aux décisions en matière d'environnement s'expliquerait notamment par l'influence communautaire (cf. Première partie, A, chap. 3 (G. MONÉDIAIRE)).

39. Y. MÉNY, P. MULLER, J.L. QUERMONNE (éd.), *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, [coll. *Logiques politiques*], 1995.

dique en une construction baroque ; elle se mesure aussi à l'éclatement des processus d'élaboration des normes, qui font désormais appel à de nombreux intervenants.

### 1° Pluralisme

Le droit moderne est, on l'a vu, fondé sur une conception moniste : un seul foyer de droit, l'État, conçu comme la source exclusive de la normativité juridique ; et, par conséquent, un seul ordre juridique, les normes juridiques formant un ensemble cohérent, intégré, monolithique, dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement. Sans doute, ce schéma moniste ne rendait pas totalement compte de la réalité : malgré ses prétentions totalisantes et sa recherche de l'exclusivité, l'ordre juridique étatique n'est jamais parvenu à ramener à lui et à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques ; il s'est toujours trouvé pris à revers et court-circuité par des normes se formant en d'autres lieux et échappant au moins en partie à sa médiation. Néanmoins, ces brèches étaient comblées en permanence par l'action continue et persévérante de ces puissants agents d'unification que sont la jurisprudence et la doctrine<sup>40</sup>.

Ces phénomènes ont pris une dimension nouvelle dans les sociétés contemporaines. D'abord, les foyers de droit se sont multipliés : dans un paysage normatif « bouleversé, où les règles de droit semblent surgir de partout, à tout moment et en tous sens »<sup>41</sup>, l'État n'apparaît plus que comme un producteur de droit parmi d'autres ; l'ordre juridique étatique est pris en tenaille entre des ordres juridiques infra-étatiques, fondés sur des solidarités « partielles » ou « locales », et des ordres juridiques supra-étatiques, nés de l'émergence de communautés plus larges, « régionales » (par exemple, l'ordre juridique européen) ou « mondiale » (ordre juridique international). La thèse du pluralisme juridique, qui avait été soutenue entre les deux guerres par un certain nombre de théoriciens comme Santi ROMANO, Maurice HAURIOU ou Georges GURVITCH<sup>42</sup> semble ainsi mieux à même de rendre compte de la dynamique juridique à l'œuvre dans les sociétés contemporaines. Une analyse réaliste conduit à penser qu'on est désormais en présence de « plusieurs espaces juridiques qui agissent simultanément sur des échelles différentes »<sup>43</sup>, locale, nationale, mondiale ; la pluralité juridique devient ainsi « le concept-clé d'une vision postmoderne du droit ». Cela ne signifie pas pour autant la fin de tout principe d'« ordre » ; mais cet ordre est fondé sur la diversité plutôt que sur l'uniformité : la rigidité fait place à la souplesse, la verticalité à l'horizontalité, la hiérarchie à la coordination. Il s'agit « d'ordonner le multiple »<sup>44</sup>, par des procédés visant à réaliser la mise en cohérence et à assurer la compatibilité de normes de provenances diverses : on parlera ainsi d'« inter-légalité »<sup>45</sup> ou

40. CURAPP, *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

41. M. DELMAS-MARTY, 1994, *op. cit.*, p. 52.

42. J. CHEVALLIER, 1983, *préc.*, p. 44 sq.

43. B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », dans *Droit et société*, n° 10, 1988, p. 373.

44. M. DELMAS-MARTY, 1994, *op. cit.*, p. 268.

45. B. DE SOUSA SANTOS, *préc.*, p. 382.

d'« inter-normativité »<sup>46</sup> pour caractériser ces processus de communication et d'échange entre « espaces juridiques » différents, « ordres juridiques » distincts. Mais le pluralisme gagne aussi le droit étatique, à travers le développement de « poches d'autonomie normative » au sein de l'appareil d'État, comme celles qui résultent de l'institution d'autorités administratives indépendantes<sup>47</sup>, génératrices d'« intransitivité »<sup>48</sup>, ou encore la montée en puissance du pouvoir juridictionnel, génératrice de « co-détermination » du sens de la loi<sup>49</sup>. L'existence au sein de l'État de foyers autonomes de production du droit explique le recours à des procédés nouveaux de mise en cohérence : c'est ainsi que le contrat est devenu un moyen privilégié de régulation des rapports entre État et collectivités locales<sup>50</sup> ; il permet de contrebalancer les effets du pluralisme juridique par un dispositif souple d'harmonisation.

Le droit postmoderne romprait ainsi avec la conception monolithique et pyramidale de l'ordre juridique qui est celle du droit moderne : les rapports entre les normes juridiques seraient désormais caractérisés, sinon par la « circularité » et la « récursivité » (N. LUHMANN), au moins par des figures baroques – hiérarchies « discontinues » ou « enchevêtrées », « alternatives » ou « inversées »<sup>51</sup>, formant autant de « boucles étranges » (D. HOFSTADER) ; si systématiquement il y a, elle ne résulte plus que de mécanismes complexes d'articulation et d'hybridation, excluant toute idée de linéarité ou d'unilatéralité. On serait ainsi en voie de passer d'un droit « monologique », reposant sur la « transitivité », la génération des normes se faisant suivant un processus en cascade, à un droit « dialogique », reposant sur l'« intransitivité », c'est-à-dire où il n'y a plus, ni ordonnancement hiérarchisé, ni « pré-détermination » de la signification des normes<sup>52</sup>. Cette interprétation du pluralisme juridique apparaît sans nul doute trop simple : l'État conserve en effet une position centrale par rapport aux autres ordres juridiques, auxquels il est en mesure d'imposer sa tutelle ou sa médiation ; et la complexification des processus de production du droit n'est pas telle qu'elle sape une hiérarchie des normes qui apparaît consubstantielle au système de l'État de droit.

## 2° Négociation

En tant qu'expression d'une Raison aussi bien transcendante qu'immanente, le droit moderne était doté d'une puissance normative intrinsèque : parole puissante, il bénéficiait d'un capital d'autorité qui lui permettait d'obtenir l'obéissance et d'emporter l'adhésion des assujettis ; foncièrement marqué par l'uni-

46. M. DELMAS-MARTY, *Ibid.*, p. 268.

47. Cf. Deuxième partie, B, chap. 1 (N. DECOOPMAN).

48. G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, [coll. *Les voies du droit*], 1986 et N. BELLOUBET-FRIER, G. TIMSIT, « L'administration en chantiers », dans *Revue du droit public*, 1944, p. 299 sq.

49. G. TIMSIT, *Les noms de la Loi*, PUF, [coll. *Les voies du droit*], 1991 ; *Figures du jugement*, PUF, [coll. *Les voies du droit*], 1993 ; *Gouverner et juger. Les blasons de la légalité*, PUF, [coll. *Les voies du droit*], 1995.

50. G. MARCOU, dans CURAPP, *La gouvernabilité*, PUF, 1996, p. 196 sq. Cf. Troisième partie, A, chap. 3 (F. RANGEON).

51. M. DELMAS-MARTY, *Ibid.*, p. 92 sq.

52. G. TIMSIT, *op. cit.*, 1986, p. 120 sq.

latéralité, le droit apparaissait comme l'expression d'un ordre hétéronome, auquel il était, non seulement impossible de se soustraire, mais encore nécessaire et juste de se soumettre. « Systématique » et « normativité » étaient ainsi indissolublement liées. La crise de la Raison juridique a compromis cette efficacité normative : la force de la règle de droit ne provient plus de ce qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire, auquel tous sont tenus de se soumettre ; elle dépend désormais du consensus dont elle est entourée. Ce consensus suppose que les destinataires soient partie prenante à son élaboration : la concertation préalable, la participation à la définition de la règle devient la caution de son bien-fondé ; le droit devient ainsi un droit négocié, qui est le fruit d'une délibération collective<sup>53</sup>. À une légitimité intrinsèque, fondée sur la représentation du droit comme incarnation de la Raison, succède une légitimité procédurale<sup>54</sup>, attestée par ses modes d'élaboration. On voit ainsi se développer une « direction juridique autonome des conduites »<sup>55</sup>, dans laquelle les assujettis sont invités à participer à la définition des normes auxquelles ils sont soumis : le droit tendrait à devenir « une sorte de technique de cogestion des conduites », produit d'un dialogue permanent entre gouvernants et gouvernés ; aussi, les procédures d'élaboration des normes deviennent-elles longues et complexes, afin d'ajuster et d'harmoniser progressivement les points de vue des uns et des autres.

Cette négociation autour de la norme juridique passe par plusieurs voies. D'abord, l'association de porte-parole représentatifs des divers intérêts sociaux au processus normatif. Cette intervention n'est qu'indirecte ou officieuse en matière législative (lobbying) ; elle est en revanche explicitement aménagée au niveau réglementaire. Dans tous les pays, les procédures consultatives se sont généralisées, donnant naissance à des structures permanentes, intégrées à l'administration, et dont l'avis est requis avant toute décision ; si la lourdeur de cette « administration consultative » réduit son efficacité, ces procédures sont doublées par des mécanismes plus souples de « concertation », qui font des normes réglementaires le produit d'une élaboration conjointe. Cette ouverture aux représentants des groupes sociaux permet de localiser les conflits, de baliser les terrains d'affrontement, de situer les zones de compromis possibles ; elle vise à une meilleure adaptation des règles et à l'élimination des réactions éventuelles de rejet. Ensuite, l'intervention d'experts sociaux, dont le savoir est mobilisé pour concevoir et formaliser la norme juridique. On constate en effet que l'État tend de plus en plus, lorsqu'il est confronté à des « situations problématiques » dans lesquelles le contenu de la législation ou de la réglementation à édicter ne relève pas de l'évidence, à faire appel à des « experts », à des « spécialistes », pour éclairer le sens des décisions à prendre : la production de la norme juridique s'abrite alors derrière le savoir, qui est censé garantir sa légitimité et son bien-fondé ; et la « compétence » acquise sur le plan profession-

53. Le droit des pollutions agricoles serait l'illustration même d'un droit négocié, élaboré par l'intermédiaire d'un « comité d'orientation » comportant des représentants des différents intérêts et servant de lieu de concertation entre techniciens et professionnels (cf. Première partie, A, chap. 4 (I. DOUSSAN)).

54. J. HABERMAS, *Discours philosophique de la modernité*, Gallimard, 1985, p. 380.

55. P. AMSELEK, préc., p. 291-292.

nel devient le véritable fondement de l'autorité normative. C'est ainsi que la législation en matière de bioéthique a été préparée en France par l'organisation de « colloques », rassemblant des spécialistes de diverses disciplines – médecins, psychiatres, juristes –, dessinant progressivement le cadre normatif à venir. Enfin, les citoyens eux-mêmes peuvent obtenir un droit de regard sur la production des règles. La procédure de l'enquête publique est, dans les pays anglo-saxons, d'application étendue et donne lieu à l'ouverture d'un véritable débat, entouré de formes quasi juridictionnelles ; ailleurs, et même en France<sup>56</sup>, la formule tend à se développer, notamment dans tous les cas où la norme a une portée limitée, des effets individualisables et des destinataires localisables<sup>57</sup>. Parallèlement, les techniques de consultation directe de la population par la voie référendaire ont pour effet de faire participer directement les citoyens à l'édiction des normes juridiques.

Ce mouvement tendant à la production d'un droit négocié rejoint le phénomène du pluralisme à partir du moment où il aboutit à un transfert des compétences normatives. La délégation à des organismes professionnels du soin de réglementer leur secteur d'activité est ancienne : elle tend à un système de type corporatif, dans lequel l'État s'efface derrière les professions organisées, en leur transférant sa puissance de contrainte juridique<sup>58</sup> ; ce transfert peut s'effectuer de manière plus informelle, sous couvert de la juridicisation de normes techniques élaborées, par voie consensuelle, par des communautés professionnelles structurées<sup>59</sup>. Le développement des autorités administratives indépendantes et des comités de sages traduit en fin de compte un phénomène de nature comparable, puisqu'il entraîne le déplacement, de droit dans un cas, de fait dans l'autre, des compétences normatives vers des organes censés être mieux capables d'arbitrer entre les divers intérêts sociaux en lice.

Le droit postmoderne contraste avec le droit moderne, non seulement dans ses modes de construction, mais encore dans sa consistance même.

---

56. En dépit du principe traditionnel d'exclusion des administrés de toute participation à l'élaboration des décisions réglementaires (cf. Première partie, A, chap. 3 (G. MONÉDIAIRE)).

57. Même si elle n'est encore qu'imparfaitement consacrée et s'inspire d'une préoccupation essentiellement pragmatique ou utilitariste, la participation des citoyens aux décisions d'aménagement ne s'inscrit pas moins dans un mouvement de consécration de nouveaux droits procéduraux aux citoyens et de promotion d'une démocratie « participative », qui se combine avec la traditionnelle démocratie « représentative » (cf. Première partie, A, chap. 2 et 3 (J.C. HÉLIN, G. MONÉDIAIRE)).

58. On assiste ainsi à l'explosion des « codes de conduite » destinés à encadrer les pratiques professionnelles (chap. 1 (B) 1<sup>o</sup> partie). La régulation corporative, dont on peut trouver un exemple dans le secteur de l'agriculture biologique serait pourtant en perte de vitesse, la régulation de l'économie passant désormais de manière préférentielle par la mise en place d'autorités administratives indépendantes et de procédures de participation (cf. Première partie, A, chap. 1 (R. ROMI)).

59. Dès l'instant où elles sont rendues obligatoires par le pouvoir législatif ou réglementaire, ou au moins reçues par la jurisprudence, les normes techniques apparaissent bien comme d'authentiques « sources du droit » : traduisant la participation accrue des acteurs privés à l'élaboration du droit et la prise en compte croissante des valeurs issues du système technico-économique, elles sont l'expression même de la complexification des processus d'élaboration des normes (cf. Première partie, B, chap. 3 (L. BOY)).

## B) Flexibilité

Le droit postmoderne est conçu essentiellement comme un droit pragmatique, sous-tendu par une volonté d'action sur le réel ; cette préoccupation d'efficacité modifie en profondeur la conception traditionnelle de la normativité : à la rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'adaptabilité.

### 1° Souplesse

Le droit moderne est conçu comme un « ordre de contrainte ». Si elle n'est pas toujours formulée sous la forme « impérative » – positivement d'un ordre ou d'une injonction, négativement d'un interdit ou d'une prohibition –, puisqu'elle peut être « permissive » ou « habilitatrice », la norme juridique ne se réduit jamais pour autant à un simple constat ou à une recommandation : elle comporte des prescriptions auxquelles les destinataires sont tenus d'obéir ; ainsi assure-t-elle l'encadrement normatif des conduites, en imposant le recours à certains modèles de comportement, et au-delà la régulation plus globale des échanges sociaux.

Avec le développement du droit postmoderne, on assiste à l'émergence d'une conception toute différente du droit, marquée par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité. Les commandements juridiques traditionnels tendent à faire place à des techniques plus souples, relevant d'une « direction juridique non autoritaire des conduites »<sup>60</sup> : les textes indiquent des « objectifs » qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des « directives » qu'il serait opportun de suivre, formulent des « recommandations » qu'il serait bon de respecter, mais sans leur donner pour autant force obligatoire<sup>61</sup> ; si norme il y a, elle n'a plus de caractère impératif et son application dépend, non plus de la soumission, mais de l'adhésion des destinataires. Bien entendu, cet avènement d'un « droit non prescriptif »<sup>62</sup>, voire « déclaratoire », est indissociable du passage au « droit négocié » précédemment évoqué : la concertation pratiquée au niveau de l'élaboration implique en effet le consentement des assujettis et débouche donc sur la rétentention de la contrainte. Ce droit mou (*soft law*), ou doux, parce que dépourvu de dimension contraignante, est aussi inévitablement un droit flou<sup>63</sup> : formulé en termes, d'objectifs, directives, recommandations, le droit perd de sa précision ; non seulement se multiplient les termes flous<sup>64</sup>, tels que « charte »<sup>65</sup> ou « partenariat », mais encore la formulation sous forme de « principes » ou de « standards » crée une zone d'incertitude et d'indétermination. Faute de « pré-détermination », la signification des énoncés juridiques

60. P. AMSELEK, préc., p. 287 sq.

61. Les « codes de conduite » ont ainsi valeur de recommandations dépourvues de caractère obligatoire (cf. Première partie, B, chap. 1 (G. FARJAT)).

62. J.B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », dans *Revue du droit public*, 1988, n° 3, p. 673 sq.

63. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, [coll. *Les voies du droit*], 1986.

64. J. RIVERO, « État de droit, État du droit », dans *L'État de droit*, Mélanges Braibant, Dalloz, 1996, p. 611.

65. Mot qui recouvrirait des phénomènes de nature très différente et n'ayant guère de dénominateur commun (cf. première partie, B, chap. 2 (G. KOUBI)).

dépendra dans une large mesure de l'interprétation qui en sera donnée, notamment par le juge, dont le rôle de « co-détermination »<sup>66</sup>, voire de « sur-détermination » se renforce<sup>67</sup> ; mais ce « flou du droit » est en même temps ce qui permettrait de passer d'un ordre à l'autre, en transcendant le pluralisme des foyers de droit, par la référence à des principes communs et transversaux<sup>68</sup>. Corrélativement, le procédé contractuel a connu un spectaculaire renouveau, au point d'apparaître comme emblématique de la post-modernité juridique : le contrat illustre pleinement en effet le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur le libre accord de volontés. Cette promotion du contrat a été particulièrement nette dans le domaine économique. L'évolution est sensible par rapport aux techniques traditionnelles d'encadrement par la voie réglementaire : l'État ne cherche plus à imposer sa volonté par la contrainte ; il discute avec les entreprises et s'efforce d'obtenir leur collaboration, qui n'est jamais acquise d'avance. Il y a donc, en apparence au moins, engagements réciproques et prestations équilibrées de deux partenaires, qui sont censés discuter sur un pied d'égalité : le contrat est le moyen de traduire cet accord de volontés et de consigner les engagements pris par les deux parties. Mais le recours à la technique contractuelle déborde largement le seul domaine économique. A contrario, l'écho que rencontrera le thème de la « déréglementation » traduit le discrédit qui frappe désormais l'idée de contrainte juridique.

Cette souplesse nouvelle rend par contrecoup plus floues les frontières du droit. D'une part, la spécificité de la norme juridique par rapport à d'autres dispositifs normatifs est d'autant moins évidente qu'elle tend de plus en plus à prendre appui sur eux. La relation entre normes techniques et normes juridiques avait, par exemple, été conçue en termes d'opposition dichotomique, l'élément cardinal de cette opposition résidant dans le binôme consensuel/non obligatoire, inhérent à la normativité technique : à la différence de la norme juridique, la norme technique ne s'impose pas par voie de contrainte ; elle n'est pas d'applicabilité immédiate, cette applicabilité dépendant de l'accord des intéressés sur son contenu. Or, non seulement ces différences se sont estompées, mais encore une relation d'imbrication, ou d'emboîtement, conduit à une complémentarité croissante<sup>69</sup> : tandis que la juridicisation des standards techniques est indispensable pour leur donner leur plein effet<sup>70</sup>, la technicisation de la norme juridique contribue à conforter son efficacité ; ainsi, la normativité juridique vient-elle se sur-imposer à la normativité technique, en redoublant ses effets. Le même constat peut être fait en ce qui concerne les rapports entre le droit et

66. La loi du 27 janvier 1993 relative aux plans sociaux a ainsi donné aux juges une grande latitude d'appréciation, créant du même coup une « incertitude judiciaire » (cf. Deuxième partie, B, chap. 2 (C. DIDRY)).

67. G. TIMSIT, *op. cit.*

68. M. DELMAS-MARTY, 1986, *op. cit.* p. 12.

69. J. CHEVALLIER, Synthèse, Colloque du CEDIJ sur Les enjeux juridiques des normes techniques, Conseil d'État, 6-7 avril 1995.

70. On assiste donc à la « juridification » de la normalisation (cf. Première partie, B, chap. 3 (L. BOY)), certains droits, comme celui des pollutions agricoles apparaissant comme la simple formalisation juridique de normes techniques (cf. Première partie, A, chap. 4 (I. DOUSSAN)).

l'éthique<sup>71</sup>. D'autre part, et plus généralement, la norme juridique tend à être englobée dans une problématique plus large de la régulation<sup>72</sup>, qui infléchit sa logique : visant à assurer la reproduction des équilibres sociaux, la régulation suppose en effet le recours à une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non-juridiques<sup>73</sup> ; le droit n'apparaît plus que comme un instrument de « guidance » ou de « pilotage », au service de politiques qui le dépassent. Ce glissement est très explicite dans le cas des autorités administratives indépendantes : ces autorités sont dotées d'une série de pouvoirs juridiques, dont le cumul contraste avec les typologies classiques<sup>74</sup> ; mais ces pouvoirs sont mis au service d'une fonction plus globale de régulation sectorielle, qui passe aussi par des moyens plus informels d'influence et de persuasion. La problématique de la régulation débouche ainsi sur une vision instrumentale du droit, faisant passer au second plan l'idée de commandement qui était au cœur de la conception moderne.

La souplesse du droit postmoderne implique sa capacité à s'adapter à l'évolution du réel.

## 2° Adaptabilité

Dans la conception moderne du droit, le problème de son adaptation ne se pose pas : incarnation de la Vérité, de la Raison, de la Justice, son bien-fondé ne saurait être mis en doute ; moyen de « rationalisation » de la vie sociale, il est investi d'une efficacité de principe. Cette vision apparaît caduque. D'abord, le droit n'est plus assuré d'une légitimité *ab initio*, liée à ses attributs intrinsèques : sa légitimité dépend de son aptitude à produire certains effets économiques et sociaux ; à une légitimité fondée sur la régularité des procédures mises en œuvre, se substitue une légitimité fondée sur l'efficacité des actions entreprises. Le droit n'est plus, dès lors, qu'un instrument, une « technique opérationnelle » ou encore « une technique de gestion »<sup>75</sup>, qui n'a plus de valeur en soi, mais seulement en fonction des résultats qu'elle permet d'obtenir : l'efficacité devient la condition et la caution de sa légitimité ; l'instrumentalisation du droit, consécutive à l'avènement de l'État providence, a donc eu un effet durable. Investi et subverti par une rationalité technico-économique qui lui est extrinsèque<sup>76</sup>, le droit est désormais soumis à une obligation permanente d'adaptation : alors que le droit moderne était doté d'une relative stabilité, le droit postmoderne apparaît, tout comme celui de l'État pro-

71. Le cadre juridique applicable à la recherche bio-médicale sur les sujets humains est ainsi fondé sur des standards scientifiques (cf. Troisième partie, A, chap. 4 (C. LABRUSSE-RIOU)).

72. M. MIALLE (éd.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, [coll. *Logiques juridiques*], 1995.

73. On assiste ainsi à l'émergence, à côté des voies judiciaires classiques, de modes de résolution alternatifs des litiges, aussi bien au niveau interne (cf. Deuxième partie, A, chap. 1 (S. GUINCHARD)), qu'au niveau communautaire ou international (Deuxième partie, A, chap. 2 (J.B. RACINE)).

74. Deuxième partie, B, chap. 1 (N. DECOOPMAN).

75. P. AMSELEK, préc.

76. J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », dans *Revue française d'adm. publique*, n° 24, oct.-déc. 1982, p. 53 sq.

vidence, un « droit transitoire »<sup>77</sup>, à espérance de vie limitée, qu'on n'hésitera pas à modifier au gré des circonstances ; et l'augmentation toujours plus grande de l'incertitude, l'escalade de la complexité, le vouent à une obsolescence de plus en plus rapide. Le droit postmoderne se présente ainsi comme un droit réflexif, caractérisé par la récursivité : au vu des résultats enregistrés, des dispositifs de correction seront mis en œuvre pour procéder aux ajustements nécessaires.

L'essor de procédures d'évaluation répond à ce souci d'adaptabilité. Cet essor est directement lié à l'avènement du « droit interventionniste » de l'État providence<sup>78</sup>, droit conçu comme un instrument de réalisation des politiques publiques : au cœur de la problématique des politiques publiques, la démarche évaluative<sup>79</sup> s'inscrit dans le cycle de l'action : elle assure le bouclage des processus décisionnels, au sein desquels les phases d'élaboration/décision/exécution/évaluation rétroagissent constamment les unes sur les autres. Or, l'évaluation d'une politique implique nécessairement une réflexion sur l'« effectivité »<sup>80</sup> de la législation qui l'a concrétisée, et donc une évaluation de celle-ci ; et, dès l'instant où cette évaluation déborde les considérations traditionnelles relatives à la « légitimité » de la législation au regard de certaines valeurs, ou à la « validité » de son édicton au regard des normes en vigueur, pour s'intéresser à l'« efficacité » de l'action engagée<sup>81</sup>, elle implique un processus d'ajustement qui conduit tout droit à l'idée d'expérimentation, qui permet d'intégrer pleinement l'évaluation au cycle de production du droit. L'apparition dans tous les pays, et en France aussi, de « lois expérimentales »<sup>82</sup> traduit la remise en cause de la conception traditionnelle de la loi. L'expérimentation législative suppose la réunion de quatre conditions : qu'un terme soit fixé ; que ce terme figure dans le texte même ; qu'une évaluation des effets soit prévue ; que la pérennisation du dispositif soit subordonnée à l'adoption d'une nouvelle loi. Ainsi, le législateur procède-t-il « par tâtonnement », en remettant en chantier son ouvrage. On peut aller plus loin encore dans cette intégration de l'évaluation au processus décisionnel, en en faisant la condition explicite du maintien ou de la disparition d'une législation : c'est le cas aux États-Unis des *Sunset laws*, c'est-à-dire des lois instituées pour un délai déterminé et qui tombent automatiquement à l'expiration de ce délai – la prorogation étant subordonnée à une procédure d'évaluation. L'exigence d'adaptation est dès lors inscrite au cœur de la production juridique.

Rompant avec la dogmatique juridique inhérente à la modernité, le droit postmoderne – droit pluraliste, droit négocié, droit mou, droit réflexif – présente ainsi des caractéristiques nouvelles par rapport au droit moderne : épou-

77. A. HOLLEAUX, préc.

78. C.A. MORAND, « Le droit de l'État providence », dans *Revue du droit suisse*, 1988, p. 527 sq.

79. L. MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, 1985.

80. F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126 sq.

81. A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Évaluer le droit », Dalloz, 1992, I, Chron. LII.

82. J. CHEVALLIER, « Les lois expérimentales : le cas français », dans *Évaluation législative et lois expérimentales*, Presses univ. d'Aix-Marseille, 1993, p. 121 sq.

sant la complexité du réel, il se transforme en instrument flexible de pilotage et de régulation ; de moyen de « gouvernement » des sociétés, il devient l'outil d'une « gouvernance »<sup>83</sup>, qui emprunte des voies plus sinueuses. Néanmoins, cette rupture avec la modernité est peut-être plus apparente que réelle.

### III. Le droit postmoderne comme hyper-modernité

Si la technique juridique présente dans les sociétés contemporaines des aspects nouveaux, la portée de cette évolution reste ambiguë. D'une part, parce que les rapports entre le droit postmoderne et le droit moderne ne doivent pas être posés en termes de substitution, mais tout au contraire de coexistence, ou plus exactement d'imbrication : la post-modernité est tout autant phagocytée par la modernité qu'elle ne la dénature ; tout le problème est de savoir s'il s'agit d'un équilibre durable ou d'une transition imposée par le passage à une conception nouvelle du droit. D'autre part, parce que les éléments du droit postmoderne étaient déjà présents dans le droit moderne : la thèse du pluralisme juridique n'est pas nouvelle, les techniques de consultation des intérêts sociaux ont toujours existé, bien que sous des formes différentes, le changement des normes était bien sous-tendu par la recherche d'une plus grande efficacité ; il n'y a donc pas incompatibilité radicale entre les deux types de droit. Dès lors, la post-modernité juridique peut être envisagée sous un autre éclairage : en tant que processus d'adaptation du droit moderne au contexte nouveau des sociétés contemporaines : ou, mieux encore, en tant qu'activation de dimensions déjà présentes au cœur de la modernité. Non seulement la rationalisation des processus juridiques, caractéristique de la post-modernité, traduit la persistance de l'empire de la Raison, mais encore la juridicisation montre que le droit reste plus que jamais le dispositif privilégié d'encadrement des rapports sociaux.

#### A) Rationalisation

La crise de la modernité juridique implique que le droit ne bénéficie plus d'une légitimité *ab initio*, en étant paré des attributs de la Raison ; elle ne signifie pour autant nullement que le droit serait désormais placé sous le signe de l'irrationnel, mais qu'il est tenu d'apporter la démonstration concrète de son bien-fondé, par la rigueur de ses méthodes d'élaboration et la pertinence de ses effets ; la Raison juridique devient une Raison pratique, fondée, non plus sur le postulat de rationalité du droit, mais sur l'entreprise de rationalisation dont il est l'objet, aussi bien dans son dispositif que dans ses processus.

---

83. Sur la problématique de la « gouvernance », voir J. LECA, « Gouvernance et institutions publiques. L'État entre sociétés nationales et globalisation », juillet 1995 (à paraître) ; P. Le Galès, « Du gouvernement des villes à la gouvernance urbaine », dans *Revue française de science pol.* 1995, n° 1, p. 57 sq ; CURAPP, *La gouvernabilité*, 1996, *op. cit.*

### 1° Rationalisation du dispositif

Loin de saper les fondements de l'ordre juridique, la post-modernité tend à la reconstruction d'un nouvel ordre, à partir d'un pluralisme et d'une diversité assumés : non seulement l'ordre juridique étatique demeure, on l'a dit, au centre des processus normatifs, mais encore son architecture formelle s'est perfectionnée, par une rigueur plus grande dans l'aménagement des différents étages de la hiérarchie des normes et le renforcement des mécanismes de contrôle ; et le mouvement s'est, comme le montre bien l'exemple français, accentué au cours des dernières années, sous l'empire de la diffusion du thème de « l'État de droit »<sup>84</sup>. Cette rigueur plus grande a été attestée d'abord par le renforcement de l'assujettissement de l'Exécutif au droit : la montée en puissance de l'Exécutif, illustrée par un processus d'émancipation juridique et la crise du principe de légalité, a été contenue par le recours à une conception élargie de la légalité ; parallèlement, le renforcement de l'indépendance du juge administratif et l'approfondissement de son contrôle étendaient les garanties offertes aux administrés. Ensuite, l'étage le plus élevé de la hiérarchie des normes s'est trouvé consolidé par la constitutionnalisation des droits fondamentaux et l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Enfin, l'ordre juridique s'est complexifié par la construction d'un étage supplémentaire, formé des normes internationales et européennes, dont la primauté sur les lois internes a été reconnue par l'ensemble des juridictions. Sans doute, quelques éléments nouveaux d'incertitude sont-ils apparus, du fait notamment de la coexistence d'ordres juridictionnels distincts, aussi bien au niveau interne (constitutionnel, judiciaire, administratif) qu'europpéen (Cour de justice des Communautés, Cour européenne des droits de l'homme) ; mais les dissonances et les divergences sont progressivement résorbées par un rapprochement et une harmonisation des jurisprudences. Corrélativement, les dispositifs nouveaux, apparus en marge de la hiérarchie des normes ou des systèmes de contrôles classiques, sont ramenés dans les replis de l'ordre juridique : on l'a constaté pour les autorités administratives indépendantes, qui se sont acclimatées grâce à un travail d'interprétation, notamment jurisprudentiel, visant à rogner certains de leurs particularismes, à gommer certaines de leurs aspérités, de façon à les rendre compatibles avec l'architecture institutionnelle<sup>85</sup> ; on le constate aussi pour les normes nouvelles nées de la pratique internationale<sup>86</sup> et pour les nouveaux modes de règlement des litiges, qui ont tendance à s'institutionnaliser et se procéduraliser<sup>87</sup>, au point de perdre une bonne part de leur spécificité.

La rationalisation passe aussi par la remise en ordre du droit. Cet objectif est au centre d'une discipline nouvelle, la « légistique »<sup>88</sup>, qui vise à étudier

84. J. CHEVALLIER, 1994, *op. cit.*, p. 74 sq.

85. J. CHEVALLIER, dans *La vie politique en France*, Seuil, 1993. On enregistrerait même, à travers ces autorités, un « retour au droit » classique (Cf. Deuxième partie, B, chap. 1 (N. DECOOPMAN)).

86. Notamment les normes de droit financier consécutives à l'internationalisation des marchés financiers (cf. Première partie, B, chap. 4 (A. COURET)).

87. Cf. Deuxième partie, A, chap. 1 et 2 (S. GUINCHARD et J.B. RACINE).

88. J.M. WOEHRLING, « L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative », dans *Revue française d'admi. publique*, n° 26, 1983, p. 141 sq.

l'activité de production normative et à définir les techniques adaptées à la gestion de cette production ; il s'agit tout à la fois de valoriser une meilleure connaissance des normes existantes, d'assurer la mise à jour et l'actualisation du dispositif juridique, d'améliorer la rédaction et la formulation des textes. La remise en ordre passera par la révision du droit en vigueur, d'une part en élaguant le dispositif normatif des rameaux morts, par la suppression des règles dépassées, redondantes, superfétatoires ou inutiles<sup>89</sup>, d'autre part en simplifiant, condensant et synthétisant celles qui subsistent, en les rassemblant en quelques textes généraux, concis et stables : la codification devient ainsi un vecteur privilégié de l'entreprise de rationalisation, en contraignant à un effort de remise en ordre et d'harmonisation des textes, de manière à les transformer en un ensemble cohérent et accessible ; la création en France de la « Commission supérieure de codification » lui a donné une nouvelle impulsion<sup>90</sup>. À travers l'idée de codification se profile la figure bien connue de la Raison juridique : elle témoigne d'une volonté de retour à la systématisme du droit, par le rassemblement en un texte unique de dispositions dispersées ; la dynamique du droit postmoderne rend cependant ce retour aléatoire<sup>91</sup>.

Cette rationalisation du dispositif normatif se double d'une inflexion des mécanismes de production du droit.

## 2° Rationalisation des processus

S'ils témoignent de la crise de la rationalité juridique classique, en montrant que la norme juridique n'est plus assurée d'une légitimité de principe, les nouveaux modes de production du droit sont en même temps un moyen de replacer celui-ci sous l'empire de la Raison : c'est désormais par la rigueur de ses conditions d'élaboration que le droit va chercher à restaurer la croyance en sa « rationalité ».

Cette entreprise de rationalisation passe d'abord par le recours à une démarche méthodique, visant à parer le droit des attributs de la scientificité : il s'agit de faire de la norme le produit d'un « calcul objectif »<sup>92</sup>, appuyé par des instruments d'analyse toujours plus complexes et sophistiqués. L'élaboration des normes implique une préparation technique, dont l'importance va croissant : l'adoption d'un texte est précédée par un travail de collecte de données, effectué au moyen de dispositifs de plus en plus perfectionnés, ainsi que d'études préalables très fouillées aboutissant, par le biais de la modélisation, à baliser le

89. La circulaire ROCARD du 25 mai 1988 parlait ainsi de la nécessité de « débarrasser notre ordonnancement juridique de règles devenues désuètes ou inutilement contraignantes » ; la circulaire Juppé du 26 juillet 1995 demande que tout projet de texte nouveau soit accompagné de « propositions d'abrogation de dispositions au moins équivalentes ».

90. Voir « L'expérience française de codification », *Revue française de droit adm.*, 1994, n° 4 ; G. BRAIBANT, « Codifier : pourquoi ? Comment ? », dans *Revue française d'adm. publique*, n° 73, 1995, p. 127 sq. Un programme général de codification, visant à la création ou à la refonte de quarante-deux codes d'ici l'an 2000, a été adopté le 4 décembre 1995 par la Commission supérieure de codification et avalisé par le Premier ministre (voir la circulaire du 30 mai 1996).

91. M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, 1988, *op. cit.* p. 115.

92. P. AMSELEK, *préc.*

The first section of the book is devoted to a general introduction to the study of language. It discusses the nature of language, its function, and its role in society. The author also touches upon the historical development of linguistics and the various schools of thought that have shaped the discipline. This section serves as a foundation for the more detailed analyses that follow.

The second section of the book is devoted to a detailed analysis of the structure of language. It examines the phonetic, morphological, and syntactic aspects of language. The author discusses the relationship between form and meaning, and how these elements combine to create the complex system of human communication. This section is particularly thorough, providing a comprehensive overview of the structuralist approach to linguistics.

1. The author's name is [Name], and the title of the book is [Title]. The book is published by [Publisher] in [Year].



## À propos des auteurs...

- ARNAUD André-Jean, directeur de recherches CNRS. Thèmes de recherches : Histoire de la pensée juridique et politique, Théorie et sociologie du droit, Impact de la globalisation sur les institutions juridiques et judiciaires. Publications : *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, L.G.D.J., 1998. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998. *Le droit trahit par la sociologie. Une pratique de l'histoire*, L.G.D.J., 1998.
- BOY Laurence, professeur à l'Université de Nice-Sophia-Antipolis, CREDECO, UPRESA 6043 CNRS. Thèmes de recherches : Droit économique, Normalisation et certification, Autorités administratives indépendantes, droit de l'environnement. Publications : « L'éco-label communautaire, un exemple de droit post-moderne », *RIDE* 1996, n° 1, p. 69. « Les 'utilités' du contrat », *Les Petites Affiches* 1997, n° 4. « Normes », *RIDE*, 1998, n° 2.
- CHEVALLIER Jacques, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). Thèmes de recherches : Théorie de l'État, de l'administration et du droit. Publications : *Sciences administratives*, P.U.F., coll. Thémis, 2<sup>ème</sup> éd., 1994. *Institutions politiques*, L.G.D.J., coll. Systèmes, 1996. *Le service public*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 4<sup>ème</sup> éd., 1997.
- CLAM Jean, Chargé de recherche au CNRS, CREDECO, UPRESA 6043. Thèmes de recherche : Sociologie générale et théorie des systèmes, sociologie juridique. Publications : *Droit et société chez Niklas Luhmann : La contingence des normes*, P.U.F., coll. Droit, Éthique et Société, 1997 (version allemande à paraître au Berlin Arno Spitz Verlag/Nomos Verlag, 1998). « Qu'est-ce qu'un bien public ? Une enquête sur le sens et l'ampleur de la socialisation de l'utilité dans les sociétés complexes », *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 41, 1997, p. 159-210 ; Monnaie et circulation : Contribution à une analyse structurelle du médium monétaire, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 42, 1998.
- COURRET Alain, professeur à l'Université Toulouse I, Avocat. Thèmes de recherche : Droit des activités financières, droit des groupes de sociétés, Fusions/cessions d'entreprises. Publications : *LAMY « Droit du financement »*, (Édition annuelle), *Mémento Francis LEFEBVRE*, Groupes, 1998.
- DECOOPMAN Nicole, Doyen de la faculté de Droit d'Amiens, professeur à l'Université de Picardie Jules Verne. Thèmes de recherche : Droit boursier, Droit social. Publications : *La modernisation des activités financières*, GLN Joly Éditions, 1996. *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri CAPITANT, L.G.D.J., 1997.
- DELMAS-MARTY Mireille, professeur à l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), Membre de l'Institut Universitaire de France. Thèmes de re-