



HAL
open science

Le Droit en mouvement

Serge Diebolt

► **To cite this version:**

Serge Diebolt. Le Droit en mouvement : Éléments constructiviste pour une compréhension de l'évolution complexe des systèmes juridiques. Droit. Paris 10 Nanterre, 2000. Français. NNT : 2000PA100108 . tel-04432578

HAL Id: tel-04432578

<https://theses.hal.science/tel-04432578>

Submitted on 1 Feb 2024

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Université de Paris X - Nanterre
U.F.R. de sciences juridiques
ETUDES DOCTORALES

LE DROIT EN MOUVEMENT

***Eléments pour une compréhension constructiviste des
transformations complexes des systèmes juridiques***

THESE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Arrêté ministériel du 30 mars 1992)

présentée et soutenue publiquement le 28 septembre 2000

par

Serge DIEBOLT

Sous la direction de :

- **André-Jean ARNAUD, Directeur de recherches au CNRS**

Membres du jury :

- **Danièle BOURCIER, Directeur de recherches au CNRS**
- **Jean-Louis LE MOIGNE, Professeur Honoraire à l'Université d'Aix-Marseille**
- **Yann TANGUY, Professeur, Président de l'Université de Nantes**
- **Michel TROPER, Professeur à l'Université de Paris X, Directeur du Centre de Théorie du Droit**

Année 2000

L'université de Paris X - Nanterre n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Cette thèse est un produit de la complexité.

Elle doit autant son existence à ceux qui l'ont soutenu qu'à ceux qui auraient pu l'empêcher d'exister. Les uns m'ont entouré, par delà les distances et le temps, d'une bienveillante affection qui a maintenu intacte la flamme de la passion ; les autres ont constitué l'aiguillon qui pousse le chercheur à mettre en action sa méditation contemplative. Qu'ils en soient tous, pour ces raisons, remerciés.

Elle est, de plus, produit d'interactions autant qu'elle en fut productrice. Je remercie tous ceux avec qui j'ai pu, au hasard des caprices du destin, partager cette joie d'acquérir et de transmettre la connaissance.

Que soient enfin remerciés ma famille et mon épouse, qui contre vents et marées m'ont aidé à défendre ce projet comme si c'était le plus important du monde.



SOMMAIRE

INTRODUCTION : DE LA SCIENCE DU SIMPLE DROIT À LA SCIENCE D'UN DROIT COMPLEXE 5

<i>Section 1 - Le droit non plus conçu comme un objet isolé, mais coextensif et coévolutif de la société</i>	9
§1. Le droit comme science moderne : un objet de la société.....	9
§2. Le droit comme connaissance active : un projet pour la société.....	25
<i>Section 2 - Vers la science d'un droit pseudo-autonome, actif et évolutif</i>	45
§1. Ouverture et hétéronomie : le droit agi.....	46
§2. Fermeture et autonomie : le droit agissant.....	52
§3. Un modèle pseudo-autonome : le droit, régulateur régulé.....	63
<i>Section 3 - Un paradigme pour penser le modèle du droit : la complexité</i>	66
§1. La complexité, expression de deux façons concomitantes de concevoir le réel.....	71
§2. La complexité, un paradigme conçu dans et pour l'action.....	76
<i>Section 4 - Plan : intelligence d'un modèle complexe</i>	86

TITRE 1 - L'ORDRE JURIDIQUE, PRODUIT COMPLEXE D'INTERACTIONS SOCIALES..... 90

CHAPITRE 1 - AVANT LE DROIT : DES FACTEURS QUI INDUISENT LES TRANSFORMATIONS JURIDIQUES.....	97
<i>Section 1 - Facteurs issus des simples interactions entre les sujets de droit</i>	99
§1. Au cœur des interactions : le sujet cogitant autonome.....	100
§2. Prolégomènes méthodologiques : de l'inadéquation d'une distinction entre juridique et non-juridique dans le cadre d'une perspective diachronique.....	115
§3. Le juridique émergeant du non-juridique (théorie de l'émergence).....	133
<i>Section 2 - Facteurs résultant des interactions complexes entre le droit et ses sujets</i>	152
§1. Le droit altéré par ses sujets.....	153
§2. Les sujets altérés par leur droit : le cas du « double bind » juridique.....	165
CHAPITRE 2 - APRÈS LE DROIT : COMPRENDRE LES RÉACTIONS ET ORGANISER LES DÉSÉQUILIBRES.....	182
<i>Section 1 - Un outil probabiliste pour décrire : le modèle d'Ising</i>	183
§1. Les limites métaphoriques d'un modèle semi-réductionniste.....	183
§2. Le modèle d'Ising comme métaphore socio-juridique.....	202
<i>Section 2 - Un outil paradoxal de régulation : le conflit</i>	217
§1. Le conflit artificiel : diviser pour régner.....	218
§2. Le conflit spontané : rupture et ordre nouveau.....	223

TITRE 2 - L'ORDRE JURIDIQUE, PRODUCTEUR DE COMPLEXITÉ..... 235

CHAPITRE 1 - L'ORDRE JURIDIQUE PRODUCTEUR DE COMPLEXITÉ DANS LES INTERACTIONS SOCIALES.....	236
<i>Section 1 - Le droit créé : un produit perçu complexe au fonctionnement simple</i>	237
§1. Complexité perçue de l'objet Droit.....	238
§2. Simplicité de fonctionnement : l'irréversible bouclage.....	260
<i>Section 2 - Le droit appliqué : des normes complexes pour réguler l'Unitas multiplex</i>	275
§1. Dépasser le paradigme de la commande.....	275
§2. Affronter le paradoxe du projet commun : unifier pour re-différencier.....	299
CHAPITRE 2 - L'ORDRE JURIDIQUE, PRODUCTEUR DE LUI-MÊME PAR LA COMPLEXITÉ.....	320
<i>Section 1 - L'ordre global, phénomène pseudo-autonome</i>	324
§1. Un système régulateur « vivant ».....	324
§2. Conséquences de la pseudo-autonomie juridique.....	345
<i>Section 2 - La raison juridique, ordre de l'ordre</i>	362
§1. Un mécanisme complexe et dialogique.....	363
§2. La Raison juridique en action.....	372

CONCLUSION GÉNÉRALE : LE PARADIGME DE LA COMPLEXITÉ, UN OUTIL POUR SAVOIR, C'EST-À-DIRE POUR FAIRE..... 384

AXIOMES ET THÉORÈMES..... 387

BIBLIOGRAPHIE..... 388

TABLE DES MATIÈRES..... 406

Introduction : de la science du simple droit à la science d'un droit complexe

L'esprit n'est que travail. Il n'existe qu'en mouvement, Paul Valéry

Tout dans l'univers est mouvement. Depuis les atomes jusqu'aux planètes les plus reculées de l'univers, il n'est pas un élément dont on puisse dire qu'il est définitivement et totalement immobile vis-à-vis d'un autre. On peut certes observer des régularités, des permanences, mais ces formes régulières ne semblent guère former qu'une exception de stabilité dans une mer de chaos.

Pour autant, Zénon d'Elée et Parménide ne sont pas encore universellement consacrés. Le mouvement n'a pas acquis le statut de réalité première du réel, ou l'on feint de l'ignorer pour un faisceau de raisons tenant principalement aux succès remportés par la technique : le chiffre, la numération, la simplicité, la quantité et la logique ont permis à l'homme de dominer sa planète et de partir à l'assaut de l'univers. Ces succès ont cautionné une prédominance encore en vigueur de l'analyse quantitative sur l'analyse qualitative, de l'algorithme sur l'heuristique, du discontinu sur le continu. Certains signes avant-coureurs, au niveau des sciences dures, annoncent pourtant depuis près d'un siècle une crise des techniques basées sur l'énumération. Les récentes théories du chaos sont venues confirmer l'étendue de ce que l'on nomme parfois « l'erreur de Descartes » : il ne suffit pas, pour rendre compte d'une réalité en mouvement, de la décrire comme une succession d'états stables se succédant à une cadence élevée, sauf à pouvoir concevoir une subdivision infinie du temps et de l'espace ; de même il est des problèmes qu'on ne résout pas en les réduisant, car une partie de leurs prémisses fait appel à la globalité même du problème. Le fossé qui sépare le continu du discret (ou discontinu), la partie du tout, reste infranchissable.

Pourquoi dès lors, s'aventurer dans cette voie que l'on sent sans grande issue depuis deux millénaires ? Sans doute parce que dans un premier temps, « ça marche ». En effet la technique est conçue comme une méthode permettant de comprendre et d'anticiper les réactions de la matière. On peut se borner dans un premier temps à utiliser une observation grossière à l'œil nu ; si l'on a besoin de plus d'efficacité on affine l'observation au microscope optique, puis électronique. Plus on plonge dans l'infiniment petit, plus les données se précisent, plus les prévisions s'affinent... jusqu'au moment où l'on s'aperçoit brusquement qu'elles ne correspondent plus du tout au réel. Ainsi il s'est avéré que des phénomènes presque insignifiants pouvaient avoir des conséquences considérables : quelques cristaux de glace sur les ailes d'un avion provoquent sa chute brutale, une rumeur banale entraîne un krach boursier, la variation d'un atome débouche sur un changement complet de polarité magnétique d'un aimant... Les bonnes prévisions que l'on peut faire au niveau microscopiques ne sont plus généralisables au niveau macroscopique. Le mouvement des planètes n'est pas réductible à celui des atomes, pas plus que celui des sociétés ne l'est à celui des individus. Si elle n'ont pas révolutionné la vie des hommes, les théories du chaos ont tout de même considérablement ébranlé les sciences sur leur piédestal. Elles ont marqué ce qu'I. Prigogine nomma « la fin des certitudes »¹ car certains présupposés de base de la physique qui étaient

¹ Ilya Prigogine est un physicien dont les travaux portent sur les systèmes loin de l'équilibre. Il fut un précurseur de la théorie du chaos et de la complexité. Son ouvrage, *La fin des certitudes*, Paris, Ed. Odile Jacob coll. Sciences, 1996, 224 p., constitue une référence pour la physique non linéaire et non déterministe.

remis en cause : la réversibilité des équations, l'action immédiate à distance, la pertinence du calcul infinitésimal. Au-delà, c'est l'espoir que nourrissait l'homme de dominer l'univers une fois qu'il aurait totalement percé le secret de la matière qui s'est évanoui.

Le réel présente désormais un nouveau visage au scientifique : un visage complexe. L'équilibre et la stabilité ne sont plus conçus comme des états normaux de la nature, mais comme une exception, une figure remarquable. On a alors considéré avec un autre regard les tourbillons de l'eau qui fascinaient déjà Léonard de Vinci², car ils constituent une permanence dans le changement. Désormais il y aura deux physiques, deux mathématiques, deux biologies : les classiques seront **quantitatives**, basées comme toujours sur la mesure et l'évaluation des états stables ; les nouvelles seront **qualitatives** et elles auront pour objet l'étude du changement et des variations. Il est cependant difficile de dissocier totalement les deux approches : l'étude d'une variation ne peut faire l'économie d'une série de mesures, tout comme les mesures n'ont de sens que si elles s'inscrivent dans un contexte de mouvement. C'est dans cette complémentarité et cette inséparabilité que les sciences dures se présentent désormais comme des sciences de la complexité.

Si une évolution identique est observable au niveau des sciences humaines, qu'elles soient juridiques ou sociales, force est de constater qu'elle fait néanmoins l'objet de vives résistances. Se référant ouvertement à la méthodologie positiviste adoptée par les sciences classiques de la nature, la science du droit continue d'ériger la connaissance objective de la loi au rang de culte. Il est pourtant difficile de ne s'appuyer que sur une connaissance de l'instant si l'on souhaite apporter une réponse à certaines questions comme : quelle est la finalité du droit ? le juge doit-il anticiper ou au contraire suivre les attentes des justiciables ? le droit peut-il aider à construire un « monde meilleur » ? si oui lequel ? les droits de l'Homme sont-ils un avenir pour l'humanité ? faut-il tendre vers un droit commun ?

Toutes ces questions s'adressent bel et bien au juriste, mais que peut répondre une science basée sur la stricte connaissance de son objet actuel ? Autrement dit, quel *projet* nous propose la technique ? Aucun manifestement, car ces considérations sont conçues comme extérieures au champ même de l'étude du droit. « La loi c'est la loi, le reste n'est que politique », proclament fièrement les juristes contemporains. Cette profession de foi est-elle réellement sincère ? On peut en douter au regard des enjeux soulevés par la globalisation des échanges et de la technologie. Tout d'abord parce que les idéologies ont montré, de part et d'autre, leurs limites. La fin de la bipolarisation Est-Ouest ne place plus l'humanité que face à un seul modèle : celui de l'Occident triomphant ; or ce modèle ne peut plus être défini de manière manichéenne, comme c'était naguère le cas. Il n'y a plus une vérité, qui se justifie par sa simple opposition à une concurrente maintenant défunte. Tout modèle social doit désormais démontrer sa capacité à gérer les affaires d'une totalité humaine enfin réconciliée avec elle-même, ce qui ne va pas de soi pour un héritage idéologique forgée par trente années de guerre froide. Ensuite parce que de nouveaux paradigmes sont apparus, qui ont accredité l'idée que l'on peut déterminer une politique sans faire de « la politique » ; plus précisément que la détermination d'une orientation sociale, présentée traditionnellement comme subjective,

² Cf. notamment l'ouvrage de Daniel ARASSE, *Léonard de Vinci, le rythme du monde*, Ed. Hazan, Paris, 1997, 543 p.

pouvait reposer sur des critères objectifs³.

Celui de ces critères qui vient en premier à l'esprit n'est autre que l'environnement et les ressources naturelles de la Terre. Une grande partie du droit positif est consacré à la répartition des ressources et de leur produit entre les sujets de droit. Auparavant la technologie ne permettait pas (sauf exception) à l'homme d'épuiser ou de détruire totalement une ressource naturelle. C'est désormais chose faite, au point que la surexploitation devient davantage la règle que l'exception. Quelle place, dès lors, réserver à une théorie arc-boutée sur la stricte étude des normes en vigueur ? N'y a-t-il pas place pour une appréciation objectivée, basée sur la simple préservation de ces ressources qui fondent la richesse des individus et leur capacité à assouvir leurs désirs ?

A cette question notre étude répond clairement par l'affirmative, et proposera un modèle permettant de prendre en compte les très nombreuses dimensions et répercussions de ce postulat. Car même s'il ne sera pas ici directement fait allusion à un projet de société, nous suggérerons qu'un projet tendant à la simple préservation de la diversité de notre planète peut se présenter comme un *projet objectif*, neutre dans la mesure où il ne tend qu'à pérenniser une situation, ce qui s'apparente bel et bien à une absence de décision, donc de politique au sens traditionnel.

On peut alors objecter qu'assurer une continuité dans le changement constitue un projet apparemment contradictoire au plan logique. C'est précisément sur ce point que la science du droit peut rejoindre la science des turbulences : maintenir une société peut s'apparenter à entretenir un îlot de régularité dans un courant tumultueux. Il va s'agir de préserver une structure sociale au milieu d'innombrables réseaux de relations et de conflits qui se font et se défont en permanence. La logique du droit est fondamentalement une logique des contraires. C'est pourquoi le concept proposé par E. Morin de « dialogique » lui convient parfaitement, en ce sens qu'il imbrique un principe et son opposé, tout en produisant un effet global non neutre. Sur cette base nous proposerons une théorie du droit au service d'un projet dialogique, décisionnellement objectif : la préservation d'un monde vivable pour les générations futures. Il convient de préciser immédiatement que ce projet doit être conçu comme *a minima*. D'une part il constitue une possibilité parmi une infinité d'autres, d'autre part il est toujours loisible aux hommes, puisque ce sont eux qui (re)définissent continuellement leurs projets, de l'altérer, tout comme nous montrerons qu'il est toujours possible d'altérer le concept de justice, fut-il considéré comme transcendant.

Il s'avère toutefois, compte tenu du caractère dialogique de ce projet, que l'outil normatif classique que constitue le positivisme juridique risque de présenter quelques

³ Ce qui pouvait rendre crédible la croyance en une séparation du corps et de l'âme, par exemple. Or ce type de présupposé se révèle lourd de conséquence quand il constitue la base d'une science ou d'une morale. Ce que montre l'ouvrage d'Antonio R. DAMASIO, *L'erreur de Descartes. La raison des émotions*, trad. de l'anglais, 1994, par M. Blanc., Ed. Odile Jacob. Paris. 1995. 368 pages, note J.-L. Le Moigne <http://www.mcxapc.org/lectures/10-8.htm> ; ce neurophysiologue montre en effet que l'on peut parfaitement présupposer l'inséparabilité du corps et de l'âme. « *les "comportements moraux" de l'être humain en société sont pour l'essentiel des comportements réfléchis, dont l'élaboration est assurée dans et par les interactions de l'organisme vivant, en particulier au sein du cerveau. Si bien qu'il est des lésions cérébrales organiques qui sont susceptibles d'affecter ces processus d'élaboration du comportement, lésions organiques parfois "localisables" dans telle ou telle zone du système nerveux* ». Ce point peut constituer le départ d'une réconciliation doctrinale dont nous montrerons le potentiel tout au long de cet essai.

insuffisances⁴, tout comme la méthodologie quantitative s'est révélée insuffisance pour prévoir les phénomènes instables. C'est pourquoi nous serons amenés à aménager les concepts et théories à notre disposition, en les recadrant et en faisant ressortir la complémentarité de leurs démarches.

Il faut éclairer
l'histoire par les
lois, et les lois
par l'histoire
Montesquieu,
L'esprit des lois,
XXXI, ii

Nous proposerons également quelques postulats, comme celui que **la connaissance du seul droit, même sur une durée importante, ne peut se suffire pour s'expliquer elle-même**. Le contexte, l'environnement de la connaissance revêtent autant d'importance que la connaissance elle-même. Ainsi, qui ne connaît les enjeux et controverses au sujet de l'avortement dans les années 1970 ne saurait rendre complètement compte de la portée de la loi Weil. Nous serons ainsi amenés, lors de cet essai, à étudier davantage la relation entre les choses que le contenu des choses elles-mêmes. Cette démarche de *reliance*, selon un terme de Marcel Bolle de Bal, nous amènera à franchir constamment la barrière qui sépare artificiellement la science du droit de la sociologie, de la sociologie juridique, voire de l'histoire. Il s'agit avant tout de réconcilier le droit avec son objet au sein d'une étude globale.

Cette ouverture méthodologique est guidée par une conviction de base : que **la distinction classique entre être et devoir-être, science du droit et philosophie du droit, jugement juridique et jugement moral, n'est pertinente que sur un objet figé, envisagé dans l'instant, hors du temps et de l'espace**. Dès lors que le phénomène observé n'est plus discret mais continu, la notion d'observation scientifiquement objective se modifie. Ce qui différencie classiquement l'observation scientifique (le droit tel qu'il est) du jugement moral est l'intervention de la subjectivité de l'observateur. Or quand intervient cette subjectivité, l'observateur ne peut plus communiquer à son public une description de la réalité que tout un chacun puisse connaître comme valide. Un observateur ne peut objectivement prétendre que la justice commutative est meilleure ou plus souhaitable que la justice distributive. Mais supposons qu'intervienne un troisième personnage, qui n'est ni l'observateur ni son public, mais qui soit investi d'un pouvoir de décision. Ce décideur pourrait demander à l'observateur quelle conception de la justice est la meilleure pour satisfaire tel ou tel projet. L'observateur peut alors trancher la question sans faire appel à sa subjectivité. Par exemple, si un décideur demande quelle est la meilleure conception de la justice pour réduire les inégalités sociales, il sera possible d'argumenter objectivement en faveur de la justice distributive ou en sa défaveur. L'argumentation établira objectivement la manière la plus adéquate de réaliser ce

⁴ Par exemple, certains auteurs mettent en garde sur les possibles dérives idéologiques. D. de Béchillon évoque notamment les résurgences des avatars plus ou moins crédibles des pensées « naturalistes » (*deep ecology, New Age...*) (Denys DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 195 s.). La Nature présente certes des régularités (cycles, lois d'évolution), mais « *il y a loin de la régularité à la règle* ». Et de relever que Karl Popper a montré que les lois scientifiques ne sont pas des lois de la Nature, posées par elle, mais des **constructions** humaines pour décrire et expliquer les régularités de la Nature.

Ainsi nous pouvons conserver la distinction positiviste entre droit et non-droit, en soulignant que c'est à la seule fin d'éviter toute confusion épistémologique, et que cette frontière ne possède aucun caractère absolu.

projet⁵.

C'est ainsi qu'il est possible d'étendre le champ d'étude du droit à l'ensemble de l'objet social qu'il régule, puisqu'il en constitue autant la cause que l'effet (Section 1). Mais le droit n'est pas un simple régulateur thermostatique. Il possède des effets et des propriétés qui lui confèrent un comportement propre (Section 2). Nous montrerons alors que l'utilisation du paradigme de la complexité (Section 3) permet de faire tourner le modèle que nous proposerons en Section 4, à partir duquel s'ébauchera alors une théorie du droit en mouvement.

Section 1 - Le droit non plus conçu comme un objet isolé, mais coextensif et coévolutif de la société

Certaines sociologies juridiques conçoivent le droit comme un sous-système du social. De son côté la science du droit se conçoit comme autonome. Ce faisant, chacune occulte une facette de la réalité que l'autre met en exergue. Les deux points de vue étant acceptables, on peut en déduire que droit et société forment deux phénomènes dont les mouvements sont liés.

Il peut être tentant pour le juriste de se contenter de l'exégèse des textes et de la jurisprudence pour considérer posséder une connaissance suffisante à rendre compte de l'évolution du droit. Or, c'est sans compter sur le fait que le droit tel que nous le vivons possède un contexte social et culturel qui constitue la base même de son interprétation et de son argumentation, éléments essentiels des évolutions normatives. D'où la nécessité d'appréhender le droit, non plus comme une science de la société mais comme une science dans ou mieux, avec la société. Cette démarche nous amènera à recourir à la notion de coévolution, issue de la biologie. Nous pourrions ainsi articuler une étude objective portant sur un objet au sens classique (§1) avec la dimension active et projective d'une telle connaissance (§2).

§1. Le droit comme science moderne : un objet de la société

Dans la mesure où elle constitue son propre objet d'étude, la science positive du droit peut être réputée autonome, au même titre que les autres sciences basées sur ce paradigme (1). Néanmoins, il apparaît que d'un point de vue qualitatif l'objet droit n'est plus isolé, mais situé, emporté dans un mouvement auquel il participe également. La science du droit peut alors connaître de fructueux échanges pluridisciplinaires (2).

1. Une science comme les autres

Le droit, comme toute science, tend à déterminer un objet sur lequel il pourra ensuite émettre des énoncés vérifiables. Le positivisme juridique, en éliminant toute référence morale ou idéologique, est l'expression ultime de cette démarche (a). Mais le prix à payer est élevé, car le droit devient un objet d'étude inerte, indécis face aux questions tenant à la mise en

⁵ En ce sens, cf. l'Annexe 2 consacrée à la loi de Hume. Hume démontre en effet comment on peut évaluer au moyen de la seule raison l'adéquation de la norme à son projet.

application de cet objet. On connaît le droit, mais on ne sait plus l'appliquer car on ne connaît plus son projet (b).

a. *Une autonomie : le positivisme radical*

Le positivisme juridique se présente comme une adaptation du positivisme scientifique, dont il suit de quelques siècles l'avènement dans les sciences dures. Si la scission puis la victoire sur les autres écoles a été une source immédiate de prestige, le positivisme radical fut par la suite pour la science du droit l'expression même de son autonomie, son indépendance. Une science du droit, purement descriptive, pouvait constituer un objet propre, les normes, matérialisées dans leur énoncé.

La science positiviste du droit a constitué son objet sur le modèle des sciences de la Nature qui ont façonné les Lumières. Les deux conceptions du droit qui s'affrontent à l'époque, jusnaturalisme et juspositivisme, plongent leurs racines dans ce même terreau : le scientifique est un observateur neutre, qui ne fait qu'énoncer les propriétés d'un phénomène qu'il décrit suivant les préceptes de la Raison. La Raison permet de connaître les lois qui assurent l'ordre harmonieux de la Nature, aussi semble-t-il naturel aux jusnaturalistes d'affirmer que c'est cette même Raison qui assurera la découverte de lois assurant l'harmonie des Cités. Les juspositivistes soutiennent au contraire qu'autant l'ordre de la nature nous est donné, autant celui des hommes relève d'une construction purement arbitraire. La loi est fondamentalement un choix, un acte de volonté qui caractérise l'autorité⁶.

Savoir à quoi sert un tel objet relève alors d'un autre débat : le scientifique dit ce qu'est le *droit* mais non le *juste*. Le positivisme radical se présente comme un savoir totalement indifférent à son utilité, voire même à son éventuelle absence d'utilité, ce que beaucoup jugent inacceptable. « *Il est vraiment étrange que la théorie d'un objet ignore, dans son programme, le problème de la production et du devenir de celui-ci ; c'est l'héritage du jusnaturalisme, sur l'étude duquel s'est constitué le positivisme juridique, théorie, qui n'est plus dualiste, mais théorie incomplète du droit. Aujourd'hui, le problème que le jusnaturalisme avait isolé, élaborant un objet spécifique — le droit naturel — sur lequel il pouvait décharger tout son poids, et que le positivisme avait donc éliminé de la réflexion juridique, est repris par une théorie finalement intégrée du droit, pour laquelle l'objet central de recherche devient le problème de la justification* »⁷.

De nombreux auteurs ont donc du adapter une vision stricte des normes dans une optique plus ouverte⁸. Notre présent essai ayant quant à lui une vocation compréhensive et projective, nous opterons pour une conception intégrée de la théorie du droit, s'intéressant à la fois à ses fondements positifs et son devenir. Cette position nous permettra, tout en préservant la spécificité de l'objet juridique, d'en dépasser les limitations intrinsèques.

⁶ « *Auctoritas non veritas facit jus* » (Dictionnaire *Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 461-463 (entrée : positivisme)) ; pour plus de précisions, cf. GRZEGORCZYCK Christophe, MICHAUT Françoise et TROPER Michel, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ (Coll. Story Scientia), 1993, 536 p.

⁷ Letizia GIANFORMAGGIO, in *Dictionnaire encyclopédique, op. cit.* 1993, p. 200, soulignement ajouté.

⁸ Comme en témoignent les mouvements néopositiviste (Ross) ou post-positiviste (Aarnio, Villa). Tous tendent à ouvrir l'analyse l'étude du droit aux destinataires de son action. (pour plus de détails, cf. *DETSO, eod. cit.*).

b. *Des carences : l'incapacité à dépasser les limites de son objet*

En séparant définitivement description et prescription, le positivisme fige les limites de son objet : la science du droit devient la simple description de prescriptions. Moyennant quoi elle devient un objet inerte et en définitive inefficace, car elle ne peut servir de repère pour l'action.

Comme nous l'avons souligné, le positivisme radical souffre d'un mal consubstantiel à son essence même : sa neutralité. En effet, cette neutralité, toute objective qu'elle soit, s'est avérée être aisément détournable et utilisable à des fins de propagande politique. Par exemple, un juriste positiviste, à qui l'on pose la question de la légitimité du droit nazi, ne peut répondre que par l'affirmative. Le droit nazi est bel et bien du droit. Est-il conforme à la morale, ceci est une autre affaire qui ne touche plus la sphère juridique au sens positiviste du terme ; il faut se placer à un métaniveau. Ce point sensible oppose encore les juristes d'aujourd'hui⁹. Les critiques les plus sévères émanent bien entendu de ceux qui conçoivent le droit comme un objet davantage en construction que construit, parmi lesquels on compte les partisans du réalisme, mais aussi les positivistes modérés¹⁰.

Isoler trop radicalement son objet derrière la frontière du devoir-être inhibe le juspositivisme face à des questions pourtant essentielles. L'objet de la théorie lui fait obstacle.

Positivisme et fondement du droit

⁹ Une controverse a opposé sur ce point D. Loschack à M. Troper. Ce dernier a montré que le positivisme ne peut ni légitimer ni réfuter un régime totalitaire ; pour émettre un jugement de valeur, il faut se placer à un métaniveau, ou faire intervenir un jugement de morale qui serait par essence étranger à la science du droit positif. (cf. Michel TROPER, « Le positivisme juridique », in *Revue de synthèse*, IIIe S. N° 118-119, avril-septembre 1985, pp. 187-204, notamment in fine).

¹⁰ A propos de l'un d'eux, U. Scarpelli (Umberto SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, coll. " La pensée juridique ", 1996, XII), Ch. Agostini a pu écrire : « *L'activité scientifique ou pratique du juriste exprimerait un point de vue interne sur le droit qui présuppose « l'acceptation des normes comme règles du comportement et comme moyen de le juger » par opposition au point de vue externe. Ce dernier, celui d'un martien qui, tombé sur terre face à un feu tricolore régulant la circulation routière, ne constaterait rien de plus que l'arrêt régulier du trafic, prive l'observateur des concepts nécessaires pour comprendre les comportements humains. Parmi ces concepts, figure en particulier celui de la validité des normes, qualifié de « catégorie fondamentale de la pensée juridique » et relatif à l'ensemble des règles qui déterminent l'appartenance des normes à l'ordre juridique ; nous reconnaissons sous la plume de Scarpelli, fidèle en cela à la tradition kelsénienne, un critère simplement systémique de validité. Et, pour notre auteur, « ce n'est qu'en considérant d'un point de vue interne le système de normes qu'on peut reconnaître la validité d'une norme ». Que dire du fondement de validité du « premier maillon de la chaîne » qui détermine directement ou indirectement les « conditions de validité des normes du système » ? Le principe d'effectivité qui sous-tend la problématique kelsénienne de la norme fondamentale se heurte inéluctablement à la fameuse loi de Hume. Il n'est en effet pas possible de déduire de la constatation, d'un point de vue externe, que l'ordre juridique est en gros efficace un quelconque principe fondamental de validité qui relève du devoir-être et qui permette de fonder des jugements de validité à l'intérieur de ce système. Ce saut logique irréductible et inacceptable ne peut être dépassé que par un jugement de valeur formulé en ces termes : **l'effectivité est la meilleure raison que l'on ait pour considérer favorablement le principe fondamental du système, tant qu'il n'en existe pas d'autres, d'ordre moral ou politique, en faveur du système établi ou contre lui.** Scarpelli développe ainsi un moyen de contester la législation des régimes autoritaires tout en soulignant la responsabilité morale du juspositiviste dans sa fonction. Il y a bien un choix politique inhérent à la pratique et à la science du droit — si l'on conçoit cette dernière comme remplissant une fonction sociale et notamment, par son travail conceptuel, la préparation de la pratique du droit et de la législation. » Pour consulter l'article en entier, se référer à *Revue Droit et Société*, n° 36/37, p.459 ou sur <http://www.reds.msh-paris.fr/news/docs/revue/36-37-1997.rtf>.*

La question du fondement du droit constitue pour certains auteurs un problème auquel la philosophie du droit actuelle, en France est incapable de faire face¹¹. Mais c'est aussi une porte qui s'ouvre inéluctablement de la norme vers le réel. « *Kelsen ne s'y est pas trompé qui rejetait par principe de sa méthode la problématique fondatrice, comme menant inéluctablement à l'intrusion d'éléments jusnaturalistes. En effet, la pensée qui vise le fondement du droit doit admettre la réalité qui peut jouer ce rôle, sans quoi ce concept perd tout son sens.* »¹².

Ce constat a amené le mouvement de pensée post-positiviste à considérer la science du droit à la lumière du paradigme des actes de langage et de la raison pratique. Ce biais permet de lier praxis et épistémé et restitue au droit sa dimension de connaissance agissante. Néanmoins on ne saurait réduire le droit à un simple acte de langage, même si celui-ci est par définition présent à chacune des étapes de la vie judiciaire ; il est concevable qu'un ensemble de règles apparaisse sans mots. Ce sont les règles tacites. Souvent issues de pratiques émergées de par un processus essentiellement mimétique, elles relèvent fréquemment de l'infra-droit¹³, mais peuvent constituer un réel pouvoir autour duquel une grande partie des vécus sociaux s'articulent. En recul dans les sociétés occidentales post-industrialisées, les us et coutumes, acquis au fil de leur sociabilisation par les individus selon un schéma essentiellement mimétique, sont encore vivaces dans certaines cultures, notamment celles qui sont qualifiées de traditionnelles¹⁴.

Quant aux réalistes, leurs critiques de l'axiomatique prennent tout leur sens quand se pose le problème de l'émergence ou de la création du droit. La théorie des actes de langage oublie les « silences qui en disent long », la dogmatique juridique peine à penser l'*analytical jurisprudence*, le positivisme radical s'interdit de censurer les normes immorales ; chaque tentative de limiter la science d'un droit à un objet qui lui serait exclusif se heurte inmanquablement à la critique, surtout celle des réalistes pour lesquels le droit ne se détermine pas tant *a priori* qu'en fonction d'expériences juridiques antérieures. En ce sens, à

¹¹ En ce sens, cf. en particulier S. Goyard-Fabre, in R. LEGEAIS, G. PLANTY-BONJOUR dir., *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale*, Paris, P.U.F., 1991. « *Goyard-Fabre établit un diagnostic et une alternative pour la philosophie du droit française. Il s'agit d'un diagnostic de réductionnisme et de dogmatisme, d'incapacité à adopter un point de vue et une méthode permettant de capter l'éternel problème de l'essence de ce qui est juridique, la question de " en quoi et comment la juridicité trouve-t-elle sa raison d'être ". La philosophie du droit française, actuellement, se caractériserait par une " pluralité des voies et des démarches " qui, cependant, sont toutes incapables de fournir une réponse idoine à cette question essentielle, tout comme par une empreinte dogmatique qui s'illustre en trois tendances exemplaires (généalogique, phénoménologique et heideggerienne).* » (Commentaire de J.-A. Garcia Amado).

¹² *Le positivisme juridique, op. cit.*, p.65.

¹³ Sur l'articulation des vécus et des conçus au sein de l'infra-droit, cf. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique, T1 - Où va la sociologie du droit ?*, Paris, LGDJ, 1981, pp. 323-352.

¹⁴ Là encore, l'émergence de comportements régulateurs spontanés n'est observable que sur une faible échelle (un village, une contrée). Un enseignement religieux, donc l'intermédiation linguistique, vient fréquemment brouiller l'observation. Pour une étude théorique comparative en droit musulman et français, on peut se référer aux documents d'Abdelrame Koudjil, extraits du séminaire Droit et Société de Vaucresson, 1998. Voir sur <http://www.reds.msh-paris.fr/activite/koudjil.htm>.

l'instar de Dworkin¹⁵, F. Ewald conteste la séparation binaire et réductrice de l'être et du devoir-être. Adoptant le plus radical des positivismes, il montre qu'eu égard à l'observation conjointe du droit d'un côté, des faits sociaux de l'autre, il est nécessaire de considérer complémentirement « *la fonction du droit naturel dans l'expérience juridique occidentale*¹⁶ ». Selon lui, le théoricien du droit ne peut qu'être un théoricien de pratiques juridiques situées dans l'espace et dans le temps, et que dès lors, « *on ne peut penser l'exercice du droit sans la fonction du droit naturel* »¹⁷, ou encore que « *la théorie peut créer l'illusion du droit comme science déductive ; elle ne saurait masquer l'arbitraire constitutif de ses constructions. Qu'une solution apparaisse déductible dans un cadre théorique n'empêche pas que le praticien soit aussi conduit à s'interroger sur la justice de la solution, c'est-à-dire sa "justesse" compte tenu des intérêts en présence, des circonstances, de ses effets sur la rationalité politique. La pratique juridique requiert donc un autre mode de réflexion qui lui assure une certaine intelligence politique d'elle-même* »¹⁸.

La connaissance portant sur des connaissances juridiques ne saurait donc se passer d'être (aussi) une connaissance de l'action ; à défaut de quoi le droit se trouve privé de fondement.

Droit et modernité sociale

Nombre de théoriciens estiment le positivisme juridique impuissant pour répondre au défi de la modernité¹⁹. D'où un mouvement contemporain d'ouverture vers la philosophie dans le traitement des problématiques juridiques. Comment traiter de manière purement normative le problème de l'universalité des droits de l'homme, notamment les formes de l'inscription des droits dans les divers systèmes juridiques, sans une référence rigoureuse au contexte culturel ? Les relations entre philosophie politique et droit s'estompent devant le problème du pluralisme auquel doivent faire face les démocraties libérales contemporaines, de manière de plus en plus pressante depuis ces dernières années. Enfin, il manque un cadre de pensée pour harmoniser le langage des droits et les conflits de représentations ultimes où l'on cherche à établir comment peuvent s'harmoniser libertés et droits fondamentaux, signifiants-représentations de l'être humain et régulations des conduites, au sein de sociétés modernes ayant intercalé une Charte des droits et libertés dans leur Constitution.

Penser la globalité requiert un mode de pensée par essence global, donc transdisciplinaire.

Positivisme et économie

Qu'en est-il en économie, où une science positive s'est également formée ? Celle-ci,

¹⁵ R.M. DWORKIN, *Taking Rights seriously*, London, 1977.

¹⁶ F. EWALD, *L'État providence et la philosophie du droit*, Paris, Grasset, 1986, p.38 s.

¹⁷ *Idem*, p. 39.

¹⁸ *Idem*, p. 40.

¹⁹ Ce thème a animé un colloque dont les actes ont été publiés in *Carrefour : philosophie et droit. Actes du colloque Dikè*, Josiane Boulad-Ayoub (dir.) Montréal, Acfas, coll. " Les cahiers scientifiques ", 1995.

peut-on noter, postule d'ailleurs davantage au titre de science qu'à celui de positivisme. Il est vrai que les théories concurrentes ne sont pas légion. Quoiqu'il en soit, ce que l'on peut qualifier de positivisme économique s'est affranchi de ses racines philosophiques et politiques, au prix d'une automutilation que nous décrit J.-P. Dupuy²⁰. Le social fut ainsi sacrifié, ravalé au rang de phénomène induit. La science du droit, en séparant la norme de l'individu et en théorisant le devoir-être en une prescription dénuée de l'empreinte d'une quelconque personnalité, a opéré un mouvement inverse de l'économie : l'artefact prend le pas sur son créateur. Peut-être est-ce la raison de sa superbe ; en constituant un objet juste car juridique, la science juridique se sentirait désormais à l'abri d'avoir même à simplement définir le juste. Contrairement à l'économie qui, s'étant coupé de toute décision globale, doit justifier de l'innocuité sociale de ses théories²¹. Les effets économiques globaux deviennent une simple conséquence des actions des individus²². Il est alors nécessaire de montrer qu'ils ne représentent pas un danger pour le groupe.

Son effet global ne pouvant être réduit à une simple conséquence mécanique (le droit est le fruit de décisions individuelles produisant un effet voulu global, et non pas seulement une somme de décisions voulues locales et produisant par contrecoup un effet global), la science du droit quant à elle, a suivi un chemin diamétralement opposé de sa consœur économique. L'individu est dépossédé de tout pouvoir de décision, au point que l'ordre juridique n'est jamais considéré comme une affaire collective ni même interindividuelle. Le sujet de droit est un simple destinataire de la norme, en aucun cas il n'est censé influencer sur sa création, d'autres normes (dynamiques chez Kelsen, secondaires chez Hart) en gérant la dévolution à une poignée d'individus investis d'un pouvoir représentatif et chapeautés par une institution. L'image du pouvoir total n'est pas loin (cf. *infra*, p. 26). C'est pour cela, en contrepoint et comme consciente des dérives totalitaires auxquelles elle pourrait prêter le flanc, que la science juridique se préoccupe ostensiblement de la question des droits de l'Homme, question qu'elle aurait probablement moins mis en exergue si elle avait conçu son

²⁰ « Pour se constituer un domaine autonome, séparé de la sphère des affaires humaines, il fallait que l'économie se séparât du politique, ce qui est évident, mais aussi, ce qui l'est moins, qu'elle s'émancipât vis-à-vis de la moralité. Les moyens de cette émancipation furent fournis par la naissance de l'individu moderne, dégagé des codifications sociales rigides qui enserraient l'homme traditionnel dans un réseau de contraintes et d'obligations, libéré de toute subordination à une totalité englobante et intégratrice. (...) Du point de vue de l'individu devenu le centre du monde, les faits sociaux, les relations entre les hommes acquièrent le statut de choses soumises à des lois analogues à celles qui régissent le mouvement des corps dans la nature physique. Une science naturelle des hommes en société est dès lors concevable. » (Jean-Pierre DUPUY, *Introduction aux sciences sociales - Logique des phénomènes collectifs*, Paris, Ellipses, 1992, p. 75-76).

²¹ « La relation à la moralité n'est pas réglée pour autant. Dumont montre en effet que pour s'autonomiser, l'économie devait prouver non seulement la cohérence interne de son domaine, gage de sa séparabilité, mais encore que cette cohérence est orientée vers le bien commun, pour éviter de donner prise à un retour en force de la morale traditionnelle dans son champ. L'enjeu était donc moins de chasser la morale du domaine économique, que de montrer que ce dernier incorpore sa morale propre, spécifique. » (*idem*, p. 76).

²² « Selon Dumont, ce double objectif (montrer la cohérence interne du domaine, et que cette cohérence va dans le sens du bien commun) aurait été poursuivi par la double postulation de l'égoïsme (self-love) de l'homo oeconomicus et du mécanisme et du mécanisme de la « main invisible », produisant automatiquement l'harmonie collective par effet de composition des égoïsmes individuels. Il est un domaine des affaires humaines, isolable des autres, où la morale et les modes des socialisation traditionnels sont inutiles, voire nuisibles. Dans ce domaine, en poursuivant leurs intérêts égoïstes les hommes travaillent sans le vouloir au bien commun. » (*idem*, p. 76).

objet comme le droit des hommes. L'individu, producteur de l'ordre global, aurait été probablement moins perçu comme devant en être protégé. Mais la primauté a été, du moins dans la tradition continentale, accordée aux entités globales, ce qui a transparu sur la théorie de l'Etat.

Droit et Etat

Traditionnellement la théorie du droit se conçoit comme une base de la théorie de l'Etat²³, véhiculant le paradigme d'un pouvoir largement hiérarchisé ou centralisé. Ainsi dans un récent ouvrage²⁴, Simone Goyard-Fabre montre, en explorant les structures juridiques du pouvoir politique dans le monde occidental moderne, que depuis trois siècles le droit public s'est organisé autour de grands principes rationnels qui ont rendu possible l'unité centralisatrice d'un Etat souverain et que celui-ci, tout ensemble Etat DU droit et Etat DE droit, en s'affirmant indépendant et omnipotent, a tendu à réaliser, conformément à un « idéal républicain », la synthèse de l'ordre public et des libertés individuelles. Mais la remise en question des principes de la rationalité expliquerait selon elle une crise qui, de nos jours, secoue le droit politique dans lequel se transforment ou se délitent les notions d'autorité, de souveraineté, d'ordre public, d'équilibre des pouvoirs, de légalité, de légitimité... Or selon cet auteur ces critiques manquent d'assise. Il serait fallacieux de ne pas reconnaître que la validité objective du droit public, interne et international, procède d'un idéal de la raison pratique où réside l'exigence humaniste, servant de fondement à l'ordre public et à la compatibilité, donc à la limitation réciproque des libertés. Dans cette optique, les principes constitutifs et régulateurs qui font la validité normative du droit politique moderne s'enracineraient dans l'idéalité pure de la raison, fondement d'une pensée vivante car pratique.

A faire du seul droit un fondement pour l'Etat, on aboutit à faire de l'Etat une entité fondée sur elle-même²⁵.

²³ L'élément le plus exemplaire est constitué par la première formulation de la *Théorie pure du droit* de Kelsen. S'opère une distinction entre le droit et l'Etat qui a pour conséquence l'impossibilité d'une limitation de l'Etat par le droit. Comme le relève Ch. Eberhard : « *L'identité entre Etat et Droit selon Kelsen - Kelsen remarque que la doctrine traditionnelle sur l'Etat est marquée par un dualisme entre Etat et Droit (...). En effet la doctrine traditionnelle réussit à présenter l'Etat comme différent du droit et cependant comme un "être de droit" ("Rechtswesen") en le construisant comme un sujet de droits et d'obligations (Rechtspflichten und Berechtigungen), donc comme personne, tout en lui attribuant une existence indépendante de l'ordre juridique (Kelsen 1960 : 288). Or pour Kelsen ce dualisme a uniquement une fonction idéologique visant à renforcer l'autorité de l'Etat et n'a pas pour but d'aider à l'élucidation de l'"essence" ("Wesen") même de l'Etat (Kelsen 1960: 289). En effet, cette présentation idéologique s'explique par le fait que ce n'est qu'en présentant l'Etat comme une personne différente du droit que ce dernier peut être vu comme le légitimant. En effet, dans la perspective d'un Etat qui produit le droit et qui se soumet ensuite à lui (autolimitation de l'Etat), la soumission de l'Etat au droit ne peut légitimer l'Etat que si la nature du droit est fondamentalement opposée à celui de l'Etat, l'Etat étant caractérisé par la puissance et le droit par référence à un ordre juste. Ce n'est que dans ces conditions de stricte extranéité des deux ordres juridique et étatique qu'une limitation effective de l'Etat par le droit peut être pensée puisqu'on conçoit mal une limitation d'un ordre par un autre, si ces deux ordres se ramènent en définitive à un seul, surtout si le deuxième qui est censé originer du premier (le droit) est censé limiter ce premier (Kelsen 1960: 288). » (Ch. Eberhard, *Quelques réflexions sur : la limitation de l'Etat par le droit*, <http://www.reds.msh-paris.fr/dhdi/textes/eber3.htm>).*

²⁴ Simone GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF, coll. "Thémis. Philosophie", 1997.

²⁵ Ch. Eberhard (*ibid. s.*) le relève comme conséquence logique de la séparation entre droit et Etat. Si

2. Une science avec les autres

Malgré la spécificité que l'on peut prêter à son objet, la science du droit n'est pas moins une science parmi les autres, subissant ou bénéficiant de leurs avancées paradigmatiques. Cette influence se manifeste par le biais de la conception de son objet et l'évolution de ce dernier, similaire à celles d'autres disciplines. Son autonomie n'est donc que relative, tout comme la manière dont elle envisage son objet.

Les mathématiques
sont...
l'esperanto de la
raison.
Bachelard,
Rationalisme
appliqué

Nous avons évoqué *supra* de quelle façon les sciences, justifiées et justifiant un socle transcendant, ont au fil des progrès de la technique évolué vers une assise plus transcendantale. Revenons aux Lumières. Portée pendant des siècles par la Route de la Soie, la connaissance des mathématiques a depuis l'Antiquité infusé la pensée occidentale. De la Chine à l'Inde, ce savoir est parvenu jusqu'au bassin méditerranéen, où les Arabes l'ont confronté aux apports perses, grecs et égyptiens. En fusionnant ces différents travaux, les mathématiciens occidentaux vont élaborer un formalisme qui va conférer aux mathématiques leur universalité. Quelle que soit sa langue, culture ou religion, n'importe quel individu pourra accéder à une connaissance qui sera toujours pour lui *vraie*. Une seule langue donc, mais aussi une seule manière de raisonner. Avec la raison disjonctive, la logique formelle du tiers exclu d'Aristote, l'homme a trouvé un mode de raisonnement qui résiste à l'espace, au temps et aux variations culturelles.

La Raison devient l'expression de l'aspiration de l'Homme vers ce point commun qu'il se cherche. Tout ce qui est bon est raisonnable, tout doit donc se conformer à la Raison pour être bon. *Tout ce qui est rationnel est réel, tout ce qui est réel est rationnel.* (Hegel, Philosophie du Droit). De fait, il devient possible d'élaborer un savoir sur une base à la fois universellement partageable et indiscutable. *Le savoir est la chose du monde la mieux partagée*, disait d'ailleurs Descartes en introduction de sa *Méthode*. Et la physique, la chimie et les sciences dures de lui donner raison. Le savoir mathématisable est bien de nos jours le mieux partagé.

Quelques objections, devenues critiques, se sont cependant fait jour. Les sciences de la vie se sont souvent montrées rétives à la mathématisation de leur objet, faute surtout d'outils conceptuels adéquats (si l'on excepte la biochimie, fer de lance du rapprochement avec les sciences dures). Le raisonnement réductionniste, de fécond, devenait mutilant. En effet le monde du vivant ne semble pas propice à une explication discrète et réversible. Pour décrire la trajectoire d'un corps par exemple, l'on peut se servir d'une équation mathématique pour donner la position initiale d'un corps et, compte tenu de sa vitesse et de sa masse, sa position dans l'espace à n'importe quel moment. On peut décomposer ce mouvement en une succession d'instantanés calculables (mouvement discret). Mais on peut également, à partir du point d'arrivée de l'objet et recalculer sa trajectoire dans le passé (équation réversible).

Les critiques de cette conception « cinématique » sont récentes, tout au plus remontent-

l'Etat édicte le droit, comment le droit peut-il limiter le pouvoir de l'Etat qui le crée ? Cette variante de la quadrature du cercle de Rousseau ne peut se résoudre que par l'introduction d'éléments jusnaturalistes... ou d'une problématique complexe (pour un développement de la problématique de l'autolimitation, cf. Jacques CHEVALLIER, « L'Etat de Droit », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, Mars-Avril, 1988, n°2, p 313-380).

elles aux années 1970, car grâce aux ordinateurs ont été menées des expérimentations réalistes de phénomènes dont on ne faisait que soupçonner les mécanismes (comme certaines turbulences). Depuis plus de deux siècles, les paradigmes réductionnistes et rationalistes restent prédominant. Parmi les sciences qui cherchent dans cette perspective un moyen de rendre l'individu mathématisable, on trouve l'économie. « *L'économie est officiellement devenue une science — elle a son prix Nobel — et même lorsqu'elle traite de questions morales ou politiques, c'est en tant que telle qu'elle s'exprime. Cela pose évidemment le problème des conditions de possibilité d'une science sociale qui, à l'instar des sciences de la nature, se serait dégagée de tout jugement de valeur et aurait perdu toute dimension téléologique* »²⁶.

Plus prudemment, le positivisme juridique s'est maintenu à l'écart de toute mathématisation qui, idéologiquement, eût pu paraître hasardeuse. Il est vrai que le déterminisme qui gouverne rigidement les molécules s'accommode mal des aspirations traditionnelles à la liberté et à la différence. Et pourtant...

Comme nous aurons l'occasion de le souligner, l'objet *droit* est un objet en mouvement constant. Et la rigidité que prête le déterminisme à un objet fixe n'est pas de mise quand il s'agit d'un objet mobile. C'est un récent apport des sciences dures : un objet dynamique peut avoir un comportement stochastique, son comportement étant parfaitement déterminé par ailleurs. David Ruelle a nommé cette propriété : *chaos déterministe*.²⁷ Ainsi, tout objet, même régi par des lois physiques simples, peut avoir un comportement nécessitant une description très complexe (une boussole oscillant entre quatre aimants placés aux points cardinaux, par exemple).

Un autre fait incite à une transposition prudente des mathématiques : les sujets du droit en sont également les acteurs. Ils ne font pas que réagir, ils agissent également, selon des lois qui leur sont propres. Cette propriété met en évidence l'insuffisance d'une vision mécaniste du monde pour consacrer la nécessité d'une vision systémique (b).

a. *Une méthode en mouvement : de la connaissance à l'action de la connaissance*

Les sciences basées sur le positivisme ont pour usage de disjoindre praxis et epistémé. Certaines disciplines ont néanmoins relativisé cette distinction, et il en résulte un grand nombre d'enseignements dans les rapports mutuels de la connaissance et de l'action.

Art. 42. Un peuple a toujours le droit de revoir et de réformer sa constitution. Il est même bon de déterminer des époques fixes où cette révision aura lieu, quelle qu'en soit la nécessité.

Praxis et epistémé. Cette distinction n'est soutenable que d'un point de vue strictement interne et synchronique. Pour l'observateur externe (au sens de H.L. Hart), elle ne saurait avoir de sens dans les matières où les lois sont construites par les hommes, et non données par la nature. Ainsi en va-t-il du droit si l'on admet qu'il n'est pas

²⁶ Sièges, juillet
²⁶ J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales*, op. cit. p.75

²⁷ Pour une explication simple et didactique, consulter David RUELLE, op. cit. pp. 52-63. Egalement, mais plus technique, Vincent Croquette, *Déterminisme et chaos*, idem pp. 64-87.

l'émanation d'une transcendance divine. Il se présente alors comme un artefact, fait par et pour les hommes : une connaissance agie, mais qui produit également des effets, devenant connaissance agissante. Or paradoxalement, c'est pour assurer l'efficacité de son action que l'on s'efforce de masquer le côté construit du droit pour le présenter comme un objet donné : si tous les hommes avaient conscience d'être les seuls maîtres de leurs normes, grande pourrait être la tentation d'une contestation systématique : la transcendance a l'avantage de l'unilatéralité, gage de stabilité.

Aussi loin que l'on remonte dans la mémoire des civilisations, on observe que le pouvoir politique s'exprime par voie de prescription générale, donc sous une forme qui ressemble à la voie normative telle que nous la connaissons de nos jours. Rien d'étonnant à ce que la fonction de dire, écrire ou interpréter le droit se confonde avec l'exercice d'une partie du pouvoir politique. La crainte du « gouvernement des juges » constitue une problématique toujours d'actualité. Ainsi a-t-on entendu distinguer nettement les fonctions normatives et judiciaires. D'un côté un organe produit la connaissance (le législateur), et un autre organe indépendant applique cette connaissance (le juge). Cette vision idéalisée a été remise en question par les faits et soulignés par de nombreux auteurs²⁸.

Ainsi dans *Normes et fonction de juger*, P. Coppens²⁹ pose la question de la justification du caractère général de la norme, et indirectement du jugement qui fait coïncider cas particulier et règle générale. Cette question l'amène à considérer le droit d'un point de vue interpersonnel, qui relie l'objectif collectif au subjectif individuel, et la raison à l'action. « *Les exercices pratiques de la raison sont l'ensemble de nos activités délibératives aux termes desquelles nous nous donnons une règle d'action.* ». Reprenant ainsi un mouvement de pensée instauré par Raz, la mise en action de la norme devient un acte individuel dont l'acte de connaissance du scientifique ne saurait faire l'économie du contexte. Au fil du raisonnement, l'auteur montre que l'application adéquate des règles — la fonction de juger — dépend étroitement de l'ancrage de la connaissance dans l'action et de l'arrimage de l'action langagière dans les croyances³⁰.

Mais l'auteur soulève aussitôt un problème épistémologique. Selon lui c'est le principe de disjonction qui enferme le discours juridique dans une insurmontable contradiction. « *Certaines difficultés récurrentes dans les débats contemporains sur la théorie de la démocratie ne viennent-elles pas de notre obstination à juxtaposer plutôt qu'à enchevêtrer les fonctions de légiférer et de juger ? Dans cette perspective, la théorie de la démocratie articulée et incarnée dans un ordre juridique gagne à reposer sur une conception épistémologique qui évite toute fragmentation de la raison en une raison théorique et une raison pratique indifférentes l'une à l'autre. Il faut au contraire accepter l'idée d'une réflexivité de l'action sur l'événement, des valeurs sur les faits, de la raison pratique sur la*

²⁸ Bien plus souvent, c'est à souligner, dans le domaine des sciences politiques que des sciences juridiques.

²⁹ Philippe COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Paris, LGDJ ; (s.l.), Bruylant, 1998.

³⁰ « *En montrant cette dépendance, on s'aperçoit qu'une certaine image de la séparation des pouvoirs, celle notamment d'une séparation radicale entre les opérations de justification et les opérations d'application des règles, s'obscurcit.* » (*idem*, p. 273).

raison théorique »³¹.

Il s'agit ici de donner du droit une vision au sens large. Le regard du scientifique ne se porte plus sur la norme, mais sur tous les acteurs qui la mettent en action : le justiciable, le magistrat, le législateur. A peine est-il question d'application des normes que déjà, comme le relève l'auteur, les effets néfastes du cloisonnement entre praxis et épistémé se font sentir. On ne pourrait ainsi connaître correctement le produit d'une action que par la connaissance préalable de cette action ; savoir pourquoi un problème s'est posé expliquerait en grande partie la manière dont il a été résolu, et surtout, permettrait de projeter intelligemment la manière dont des problèmes similaires ont des chances d'être traités. La doctrine n'a point d'autre objet.

Si l'enchevêtrement semble déjà consubstantiel à l'étude du présent, il l'est avec plus de certitude encore quand l'étude des normes ne se fait plus dans l'instant, mais dans la durée. Si l'on acquiert la seule connaissance que *tous les voleurs doivent être punis*, on n'est pas en mesure de répondre intelligemment à la question : *l'homme qui vole un bien d'une valeur dérisoire doit-il être puni ?* La réponse purement logique dit : *cet homme doit être puni*. La réponse intelligente dit : *cet homme doit être puni à proportion de la gravité de son acte*. A ce propos Perelmann rappelait une anecdote : dans l'Angleterre victorienne un loi punissait de mort tout vol d'un montant supérieur à 10 shillings. Avec le temps, l'inflation et l'évolution des mentalités, les juges se faisaient de plus en plus réticents à appliquer cette lourde sanction ; il fallut une affaire pour laquelle on estima qu'un vol de 90 shillings valait... 10 shillings pour que la loi soit définitivement abrogée. Poussée à l'extrême, cette logique débouche sur une application du droit qui diffère de celle initialement prévue : le droit alternatif³².

D'où l'on peut déduire que si les normes reposent sur des principes stables, ceux-ci ne peuvent s'exprimer sous une forme purement quantitative. Les valeurs et les estimations changent.

On notera cependant que si la frontière qualifiant la gravité du vol s'est déplacée, le vol lui-même est resté une infraction punissable. On peut donc distinguer utilement le *processus* des *valeurs* qui le déterminent. Les valeurs évoluent, le processus demeure, tant que les valeurs sont significatives. Tant qu'il est considéré blâmable de voler, le vol est fondé à être puni. Dans le contexte actuel, on peut prédire à l'infraction vol une bonne pérennité, la propriété privée n'ayant jamais été une référence sociale aussi solide. Mais quelle est l'origine de cette solidité ? Pour les tenants du droit naturel, celle-ci relevait d'une composante immuable de la nature humaine, que l'homme se devait de découvrir³³. Pour les systémiciens,

³¹ *Idem*, p. 12.

³² On a pu assister à ce type de déviance interprétative dans certains pays d'Amérique latine, qui s'inspirait d'un courant parti d'Italie. « *Les juristes alternatifs italiens, en adoptant clairement une position marxiste, préconisaient, dans les années 70, une pratique juridique-politique dont le but était la transformation politique du social à travers un usage alternatif du droit propre à favoriser les classes opprimées.* » (DETS, *op. cit.*, p. 19, entrée : Alternatif (droit)).

³³ En ce sens, se reporter à la partie introductive de l'ouvrage d'Albert VALENSIN, *Traité de droit naturel*, Paris, Ed. Spes, 1921 ; consultable sur le serveur de Droit et Société (Catégorie « Livres », rubrique « Les introuvables ») <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/droinat.htm> ; Le droit naturel distingue ainsi les

il est tout aussi probable que l'on ait affaire à une redondance comportementale occasionnée par la présence d'une répression. Autrement dit *ce ne serait plus sa nature, mais son droit qui créerait en l'homme sa propre turpitude*. Cet effet pervers³⁴ serait explicable de par des recherches récentes en sciences cognitives sur la constitution des connaissances actionnables.

Nous avons ainsi distingué *connaissance* et *connaissance actionnable*, mais il est encore une autre connaissance : celle de *l'action de la connaissance actionnable*. Les deux sont fréquemment confondues, mais les praticiens savent bien distinguer les variations de fond à travers les variations de forme. La présentation d'une norme influe sur son interprétation. Mais plus encore que le technicien, c'est la perception du justiciable qui prime. Qu'un seul se rebelle et c'est un contrevenant, que tous se rebellent et c'est une révolution. Il importe donc que la masse cautionne quoiqu'il advienne l'ordre établi. Dans cette perspective, les limites du droit ne sont autres que celles de son applicabilité. Cette applicabilité dépend d'une part de son fond (une loi légalisant la torture serait de nos jours difficile à appliquer en France), mais également de sa forme, ou plus exactement de la légitimité accordée à l'organe qui l'émet. Par exemple, une norme émise par le parlement possède plus de légitimité qu'une norme émanant du gouvernement. A la base, c'est un constat qui découle de l'application du droit constitutionnel.

Mais l'on peut y voir un point de vue plus sociologique, plus axé sur la psychologie. Le parlement est la voix de la volonté générale, alors que le gouvernement n'est qu'un organe possédant une légitimité au second degré, puisqu'il est désigné par le président de la République, élu au suffrage universel. Ainsi le concept de légitimité se présente-t-il comme une sorte d'écran qui détermine pour l'individu l'acceptabilité d'une décision, aussi arbitraire puisse-t-elle paraître³⁵. L'ordre qui émane d'une autorité légitime doit être obéi, même s'il va à l'encontre de mon intérêt et crée à mon sens une injustice. Mais s'il crée à mon sens une injustice, mon droit de citoyen est de le faire savoir, et si possible de le faire valoir. Vis-à-vis de l'autorité, mes possibilités d'expression sont variables. Si la directive que je trouve injuste émane d'un ordre divin, je ne peux par définition pas la contester, surtout si cette divinité détermine mon existence et celle de tout mon univers. La détruire serait me détruire. Ainsi je n'ai d'autre choix que de me plier à la loi qui me terrasse. Si le pouvoir en place est totalitaire, je ne peux également qu'obéir mais ce n'est plus de mon fait ni celui d'un dieu, c'est parce que désobéir serait me détruire. J'obéis donc pour me conserver. Si par contre le pouvoir en place est démocratique, je sais que j'ai une marge d'action, même si celle-ci est réduite, car détruire la norme risquerait de me faire tomber dans les deux cas précédents, et c'est donc de mon plein gré que je décide de leur échapper, moyennant quoi je me contrais moi-même à la soumission.

Les deux cas, ici sommairement brossés, qui semblent à l'usage les plus efficaces sont la soumission à un tiers extérieur à l'individu et au social : la transcendance divine ou

contraintes qui sont d'ordre naturel et tiennent à la nature de l'homme de celles que l'homme s'impose à lui-même.

³⁴ Ce terme est empruntée à la sociologie. L'économie fait également usage du terme « contre-effet ». Nous les emploierons indifféremment pour désigner les conséquences non prévues et souvent non désirées d'une action.

³⁵ Pour Machiavel, un instrument de domination au main de l'oligarchie en place ; pour Marx, un instrument de domination aux mains de la classe détentrice des moyens de production.

l'immanence sociale. Dans les deux cas il s'agit de deux tiers virtuels, dont la croyance produit des effets comportementaux tangibles.

Au gré de l'histoire, les ordres basés sur un ordre divin ont montré leur efficacité. Même si seules les civilisations réticentes à l'intrusion de la technologie occidentale, ont pu conserver une base transcendante à leur pouvoir politique, il leur faut, dès leur ouverture à la « civilisation moderne », opérer une mutation et déplacer leur base de légitimité depuis la transcendance vers l'immanence. Mais cette immanence tend à opérer ce que Dupuy nomme un mouvement d'autotranscendance. Animée par des effets de système et par sa pseudo-autonomie (notion sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir), l'entité politique immanente échappe bien vite au contrôle de ses citoyens : elle se comporte comme un être indépendant, possédant sa propre logique, sa propre justification. Ce phénomène est souvent brocardé sous des noms divers : bureaucratisation, étatisme, inertie administrative, etc. Il apparaît dès que des organes sont créés pour répondre aux besoins de l'entité mise en place.

Pour préserver sa légitimité quand les sources d'expression démocratiques se tarissent, le pouvoir en place a tout intérêt à recourir aux deux êtres transcendés qui occulteront le chemin aux mouvements contestataires : la transcendance ou l'immanence autotranscendée. La légitimité se trouve ainsi renforcée, soit par l'origine présumée divine, soit par le rattachement à la volonté générale, qui fait pièce aux vellétés individuelles. C'est par cette ruse que l'action domine les inerties et oppositions engendrées par le dialogue et la culture³⁶. Certes, cette forme de domination ne repose sur aucun autre projet qu'elle-même (la domination), de sorte que c'est bien souvent un pouvoir autoréférentiel que cautionnent les formes de transcendance. Mais c'est une forme qui tend à rester stable tant que les individus se forgent la conviction que remettre en cause le pouvoir en place, c'est remettre en cause la cohérence de leur univers dans son ensemble. Rien d'étonnant ainsi à ce que l'on observe de telles vellétés au sein de l'Etat lui-même. On peut voir dans la notion d'Etat providence une expression de ce type : ce n'est plus la société qui fonde l'Etat, mais l'Etat qui fonde la société.

b. *Un objet en mouvement : du mécanisme au système*

La mise en action délibérée d'une connaissance actionnable comme le droit ne relèverait pas tant du mécanisme ni de l'automatisme, que de l'action complexe et la modélisation systémique³⁷ ; c'est ce que suggère l'étude des sciences physiques, politiques et cognitives.

On a longtemps pensé, à la suite de Spinoza, Descartes, Newton voire Leibniz, que l'univers pouvait se décrire à la manière d'une machine³⁸. Cette conception, appelée

³⁶ Un Etat totalement soumis au contrôle démocratique peut sembler dépourvu d'efficacité, inapte à l'action.

³⁷ En ce sens, Thierry Pitois et Michel Vivant fournissent une illustration tirée de l'évolution du droit des brevets in « La technique au cœur du brevet : un concept social évolutif », in *Revue Droit et Société* n° 32, Paris, LGDJ, 1996, p. 117-130 (notamment les chapitres IIa. Les insuffisances de l'approche mécaniste et IIb. La montée de l'approche systémique, pp. 124-129).

³⁸ Les « monades » de Leibniz sont certes une avancée vers la théorie des systèmes, mais dans la mesure où elles ne sont que des sous-systèmes fermés, sans interaction. Le paradigme reste tout de même simplement déterminé, même si pour la première fois il fait une place au concept de finalité.

mécaniste, entrain en rupture radicale avec les paradigmes antérieurs, qui donnaient à l'univers un fondement transcendant. Newton, particulièrement, avait la conviction que les lois d'attraction qui unissaient les planètes étaient les mêmes que celles des atomes. L'expérience lui donna par la suite raison, et ses travaux sur le calcul infinitésimal firent espérer que tout l'univers pourrait un jour être décrit à l'aide d'équations simples, dès lors que l'on prenait chaque élément, chaque atome, deux à deux. Laplace, en mathématicien, pensait ainsi qu'il serait peut-être un jour possible, à l'aide d'une vaste équation différentielle, de prévoir l'état de l'univers à n'importe quel moment du temps, à partir de la connaissance de ses conditions initiales³⁹.

Le mathématicien Poincaré fut le premier à trouver une faille dans ce raisonnement. Il avait en effet remarqué que les équations de Newton fonctionnaient parfaitement pour décrire l'évolution de deux corps, mais qu'elles étaient fausses dans un univers à trois corps.⁴⁰ L'écart entre les prévisions de la théorie et les observations de la pratique s'accroissait avec la multiplication du nombre des corps. Ses travaux tardèrent à être reconnus, car ils signifiaient le renoncement à une prévision mathématique de l'univers, et l'on ne désespérait pas de découvrir des méthodes permettant d'intégrer des mouvements à plus de deux corps⁴¹. Des travaux postérieurs en mathématiques et en physique théorique vinrent confirmer les réserves de Poincaré. Désormais, il est acquis que l'univers ne peut être décrit avec des équations linéaires simples, et Poincaré est présenté comme le père spirituel de la théorie du chaos.

Mais cette révolution scientifique est lente. Les théories du chaos ont été souvent critiquées, car en définitive elles posent plus de problèmes qu'elles ne permettent d'en résoudre. Aussi la technique a-t-elle du mal à les utiliser, si ce n'est pour admettre l'étendue de son impuissance. Peut-être est-ce une des raisons qui préside au manque d'enthousiasme des sciences humaines vis-à-vis de ces nouveaux paradigmes proposés par les sciences dures.

³⁹ « Une intelligence qui, pour un instant donné, connaîtrait toutes les forces dont la nature est animée et la situation respectives des êtres qui la composent, si d'ailleurs elle était assez vaste pour soumettre toutes ces données à l'analyse, embrasserait dans la même formule les mouvements des plus grands corps de l'univers et ceux du plus léger atome. Rien ne serait incertain pour elle et l'avenir, comme le passé serait présent à ses yeux. » (Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, 1814). On donne couramment et abruptement cette description comme typique de la pensée de Laplace. L'histoire omet souvent de préciser que le grand mathématicien ne se faisait guère d'illusions sur la réalisation de cet idéal. La preuve en est que l'endroit où il avait émis cette hypothèse n'était autre que l'introduction à son premier ouvrage sur la théorie des probabilités, qu'il avait justement inventées puisqu'il postulait qu'il était impossible d'acquérir de l'univers une connaissance satisfaisante pour effectuer, avec les méthodes classiques du calcul infinitésimal, des prévisions correctes. La théorie du chaos lui donna raison, avec le fameux « effet papillon » : un écart minime dans la mesure des conditions initiales, dans la précision du calcul, et la prévision diverge très rapidement de la réalité.

⁴⁰ « Quel sera le mouvement de n points matériels s'attirant mutuellement en raison directe de leur masse et en raison du carré des distances ? Si $n = 2$, c'est-à-dire si l'on a affaire à une planète isolée et au Soleil, en négligeant les perturbations dues aux autres planètes, l'intégration est facile ; les deux corps décrivent des ellipses, en se conformant aux lois de Kepler. La difficulté commence si le nombre n de corps est égal à trois ; le problème des trois corps a défié jusqu'ici tous les efforts des analystes, l'intégration complète et rigoureuse étant manifestement impossible. » R. POINCARÉ, *Œuvres complètes*, Paris, La pléiade, 1962.

⁴¹ Aujourd'hui, et malgré les progrès des mathématiques, on ne sait intégrer un système de plus de cinq corps (ou cinq inconnues). Ce qui signifie qu'en l'état actuel de nos connaissances, un univers de six atomes ou plus est mathématiquement imprévisible. Nous devons nous contenter de probabilités.

Certains auteurs ont pu relever les signes d'un réel scepticisme en sciences politiques⁴².

En matière de scepticisme, les sciences juridiques ne sont pas en reste. L'émergence et la diffusion des théories du chaos, au début des années quatre-vingts dix, les a laissées très largement indifférentes, alors qu'elles avaient bouleversé de très nombreuses disciplines scientifiques. Quelques travaux se sont avancés dans cette direction, mais sans connaître de réel lendemain⁴³. Les théories du chaos furent emblématiques de ces tentatives avortées.

Les sciences du droit ne semblent donc pas enclines à remettre en cause leurs paradigmes. Et c'est peut-être avec optimisme que J. Fontanille⁴⁴ donnait en 1995 un aperçu synthétique de ce qu'il qualifiait de changement paradigmatique annoncé au sein des sciences du droit : « *On pourrait tenter de reconstituer ce « paradigme conquérant » par l'inventaire des traits qui le distinguent du paradigme « ruiné » et récusé, et qu'on peut exhumer par catalyse :*

Paradigme conquérant	Paradigme ruiné
ouverture	fermeture
incertain, flou, indéfini	certain, net, défini
émergent	installé, donné
interactif, rétroactif	actif, réactif
en boucle, en réseau, en profondeur, en épaisseur	séquentiel, linéaire
équilibres et déséquilibres	stabilité
informel, semi-formel	formel
complexité, récursivité	simplicité
enchevêtrement	articulation
continu	discontinu
régulations non unifiées	règles et lois
questionnement	structures et formes
navigation	lecture et construction du sens

Tableau 1 - Caractéristiques du « nouveau paradigme »

La quasi-unanimité en faveur du « paradigme conquérant », celui de l'ouvert, du flou, de l'instable, du complexe et de l'émergent, et contre celui auquel il est censé se substituer,

⁴² Jean-Louis Le Moigne commente, à propos de Vullierme, *op. cit.*, : « *Il reste que la première rencontre de la première systémique et de la Science Politique n'avait pas laissé de traces encourageantes ni pour l'une ni pour l'autre des deux disciplines. Depuis 30 ans, comme échaudés par cet échec, ni l'une ni l'autre n'avaient tenté de rapprochement sérieux, malgré l'évidence sensible du caractère systémique de la Politique. Les quelques chercheurs qui s'y étaient hasardés au début des années soixante-dix (J. W. Lapierre : L'analyse du système politique, P.U.F.-S.U.P., Paris, 1972; Ch. Roig : "La théorie générale des systèmes et ses perspectives de développement dans les sciences sociales ", Revue Française de Sociologie, 1970, p. 47-97 ; L. Sfez : Critique de la Décision, A. Colin, Paris, 1974...), concluaient par de solides appels à la prudence propres à décourager les deux parties !* ».

⁴³ En Belgique, F. Ost et M. Van de Kerchove, ont publié une synthèse de divers travaux et articles sur l'application au droit de la théorie du chaos in François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988 ; En France, cf. notamment Mireille DELMAS-MARTY, 1994, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, Col. La Librairie du XXe Siècle, 305 p., ch. 3 et 4.

⁴⁴ In Collection Droit et Société n°29 p.209, à propos de BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1992, 486 p. Voir <http://www.msh-paris.fr/red&s/news/docs/revue/29-1995.rtf>.

oblige à se demander quelle unité de point de vue gouverne ce choix « moderniste ». De fait, le paradigme récusé ressemble fort à celui du structuralisme, dont les critères de scientificité — tels que Hjelmslev, par exemple, les formulait (adéquation, simplicité, exhaustivité) — semblent remis en cause par le choix de la complexité et de l'indéfini. »

Quatre années ont passé et force est de reconnaître que cette révolution annoncée ne s'est pas produite. La connaissance du droit est restée centrée sur une ontologie à dominante positiviste. De sorte que pour envisager une analyse ontogénétique du droit, il est nécessaire de solliciter des disciplines parfois très éloignées de la science juridique. Ainsi pour discuter des modèles que nous proposerons, il sera fait appel aux sciences politiques pour discuter du concept de justice, aux sciences économiques pour la théorie des conventions et des ordres spontanés ou hétérorégulés, à la sociologie juridique pour la notion de régulation. La théorie du droit semblant également se désintéresser de la réception du droit par le social, il sera également fait appel à la sociologie juridique, mais aussi à la seconde cybernétique pour extrapoler les effets de masse induits par le mouvement normatif.

La seconde cybernétique

La distinction entre première et seconde cybernétique représente celle qui sépare la conception mécaniciste de la conception systémique.

Ainsi des rapports entre sujet et objet. Dans la première cybernétique, l'observateur est distinct d'une réalité qu'il décrit par des assertions vérifiables. Dans la seconde, observateur et observé forment un seul et même phénomène dont les descriptions sont de fait des constructions, non plus vraies ou fausses, mais plus ou moins adéquates⁴⁵.

De même des rapports entre un objet et sa propre organisation. La première cybernétique butait sur un paradoxe quand elle était appliquée à un système vivant, puisqu'elle aboutissait à le décrire comme un *programme qui se programme lui-même*, description peu satisfaisante. La seconde sut y faire face avec succès, grâce à la notion d'autonomie⁴⁶. Car cette notion autorise une appréhension intelligente des phénomènes, en mariant le déterminisme causal à l'indéterminisme cognitif dû à la complexité du système observé. Ce qui reviendrait à dire, non pas « *je sais que je ne sais pas* » (Aristote), mais plutôt « *je comprends que je ne peux pas savoir* ». La frontière est la même qui sépare indétermination et ignorance. Dans un cas, l'activité d'intelligence peut permettre de prendre

⁴⁵ « C'est à von Foerster, Ashby et surtout Pask que l'on doit d'avoir indiqué que tout système contenait virtuellement la procédure de sa propre modélisation et formait avec son modélisateur une entité autonome. D'où il suit que la description d'un objet comme hétéronome est toujours en toute rigueur une mutilation, ou du moins une simplification provisoire par rapport à une description plus complète. » (J.-L. Vullierme, *op. cit.* p. 183-184).

⁴⁶ « Ce renversement [la conception d'un objet comme système hétéronome à celle d'un système autonome incluant la relation avec ce dont il dépend pour exister] déborde le remplacement du paradigme « mécaniciste » du premier âge cybernétique par un paradigme « organiciste », et le porte à son terme. Il constitue à cet égard un retour à l'aspiration systémique originelle à une connaissance trans-régionale du monde à partir de son ordre le plus élevé, en réaction contre le physicalisme positiviste qui dominait alors la science et prétendait la fonder sur l'ordre matériel de base. C'est en effet dans l'ordre vivant et dans l'ordre anthropo-social que se rencontre la quasi-totalité des réalités qui se manifestent comme « objectivement » autonomes, au sens où — d'après l'expérience intuitive que nous en avons — elles se présentent comme le produit d'elles-mêmes. » J.-L. Vullierme, *op. cit.*, p. 184.

des décisions satisfaisantes, dans l'autre, le choix est totalement hasardeux.

C'est à ce double titre que la seconde cybernétique retiendra notre attention. De par sa *relativité* ontologique, qui la prémunit contre les changements circonstanciels, et par *l'humilité* de sa démarche, qui se contente d'appréhender le possible plus qu'à prétendre énoncer le nécessaire. L'emprunt de ses méthodes nous permettra de déterminer une figure nouvelle, intermédiaire entre le *sollen descriptif* et le *sollen prescriptif*, celle du *sollen souhaitable* — étant entendu que le souhaitable se définit comme une des solutions permettant d'atteindre à moindre coût certaines fins.

Le droit, envisagé non plus comme une connaissance inerte, mais comme un outil actif et vivant, pourra ainsi être redécrit. Et la connaissance du droit, située et contextualisée prendra, en plus de celle d'objet produit, la dimension de *projet producteur*, principe actif venant modifier et enrichir le social.

§2. Le droit comme connaissance active : un projet pour la société

Selon le paradigme positiviste, le droit est un instrument qui n'a pas de sens propre, servant d'outil à une idéologie qui le détermine à sa guise. Mais n'est-ce pas une illusion ? Le droit peut fixer des valeurs, déterminer des procédures. Il possède une structure. Il est fait pour faire. De sorte qu'il recèle en lui-même un projet : il est en quelque sorte l'expression de nos problèmes, mais aussi de nos projets communs, même s'ils sont tacites.

Une société assure, sous peine de disparition, la permanence de son identité. Et l'identité de l'objet tient à la permanence de son projet et non à la répétition du même état ou de la même série d'états⁴⁷.

Le droit se présente-t-il comme un artefact que l'homme se crée pour se contraindre lui-même. Si on l'analyse en une série d'états au fil de l'histoire, il recèle donc au moins deux projets : le premier est le projet primitif, l'expression du premier jeu social tel que défini en fonction des contraintes initiales ; le second (et les suivants) est un projet tacite, non exprimé et parfois même non voulu. Le second projet peut consister en un simple effet pervers du premier, mais aussi en la formulation d'une volonté inconsciente à son locuteur⁴⁸.

⁴⁷ Jean-Louis LE MOIGNE, *La modélisation des systèmes complexes*, 2^{ème} ed. augmentée, Paris, Dunod, 1995, pp. 65 s.

⁴⁸ Ainsi la répression du vol a-t-elle pu être décrite par Proudhon non comme l'expression d'une justice commutative, mais comme la volonté plus ou moins consciente de creuser les inégalités sociales. C'était un moyen de consacrer l'accumulation du capital, qui sans la protection du droit ne peut croître sans limites. A ce mécanisme de concentration dénoncé par Marx, il proposait une alternative : « *Le producteur lui-même n'a droit à son produit que pour une fraction dont le dénominateur est égal au nombre des individus dont la société se compose.* » (Proudhon, Qu'est-ce que la propriété ?).

1. Autrefois un objet passif : la voix de l'autorité

Plusieurs intérêts convergents concourent à dénier à la science du droit toute aptitude prescriptive. La séparation des savoirs contrecarre l'effet de celle des pouvoirs. Les décideurs se sont ainsi séparés des savants, même si c'est le projet global qui en pâtissait.

a. *L'autorité religieuse et politique*

En France, le droit a longtemps été considéré davantage comme un outil que comme un acteur social. Par le pouvoir tant spirituel que temporel.

Longtemps le droit a été l'expression de l'unique autorité. Autorité politique, mais aussi religieuse. Pourtant, sous l'autorité romaine et les juridictions consulaires, la France connut une période très largement prétorienne, dont la souplesse est mise en avant pour en expliquer la pérennité. Sous l'Ancien Régime on put même observer une période polysystémique⁴⁹, la *personnalité des lois*⁵⁰. A tout justiciable on demandait « *sous quelle loi vis-tu ?* » pour apprécier les litiges. Instauré pour répondre aux besoins du trop vaste empire mérovingien en tenant compte de ses disparités géographiques, ethniques et religieuses, ce principe de *personnalité des lois*⁵¹ montre que l'unicité du droit n'est pas la condition *sine qua non* d'une nation, et qu'à plusieurs autorités peuvent conjointement correspondre plusieurs systèmes juridiques.

Droit canon, loi salique, édits royaux, tous ces systèmes que l'on peut qualifier de juridiques ont un trait commun : ils émanent d'un pouvoir qui se présente comme unificateur. Seuls les us et coutumes possèdent (avec tout autant d'efficacité et de légitimité) une origine protéiforme.

Après le mouvement d'unification entrepris pendant la période révolutionnaire, le droit se trouve circonscrit à émaner de sources constitutionnellement définies. L'Eglise, séparée de l'Etat, perd son pouvoir régalien, et le droit canon se voit relégué à un statut proche d'un règlement intérieur. Quant aux coutumes et à l'avant dire droit, ils deviennent une sorte de folklore à la périphérie du droit officiel. Ils n'ont d'effet que quand une norme officielle y fait expressément référence, ce qui prend alors la tournure d'une concession faite par la nation aux particularismes locaux.

Contrairement au souhait qu'exprimait Montesquieu dans *L'esprit des lois*, « *pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.* », le principe de séparation des pouvoirs, censé en éviter les abus, contribue

⁴⁹ Plus exactement une hypothèse de *polysystémie simultanée*. La France médiévale connaissait au moins trois systèmes juridiques simultanés : le droit écrit romain, le droit coutumier de tradition franque, et le droit canon, sans compter une myriade de coutumes locales. Schéma compliqué par une partition Nord/Sud en ce qui concerne l'usage généralisé des droits oraux ou écrits. Pour plus de détails sur le concept de polysystémie, consulter notamment (A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*), et (DETSD 1993 p.459-461). Voir aussi (A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation...*) notamment les leçons 2 et 4.

⁵⁰ Pour plus de détails sur la personnalité des lois, consulter J.L. HAROUEL, J. BARBEY, E. BOURNAZEL et al., *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 1990, p. 101 s.

⁵¹ Pour plus de détails sur cette période, cf. *idem*, pp. 19-50 et 88-89.

à accentuer le clivage qui s'amorce entre le droit et ses origines populaires. Le droit est présenté comme la voix de la seule entité Etat, alors qu'au sein de cette entité le processus de traitement décisionnel est nettement cloisonné : au politique revient de choisir, au judiciaire d'appliquer. Cette conception simplifiée jusqu'au simplisme se révélera dangereuse. Les adversaires du positivisme ont en effet souligné que ce système permet de justifier l'existence de normes iniques au nom de l'intérêt général, mais envers lui.

Et nul ne semblerait pouvoir s'opposer au pouvoir absolu du politique sur le droit, hormis peut-être le juriste, mais sur des bases qui restent à définir. Pour certains, la V^{ème} République est emblématique à cet égard : « *l'insolite est qu'elle se soit faite elle-même droit, qu'elle ait poussé la passion du droit jusqu'à s'identifier à lui* »⁵². Ce serait à ses origines militaires et au fait d'avoir été primitivement sous l'emprise d'un général, comme à son encadrement d'énarques, que la Cinquième devrait une forte empreinte volontariste — « *l'État se veut en possession d'agir sur la société, par le décret de préférence* »⁵³ — et une attitude singulière envers le droit dont ne sont ressentis « *ni les contraintes de l'histoire longue en amont, ni les obstacles de l'ineffectivité en aval* »⁵⁴. Les hautes sphères de l'Administration présenteraient ainsi une propension au juridisme pur. « *[A]gents inconscients d'un juridisme passionnel, d'un pan-juridisme, sous lequel le droit a été en péril de se noyer* », ces « *faiseurs de droit* » ont réduit celui-ci à un produit dont l'abondance inflationniste a appauvri la valeur.

De surcroît, une vision strictement positiviste du droit interdit de prescrire ce que celui-ci *doit être*, à moins de se placer à un métaniveau⁵⁵. D'une conception politique trop radicalement positiviste peuvent ainsi résulter des abus moraux (droit nazi⁵⁶) ou volumineux (inflation juridique, juridisme au sens de Carbonnier).

Ainsi, vis-à-vis de l'Etat, l'homme qui se représente le *juste* n'agit pas tant en juriste qu'en citoyen libre. Dans une vision plus large, le juriste peut se contenter de dégager des « principes d'éthique » ou des « règles morales » qui doivent guider le législateur. Cette connaissance globale s'apparente à la lointaine *ratio juris* romaine, et permet d'adapter le droit selon une logique qui lui préexiste ou lui est consubstantielle. Mais cette connaissance est difficile à acquérir pour des non-spécialistes.

C'est par ce biais que l'expert peut posséder une influence sur le décideur, même s'il s'en tient au strict respect de l'esprit des textes⁵⁷. Précisons qu'ici il ne s'agit pas tant de créer

⁵² Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, coll. « Forum », 1996, p. 10.

⁵³ *Idem*, p. 19.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Cf. en particulier le débat en M. Troper et D. Loschak in Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, 228 p.

⁵⁶ En ce sens, Denys de Béchillon suggère un compromis entre obéissance et rébellion : « *A bien y réfléchir, il n'est de positivisme conséquent que critique, dans tous les sens du terme. Le juriste n'a pas le droit d'oublier. Sauf à pervertir sa science. Sauf à devenir pervers.* » (*Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 258).

⁵⁷ En ce sens, voir en particulier Xavier LABBÉE, *Les critères de la norme juridique*, Villeneuve-d'Ascq,

que d'adapter un corpus textuel préexistant. La création véritablement innovante, signe d'un pouvoir décisionnel au sens fort, reste fondamentalement étrangère à l'expert. Partant, sa conception de son objet d'étude va s'en trouver affectée. Car si les options politiques se situent en périphérie de la sphère juridique, les questions de l'autorité, de la légitimité, de ce qui fonde l'efficacité d'une norme, n'ont plus de réelle pertinence pour les doctrines. Peu importe la raison du pouvoir, son existence seule suffisant à fonder la science du droit qui l'exprime. Jusnaturalisme et juspositivisme ont en commun d'avoir rendu *self-evident* cette question clé ; aussi faut-il se tourner vers la sociologie juridique ou les sciences politiques si l'on recherche un fondement social au pouvoir. Ce cloisonnement disciplinaire prive la théorie du droit d'outils conceptuels lui permettant de penser son effectivité. Notre modèle tentera de combler partiellement cette lacune.

b. *L'autorité (masquée) du positivisme et du jusnaturalisme*

Une époque de barbarie commence ; les sciences la serviront.

Nietzsche, Gai
Savoir

Le juspositivisme comme le jusnaturalisme ont un point commun : la référence à un lieu de décision défini et délimité. Volonté légitimée d'une part, vérité naturelle de l'autre, les deux conceptions brossent un portrait fondamentalement autoritaire et téléologique du pouvoir, désormais incompatible avec une vision post-moderne, plurielle et évolutive. La science s'oppose au savoir.

Bien qu'elle paraisse relever d'une saine rigueur, la distinction de l'être et du devoir-être cache un effet pervers depuis longtemps dénoncé par certains auteurs : si une science du droit se retranche derrière la neutralité de l'énoncé scientifique, elle perd une grande partie de son utilité pratique, car elle ne permet plus de définir les contours de la notion de justice. Partant, la science du droit sert les seuls intérêts du détenteur du pouvoir, si peu moralement légitime soit-il.

Nous avons évoqué *supra* que ceci constitue les termes de l'une des controverses qui opposent le positivisme et la morale, débouchant sur la tentative de conciliation que constitue le néopositivisme (cf. *supra* p. 11) ; nous montrerons *infra* que la dichotomie classique être / devoir-être se révèle également insuffisante d'un point de vue cognitif. La norme est une *connaissance actionnable*, et l'on ne peut en faire ressortir le sens et la portée qu'au prix d'une fusion entre ces deux notions, qui font alors ressortir d'autres formes de structure (cf. *infra* p. 249).

Le pouvoir qui se veut lieu exclusif de l'autorité peut forger un droit implicitement destiné à l'asseoir, bien qu'explicitement neutre. Il devient dès lors difficile de ne pas recourir à une forme de morale, comme celle des « 10 règles d'or de l'homme symbiotique »⁵⁸, qui fait émerger une intelligence collective, fait coévoluer les personnes, les systèmes et les réseaux, assure des symbioses « *grâce, par exemple, à la répartition des tâches selon les compétences, à l'économie des métabolismes ou au partage des réseaux de communication* », et met en

Presses Universitaires de Lille, 1994, et sa bibliographie sur le sujet.

⁵⁸ Joël de ROSNAY, *L'Homme symbiotique*, Paris, Seuil, 1995, rééd. « Points », 1997, p. 359.

œuvre les règles de la subsomption.

Le débat, nous rappelle J.-L. Le Moigne, est loin d'être récent :

« Socrate déjà interrogeait Protagoras raconte Platon : "Ce n'est pas seulement dans les affaires publiques mais aussi dans le privé, que les plus avisés et les meilleurs des citoyens que nous ayons sont incapables de transmettre à autrui ce savoir qu'ils possèdent. Ainsi Périclès ...Alors si tu es à même de nous démontrer que le mérite est une chose qui s'enseigne, ne te dérobe pas ..." »

"Eh bien Socrate répondait Protagoras, je ne me déroberai pas...M'est avis qu'il sera plus agréable que je vous raconte une histoire..."

Ainsi se forment les mythes par ce projet délibéré d'être entendu de tous plus aisément et plus sûrement que par l'exposé d'une démonstration rationnelle (que Protagoras donnera ensuite sans pourtant convaincre tous les doctes : comment prouver à Socrate "qu'un contraire n'a pas qu'un seul contraire, si l'on veut distinguer la prudence et la sagesse" ?)

Le mythe que rapporte ici Protagoras est celui du conflit d'Epiméthé et de son frère Prométhé : chargé par Zeus de distribuer équitablement les qualités et les aptitudes entre les différentes espèces vivantes, Epiméthé oublia les humains ; Prométhé cherchant un moyen pour réparer cette erreur qui allait fâcher Zeus déroba à Héphaïstos et à Athéna "le génie créateur des arts le feu : voilà comment l'homme acquit l'intelligence qui s'applique aux besoins de la vie. Mais l'art d'administrer les cités, il ne le posséda pas. Cet art en effet était chez Zeus et Prométhé ne pouvait y pénétrer..." Aussi lorsque les hommes, ayant pu ainsi inventer les techniques, voulurent se grouper en formant des cités ne possédant pas l'art de les administrer ils commirent tant d'injustices les uns à l'égard des autres qu'ils allaient tous s'anéantir. C'est alors que Zeus, craignant la disparition totale de notre espèce envoya Hermès lui porter l'intelligence politique que l'intelligence des techniques ne pouvait lui donner. Hermès demanda à Zeus "de quelle manière il devrait donner aux hommes ce sentiment de l'honneur et celui du droit", bases de l'art politique : sera-ce de la même façon qu'ont été distribuées les disciplines technique spécialisées à un seul individu spécialiste par exemple de la médecine suffisant pour un grand nombre de citoyens étrangers à cette spécialité, et de même pour les autres professions ? Non, répondit Zeus "distribue-les indistinctement à tous ...Il n'y aurait pas de cités si un petit nombre d'homme comme c'est le cas avec les disciplines spécialisées participaient seuls à ces sentiments". Voilà conclut Protagoras "comment c'est avec raison que tes concitoyens accueillent, sur la chose publique les avis d'un forgeron et d'un cordonnier, comment la morale publique est, à leur jugement, quelque chose dont on s'équipe et qui s'enseigne". »⁵⁹

Miroir de l'autorité politique, la téléologie est une expression de l'autorité moins connue, car masquée par une ontologie positiviste qui met l'accent sur le contenu des normes. L'énoncé des normes est connu de tous, mais les fins qu'elles visent l'est plus rarement. Ce qui amène parfois le juge à rechercher jusqu'aux éléments préparatoires et antérieurs d'un texte pour connaître l'intention du législateur⁶⁰, quand l'interprétation d'un texte pose

⁵⁹ J.-L. LE MOIGNE, « Complexité et citoyenneté, science et société », Congrès Interlatin pour la Pensée Complexe de Rio de Janeiro , sept. 98, visible sur le Forum du Conseil scientifique MCX-APC, <http://www.mcxapc.org/conseil/lemoign2.htm>.

⁶⁰ Ce qui peut recouper de nombreux éléments : « (...) le juge est obligé de faire preuve de sérendipité (sic) quand la règle est lacunaire ou confuse. Mais cette possibilité est étroitement encadrée : soit en fonction du domaine du droit soit par les règles d'interprétation elles-mêmes. Si la loi est lacunaire par exemple, il devra d'abord se référer aux travaux préparatoires, ou à l'esprit de la loi ou à l'intention du législateur avant de trouver une solution. En outre, la solution à laquelle l'a conduit son interprétation doit être conforme aux principes généraux du droit ou à la loi. » Pek van Andel & Danièle Bourcier, *Peut-on programmer la sérendipité? L'ordinateur, le droit et l'interprétation de l'inattendu*, 1996, Rubrique « Recherches » du site web

problème.

Dans la vision déterministe classique des sciences de la nature, la seule volonté qui existe est celle de l'observateur ou du technicien. Quand une fusée rate sa trajectoire, quand un ordinateur ne répond plus ou qu'une voiture tombe en panne, c'est un vice de conception ou de paramétrage qui est recherché. En aucun cas les objets ne sont affublés de quelconques intentions malveillantes. Rien d'étonnant à cela, dans la mesure où ces objets sont mus des mécanismes totalement déterminés. Quand on en connaît les conditions initiales, on est théoriquement capable d'anticiper leur état final.

Le positivisme juridique tend à transposer ce schéma aux ensembles normatifs. Il est possible de décrire un ensemble de normes de manière qui soit vérifiable (on peut vérifier si telle norme appartient ou non au droit positif français) ; nous énonçons un *sollen descriptif*. La volonté exprimée est celle de l'autorité judiciaire habilitée, que décrit objectivement l'observateur. Le jusnaturalisme pose quant à lui le principe que de même que les lois de la Nature sont découvertes par l'homme, les lois des hommes doivent être cherchées dans sa nature (d'où le nom de *droit naturel*). Rien que de très logique pour une doctrine qui s'appuie sur le postulat que l'homme comme la Nature sont le produit d'une volonté supérieure, celle du (ou des) Créateur(s). Ce qui lui donne l'avantage sur le positivisme de pouvoir apprécier si un droit est *juste*.

Mais une difficulté se pose.

Pourquoi en effet, un magistrat doit-il se référer à l'esprit des lois, à l'intention du législateur, éléments de l'avant dire droit, quand une interprétation juridique lui pose problème ? L'ontologie positiviste est suffisante pour expliquer les phénomènes naturels, mais non, semble-t-il, pour rendre compte de certains phénomènes juridiques.

Il faut donc admettre qu'il y a dans une norme au moins deux éléments distincts : son énoncé et les fins qu'elle vise, c'est-à-dire une dimension axiologique et une dimension téléologique. Ainsi que nous le remarquons *supra*, celle-ci est assez peu souvent explicitée. Elle est même absente de la *théorie pure du droit* de Kelsen. Ses effets sont cependant lourds de conséquence.

En effet, la norme « *tous les voleurs doivent être punis* » comporte l'expression non pas d'une mais de deux ou plusieurs volontés : celle qui est directement exprimée (si *x* est un voleur, *x* doit être puni ; dimension axiologique) et celle qui est sous-jacente⁶¹ (il faut protéger la propriété privée, il faut éviter les conflits patrimoniaux entre individus, etc. ; ce sont les dimensions téléologiques). Il est à noter qu'une dimension téléologique exprime, parfois implicitement, les effets voulus de la norme à un niveau plus global que la dimension purement axiologique. Nous verrons que cette globalité s'étend aussi bien dans l'espace que dans le temps.

La téléologie, l'expression — souvent implicite — des effets recherchés, est l'élément

du Réseau Européen Droit et Société, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/idl/serendip.htm>.

⁶¹ G. Timsit parle de la « loi qui s'exprime en silence » (G. TIMSIT, *Les Noms de la loi*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1991).

qui différencie fondamentalement l'objet droit des autres objets physiques ou biologiques.

En apparence, ce schéma est cohérent et immuable. Cohérent, car il est évident que la norme est le produit d'une volonté qui souhaite amener tout ou partie de ses assujettis d'un certain état à un autre. Immuable, car la capacité explicative de ce système était suffisante à asseoir la légitimité du pouvoir. La neutralité de la science du droit est d'ailleurs, dans ces conditions, le meilleur garant de son efficacité. Il a fallu les abus de la seconde guerre mondiale et l'avènement du néopositivisme pour que se relance le débat. Dans les autres disciplines, l'avènement de l'ordinateur a fait progresser la science des systèmes et permis de découvrir qu'un système possède une dimension téléonomique, c'est-à-dire qu'il peut sembler poursuivre des buts propres, indépendants de ceux de ses parties. Mathématiquement, ceci signifie que même si l'on peut prévoir le comportement d'un élément dont les caractéristiques sont connues, placé dans un ensemble, cette prévision devient erronée. Poincaré, en 1901, avait déjà montré l'impuissance du calcul infinitésimal de Newton à prévoir l'évolution d'un système constitué de plus de deux astres. Depuis que les ordinateurs sont capables de traiter un grand nombre de données, on possède cependant des outils pour donner une bonne approximation des lois auxquelles semblent se conformer les ensembles possédant de multiples éléments. Des recherches sur les correspondances entre les niveau micro et macroscopiques sont également en cours chez les physiciens quantiques.

Mais ce vent de nouveauté ne semble pas encore parvenu jusqu'aux sciences juridiques où l'objet droit est encore présenté comme tendant vers un seul but : celui pour lequel il a été constitué (justice, équité, utilité, ordre selon les cas et les époques). Seule notable exception, l'école de Luhmann et Teubner, dont les thèses ont connu peut d'écho en France, et qui n'est pas tant basée sur la téléonomie que sur l'autonomie, concept importé de la biologie, notamment des travaux de Varela et Maturana.

Et de fait, la téléonomie se distingue de l'autonomie⁶². Appliquée à la science juridique, elle propose l'hypothèse que le droit, de par sa structure et les caractéristiques de ses éléments, possède des propriétés qui n'étaient pas initialement prévues pour lui. Ainsi par exemple, le principe de liberté contractuelle a-t-il favorisé la concentration du capital et l'aggravation des écarts entre les acteurs économiques, qu'a dû venir corriger la notion d'*abus de puissance économique*. Ces caractéristiques se révèlent au fil de l'évolution du droit. Une

⁶² L'acception initiale de ce terme est moins systémique et plus discursive : « *La présupposition fondamentale d'une description opérationnelle est que les phénomènes s'accomplissent suivant un réseau de relations nomiques (obéissant à des lois). Dans une explication symbolique, communicative, la présupposition fondamentale est que les phénomènes ont lieu dans un certain ordre ou selon une certaine matrice ; et la communauté scientifique concentre son attention sur les moments de cet ordre qui lui semblent importants. Ainsi, ces deux formes d'explication ne sont exclusives que sous deux exigences contradictoires : la première imposerait que les lois de la nature soient compréhensibles indépendamment des communautés scientifiques, et la seconde, au contraire, qu'aucun réseau némique ne soit discernable au sein de l'univers.*

Or ces deux exigences sont sans fondement. Rien n'impose que ces différentes descriptions d'un phénomène soient contradictoires. Dès qu'il est possible d'exhiber le fondement némique d'un phénomène, une explication téléologique consiste à mettre entre parenthèses certaines étapes intermédiaires de la chaîne causale, et à s'attarder aux structures qui intéressent particulièrement la communauté des chercheurs. C'est pourquoi Pittendrigh a forgé le terme « téléonomique » afin de désigner les explications téléologiques qui supposent une structure némique du phénomène. Ces explications téléologiques introduisent au sein de l'explication des termes finalistes, tout en reposant sur un certain réseau némique, d'où leur nom, téléonomique » (Varela 1989, op. cit. pp. 175-176, caractères gras ajoutés).

part de ces caractéristiques est d'ordre organique (le droit semble fixer certaines valeurs), une autre part est encore d'ordre téléonomique (le droit semble poursuivre certaines fins). Cette partie méta-téléonomique, qui détermine à volonté des téléologies convergeant pyramidale vers l'ordre social a été découverte et formalisée par Arnaud, sous le nom de *raison juridique*⁶³.

Mais la téléonomie juridique est presque toujours occultée au profit de la téléologie, tant par la science juridique que par le discours politique. Sans doute car elle révèle des dimensions non voulues du système, des dysfonctionnement ou des effets pervers, ce qui n'est jamais très valorisant pour des décideurs qui se targuent souvent de leur capacité à maîtriser les situations. Mais il est également fort possible que la téléologie ne soit mise en avant que pour masquer une téléonomie aussi inavouable que parfois nécessaire. Ainsi le gouvernement français, au début des années 90, a-t-il refusé de laisser flotter le Franc par rapport au Mark. Cette stabilité artificielle, qui surévaluait le Franc (politique du « Franc fort »), a coûté à la France de longues années de stagnation économique et de chômage à partir de 1993, ainsi que de nombreuses attaques sur les places boursières internationales. Aucun homme politique n'a pris le risque d'expliquer, à l'époque, à quoi la politique du Franc fort était réellement destinée : la construction de l'Euro. Comment un gouvernement, quel qu'il soit, aurait-il pu expliquer qu'il favorisait l'Euro en acceptant le développement d'un chômage qu'il prétendait combattre ?

Les experts en communication politique savent que des exposés linéaires sont plus politiquement efficaces qu'un discours complexe. L'effet direct est plus visible que l'effet pervers induit. Autrefois politique du discours lénifiant, grandiloquent ou moralisateur, la politique moderne se tourne vers un discours réaliste, neutre, savant mélange de déclarations d'intention et de non-dit véritablement efficient. Le politique transmute le non-dit téléonomique en fausse téléologie communicable.

Il arrive cependant que d'autres effets pervers se fassent jour : ceux du décalage entre cette téléologie et la téléonomie masquée. On perçoit le fallacieux du discours. Quand l'objet régulé, le social, en prend conscience, il réagit à ce décalage par un autre décalage : celui des effets secrètement escomptés du régulateur et ceux effectivement produits, qui le contrecarrent ; la prophétie téléonomique devient alors autoréfutante. Au centre de ce conflit de pouvoir entre la masse et ses instances dirigeantes se trouve un élément-clé : l'information. D'elle dépend la capacité réactive d'une masse de consciences qui évolue vers une totalité autonome, maîtresse de sa propre régulation.

Conclusion partielle

Nous avons vu que le droit peut n'être considéré que comme un *instrumentum* au service d'un pouvoir qui règne sans partage sur une société soumise. Cependant ce modèle n'est plus pertinent pour décrire une société post-industrialisée comme la société française. Le modèle de gouvernement s'oriente vers la *governance* ; une société plus informée, plus complexe, qui ne croit plus aux modèles simplistes et aux utopies du passé. Mai 68 a représenté en France une spectaculaire crise de maturité, qui a vu s'effondrer le mythe du progrès technique. La société française, qui commence à correspondre à une totalité sociale

⁶³ Nous étudierons en détail cette notion *infra*, p. 362 s.

consciente d'elle-même, tend à prendre seule en charge sa destinée, son histoire, ses fondements. Et la réalité juridique reflétant toujours les mutations de la régulation politique⁶⁴, c'est l'image d'un objet juridique actif qui se dessine : qui dit indépendance de la justice dit indépendance du droit. Qui dit désengagement de l'Etat — du politique — dit renforcement du pouvoir régulateur du juridique⁶⁵.

Ainsi le droit, objet objectif, est représentable comme l'expression d'une totalité intersubjective — ou du moins pour partie, ce qui sera une composante importante de sa complexité.

2. Aujourd'hui un objet actif : la voix objective d'une totalité intersubjective

Il revient à la science des systèmes d'avoir montré qu'un objet nouveau est créé par la mise en réseau d'éléments autonomes. Cet objet, scientifiquement, objectivement, positivement observable, n'en est pas moins en perpétuelle évolution, reconstruction, redéfinition. Au niveau socio-politique, un concept illustre ce changement, celui de liberté, qui se présente sous une tournure particulièrement complexe.

Plusieurs individus, un seul droit ; plusieurs sujets, un objet, et une interaction mutuelle. Quelle représentation peut rendre compte de cette activité particulière de construction collective de sens ? Une piste nous est suggérée par les travaux réalisés sur la notion de *sens commun*, qui illustre bien le mouvement cognitif d'un ensemble d'individus sur lui-même, et son évolution dans le temps. Lors des Lumières et de l'avènement de la modernité, le sens commun fut dépassé, transcendé par une connaissance scientifique chargée de maîtriser l'univers. La post-modernité voit s'infléchir ce flux en une boucle, puisque c'est la connaissance scientifique qui se reconvertit et s'intègre dans le sens commun. La société acquiert alors une connaissance sur elle-même⁶⁶. Elle recompose son sens, non plus de manière mécanique et dirigée par une instance présumée seule détentrice de science, mais elle *recompose* elle-même, en permanence, le lieu d'émergence de son propre sens. Ainsi va, pour les sociologues de la post-modernité, le sens commun.

Ce sens commun peut être considéré comme révélateur d'un mouvement social de fond : l'élévation de l'**autonomie** du social. Mais d'autres problèmes sont alors soulevés. Car auparavant, l'équation était relativement simple : l'ordre social était le produit de la volonté d'une classe dirigeante restreinte dont le pouvoir était peu contrôlé. La complexité d'une société pouvait donc se résumer à peu près à celle de sa classe dirigeante. Mais un ordre social, qui acquiert une connaissance sur lui-même et se réorganise constamment en fonction

⁶⁴ En ce sens, se reporter à Jacques COMMAILLE et Bruno JOBERT dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, Coll. Droit et Société n°24, Paris, LGDJ et Maison des Sciences de l'Homme, 1999, 385 p.

⁶⁵ *idem*, notamment p. 147 s. *La régulation par le droit en contexte globalisé*. Où André-Jean Arnaud montre que, globalisation aidant, les droit nationaux trop empreints de politique étatique tendent à marquer le pas face à une éthique internationale, représentée par des institutions de régulation transnationales de plus en plus indépendantes. Cette réalité juridique illustre l'évolution des rapports de force observables au niveau de la politique internationale.

⁶⁶ Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Um discurso sobre as Ciências*, 2^e éd., Porto, Ed. Afrontamento, 1987, cit. in *DETSO op. cit.*, p.551, entrée : *sens commun*.

de cette connaissance, devient similaire à un être autonome. Cette auto-éco-ré-organisation⁶⁷ lui permet de ne plus connaître de limite à sa complexité que sa capacité de *mémorisation*. En s'informant sur lui-même, un système d'individus connaissants accroît spontanément sa propre information, et se complexifie. Ce mouvement d'accroissement ne trouve de borne, en théorie, que quand la capacité cognitive du système est saturée, ou quand ce système a trouvé un équilibre qui résiste aux chocs externes (un *bassin d'attraction*, en mathématiques).

En résumé, le sens commun peut être soit un produit du choix délibéré d'une multitude d'individualités, soit l'expression inconsciente d'un consensus qui s'impose à tous, ou un compromis entre ces deux extrêmes. Difficile, dès lors, de délimiter avec précision les contours d'un objet régulateur comme, par exemple, celui de *liberté* : objet ou projet ?

En philosophie juridique, l'hésitation peut être illustrée par la notion de liberté. A la liberté de « base », ou « liberté-objet » peut succéder une « liberté-projet », dans laquelle les hommes ne sont plus seulement respectueux de leur nombre, mais également de leurs différences. En ce sens, J.-F. Spitz souligne la plasticité et la relativité du concept de liberté⁶⁸. La tradition républicaine présente l'homme comme naturellement porteur de droits, que l'Etat se doit de reconnaître et respecter (téléologie apparente). Mais cette représentation pourrait tout aussi bien être autre : souveraineté et égalité n'auraient de sens que quand les hommes « *ne sont libres que s'ils sont unis au sein d'institutions légitimes qui leur confèrent des droits réels en créant chez leurs concitoyens un authentique devoir de les respecter* » (téléonomie véritable). « *Dans cette tradition, l'idée première est qu'il ne saurait exister de véritable liberté si les citoyens sont seulement dissuadés de se nuire, mais qu'il faut au contraire, pour qu'un homme agisse librement, qu'il jouisse d'une forme de reconnaissance universelle de légitimité de la part de ses concitoyens ; en d'autres termes, nous ne pouvons avoir de droits véritables et en jouir librement que si les hommes avec lesquels nous vivons possèdent les mêmes droits et ont pour cette raison un devoir de respecter les nôtres.* » (p.122) Ce qui suggère qu'une sorte de « liberté-miroir » serait plus souhaitable qu'une liberté qui ne semble pas loin de l'indifférence. On est ici dans le schéma de la *main invisible* d'A. Smith : *je ne peux m'approuver que si les autres m'approuvent* ; équivalente de son acception biblique : *ne fait pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit*.

En ce sens, la « liberté sans la justice » serait bien, selon l'expression de Rousseau, une « véritable contradiction » : *une société peut-elle être composée d'hommes libres si les droits qu'elle reconnaît à chacun n'offrent pas à tous les mêmes garanties ?*⁶⁹ Ainsi, le respect

⁶⁷ J.-L. Le Moigne, *La modélisation des systèmes complexes*, op. cit., ch. 3

⁶⁸ Jean-Fabien SPITZ, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, Paris, PUF, coll. " Léviathan ", 1995, 509 p. En particulier : « *Le concept de liberté possède aujourd'hui une ascendance bien établie qui, passant par les voies de la loi et du droit, montre comment s'est composée, au cours de l'âge moderne, une représentation de l'homme comme porteur naturel de droits dont la politique doit assurer le respect et la sûreté grâce à une législation stable et à des garanties constitutionnelles. Pourtant, cette ascendance - qui est au cœur de la philosophie politique libérale contemporaine - n'est sans doute pas la seule qu'on puisse assigner à la liberté moderne : on peut reconstituer à cette dernière une autre généalogie qui, passant par les concepts républicains de souveraineté et d'équité de la loi, suggère que les hommes ne sont libres que s'ils sont unis au sein d'institutions légitimes qui leur confèrent des droits réels en créant chez leurs concitoyens un authentique devoir de les respecter* ».

⁶⁹ Nous abordons ici des problèmes typiquement circulaires : *pour que la liberté soit pleine, il ne faut pas de contrainte ; pour cela il faut une égalité totale ; pour cela il faut de la contrainte*. La notion de liberté

et l'égalité se poseraient en projet crédible pour assurer une liberté que l'on pourrait considérer comme **satisfaisante**, par simple effet systémique. Liberté *mais* et *par* l'égalité. Obéir à tous c'est n'obéir à personne, élément fondamental de la notion de liberté. Au sein de l'égalité, la liberté est infinie.

Mais en pratique il s'est avéré difficile de faire respecter la liberté sans un recours massif à la force collective, incarnée par l'Etat — les individus tendant à préserver les avantages qu'ils conquièrent. Le respect d'une égalité démocratique semble donc artificiel, qui implique qu'obéir au droit soit comme obéir à l'Etat, un acte « spontané » d'allégeance. Selon Schmitt, dans la lecture critique qu'il donne de Kelsen, l'ordre juridique ne serait rien sans la multitude de décisions individuelles et unanimes qui le fondent. Mais Schmitt doit aller au-delà de l'affirmation de l'autonomie de la décision par rapport à la norme. « *Il va ensuite falloir affirmer le caractère fondateur du moment de la décision par rapport à la norme, postulant que tout ordre repose sur une décision plus que sur une norme. Un décisionnisme est né. Mais Kelsen reproche à la décision individuelle de revêtir le rôle de la Grundnorm : autofonder l'ordre en dispensant de recourir à la classique axiomatique jusnaturaliste.* »⁷⁰ De fait, c'est une forme déguisée de la transcendance que l'on met ici à jour.

La modernité a mis en valeur certaines limitations de la liberté-projet telle que conçue de manière traditionnelle : incapacité à remédier aux maux occasionnés par les disparités sociales, inaptitude à instaurer une relation saine et durable entre l'homme et un environnement naturel dès lors qu'il le domine totalement, et d'autres problèmes incidents tenant au paradoxe du *double bind* qui transforme le modèle en obstacle. Ne peut-on concevoir, par exemple, une liberté sans un Etat garant ? Ces manquements philosophiques mettent à jour la nécessité de recomposer la notion de liberté-projet. La liberté s'oppose à la contrainte. Mais détruire la contrainte, c'est donc détruire la liberté, notion lui faisant front ; on n'a pas beaucoup, en apparence, progressé⁷¹.

Mieux vaut peut-être en revenir à la *décision*. Dans la mesure où nous avons admis que les ordres sociaux sont basés sur des décisions, au moins implicites, des individus, nous pouvons admettre que leurs décisions obéissent à un certain nombre de contraintes. Toute décision impliquant alors une contrainte, la décision la plus libre sera celle qui en contiendra le moins. Ainsi, définir la contrainte comme une composante fondamentale de la liberté nous évite de tomber dans le piège du *double bind*. Selon une formule chère à J.-P. Dupuy, la liberté *contient* la contrainte, dans le double sens où elle l'incorpore et la délimite⁷².

Constatant cet accroissement de l'autonomie et de la complexité du social, qui remet en cause les paradigmes classiques de type autoritaire-hiérarchique, nous pouvons entrevoir un éventail d'options possibles, ces choix se présentant davantage comme des défis que

poserait donc un problème d'applicabilité insoluble sur le plan logico-formel. La liberté *contient* la contrainte.

⁷⁰ La critique schmittienne du normativisme kelsénien, in *Penser la norme Approches juridiques et philosophiques*, Publication de l'université de Rennes, 1996, rés. S. Diebolt, sur <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/nomos8.htm>. Bibliographie de Schmitt incluse.

⁷¹ Rousseau avait ainsi formulé ce paradoxe : *trop de liberté tue la liberté*.

⁷² Où l'on remarquera la perspicacité des Romains, pour lesquels le verbe *contingere* possédait déjà ces deux significations.

comme des solutions : pour répondre aux nécessités régulatrices d'une humanité toujours plus consciente de son unité, le droit peut se présenter comme un projet d'union globale (a.) ; pour contrer les réactions de plus en plus rapides d'une société de plus en plus informée, le droit peut se présenter comme un projet d'union durable (b.). C'est par cette maîtrise conjointe de l'espace et du temps que l'on devrait pouvoir concevoir un droit apte à co-construire une société globale à venir.

a. *Le droit comme projet d'union globale : harmoniser sans niveler ?*

A l'heure de la globalisation des échanges, le droit ne peut se donner comme défi qu'un projet global, mais il ne saurait s'agir d'un nivellement par le bas : sans idéal, point de dépassement. Le droit ne peut jouer sans risque le jeu d'un pouvoir ultra-libéral, même si cette solution présente l'avantage de la facilité. Mais il ne s'agit pas non plus de verser dans le fossé du totalitarisme. D'où la nécessité d'intégrer la différence comme facteur d'union, plutôt que de la nier, ce qui a des conséquences sur la manière d'administrer la régulation juridique.

Si le contexte socio-politique peut être considéré comme un facteur déterminant pour le droit à venir, alors la globalisation peut être placée en tout premier plan. D'une part, car elle change les rapports humains dans le temps et l'espace. Le progrès des communications opère comme un compacteur d'espace et de temps. Il s'ensuit qu'une contrevérité est bien plus rapidement démasquée : il devient difficile dans ces conditions, de réguler une société sur la bases de règles trop archaïques. Dès lors par exemple, qu'un ordre social autorisant plus de liberté ou moins de sacrifices individuels qu'un autre prouve sa cohérence, il est difficile de l'empêcher de devenir pour les autres ordres politiques un modèle.

Conséquence : si l'espace des échanges d'information s'étend sur l'entièreté de la planète (et le phénomène de globalisation nous amène à penser que ce moment est arrivé), il risque de s'ensuivre qu'irrésistiblement un système politique se présentera comme le plus souhaitable, au regard des autres et selon les critères les plus en vogue du moment. En cette fin de 20^{ème} siècle, par exemple, un facteur déterminant d'évaluation semble être la performance économique. Une grande majorité des individus étant attirés par l'abondance de richesses, le modèle en vogue tend à se calquer sur celui de l'économie la plus puissante, en l'occurrence celle des Etats-Unis.

Ainsi, le regard des hommes se portant vers un lieu de référence unique, la loi du plus fort n'aurait même pas, n'en déplaise à ses plus farouches opposants, besoin d'efforts particuliers pour s'imposer d'elle-même : il lui suffit d'exister pour que *l'envie* ordonne spontanément les énergies individuelles et constitue un irrésistible mouvement convergeant. L'envie serait un facteur d'ordre spontané. Mais l'édifice est fragile, car il postule que le plus méritant s'attire ipso facto l'envie imitatrice de ses suivants. Que ceux-ci détournent de lui leurs regards fascinés, et c'est toute la hiérarchie qui vacille.

Pour éviter cela, on a imaginé de stabiliser le jeu des imitations individuelles. Pour ce faire, un moyen est de doter les individus d'un projet commun. On peut en distinguer deux catégories : les *projets contre*, destinés à unir les individus contre d'autres groupes d'individus, et les *projets pour*, destinés à unir les individus en vue de procurer à tous un avantage individuel tiré de l'existence du collectif. Chacun de ces projets possède la caractéristique d'être simultanément unificateur et diviseur : le *projet contre* met en avant les convergences des individus pour opposer les groupes ; le *projet pour* met en avant le groupe mais fait ressortir les différences entre les individus. Cette ambivalence se retrouvera être la

source de chaque émergence d'effets pervers.

Le *projet contre* semble être le plus simple à construire. Girard a montré que le mécanisme de la victime émissaire procédait de cette logique, ancienne puisque l'on peut l'observer depuis l'antiquité, permettant à un corps social d'exorciser ses propres travers en sacrifiant une partie de lui-même. Ce mécanisme est discutable sur le plan des principes mais s'est révélé efficace, et c'est sa simplicité même qui le fonde. Ainsi, pendant la guerre froide, la partition Est-Ouest a-t-elle permis à deux modèles politiques simplistes mais diamétralement opposés de prospérer : les sociétés se présentaient surtout comme des *projets contre* : l'union d'individus contre d'autres individus. Par la suite, la « défaite » du communisme a profondément modifié cet équilibre, amenant peu à peu l'individu à repenser ses rapports avec son groupe. Tout antagonisme n'a pas, et de loin, disparu à l'échelle planétaire, mais faute de projet d'opposition bipartite l'humanité semble se chercher un projet d'union, tandis que se multiplient des conflits d'échelle plus réduite⁷³. Et l'observation des tendances économique-politiques contemporaines laisse à penser qu'à défaut de réelle pensée politique commune⁷⁴, le seul projet humain global se contenterait d'une imitation du modèle économique dominant, axé sur le mécanisme minimaliste du laisser-faire : en somme, nous vivrions le triomphe d'un individualisme plus ou moins teinté de holisme⁷⁵, dont le droit constitue un reflet⁷⁶.

Réguler par la complexité implique le renversement de certaines vérités que l'on croyait acquises ou crédibles. Ainsi en 1967, J. Mélése pouvait-il exprimer en ces termes une loi dite de la *variété requise* : « *Rappelons que la variété d'un système se définit comme le nombre d'états différents que peut revêtir un système : la variété mesure donc, en quelque sorte, la richesse des possibilités de transformation du système, ou encore la quantité d'informations qu'il peut contenir. La loi de la variété requise énonce la propriété suivante : un système de variété V ne peut être totalement contrôlé par un autre système que si la variété U de ce dernier est au moins égale à V [...]* ».

Cette loi exprime et quantifie le fait qu'un système physique très riche en possibilités ne peut être contrôlé par un système de gestion pauvre et simpliste : par exemple, il faut perdre l'illusion de croire qu'un règlement, aussi fouillé soit-il, puisse répondre aux besoins

⁷³ Zaki LAÏDI dir., *L'ordre mondial relâché, sens et puissance après la guerre froide*, 2^{ème} éd., Coll. Références, Paris, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, 1993, 261 p.; *Géopolitique du chaos*, *Le Monde diplomatique*, Dossier hors série, avril 1998.

⁷⁴ Quelques signes d'accord macro-politiques se font néanmoins jour au niveau international, notamment l'institution du Tribunal Pénal International de La Haye, et l'augmentation progressive du rôle des institutions transnationales comme l'ONU.

⁷⁵ En ce sens, cf. Alain TOURAINE, *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1993 ; sur l'ambivalence des rapports entre individualisme et holisme cf. Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme - Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Saint Amand (Cher), Seuil, 3e éd., Col. Points, Série Essais, 1991, 310 p.

⁷⁶ « *Le droit véhicule directement la représentation de cette perception moderne de la violence, et le nouveau Code pénal montre involontairement le lien entre deux logiques contradictoires de l'individualisme contemporain : celle de la revendication infinie des droits et celle de la demande de protection.* » (Martine KALUZYNSKI, in *Globalisation des échanges et espaces juridiques*, Revue Droit et Société n°35, Paris, LGDJ, p. 209).

d'une population complexe, qu'un programme d'ordinateur puisse traiter tous les cas particuliers, serait-ce d'une gestion de stock, qu'un système de notation puisse orienter convenablement des élèves, etc. »⁷⁷.

Cette conception qui paraît naturelle a pu être tempérée par plusieurs éléments découverts depuis, qui réhabilitent la contrôlabilité d'une ensemble complexe par un autre, relativement plus simple :

- On a découvert, avec la théorie du chaos, que la variété peut être un leurre. En effet, il est possible que l'état final d'un système soit atteignable à partir de plusieurs états initiaux, parfois équiprobables⁷⁸. Ceci signifie, d'une part que la complexité initiale et potentielle d'un système peut être très supérieure à sa complexité finale (le système se révèle descriptible de manière simple, alors qu'on le pensait de prime abord complexe⁷⁹) ; d'autre part, un même point final peut être atteint par un grand nombre de systèmes n'ayant rien à voir les uns avec les autres. Dans ce cas, un système donné peut converger de lui-même, à partir de points initiaux très différents vers un bassin d'attraction unique. Ceci a pour conséquence qu'il n'est pas évident que pour contrôler un système complexe, il faille nécessairement un régulateur aussi complexe que lui. Comme il n'y a pas de rapport *a priori* entre les variétés finales et initiales, **le régulateur peut se contenter d'englober la variété soit des états, soit des systèmes possibles pour arriver à un état final donné**, ce qui peut réduire considérablement sa variété requise.
- Cette découverte ne signifie pas qu'un régulateur puisse *ipso facto* être programmé de manière simple. La même théorie du chaos a également montré que les régulations qui régissent des systèmes peuvent les mener à des comportements très différents. Soit par exemple un système qui se transforme de manière continue : son état final est basé sur une *transformation* appliquée à son état initial. L'état final devient ensuite l'état initial, et le cycle recommence. La transformation opère ce que l'on nomme une *rétroaction*, ou action récursive du système sur lui-même. Les rétroactions sont de deux types, positif ou négatif.
 - la rétroaction négative maintient le système dans un état compris entre des limites qu'il ne peut dépasser (par exemple, une pièce régulée par un thermostat oscillera entre une plage restreinte de températures). Quand cette oscillation est régulière, on la nomme *cycle limite*.
 - la rétroaction positive, à l'inverse, fait diverger le système de son comportement moyen. Par exemple, si une boule percute une surface ronde,

⁷⁷ Jacques MÉLÈSE, *La gestion par les systèmes*, Paris, éd. Hommes et techniques, 1968, p. 68.

⁷⁸ Ce qui aurait permis à Protagoras de convaincre Socrate « *qu'un contraire n'a pas qu'un seul contraire* » (cité in la contribution proposée par J.L. Le Moigne au Congrès Interlatin pour la Pensée Complexe de Rio de Janeiro, sept. 98, <http://www.mcxapc.org/conseil/lemoign2.htm>).

⁷⁹ Pour des exemples concrets illustrant cette théorie (boussole entre 4 aimants, oscillateurs à plusieurs masses, cf. Vincent CROQUETTE, Déterminisme et chaos, in *L'ordre du chaos*, Bibliothèque Pour la Science, Paris, Belin, 1992, pp. 64-87.

il est très difficile de prédire quelle sera sa trajectoire après le choc, une déviation très minime pouvant considérablement changer sa trajectoire. Les rétroactions positives sont à l'origine de ce que l'on nomme le *chaos déterministe*, qui accrédite l'idée que la prévision à long terme de systèmes dynamiques déterministes est impossible⁸⁰.

Ainsi des systèmes dotés d'une rétroaction négative sont spontanément stables. Le droit, nous le verrons, tente fréquemment d'instaurer de telles rétroactions (par des mécanismes de type pouvoir/contre-pouvoir). En revanche, les systèmes ayant une rétroaction positive sont instables et imprévisibles, et leur régulation nécessite l'application de contraintes d'autant plus fortes qu'elles ont tardé à venir – le système a pu alors fortement diverger de son point initial. Il ressort que la variété requise pour réguler un système donné dépend avant tout de sa dynamique propre, et des limites dans lesquelles on entend le maintenir⁸¹.

- Appliquant cette propriété, les juristes continentaux ont l'habitude de raisonner par généralité. Ceci consiste à utiliser un faible nombre de normes générales dont ils dérivent des cas particuliers. Il est ainsi possible, moyennant un effort de computation (pour ne pas dire de calcul), de répondre à un cas particulier (indéterminé) par subsomption sous des règles générales (prédéterminées). Le *processus* vient pallier l'étendue et le flou des possibles, qu'il eût été fastidieux de prédire a priori — ce qui consacre une différence devenue classique entre programmation et décision⁸².

⁸⁰ Pour plus de détails sur la théorie du chaos et ses répercussions sur les systèmes, cf. Serge DIEBOLT, *L'évolution rétroactive des concepts juridiques*, mémoire de DEA, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/diebolt/diebolt3.htm> ; sur le chaos déterministe en particulier, on peut consulter son inventeur, David RUELLE, in *Déterminisme et prédictibilité*, in *L'ordre du chaos*, Bibliothèque Pour la Science, Paris, Belin, 1992, p. 52 s.

⁸¹ En ce sens, Hayek distingue soigneusement entre *taxis* (qui assimile l'équilibre spontané au cycle limite) et *nomos* pour fixer le minimum de régulation nécessaire à un système social. (Friedrich HAYEK, *Droit, législation, liberté*, 3 vol., trad. 1983, R. Audouin, Paris, PUF Coll. Quadrige, 1995 - T. 1 : *Règles et ordre*. T. 2 : *Le mirage de la justice sociale*.)

⁸² « Les transformations entrées-sorties qui sont opérées dans les systèmes, qu'il s'agisse de contrôle ou de régulation, sont en pratique réalisés soit par des hommes, soit par des machines soit par les deux. Les machines appliquent des programmes, les hommes peuvent soit appliquer des programmes, soit opérer des choix.

Pour qu'une transformation puisse être effectuée par son programme, il faut qu'elle soit déterminée et que l'on en ait bâti le modèle explicatif : en effet, on possède alors la correspondance complète entre les valeurs des entrées et celles des sorties, ce qui permet de définir l'ensemble des règles dont on tirera la liste des instructions constituant le programme. Toutes les parties de l'entreprise qui fonctionnent « en programmation » ne donnent lieu à aucun choix mais à des actions programmées, les choix se situant à une étape antérieure, lorsque l'architecte du système a décidé de retenir tel modèle ou telle règle.

*Mais quantité de fonctions sont trop complexes pour être programmées, la variété des transformations qu'elles recouvrent étant trop élevé ; aussi deviendront-elles contrôlées, en tout ou en partie, par des processus de décision. Ceux-ci, à l'opposé des processus de programmation, ne correspondent pas à un ensemble complet de règles. La décision peut donc se définir comme le comportement qui permet d'opérer des choix dans une situation d'information incomplète. » (Jacques MÉLÈSE, *La gestion par les systèmes*, Paris, éd. Hommes et*

- Enfin, la variété requise d'un régulateur peut être fortement réduite si celui-ci intègre une dimension téléonomique. En effet, un régulateur est fait pour réguler⁸³ ; les besoins de l'objet régulé pouvant revêtir un grand nombre de formes possibles, il faut soit rendre le régulateur complexe, soit le rendre capable de faire face à cette complexité, par calcul. Pour ainsi faire, on pose sa dimension téléologique comme facteur principal et on en dérive les stratégies à adopter, compte tenu du problème ponctuel. Ainsi l'on ne construit pas un corpus de règles du type : « *ouvrir la porte de droite ; si échec, ouvrir la porte en face ; si échec, ouvrir la porte de gauche* », mais un type plus idéal, comme : « *tenter d'ouvrir la porte la plus à droite ; si échec, pivoter de 90° et recommencer* » ou encore « *sortir ; manœuvres possibles : ouverture de porte ; rotation + réessai ; autre* ». A ce dernier stade, la règle principale est une règle d'ordre téléonomique : sortir de la pièce. On notera que cette règle est d'une efficacité inférieure à la première (règle procédurale) s'il n'y a que peu de portes à franchir, mais qu'elle représente l'avantage de permettre de résoudre n'importe quel problème, quel que soit le nombre de portes, et quel que soit leur emplacement (contrairement à la première règle, qui reste tributaire du nombre de portes initialement prévues par le programmeur)⁸⁴.

Ainsi, il ressort qu'un organisme ou un être complexe peut être régulé par un système plus simple, pourvu que celui-ci soit à même de répondre aux besoins téléologiques du premier. De même qu'un organisme perçu complexe peut être le produit d'interactions descriptibles de manière simple, ce même organisme peut recevoir une régulation basée sur des règles *simples*. Cette « simplicité » doit néanmoins pouvoir permettre d'effectuer un minimum d'opérations, à savoir : soit fixer le système à réguler à une valeur qui le fera évoluer vers l'état final désiré⁸⁵, soit définir un processus qui l'amène à déterminer une telle valeur⁸⁶, soit enfin pouvoir déterminer processus ou valeur selon les besoins des circonstances, en fonction du projet poursuivi par le régulateur⁸⁷. La variété nécessaire de celui-ci se réduit alors au nombre de ses combinaisons qui lui sont nécessaires pour amener le système régulé dans une configuration qui satisfasse son projet.

On déduit de ce qui précède que pour qu'une norme soit efficiente, il importe que non

techniques, 1968, p. 48) Où la décision téléologique vient pallier une programmation présumée non projective.

⁸³ Cette tautologie n'est qu'apparente. Nous verrons comment, en se pseudo-autonomisant, un régulateur peut s'éloigner de cette mission fondamentale.

⁸⁴ Sur les performances comparées de ce type de règles compte tenu du type de problèmes posés, il existe une nombreuse littérature spécialisée en intelligence artificielle. Pour ne pas alourdir inutilement notre bibliographie d'ouvrages périphériques, nous recommandons au lecteur de se reporter au site de l'AFIA (Association Française d'Intelligence Artificielle) <http://www.afia.asso.fr>.

⁸⁵ Déterminer un taux d'imposition permettant le fonctionnement d'un Etat, p. ex.

⁸⁶ Déterminer une procédure de révision permettant d'ajuster un taux d'imposition aux besoins ponctuels d'un Etat, p. ex.

⁸⁷ Déterminer une procédure d'ajustement ponctuel d'un taux d'imposition afin de permettre à un Etat d'atteindre certains objectifs préalablement fixés, p. ex. Nota : généralement, ce type de règle se contente, à l'instar des lois-cadre ou des directives européennes, d'énoncer des fins en laissant au pouvoir local le soin d'en fixer les modalités pratiques.

seulement elle se conforme à un projet qu'elle explicite, mais encore qu'elle renferme un algorithme à la fois souple et précis. Elle pourra répondre à un maximum de cas avec un maximum de précision. On évite alors de niveler, c'est-à-dire d'embrasser arbitrairement un grand nombre de cas auquel on appliquerait une règle uniforme.

b. *Le droit comme projet d'union durable : stabiliser sans immobiliser ?*

Comment résoudre des problèmes globaux à long terme ? L'avantage du projet sur l'objet est qu'il peut aussi bien être défini de manière procédurale que séquentielle. Ainsi, l'on peut échafauder des hypothèses viables à court terme sans remettre en cause une optique de durabilité. Mais il faut faire, encore une fois, appel à l'apport de disciplines extra-juridiques.

Au début du siècle, l'homme possédait trop peu d'influence sur son environnement pour que son action soit globalement conséquente. L'essor de sa technologie a changé les données du problème. L'homme s'est montré capable de nuire à son environnement au point de pouvoir notablement l'altérer, une des raisons clé étant qu'une surexploitation même destructive pouvait néanmoins être source de profit immédiat. La vision d'une gestion durable des ressources s'oppose désormais de front à l'utopie d'une régulation marchande spontanée. Et le mécanisme du marché, dont le modèle fait correspondre valeur et rareté, tend à précipiter la destruction de la flore et de la faune. Mais dans ce processus les lésés sont quasiment virtuels, puisqu'il s'agit des *générations futures*. La notion même a pris du temps à émerger, sous l'impulsion soutenue d'un écologisme dont elle reste très idéologiquement connotée (encore qu'une prise de conscience semble se faire jour au niveau politique, en Europe comme aux Etats-Unis⁸⁸).

La gestion à long terme de ressources limitées pose au droit des défis doublement globaux : défi spatial et temporel. Les normes étant bien souvent d'application locale et instantanée, un effort de recomposition théorique semble nécessaire. Les commandements du type : « *ne fais pas ceci (sous-entendu : à cet instant, et jusqu'à ordre contraire)* », devraient prendre une tournure plus eidétique : « *fais en sorte que tel dommage n'arrive jamais* ».

Il est surprenant que les notions élaborées dans d'autres disciplines scientifiques comme la durabilité, la soutenabilité, la viabilité, ne soient pas encore intégrées dans la théorie juridique. C'est dans la législation européenne qui, suivant l'exemple américain, va promulguer des directives mettant en avant une politique volontariste de développement durable. Initialement, il s'agissait surtout de définir les politiques européennes d'aides aux pays en voie de développement. Mais cette perspective de développement tend à gagner du terrain pour les politiques applicables sur le territoire de l'Union.

⁸⁸ En ce sens voir notamment AL GORE, *Sauver la planète Terre. L'écologie et l'esprit humain*, Traduit de l'américain, 1992, par Jean-Marc Mendel, Préface de Brice Lalonde, Ed. Albin Michel, Paris, 1993. Le lecteur y trouvera de très nombreux renvois sur la littérature majeure de la pensée environnementale de langue anglaise, qui se présente comme la plus importante à l'heure actuelle sur ce secteur. En Europe, le débat est plus récent mais il prend de l'ampleur. Michel Serres a obtenu il y a quelques années un succès de librairie avec son *Contrat naturel* (Éd. Bourin, 1990), en contrepoint à celui de L. Ferry. Dans le monde des juristes, Martine Rémond-Gouilloud (*Le droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1989) a aussi rencontré un écho appréciable. Ces trois ouvrages posent - entre autres - le problème de la régulation par le juridique de l'usage de la nature.

Des auteurs comme F. Ost⁸⁹ ou C. Stone⁹⁰ militent en faveur d'une reconnaissance de la nature comme sujet juridique à part entière, et non comme *res nullius*. Mais leur démarche est plus complexe, qui consisterait à développer un *projet* pour la nature (la « nature-projet » relayant la « nature-objet », sans tomber dans les travers de la « nature-sujet »). De fait, les conclusions de l'auteur visent à favoriser cette « *durabilité sociale, d'une durabilité économique, d'une durabilité écologique, d'une durabilité spatiale et d'une durabilité culturelle* » du développement humain définie par Ignacy Sachs.

A l'heure actuelle, le développement viable et durable⁹¹ fait l'objet d'un violent et silencieux conflit de coulisses au sein des instances dirigeantes de l'Union Européenne, car il s'oppose de front à une doctrine néolibérale basée sur le strict respect de la propriété privée⁹² et l'équilibre de marché, et qui connaît encore son heure de gloire⁹³. Mais que signifie de nos jours la viabilité ?

Avatar majeur de la pensée économique-politique anglo-saxonne, la viabilité est l'intégration des données environnementales dans les calculs de politique à court et surtout long terme. Jusqu'à peu, les ressources terrestres étaient considérées comme inépuisables. Les prévisionnistes qui objectaient le contraire étaient priés de faire comme si, dans la mesure où l'épuisement des ressources dépassait souvent la génération (30 ans, voire souvent plus). Les « trente glorieuses » sont donc des années de course économique effrénée basées sur un progrès dont nul n'était recevable à contester les bases. Ce sont les écologistes qui ont, les premiers, tiré la sonnette d'alarme, dans les années 1970 : le développement, oui, mais dans le respect de l'environnement. Ce qui n'était de prime abord qu'un vœu pieux de protecteur systématique a fini par prendre un corps théorique quand des théoriciens⁹⁴ se penchèrent sur la

⁸⁹ François OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », 1995, 346 p.

⁹⁰ « Should trees have standings ? Toward legal rights for natural objects », *Southern California Law Review*, vol. 45, n° 2, 1972, cité in Ost, *op. cit.*

⁹¹ La notion de développement soutenable se pose en complémentaire de celle de développement durable. La question de la soutenabilité (dérivée de la *sustainability* anglo-saxonne) fut surtout élaborée en référence à l'important volume de déchets produits par les sociétés industrialisées. Celles-ci produisaient à une époque plus de déchets qu'elles ne pouvaient en éliminer, ce qui amena certains économistes à tirer la sonnette d'alarme, montrant qu'à un horizon relativement proche un pan important de l'économie serait tourné vers l'élimination de ses propres rejets, ce qui pourrait diminuer sa productivité de manière intolérable. La prise de conscience des politiques et l'essor des techniques de recyclage ont relégué cette question au second plan, au profit de la notion de durabilité, qui tend à penser l'accroissement de richesse en le contextualisant au regard des ressources naturelles disponibles.

⁹² Voir le livre collectif *Écologie et libertés*, Paris, Litec, 1992.

⁹³ Sur le sujet, consulter Bruno JOBERT (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe. Idées et recettes dans les pratiques gouvernementales*, Paris, l'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 1994, 328 p. B. Jobert précise que « toute modification substantielle des modèles de référence structurant l'action publique comporte un coût politique important dans la mesure où elle implique une renégociation toujours aléatoire des conditions mêmes de l'échange politique. C'est ce qui explique que l'on ne s'engage dans cette aventure que dans la mesure où ces compromis s'avèrent clairement inadéquats pour répondre à la situation présente ». Cependant, dès lors que les recettes anciennes montrent clairement leurs limites, « le néo-libéralisme se présente [alors] comme un argumentaire puissant entre les mains d'acteurs politiques visant à modifier les termes de l'échange politique ».

⁹⁴ Des philosophes et des politologues s'y sont adjoints. Parmi les plus importants : Allen Robert,

question. En effet, les ressources terrestres ne sont pas toutes placées à la même enseigne : certaines sont renouvelables, d'autres non. La destruction de ressources non renouvelables devrait être considérée comme une perte, mais c'est l'inverse qui a cours ! « à l'image de la Comptabilité Nationale qui transcrit de façon absurde la destruction irrémédiable d'une forêt comme enrichissement de la collectivité (par l'augmentation du PNB !), »⁹⁵ Il y a là non seulement une question de rapport des hommes à leur monde, mais également des hommes entre eux, car il est évident que ceux qui saccagent la planète ici et maintenant nuisent à des hommes qui n'existent pas encore, mais dont le sort pourrait tout de même leur importer, puisqu'il s'agit de leurs propres descendants. La question des générations futures pose un problème de civilisation : « Chaque culture peut être considérée comme une famille démesurément étendue. (...) Ainsi (...) la crise de l'environnement a pris de telles proportions que nous devons considérer notre civilisation comme dysfonctionnelle »⁹⁶. En France, il semble cependant que la question soit largement marginalisée, de par sa filiation écologique, et peut-être parce qu'elle remet profondément en cause la légitimité de la politique d'ouverture libérale de l'Etat des années 90⁹⁷.

Pourquoi le juriste s'intéresse-t-il aussi peu aux questions concernant la gestion de la planète, des ressources et, en fin de compte, la pérennité de la civilisation ? Les problèmes et les enjeux qui se posent aux hommes sont pourtant de hauteur à justifier certaines remises en question et interrogations de la théorie et de ses méthodes. C'est dans cette optique que nous serons amenés à nous poser la question de la perception et de la conception du *temps*, concept dont nous montrerons le rôle central et moteur. En effet, le temps n'est pas simple unité servant à mesurer la manière dont les événements se déroulent, c'est également un repère pour agir sur eux, et à travers lui c'est l'image entière de la réalité qui se recompose dans le travail des hommes. Pour le juriste, les disciplines qui se sont penchées sur la viabilité, la durabilité et la soutenabilité ont fait plus que mettre en lumière des problématiques jusqu'alors latentes : elles ont suggéré un véritable **projet de société** qui se doit d'être défini, tant à la lumière de l'expérience acquise que des idées nouvelles suggérées par les enseignements des sciences

Barbier Edward B., Michel Beaud, Willelm C. Beets, Gérard de Bernis, G.L Brady, P.C.F. Geets, Brown Lester, Becky J., Bruntland Report, Bruntland Definition of Sustainable Development, Carley Michael, Clark C.W, Munn R.E., C. Comélieau, Coomer James C., Daly Herman, Gordon Conway and Edward B. Barbier, Godard O., Goodland R., Ledec G., Hatem F., Howe Charles W., Serge Latouche, Markandya A., Pearce D., Markandya A., Pezzey J., Per Pinstrup Andersen, Pirages D., C. Reijntjies, B. Haverkort, ZA Waters-Bayer, Redclift Michael, Repetto R., Solow R., Ignacy Sachs, A. Sfeir. Younis, Ismail Serageldin, Tietenberg T.H., Wold Bank, sur la seule notion de développement durable, cette liste n'étant pas exhaustive. Pour un résumé synthétique de la notion de développement durable vu par ces auteurs, on peut consulter <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/devdur.htm>.

⁹⁵ Commentaire de Pascal Dehaene, à propos de l'ouvrage d'Al Gore, *op. cit.*

⁹⁶ AL GORE, *Sauver la planète Terre. L'écologie et l'esprit humain*, *op. cit.*, p. 96.

⁹⁷ P. Dehaene commente encore : « "Pourquoi l'ouvrage d'Al Gore est-il censuré en France ?". Je découvre cet article et cette question insolite dans le recueil publié par "Stratégies Energétiques, Biosphère et Société" (I. Rens, Ed.), en 1993/94 (SEBES, Genève) : R. Grantham y analyse et compare les diverses traductions de ce livre d'Al Gore et montre que la version française est anormalement incomplète et peut-être censurée (cf. p. 111-114). Pourquoi le lecteur français n'est-il pas informé de la suppression de 15 % du texte original dans la traduction française ? Quels sont les critères légitimant ces coupures ? On est réduit aux conjectures. L'explication la plus probable serait la plus triste : l'éditeur croit encore que l'intelligence de la complexité passe par la mutilation de la pensée : le "réductionnisme de la méthode" imprègne encore les cultures scientifiques françaises ! (R. Grantham observe que la traduction italienne, elle, est intégrale !) ».

dites exactes.

Celles-ci, en effet, nous permettent de ne plus considérer le droit comme l'art de légiférer dans l'instant, mais, à l'instar des anciens, de tenter de résoudre des problèmes de manière durable. Mais il s'agit de pouvoir, soit anticiper les problèmes à venir, soit bâtir un droit à la fois souple et visible. Eclairons ce point. On a coutume d'opposer le droit posé au droit construit (ce qui oppose, pour simplifier, les écoles continentales et anglo-saxonnes du droit). Kelsen contre Hart ; la pyramide contre la structure ouverte. L'un des systèmes est le plus prévisible, le plus sûr, l'autre le plus adaptable, le plus stable. Une pensée complexe se présente alors comme une troisième voie, un sentier médian serpentant entre deux montagnes abruptes : concilier les avantages des uns et des autres, édifier un droit à la fois souple et prévisible, stable sans être rigide. Nous verrons que les sciences dures recèlent un matériau qui permet de construire des méthodes de création normatives crédibles et économiques, à condition de bien comprendre le comportement parfois capricieux des mouvements collectifs. Cette démarche nous amènera à considérer non seulement l'action du corpus normatif, mais également le produit et les dérivés du produit de cette action. C'est dans ce mouvement que le droit révélera une structure complexe.

Le biologique ignore le culturel. De tout ce que l'homme a appris, éprouvé, ressenti au long des siècles, rien ne s'est déposé dans son organisme... Chaque génération doit refaire tout l'apprentissage... Là gît la grande différence des civilisations humaines avec les civilisations animales. De jeunes fourmis isolées de la fourmilière refont d'emblée une fourmilière parfaite. Mais de jeunes humains séparés de l'humanité ne pourraient reprendre qu'à la base l'édification de la cité humaine. La civilisation fourmi est inscrite dans les réflexes de l'insecte... La civilisation de l'homme est dans les bibliothèques, dans les musées et dans les codes ; elle exprime les chromosomes humains, elle ne s'y imprime pas.

Jean Rostand,
Pensées d'un
biologiste

DE LA SCIENCE DU SIMPLE DROIT A LA SCIENCE D'UN DROIT COMPLEXE

Conclusion de la section 1 — Le droit, à la croisée des « destins »

Jean Rostand illustre d'une double manière cette conclusion : d'une part, en affirmant que le futur des hommes reste toujours à construire, d'autre part, en montrant que leur comportement passé constitue un reflet d'eux-mêmes. De même dans cette section, nous avons montré que le droit est un produit mixte du social et du politique ; conçu comme outil de pouvoir, il se présente comme le reflet du politique qui l'a créé. Mais lieu d'expression des sujets, il peut également exprimer les aspirations et les tendances profondes de la société qu'il régule. Ainsi nous avons montré qu'en son temps le droit a pu être un objet relativement passif, voix unilatérale et autoritaire d'un pouvoir qui ne l'était pas moins. Et que cette conception transparaisait sur sa structure. Par suite, le pouvoir se transformant, c'est tout le droit qui a évolué de la même manière⁹⁸.

On peut alors concevoir que le droit gagne en autonomie, à mesure que gagnent en indépendance et en pouvoir les institutions qui le font vivre. Il devient un objet plus de plus en plus actif : agi dans certaines circonstances, il est agissant dans les d'autres. L'observation de son évolution au cours de l'histoire montre qu'il n'est pas totalement maîtrisé ni maîtrisable. Car comme tout objet de pouvoir issu d'actions multiples, il est à la fois l'objet de convergences et de divergences : c'est à travers lui que s'expriment les tensions sociales. Pour autant, l'impression de confusion qui se dégage de cette observation n'est qu'apparente. Car un objet actif peut posséder une dynamique complexe, ce qui ne veut pas dire qu'elle soit aléatoire ; ainsi en va-t-il des objets pseudo-autonomes.

Section 2 - Vers la science d'un droit pseudo-autonome, actif et évolutif

Ni totalement auto, ni totalement hétérodéterminé, donner une représentation le droit requiert de définir les contours d'une nouvelle notion : la pseudo-autonomie. Cette notion par essence complexe se présente comme une figure hybride de la théorie des systèmes.

Tant que les normes qu'il édicte sont obéies par ses sujets, le droit peut être considéré comme un objet actif. En ce que des sujets peuvent selon certaines modalités l'altérer et le redéfinir à leur guise, le droit peut être considéré comme un objet passif. En ce que les premiers sujets sont identiques aux seconds, le droit peut être considéré

⁹⁸ En ce sens, cf. notamment Jacques COMMAILLE et Bruno JOBERT dir., *op. cit.*, où il est montré que la régulation politique est le reflet des conflits d'influence que se livrent les idéologies et les conceptions du politique et de l'économique au sein de l'ordre social. Ainsi la France de cette fin de millénaire subit-elle la pression d'un mode de régulation empreint de libéralisme, issu d'une pensée essentiellement économique. Par contrecoup, c'est le politique qui se remet en question, après le constat de la désaffection au sein de la population des vieux modèles de gouvernement gaullistes.

comme une figure hybride, agie (§1) autant qu'agissante (§2). Dans la théorie des systèmes il se présente comme une figure originale, à mi-chemin entre le mécanisme et l'être vivant. Nous forgerons donc pour rendre compte de cette figure hybride la notion de **pseudo-autonomie**, et nous proposerons pour l'illustrer un modèle évolutionniste et morphogénétique (§3).

§1. Ouverture et hétéronomie : le droit agi

Selon la conception que nous défendons, le droit est créé par et pour des hommes. Il reçoit ses informations des hommes, et en cela il est définitivement hétéronome. Quand les hommes changent, il change. Toute science qui pense l'hétéronome est donc une science potentiellement enrichissante pour le droit, surtout si elle a pu penser les rapports de multiples parties quand elles décident de former un tout.

Quand il s'agit de rendre compte de l'émergence de sa substance, le positivisme juridique présente quelques lacunes : postuler que seul le droit crée du droit (Kelsen) se heurte au fameux paradoxe du fondement même du droit (qu'est-ce qui, initialement, a créé le droit ?) ; admettre que le droit n'est qu'une construction arbitraire des hommes serait cependant contraire à la conception traditionnelle de l'idéal de justice.

Peut-être un compromis est-il admissible si l'on conçoit un modèle dans lequel des individus construisent un système juridique en *croyant* obéir à un idéal de justice. On intègre ainsi simultanément les deux dimensions du problème, notamment au moyen du mécanisme de la représentation (1).

Le scientifique qui adopterait un tel modèle devrait cependant accepter de s'ouvrir à l'interdisciplinarité, dans la mesure où ce modèle pose le social — objet scientifique — comme fondement du droit — autre objet scientifique — (2).

1. A chaque société, à chaque époque son droit : le triomphe de la *représentation* ?

Il revient à la sociologie juridique d'avoir méthodologiquement pensé le droit comme un phénomène situé, et non isolé. Mais affirmer ceci revient à dire que le droit est le fruit d'une représentation individuelle et collective, d'un modèle communément construit, ce qui ne va pas sans poser quelques difficultés.

La question centrale est celle de la représentation : comment l'organisation se voit-elle elle-même

H.A. Simon,
Administrative
behaviour, p. 328

Quand un scientifique observe la réalité physique, il en construit une représentation, c'est-à-dire un modèle communicable dont tout un chacun peut personnellement vérifier la véracité. Mais observer un phénomène comme le droit n'est pas si simple. La simple communication d'une observation, un article de doctrine mettant en lumière une incohérence législative par exemple, peut aboutir à une modification de l'objet étudié ; le législateur rectifiant son erreur, la jurisprudence venant combler un déficit légal, ou toute action de compensation similaire.

Les prévisions sur le retour de la comète de Halley n'influent pas sur son orbite. Mais la rumeur de l'insolvabilité de la banque de Millingville eut une conséquence directe sur son sort. Prophétiser son effondrement suffisait à le provoquer.

Merton, *Eléments de méthode sociologique*

L'économie a théorisé ce phénomène, car l'étude du réel au présent et au passé peut avoir des répercussions pour l'avenir. Par un mécanisme de confiance, des agents économiques peuvent s'appuyer sur des observations scientifiques pour anticiper les réactions des autres agents. Si ces agents anticipateurs agissent tous dans le même sens, de sorte que l'action de chacun tend à accomplir leur prévision, leurs prophéties sont dites *autoréalisatrices* (*self-fulfilling prophecies*). Si au contraire ils agissent de manière à les faire échouer, on les dira *autoréfutantes*. Dans le reste des cas, les prophéties garderont leur classique efficacité aléatoire. Il s'agit, en toute hypothèse, d'une plus ou moins bonne mise en adéquation du réel avec les prévisions des agents, ce qui revient à dire avec leurs *représentations* projectives. Un problème peut cependant se faire jour au niveau du droit, où la distinction entre prescription et description peut se révéler fallacieuse : un simple acte de description peut devenir un authentique acte de prescription, ou son élément déclenchant, ce qui dans la durée revient au même⁹⁹. Avant même le juriste, le sociologue du droit serait ainsi un gardien — plus ou moins — inconscient de la moralité. Par ses descriptions, ses mises en perspective, ses théories, il contribue à faire émerger une conscience générale qui débouchera tôt ou tard sur des effets concrets¹⁰⁰. Il peut certes sembler contradictoire d'affirmer que celui qui ne fait que dire ce qui est, agisse en même temps sur ce qui est. Si immédiatement rien ne se passe, il faut cependant croire qu'il y a acte de création, puisqu'au final se déclenche une modification du réel, mais où est-il, et quel est-il ?

Modélisation, processus de construction intentionnelle représentant par un système de symboles quelque perception d'une expérience de la réalité perçue par le sujet modélisant.

Observing Systems
H. Von Foerster

Une interprétation suggère que la description se fait création pour des motifs systémiques : des individus ou des éléments en interaction donnent lieu à des phénomènes dont la globalité dépasse leur volonté.

D'une part, en effet, ceux-ci ne possèdent que des capacités cognitives limitées dans le temps et l'espace : leur connaissance se limite majoritairement au comportement de leurs congénères les plus proches. Le scientifique dont l'activité consiste à mettre en lumière un phénomène global procure ainsi une information nouvelle, bien qu'en elle-même non nouvelle. Nouvelle en ce qu'elle renseigne des individus qui sans cette activité de recherche globale l'auraient ignorée, non nouvelle en ce que cette connaissance porte sur le comportement même des individus, c'est-à-dire qu'il leur donne un éclairage sur ce qui n'est, en définitive, que leurs propres actes. Mais ce n'est pas la seule raison pour laquelle l'individu ne

⁹⁹ Une technique couramment pratiquée par les politiciens fait appel à ce mécanisme. Enoncer par voie de presse l'existence d'un problème social (l'annonce par la ministre M. Aubry d'un recours abusif aux CDD par les entreprises, par exemple), ce qui anime la conscience du public (les partenaires sociaux, en l'occurrence) et crée les conditions d'une future réforme (ici, du droit du travail).

¹⁰⁰ On ne peut ainsi douter que les descriptions appuyées faites par la sociologue Irène Téry du caractère contractuel et volontaire du mariage, ainsi que les recoupements transversaux effectués avec les notions de libertés individuelle et contractuelle ne puissent influencer d'une manière ou d'une autre dans un débat sur le PACS ou une réforme de l'adoption.

peut maîtriser totalement son propre groupe : en toute rigueur, celui qui veut maîtriser un groupe dont il fait partie doit penser les réactions que son action engendrera sur le groupe, il doit donc penser ce que feront les autres et se penser lui-même pensant. S'il veut anticiper comment le groupe réagira à la suite de sa réaction à la première réaction du groupe, il devra se penser pensant pensant, et ainsi de suite... Ce type de raisonnement récursif, retournement d'une pensée sur elle-même, est particulièrement malaisé à conduire. En plus du fait que l'individu peine à se connaître lui-même¹⁰¹, il doit s'efforcer de connaître simultanément tous les autres individus. Tout comme Laplace le pressentait au sujet des phénomènes de l'univers, une prédiction satisfaisante d'un phénomène collectif humain semble donc définitivement hors de portée des outils traditionnels d'analyse. Ce qui n'exclue toutefois pas que des stratégies heuristiques puissent être mises en place par des acteurs exerçant une activité d'intelligence.

On explique ainsi que les décisions d'un magistrat ou d'un législateur fassent intervenir deux dimensions qui peuvent s'opposer : la conception individuelle du problème, et sa solution globale. Les méthodes classiques basées sur la cohérence linéaire cause-effet aboutissant à des paradoxes quand elles sont appliquées à des phénomènes de ce type. Aussi apparaît-il plus fécond de faire appel à des représentations mettant en avant la complexité du mouvement de décision. Comme le souligne J.-L. Le Moigne : « *L'objet des nouvelles sciences de la décision est non plus « la décision-résultat (« l'arrêté », dûment signé par le « décideur », seul responsable de la « meilleure décision »), mais la décision-processus : le lourd et complexe*

¹⁰¹ *Gnôti seauton*. Un défi qui fascinait les Grecs anciens, déjà. Et de fait, l'impossibilité d'une connaissance totale d'une structure neuronale par elle-même semble démontrable : soit une connaissance renfermant n information. Une méta-connaissance (connaissance de cette connaissance) recèlera toujours nécessairement $n+1$, puisqu'elle englobera la connaissance n et la connaissance de ce qui est différent de n , qui lui apporte $+1$. De sorte qu'il faut admettre que soit le savoir est infini (une connaissance sur elle-même s'enrichit indéfiniment de sa propre observation), soit le savoir est redondant, donc nul (une connaissance ne s'apprend rien qu'elle ne sache déjà). Entre ces deux infinis qui révèlent le paradoxe circulaire, il faut bien admettre que notre connaissance de nous-mêmes est imparfaite, c'est-à-dire entachée d'incertitude, sur ce qu'elle est et ce qu'elle sera. Qui s'en plaindrait ? Sur cette question, on peut consulter Jacques PITRAT, *Méta-connaissance*, 1990 ; sur la question de savoir ce quelle forme d'intelligence est la plus performante (complexe ou simple) : « *Ce qui distingue l'homme de l'animal, c'est son intelligence... Nous sommes assez intelligents pour nous rendre compte que nous ne sommes pas très intelligents. Nous sommes même assez intelligents pour créer des machines plus intelligentes que nous...* » Jacques PITRAT, *De la machine à l'intelligence*, Ed. Hermès. Paris, 1995. (p.28).

C'est sans doute du fait de sa complexité que la cognition humaine fait de son imperfection une richesse. Insistons d'abord sur l'indispensable distinction entre connaissance et information. La connaissance telle qu'elle vient d'être discutée est la capacité pour une structure cognitive de contenir une autre structure, qu'elle peut dès lors imiter. C'est pour cette raison qu'une auto-imitation totale est paradoxale. Mais il n'en va pas de même de l'information, produit de cette structure. En tant que résultante, rien ne l'empêche de retourner informer la structure qui l'a produite. Et dans la mesure où cette information permet d'interagir avec l'environnement, elle en porte fatalement la trace. « *J'ai voulu rendre compte, dans et à travers mon cas particulier, de la condition humaine. Montaigne disait justement que chacun porte en soi l'humaine condition. Il la porte, pouvons-nous ajouter, comme le point singulier d'un hologramme qui contient en lui l'information du tout dont il est une partie minuscule... Cet impératif d'auto-observation... est devenu un principe épistémologique premier: l'observateur concepteur doit s'inclure dans l'observation et la conception. La connaissance nécessite l'auto-connaissance...* » Edgar MORIN, *Pleurer, Aimer, Rire, Comprendre. 1^{er} janvier 1995 - 31 janvier 1996*, Ed. ARLEA, Paris, 1996. 358 pages. (p. 7-9). Entre le zéro et l'infini, l'invariable milieu de Confucius pourrait bien s'avérer être un milieu source de l'infinie création, car il englobe et concilie les extrêmes ; mais gare aux tentations simplifiantes : « *La trappe épistémologique enferme la recherche dans l'alternative, soit cause externe, soit cause interne, sans pouvoir envisager la causalité inter-rétro-active en boucle de l'extérieur et de l'intérieur* » (*idem* p. 195) ; pour ma part, j'avancerai la conjecture que c'est notre ignorance de nous-mêmes qui nous permet de garder l'illusion de notre libre-arbitre. S'il n'y a plus que raison, il n'y a plus de passion ; aussi vaut-il peut-être mieux ne pas chercher à extraire les racines raisonnables (le déterminisme, de fait) de nos passions, même s'il existe, afin que nous conservions encore un intérêt à nos propres yeux.

processus d'élaboration de la décision, processus conçu et géré par un système lui-même complexe, qu'il s'agisse d'un individu ou d'une organisation sociale »¹⁰².

Dans ces conditions, la représentation constitue en elle-même un choix stratégique¹⁰³. Il revient aux sciences économiques d'avoir théorisé ces choix dans le cadre de la résolution des conflits¹⁰⁴, et de la théorie des jeux. Partant du postulat que l'absence ou la résolution d'un conflit constitue un profit économique mutuel pour les ex-antagonistes, il est possible de calculer des solutions optimales et rationnelles. La représentation que les acteurs se font de leur jeu y joue un rôle clé, et le choix de telle ou telle méthode influe de manière déterminante sur le résultat final¹⁰⁵. En matière de résolution de conflits, l'ontologie peut se faire éthique. Autre caractéristique, proprement juridique : le droit, de par sa teneur, peut être considéré comme un certain reflet de la société¹⁰⁶ ; il devient dès lors une forme de représentation sociale, qui va par le jeu des interactions interindividuelles fournir les informations nécessaires à sa propre reformulation. Le droit *fabrique et est fabriqué* par sa représentation.

C'est donc tout naturellement que la représentation se trouve présentée comme un facteur clé de la gouvernance : « *La gouvernance, c'est la capacité des sociétés humaines à se doter de systèmes de représentations, d'institutions, de processus, de corps sociaux, pour se gérer elles-mêmes dans un mouvement volontaire. Cette capacité de conscience (le mouvement volontaire), d'organisation (les institutions, les corps sociaux), de conceptualisation (les systèmes de représentation), d'adaptation à de nouvelles situations est une caractéristique des sociétés humaines. C'est un des traits qui les distinguent des autres sociétés d'être vivants, animales ou végétales...* »¹⁰⁷.

A propos de la construction de sens au sein des groupes, J.-C. Sallaberry¹⁰⁸ considère

¹⁰² DETSD, *op. cit.*, p.167.

¹⁰³ Jean KELLERHALS (Recueil d'études introduites par), « Le juste : normes et idéaux », *L'Année sociologique*, Paris, PUF, vol. 45, n° 2, 1995, p. 259-512.

¹⁰⁴ Pour un panorama actualisé des différents courants de pensée dans ce domaine, on pourra consulter Bruno CARRIER, *L'analyse économique des conflits : éléments d'histoire des doctrines*, (Préface de H. Bartoli), Publications de la Sorbonne, Paris 1993. 160 pages.

¹⁰⁵ « *En présence de situations conflictuelles, l'esprit humain semble disposer de deux stratégies antagonistes : simplifier ou complexifier les représentations de ces situations, l'une comme l'autre devant conduire à la résolution ou à la dissolution du conflit. En Occident depuis trois siècles, la première stratégie est abondamment examinée et enseignée, la seconde est sans doute pratiquée mais rarement prônée, en particulier dans le champ des conflits économiques ou marchands. Monodimensionnaliser le conflit permet de le raisonner simplement et de calculer son issue par une équilibrage harmonieuse : c'est sans doute pour cela (...) que les doctrines économiques ont si longtemps semblé ignorer la notion même de conflit, lui substituant la notion plus rassurante d'équilibre.* » (J.-L. Le Moigne, commentant B. Carrier, *op. cit.*, in <http://www.mcxapc.org/lectures/7-4.htm>). Nous aurons l'occasion d'y revenir.

¹⁰⁶ Ou une carte, selon les termes de Boaventura de SOUSA SANTOS, 1987, « Droit : une carte de la lecture déformée - Pour une conception post-moderne du droit », *Revue Droit et Société*, n° 10, 1988, p. 363-388.

¹⁰⁷ Pierre CALAME et André TALMANT, *L'Etat au cœur, Le Mécano de la gouvernance*, Ed. Desclée de Brouwer, Paris 1997, p. 19.

¹⁰⁸ SALLABERRY Jean-Claude, *Groupe, création et alternance*, Paris, L'Harmattan, 1998, collection "Cognition et formation", 228 pages.

que l'on peut repérer au moins deux formes de représentations :

- Les plus proches du concret (R1) sont caractérisées par des bords flous et elles reposent sur un ancrage puissant dans le domaine des observables relativement peu distanciés opératoirement par le sujet connaissant ; ce sont des représentations-images.
- Les secondes (R2) alimentent par un "affinement des bords", un niveau de cognition plus abstrait fécondant (et fécondé par) des démarches à vocation très rationnelle. Au-delà de ces repérages, l'auteur conjecture désormais aussi ce qu'il nomme des représentations R3 qui correspondent à des "coordinations actives de R1 et R2". Ce nouvel outillage théorique traduit l'accès à (ou la construction de) modélisations qui marquent un élargissement du champ cognitif et visent à fonder l'ambition intellectuelle de faire de la représentation le concept central d'une modélisation du psychisme.

C'est en reprenant un corpus déjà ancien sur la dynamique d'un groupe de formation dit du "bébé ambivalent" que J.C. Sallaberry propose de fonder le concept de représentations dominantes à l'intérieur des groupes. En effet, il est ici question de représentations si communes aux membres d'un groupe que l'on ne saurait les attribuer électivement à l'un d'entre eux. Tout se passerait donc comme si dans de telles circonstances, la parole émise par un sujet pouvait s'entendre comme étant la parole du groupe tout entier, comme si à l'instar de l'hypothèse d'Esriel sur la résonance des fantasmes, les représentations pouvaient entrer en résonance comme par impression d'un accord entre les partenaires.

L'hypothèse repose sur l'idée selon laquelle l'individu peut se dissoudre ou plutôt, selon la réflexion de J.C. Sallaberry, « se sentir immergé » dans le groupe au point que sa cognition représentative devient commune à tous. Il soutient ainsi l'idée d'une co-émergence élément-forme, suggérant un modèle d'organisation cognitive selon lequel s'emboîtent deux hiérarchies enchevêtrées propres au sujet dans ses rapports à l'institution. En tant que sujet cognitif, il donne forme à sa place dans l'institution qui n'est alors qu'un élément de sa connaissance. En revanche, en tant que sujet social, il ne vaut que comme élément de la dite institution.

Georges Lerbet a ainsi pu commenter cette hypothèse : « Si J.C. Sallaberry a pu prétendre, à mon avis à juste titre, à une co-émergence des deux, il faut voir là plusieurs significations.

- Intrinsèquement au sujet autonome, on peut penser que la co-émergence témoigne d'une oscillation de deux niveaux où vie cognitive et vie sociale sont entremêlées.

- Pour l'observateur, la co-émergence traduit une prise en considération opérationnelle de deux domaines dans la recherche (le sujet et l'institution) et de la reconnaissance de leur appréhension conjointe.

- Mais surtout, chez le chercheur, la prise en considération théorique de cette co-émergence élément-forme implique l'éveil à la pensée complexe par la construction plus ou moins explicite d'un modèle "recadrant" qui dépasse en abstraction les deux autres points de vue (celui du sujet et celui de l'observateur institutionnel) et qui permet d'éviter qu'on les traite de façon trop disjointe, mais au contraire dans leur interactivité. »¹⁰⁹

¹⁰⁹ In Cahier des lectures MCX, <http://www.mcxapc.org/lectures/19-15.htm>.

Enfin, une dimension non négligeable complique singulièrement la représentation des connaissances juridiques : il s'agit du non-dit. Celui-ci, en plus de jouer un rôle clé dans la stabilisation sociale (cf. *Non-dit, réseaux*, p. 242), est également un paramètre très influent des relations mutuelles du droit et du social, bien souvent parce que les individus agissent sans même s'explicitement les raisons de leurs actions, ce qui fait qu'un ordre peut parfaitement se concevoir en l'absence totale de volonté ordonnante de la part de ses propres sujets¹¹⁰.

Une partie non négligeable de notre étude sera donc consacrée à la représentation. Représentation des modèles, des problèmes, des solutions possibles ou souhaitables. Nous verrons en quoi ces représentations sont à la fois le contexte et l'essence du droit.

2. Vers une ouverture disciplinaire pour penser le multiple dans le droit

Si l'on admet que le droit est un objet ouvert, il convient d'envisager d'y appliquer les apports des disciplines qui ont pensé l'hétéronomie, particulièrement des parties formant un ensemble : la cybernétique, l'économie, les sciences politiques et cognitives.

La fermeture disciplinaire qui pourrait être engendrée par un positivisme radical — au nom de sa propre autonomie — a pour corollaire une ouverture, exigée pour dépasser les limites d'un objet trop strictement conçu. Situer le droit dans son contexte et sa durée, par exemple, nécessite de faire appel à des concepts évolutionnistes. Or à l'heure actuelle, la science juridique n'a pas encore développé de théorie propre en ce sens, de sorte qu'il est nécessaire de faire appel à des modèles élaborés par d'autres disciplines, qui étudient des objets en mouvement.

La raison de cette impérative ouverture disciplinaire est contenue dans une métanorme énoncée par Kelsen : *seul le droit crée du droit*. Si l'on suivait à la lettre ce principe, le droit deviendrait autosuffisant, et toute nécessité d'étude s'arrêterait là. Les différentes formes de réalisme et *l'analytical jurisprudence* ne sont pas en reste : où puisent-elles leur source de cohérence, leur *raison juridique* ? Dans le préexistant — droit, jurisprudence, coutumes —, ce qui représente une manière indirecte de rendre le droit autojustificateur, puisqu'il est sa propre source de rationalité créatrice.

On ne saurait cependant fonder une science sur un objet construit en prétendant que cet objet se suffit à lui-même de tous temps. Comment, dès lors, rendre compte des diverses influences culturelles dont le droit est constitué ? (puisque nous avons admis dans le point précédent que le droit est relatif à un lieu et une époque, donc à une culture donnée)

Considérer le droit comme justifié par lui-même ou par l'action d'un être transcendant ou d'une nécessité historique reviendrait à nier l'autonomie des acteurs du droit, qui dans notre modèle sont une composante essentielle de l'autonomie juridique elle-même. Si le droit peut agir sur les individus, c'est bien parce que les individus peuvent agir le droit, faute de quoi celui-ci serait voué à la désuétude, sauf toucher une perfection que l'Ecole du droit

¹¹⁰ « (...) le droit en tant que projet de société et de pacification ne résout pas le problème des dimensions de l'impensé et de l'impensable. Les différences de niveau de discours juridique (le dit/le non-dit, le pensé/l'impensable) permet de considérer le droit comme un moyen de mettre des formes pour permettre d'aboutir à des consensus sociaux. » B.-G. GBAGO, *Contributions béninoises à la théorie des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat, Paris I - Sorbonne, 1997, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/gbago.htm>.

naturel n'a jamais trouvée — existe-t-il seulement ? Nous laisserons sur ce point le débat ouvert¹¹¹. A l'inverse, nombreux sont les systèmes politiques trop rigides qui ont périclité faute de pouvoir s'adapter. A cet égard, le mécanisme de la désuétude¹¹² semble être un symptôme ambivalent pour un système juridique : il peut être signe de bonne santé, montrant sa capacité à éliminer celles de ses normes qui deviennent inutiles, comme il peut révéler une inadéquation croissante d'un corpus normatif avec son domaine d'application.

Aussi convient-il de distinguer deux éléments : le droit et la société, objet de régulation juridique. La science du droit peut suffire à décrire le droit mais, comme nous l'avons maintes fois souligné, expliquer l'évolution du droit implique de se pencher sur son objet. Aussi est-il naturel de faire appel aux disciplines connexes du juridique (sociologie, anthropologie) pour pouvoir situer le droit dans un contexte de décision ; il peut également se révéler fructueux de faire appel à certaines disciplines des sciences dures, car elles proposent des modèles dont la validité a été éprouvée, que nous mettrons à contribution pour approcher les propriétés de certains phénomènes collectifs.

Les enseignements ainsi tirés seront toutefois systématiquement relativisés au regard de la spécificité du droit : sa dimension active et projective.

§2. Fermeture et autonomie : le droit agissant

Envisager le droit comme un élément actif implique de changer de perspective : l'expérience montre qu'on ne peut plus considérer le droit comme un objet totalement déterminé, hormis quelques hypothèses extrêmement restreintes. Le droit possède alors une vie propre, il est autonome, ce qui a des répercussions importantes sur la manière de penser ses rapports avec la société qu'il régule. On peut par exemple le penser comme un système partiellement fermé.

1. Une vie propre : le droit autonome

Le droit, puisqu'il recompose la réalité du social, voire de l'environnement physique¹¹³,

¹¹¹ Le logicien Quine, par exemple, suggère clairement la négative : « (...) si l'on considère que la morale est apprise et fonde les apprentissages ultérieurs (l'empreinte culturelle selon Changeux), d'où peut émerger l'idée d'une sorte de méta-morale, détachée de tout subjectivisme ? La trouver est difficile pour au moins trois raisons :

- comment justifier que des normes " naturelles " soient continuellement violées et qu'il n'y ait pas de contrainte " naturelle " ?
- une norme biologiquement inscrite serait-elle pour autant considérée comme juste ?
- selon Quine, une norme morale est à la base de nos systèmes de croyances. Mais est-elle "naturalisable" ? La morale pourrait bien être à la base de la psychologie, et il ne sert donc à rien de tenter d'expliquer celle-là par celle-ci ou inversement. » (rés. de Sandra LAUGIER, Vers une naturalisation des normes ?, in *Penser la norme, Approches juridiques et philosophiques*, Publication de l'université de Rennes, 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/nomos6.htm>).

¹¹² On trouve des réflexions sur la désuétude dans les études sur le *temps* du droit. En ce sens, par exemple, Jacques Héron propose, dans *Le temps et la norme*, in *Penser la norme Approches juridiques et philosophiques*, Publication de l'université de Rennes, 1996, une approche sur la manière de pallier la désuétude ou l'inadaptation, en laissant au juge une grande marge d'appréciation pour le règlement des futurs litiges.

¹¹³ Maurice Gaillard (in Maurice GAILLARD (dir.), *Institutions et territoire*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, coll. " Institutions publiques ", 1993) rappelle que, loin d'être une donnée naturelle et spontanée, le territoire a toujours été marqué par l'empreinte du droit, qu'il s'agisse du droit international (délimitation des

semble exécuter certains desseins apparents. Ces desseins peuvent néanmoins sembler intangibles, arbitraires ou incontrôlables. Au point que parfois nul n'est réellement capable d'expliquer d'où ils émergent, ce qui peut engendrer des interprétations plus ou moins fantastiques. Ainsi, selon des conceptions anciennes, le droit est un ensemble de normes déterminées par une volonté supérieure à celles des sujets. Cette volonté supérieure peut revêtir de nombreuses formes, la plupart transcendantes, d'autres célestes, d'autres enfin basées sur la perpétuation de la tradition. Si l'assimilation du pouvoir avec les phénomènes célestes est une manière de relier un système politique à une réalité dont il va emprunter la stabilité, les autres formes possèdent des mécanismes de continuation plus élaborés. Fonder un pouvoir sur une entité transcendante consiste à créer une figure mythique ad hoc, dont l'expression normative suffit à assurer auprès des sujets la cohérence de l'univers. La voix de l'autorité se dilue alors dans le nécessaire du réel ; pour l'individu assujéti, la remettre en question revient à bouleverser l'ordonnement même du monde. Le pouvoir devient aussi « naturel » que l'eau, l'air ou la terre.

Le fondement d'une volonté supra-individuelle peut également trouver sa source dans la simple perpétuation de la tradition. En quelque sorte, l'individu obéit parce que tous ses ascendants et ses congénères obéissent à certains préceptes. Remettre en question le fondement de ces règles ancestrales aboutit la plupart du temps à s'exclure du groupe. Nombre de sociétés primitives font usage de ce schéma, la plupart du temps en conjonction avec une figure de transcendance.

Mais on aurait tort de cantonner ce dernier mode de perpétuation des normes au modèle tribal des sociétés primitives. Il suffit d'observer la structure usuelle des normes modernes pour s'en convaincre. Celles-ci, en effet, ne sont quasiment jamais présentées comme des solutions destinées à résoudre des problèmes mais uniquement comme des prescriptions.

Ainsi, on dit :

(a) « *tous les voleurs doivent être punis* » ;

mais on ne dit pas :

(b) « *toute atteinte au droit de propriété doit être sanctionnée, tant que le droit de propriété est un fondement de l'ordre social et dans la mesure où la sanction concourt au rétablissement de cet ordre* ».

La phrase (a) possède l'avantage de la concision, mais la phrase (b) explicite quant à elle, à la fois sa justification et les limites de son application. Malgré la perte de cette information, la phrase (a) reste compréhensible, mais le prix à payer est élevé : si l'interprète se trouve dans un cas difficile, un *hard case* (par exemple, un cas de *nécessité* où un pauvre vole un peu de nourriture pour ne pas mourir de faim), il lui sera difficile de trancher avec la phrase (a) mais un peu moins avec la phrase (b). La question de droit se transformera en une

frontières) ou du droit interne (droit de propriété). Espace défini par le droit, le territoire est aussi le lieu d'exercice du pouvoir et de la mise en œuvre des politiques publiques, en particulier des politiques d'aménagement et de développement. A ce titre, le territoire constitue un bon révélateur de la liaison du droit et de la politique.

question de choix social.

De manière générale, les normes de type « condition-action » (« *si tel comportement se produit, alors il faut appliquer telle sanction* ») font l'économie de l'explicitation de leur contexte d'énonciation, ce qui impose parfois au juge d'en référer à l'intention du législateur, la *ratio juris* ou en dernier recours la *raison juridique* ; cette structure simple se révèle donc compliquée d'usage. Or cette formulation constitue une part quasi monopolistique de la législation française¹¹⁴. Il en résulte une décontextualisation qui procure à cette *raison juridique* une place prépondérante dans le soutènement de l'édifice normatif. Car ce n'est pas tant la nécessité de la régulation sociale qui est mise en avant, que la continuation de « ce qui marche », schéma compliqué par les innombrables compromis engendrés par la multiplication des acteurs décisionnels¹¹⁵. Il est difficile, dans ces conditions, de concevoir une réforme sans procéder par à-coups, tâtonnements et essais-erreurs.

Le droit, au fil du temps, perd ainsi le souvenir de ses tenants pour ne garder que la trace de ses aboutissants. Il faut l'effort de théoriciens du droit pour restituer ses fonctions et ses fins du droit. La pensée juridique se dilue, à ses confins, dans la pensée politique.

Il en résulte une confusion parfois entretenue, qui fait du droit un objet au comportement chaotique. La trace de ses origines s'estompant avec le temps, il devient difficile d'anticiper ses réactions face aux mutations sociales qu'il contribue partiellement à engendrer. Ce déficit d'information se traduit par un comportement qui semble alors lui appartenir en propre. De par notre expérience, nous savons que le comportement propre appartient toujours à l'autre, celui qui comme nous possède une faculté décisionnelle, une autonomie. D'où la tentation de considérer le droit comme un ensemble autonome, possédant une volonté. Certains théoriciens ont emboîté le pas à Teilhart de Chardin, qui proposait de considérer le social à la manière d'un organisme vivant, ce qui nécessitait d'adopter de nouveaux et surprenants paradigmes.

2. Vers des modèles spécifiques pour penser le droit unitaire agissant dans le multiple

Réguler des individus antagonistes au sein d'une multitude pérenne est un défi pour toute civilisation. Autrefois prévalaient des valeurs basées sur la force et l'autorité. Avec l'élévation du niveau de civilisation émergent des aspirations à une participation davantage consentie qu'imposée. C'est toute la communication de la contrainte légitime qui s'en trouve bouleversée, et avec elle toute la conception d'une régulation qui se trouve appréhendée dans ses dimensions globale, coévolutive et projective. Le modèle hiérarchique autoritaire ne suffit plus, et de nouvelles figures spécifiques sont à inventer. Nous en proposerons quelques-unes.

Comprendre l'évolution du droit requiert une activité « d'intelligence » (au sens compréhensif du terme). Cette intelligence consistera, lors de la présente étude, à proposer des *modèles*, représentations communicables tentant de donner du réel une approximation satisfaisante. Une telle approximation commence par la prise en compte aussi complète que

¹¹⁴ Et pourtant... *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* - La raison d'être de la loi cessant, cesse la loi elle-même, nous enseigne l'adage (<http://www.reds.msh-paris.fr/communic/adages.htm>).

¹¹⁵ Sur les tâtonnements, apories et compromis auxquels ont pu donner lieu les réformes du droit de la famille, on peut consulter Jacques COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994.

possible des facteurs qui influent sur le phénomène étudié. Ainsi que nous l'avons montré en Section 1 (p. 9), le droit est un phénomène coévolutif : bien plus qu'un simple corpus normatif, il constitue un ensemble d'éléments immatériels qui évoluent conjointement avec le corps social qu'il régit. Les normes sont comme des représentations mentales collectives que les individus peuvent créer, modifier, voire oublier ; ces représentations, pour immatérielles qu'elles soient, n'en comportent pas moins des effets tangibles puisqu'elles influent en permanence sur les comportements sociaux, altérant en retour la perception que les sujets se font de leurs normes. Pour représenter ce mouvement, la modélisation systémique fournit des outils conceptuels et des comparaisons interdisciplinaires, qui aideront par la suite à comprendre les propriétés parfois paradoxales de l'objet droit.

a. *Un modèle de connaissance collective*

On ne peut prétendre représenter un droit en mouvement par le seul inventaire chronologique de ses normes. Sont à adjoindre des éléments de compréhension requérant une intelligence globale, communiquant une représentation non pas du réel mais du possible — voire du raisonnablement possible.

N'y aurait-il pas un, mais *des* droits ? La sociologie juridique pose depuis longtemps cette question, car le modèle d'un droit unique ne tient pas à l'épreuve des faits.

En droit français, toute loi est obligatoire et contraignante, c'est à dire qu'elle s'impose à chacun sous peine de sanction. Et il n'est de loi que celle de la République. Mais s'il n'y avait qu'un seul et unique droit, celui contenu dans les textes républicains, les choses seraient simples. Il suffirait d'adjoindre une norme pour que la déviance qu'elle entend corriger soit éliminée — chez les citoyens obéissants, tout au moins. Les autres justiciables seraient punissables de manière quasiment automatique, le droit ne connaissant qu'un lieu unique d'interprétation.

Dans la pratique, il en va tout autrement. En atteste l'adage aux termes duquel *nul n'est censé ignorer la loi*. Si chaque citoyen connaissait effectivement et entièrement ses droits, cet adage n'aurait pas lieu d'être. Seules resteraient à corriger les interprétations personnelles erronées ou déviantes. C'est en dénonçant cette fiction que Roederer soulignait que « *la multiplicité des lois étouffe les lois, qu'il faut ou déclarer qu'un cordonnier doit avoir toutes les qualités d'un docteur en droit ou déclarer que la science des lois auxquelles chacun doit obéir est cependant réservée à un petit nombre d'hommes privilégiés* »¹¹⁶. Il est peut-être inutile d'avancer plus avant dans la démonstration de ce truisme : les hommes possèdent une connaissance inégale et incomplète des règles de leur propre société¹¹⁷.

Dans la pratique, ceci n'empêche manifestement aucune société d'exister, preuve que les ordres sociaux ne reposent pas entièrement sur leur régulateur juridique. Mais en décrire avec précision les règles devient fort compliqué même pour une période très étroite, puisque

¹¹⁶ Cité in H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^e éd., Paris, Litec, 1992, p. 586.

¹¹⁷ Nous reviendrons plusieurs fois sur ce point essentiel, mais l'on peut d'ores et déjà mentionner un ouvrage qui, sur la base de ce concept de cognition collective, contribue à remettre radicalement en cause le paradigme du **choix rationnel** : Raymond BOUDON, Alban BOUVIER et François CHAZEL (pub.), *Cognition et sciences sociales*, Paris, PUF Coll. Sociologies, 1999, 281 p. ; à ce stade de notre exposé, nous utiliserons principalement le chapitre rédigé par Pascal Engel, *Croyances et acceptations collectives*, pp. 155-171.

la simple connaissance du droit positif ne suffit pas. Il devient impératif de posséder de surcroît une représentation des *conçus* et *vécus* des justiciables vis-à-vis de la loi. Aussi est-ce surtout la sociologie juridique¹¹⁸ qui s'est penchée sur ces questions, ainsi que certains ouvrages de droit comparé¹¹⁹. L'enjeu de cette recherche consiste essentiellement en l'analyse et la compréhension des échanges de solutions normatives entre sociétés hétérogènes, ou à l'inverse la description de multiplicités de systèmes au sein d'une même société, ce que regroupe le concept de *polysystème juridique*. Dans la mesure où il a été montré que les *conçus* et les *vécus* influent sur la création normative, leur connaissance devient indispensable à toute action de compréhension, de prévision voire de modification « intelligente ».

Nous pouvons maintenant cerner avec plus de précision les contours d'un *objet Droit compréhensible* au sens large : un corpus de textes, un ensemble de *vécus* et de *conçus* sociaux, auxquels il faut rajouter une rationalité. Les connaissances juridiques ont en effet vocation à déboucher sur des actions, et possèdent donc des fins plus ou moins précises et explicites. L'ensemble de ces fins constitue une rationalité d'ensemble. Les trois éléments ainsi définis forment du droit ce que Max Weber a nommé la rationalité théorique, la rationalité pratique et la rationalité éthique¹²⁰.

La connaissance immédiate et totale de ces trois éléments relève cependant de l'impossibilité pratique, faute de moyens performants pour collecter les données nécessaires. Aussi faut-il recourir à la modélisation pour produire une représentation communicable, en précisant immédiatement que cette représentation ne présente aucune vérifiabilité empirique. Dans la mesure où les individus modélisés disposent d'une liberté de choix, nous devons en effet opter pour un modèle constructiviste. Et un modèle constructiviste ne communique pas ce qui est vrai mais ce qui est possible, au mieux probable. Cette dimension, pour simplement rhétorique qu'elle puisse paraître, n'en est pas moins dénuée de conséquences ni d'intérêt pour notre démarche qui se veut compréhensive.

Quand dix
personnes qui
pensent la même
chose se
réunissent, elles
ne pensent plus.

Les modèles de cognition collective sont variés, tantôt statiques tantôt dynamiques. J.-L. Ermine propose une typologie des modèles statiques répartie sur trois grandes familles¹²¹ :

■ il y a la connaissance propre aux individus ; quand celle-ci est

Alain _____

¹¹⁸ Une bibliographie des principaux auteurs traitant de cette question est (*DETS* 1993, p. 459, entrée : *polysystème*).

¹¹⁹ Nous retiendrons principalement Jean Carbonnier, qui a montré les interdépendances étroites qui existent entre des droits et leur société, pris selon une perspective purement intellectuelle. Droit et société possèdent un « esprit », une raison propre. Ces raisons étant liées, il devient essentiel de tenir compte, si l'on veut transposer des normes juridiques d'un système à l'autre, de l'*esprit du milieu social* récepteur (en ce sens, consulter J. CARBONNIER, « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », in *Le livre du Centenaire de la Sté de Législat. comparée*, t.1, 1969, p. 75 s.) ; A.-J. Arnaud généralisera cette notion dans sa théorie des greffes (*Pour une pensée juridique européenne, op. cit.*). Cette interdépendance fondera la *coévolutivité* droit/société dont nous proposerons un modèle p. 58.

¹²⁰ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, LGDJ, 1995 ; Max Weber a développé cette description du droit en rationalités à des fins compréhensives et transdisciplinaires, le droit pouvant être représenté comme objet social mais aussi économique ou politique.

¹²¹ ERMINE Jean-Louis, *Les systèmes de connaissances*, Ed. Hermès, Paris, 1996. 160 p.

présente chez tous (l'aversion de la douleur, par exemple), elle constitue un *savoir partagé*¹²². C'est une *connaissance générale*.

- une connaissance générale peut se constituer à l'insu des individus. Mais quand ceux-ci savent que leur voisin sait la même chose qu'eux, apparaît une *connaissance globale* dont les effets sont beaucoup plus importants. Cette connaissance est connue des sciences socio-économiques sous le nom de *common knowledge* (CK), ou savoir commun.
- un troisième type de connaissance, la *connaissance totale*, est composée des deux précédentes : ce que les individus savent, ce qu'ils savent savoir, et ce qu'ils savent de ce que les autres savent. Et réciproquement, de ce qu'ils ne savent pas, dans les trois catégories précédentes.

Une connaissance du droit au sens large serait donc un modèle de connaissance totale, augmenté, ainsi que nous le verrons, de dimensions supplémentaires tenant à sa nature de connaissance actionnable, et à sa structure récursive — une récursivité qui nous permettra d'entrevoir une certaine prédictibilité.

Les modèles dynamiques s'attachent à la compréhension de l'émergence d'un phénomène cognitif collectif : langage, volonté, mémoire, organisation, etc. Ils font appel aux représentations statiques, en les combinant selon un point de vue individuel ou global :

- du point de vue individuel, la cognition collective se présente comme une information qui permet à la conscience individuelle un contact social avec elle-même : par exemple, le langage. Le mouvement est circulaire. L'individu acquiert des informations d'une collectivité (son langage, entre autres), collectivité dont il est lui-même une constituante. Il s'autoconstruit une image socialisée. En ce sens, l'acquisition du langage est un contact social avec soi-même, une cognition collective individualisée¹²³.
- du point de vue global, la cognition collective se trouve fréquemment exprimée sous une forme métaphorique, comme un organisme vivant qui naît, se développe, se souvient, pense, a des maladies... Ces figures sont fréquemment exprimée sous la forme de méta-sujets, dotés d'une cognition qui semble individuelle, mais qui se distingue de l'ensemble des cognitions qui la compose, puisqu'elle est le produit de leur action simultanée.

On reconnaît dans ces représentations la figure de la socialisation ainsi que des formes collectives fréquemment utilisées par la doctrine comme *ratio juris*, esprit des lois, courant jurisprudentiel... Ces figures représentatives de la cognition collective trouvent une application dans la définition du sens commun que nous avons exposée p. 33.

¹²² La terminologie n'est pas très précise, et varie selon les disciplines. Savoir partagé en sciences politiques correspond à savoir commun en management, et savoir collectif chez certains auteurs en sciences cognitives. Celle que nous proposerons ici n'est donc qu'indicative, mais elle restera constante tout au long du texte.

¹²³ L. VYGOTSLI, *Pensée et langage*, trad. F. Sève, Paris, Messidor, 1985.

b. *Un modèle de représentation institutionnelle*

La première figure qui vient à l'esprit pour illustrer les relations de l'un et du multiple est celle de l'institution représentative, qui sert d'interface concrète entre un social protéiforme et la représentation idéalisée qu'il se fait de lui-même. Cette figure a pour inconvénient de pouvoir partiellement occulter les abus de pouvoir au nom de l'intérêt général.

La connaissance est, nous l'avons vu précédemment, un objet collectif aux multiples facettes. Pour administrer cet objet, il peut être efficace d'en bâtir une représentation symbolique, sorte de conçu décrété objectif, et de déléguer à certains mandataires la tâche de gérer cet ensemble. On gagne ainsi en simplicité autant qu'en efficacité administrative, au prix cependant d'une perte de l'intelligibilité globale¹²⁴.

Ceci explique que des images peuvent émerger au sein d'un groupe, en forger l'identité, et ainsi se renforcer mécaniquement. Prenons l'exemple de l'institution familiale, à propos de laquelle J. Commaille a pu relever : « *Dans son essence même dirions-nous, la famille relève d'une conception holiste où l'individu n'est qu'un des éléments d'un ensemble constituant un tout, assigné à une place dans l'ensemble social. Dans cette conception, l'individu n'existe pas en tant que tel mais en tant qu'il est membre d'une famille, c'est-à-dire qu'il appartient à une instance elle-même investie de fonctions au service de la société tout entière. Ces fonctions — de reproduction biologique, de socialisation et de transmission — participant de la reproduction sociale, contribuent au bon fonctionnement de la société et à sa perpétuation. Cet effacement de l'individu derrière l'institution s'opère d'autant plus que, comme ce fut le cas pendant longtemps, hors de la famille, il n'y avait point de salut dans la société.* »¹²⁵. L'individu passe, la société reste.

c. *Un modèle de coévolution*

Dans la durée, le droit et le social ne forment plus pour la théorie qu'un seul phénomène en mouvement. Il importe donc pour son observateur de se doter d'une épistémologie apte à envisager l'évolution conjointe et imbriquée de plusieurs objets.

Prétendre comprendre l'évolution d'un phénomène scientifiquement observable implique de posséder des outils conceptuels adaptés. La plupart du temps, il suffit d'identifier un objet, d'observer sa physionomie à intervalles réguliers, puis de dresser un bilan descriptif de cette évolution. Cette méthodologie est utilisée par les historiens du droit. Le droit est alors présenté comme un corpus qui se modifie au fil des époques¹²⁶.

Mais pour le théoricien cette méthode sera insatisfaisante. Peu importe en effet de savoir quelle était la physionomie du droit à telle ou telle époque si l'on ne peut en

¹²⁴ A propos des simplifications réductrices qui diminuent l'intelligibilité globale, cf. Jean-Louis LE MOIGNE, *La modélisation des systèmes complexes*, op. cit. mais aussi H. A. SIMON, *Administrative Behavior. a study of the Decision-Making Processes in Administrative Organizations*. Fourth Edition, The Free Press. N.Y. 1997. 368 p., sur lequel nous aurons l'occasion de revenir. Nous en retenons dès à présent que « *La clarté n'implique pas nécessairement la simplicité* » (p. 84).

¹²⁵ In *Une sociologie politique du droit de la famille - Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection*, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/comaill1.doc>.

¹²⁶ Pour un exemple tiré du droit notarial, cf. Jean HILAIRE, *La vie du droit*, Paris, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 1994, 308 p.

comprendre les mutations ultérieures. L'explication donnée par l'historien se posera toujours *a posteriori*. « *Telle assemblée, à telle époque, a décidé que... Puis, tel parti arrivant au pouvoir, telle loi a été abrogée...* ». Il est difficile, à partir de ces seules données brutes, de fournir une matière suffisante à un raisonnement argumenté. Aussi la doctrine se tourne-t-elle fréquemment sur des analyses de type plus sociologique, comme le fit Léon Husson pour expliquer un revirement important de la jurisprudence de la Cour de Cassation¹²⁷. De fait il est bien souvent impossible d'expliquer un revirement jurisprudentiel sans faire référence à l'évolution des mentalités et des mœurs, notamment dans les matières civiles, pénales ou familiales qui sont en prise directe avec les individus. Les textes font eux aussi, de surcroît, fréquemment référence à l'état de la société, par le biais de notions à contenu variable comme le *bon père de famille*, *les bonnes mœurs*, etc.

Il faut bien alors admettre que le droit est un objet influencé, façonné et recomposé par la société qui l'applique. Le juriste se rapproche du sociologue, mais sans toutefois s'y identifier. Il est en effet fréquent qu'il considère l'évolution sociale comme un phénomène indépendant de son contrôle et de ses facultés de connaissance : comme une *boîte noire*. Ainsi le droit est-il piloté par la boîte noire, dont les soubresauts sont imprévisibles, ce qui rend l'évolution du droit également imprévisible¹²⁸.

La présente étude a pour objet de dépasser cette conception, en se basant sur l'hypothèse suivante : dans la mesure où la société agit son droit et où le droit agit en retour sur la société, les états suivants de la société sont en partie déterminés par cette action du droit. Réciproquement, les états du droit sont progressivement déterminés par l'action de la société. Nous en concluons qu'il y a dans l'évolution du social une part d'indétermination, mais aussi de détermination¹²⁹. La boîte noire n'est alors que partiellement pertinente pour expliquer les évolutions du droit. L'évolution du couple droit-société deviendrait non pas pleinement prévisible, mais du moins raisonnablement anticipable, à tout le moins argumentable. Pour ce faire nous avons besoin d'un outil conceptuel permettant de rendre compte de l'évolution parallèle et conjointe de deux phénomènes distincts. Cet outil existe ; il a pour nom *coévolution*, et il a été développé notamment par un scientifique de la vie, Lovelock, et complétée par un autre, Jantsch.

Selon les termes d'une théorie de Lovelock, l'atmosphère de la Terre ne s'est pas bornée à demeurer stable et adaptée à la vie, elle s'est aussi modifiée selon des schémas qui ont continuellement permis l'évolution de nouvelles formes de vie.

Les théories de Lovelock et Jantsch

Dans une onde soliton¹³⁰, les corrélations non linéaires des boucles de rétroaction positives et négatives sont exactement équilibrées, de sorte que l'onde reste inchangée lors de

¹²⁷ Léon HUSSON, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 57-120

¹²⁸ On retiendra ces mots du professeur P. Mazeaud, prononcés lors d'un colloque en réponse à un auditeur lui demandant quel serait selon lui l'évolution du principe de proportionnalité en droit privé : « *Ma compétence, c'est le droit positif, pas la boule de cristal* ».

¹²⁹ Que j'ai nommée *facteur P* (comme personnalité, personnalisation, empreinte personnelle), dans un article publié dans les Cahiers du CIRESS, n°2, nouvelle éd., Presses Univ. de Toulouse, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/diebolt/diebolt1.htm>.

¹³⁰ Une onde soliton est une onde qui se propage sans perte de vitesse ni d'amplitude. Une vague normale perd de sa force et finit par disparaître, quand une vague soliton peut, en théorie, ne jamais retomber.

son mouvement dans l'espace. Dans les couplages de rétroaction terrestre, la rétroaction positive¹³¹ oriente parfois l'évolution du système vers un nouveau régime, de sorte que l'évolution a lieu. On peut citer à titre d'exemple la crise de pollution par l'oxygène causée par les cyanobactéries. L'accumulation toxique d'oxygène dans l'air aurait pu détruire toute forme de vie, y compris les cyanobactéries elles-mêmes ; au lieu de cela, elle favorisa l'évolution. Selon Lovelock, « lorsque l'oxygène s'est infiltrée dans l'air, la biosphère était semblable à l'équipage d'un sous-marin en détresse, monopolisant tous ses bras pour reconstruire les systèmes endommagés ou détruits et, dans le même temps, menacée par une concentration croissante de gaz toxique dans l'air. L'ingéniosité triompha et le danger fut surmonté, non pas à la manière humaine en restaurant l'ordre ancien, mais... par adaptation au changement et conversion d'un intrus meurtrier en un allié puissant ». On avait atteint un point de bifurcation et l'organisme terrestre « s'échappa », comme le dit Prigogine, « vers une forme supérieure d'ordre » en développant une forme de vie qui utilisait l'oxygène.

Lovelock baptisa sa théorie relative à une forme de vie évolutive, autorégulatrice et auto-organisée, « Gaia », du nom de l'ancienne déesse grecque de la Terre.

Lovelock a difficilement acquis la reconnaissance de ses travaux. Son idée selon laquelle la vie crée les conditions nécessaires à sa propre existence était radicale. Jusqu'à lui, les scientifiques croyaient essentiellement que la vie n'était qu'un simple passage sur la planète, qui disposait par hasard de l'environnement adapté à l'évolution biologique. Mais ses idées ont été prises suffisamment au sérieux pour servir de base à des conférences internationales et à des articles dans des revues scientifiques.

Dans son sillage, Jantsch proposa une coévolution globale dans laquelle les échelles « micro et macro » des choses, comme il les baptise, évoluent de concert. Les bactéries font évoluer l'atmosphère, l'atmosphère fait évoluer les bactéries. La coévolution couple les grandes et les petites échelles dans un cycle de causalité mutuelle. La notion de Jantsch est inhabituelle en ce sens qu'elle s'oppose à l'ancienne croyance scientifique selon laquelle la nature évolue du petit au grand, du simple au complexe. La coévolution des échelles micro et macro est une idée fractale (itérée sur la base d'une équation initiale, cf. Annexe 6) dans laquelle deux échelles, grande et petite, émergent comme des aspect d'un système unique totalement interconnecté.

Plus près de nous, la notion de Jantsch ouvre à l'épistémologie juridique de nouveaux horizons.

La coévolution juridique

Combinons pour nos besoins les théories de Lovelock et Jantsch d'un côté, Hart et Raz de l'autre. Nous obtenons une conception surprenante du droit.

Le droit crée-t-il ses propres conditions d'évolution ?

Pour beaucoup d'auteurs (comme Luhmann ou Teubner), ces conditions se trouvent réunies. Les conceptions combinées de Hart et de Raz font du droit un ensemble homogène qui interagit avec les destinataires de ses prescriptions. La présence de boucles de rétroaction permet de déduire une certaine autonomie comportementale au droit pris en tant que système. Mais on peut aller plus loin : il n'y aurait pas que le droit qui conditionne la vie en société des hommes.

Montesquieu, dans L'esprit des Lois, émit l'idée que les individus qui aliènent dans la communauté une partie de leur liberté verront, grâce à la force socialement régulatoire de cette communauté ordonnée par le droit, leurs affaires prospérer bien plus que s'ils étaient restés isolés dans un état de non-droit. Ainsi, le tout devient supérieur à la somme de ses parties, grâce à une coévolution permise par la rétroaction d'un système juridico-politique sur les individus.

La *coévolution* permet de rendre compte de paramètres qui s'influencent mutuellement dans un même processus global. L'utilisation de cette représentation permet de faire face à

¹³¹ Evolution conjointe qui tend à amplifier les différences entre les deux objets.

certaines paradoxes de la société moderne¹³². Le droit est au centre d'un de ces apparents paradoxes : objet agissant (les normes du législateur ou du magistrat ont des effets bien concrets), il présente également le visage d'un phénomène agi (jurisprudence de principe, législation, changement de régime politique...). Comprendre et situer les coévolutions apparemment antagonistes au sein d'un processus cyclique, les rend complexes mais cohérentes, puisqu'elles s'articulent autour d'un projet global construit.

d. *Un modèle du projet global(ement) construit*

Il n'est pas concevable de considérer le droit comme un objet fortuit. Son élaboration, sa structure et sa substance relèvent d'au moins un projet, même s'il n'est pas toujours pleinement explicité. Le droit est un objet en continuelle reconstruction, au service d'un projet qui lui aussi se reconstruit en coévolution avec son objet ; objet et projet ont ainsi des liens d'interaction très étroits, bien que difficilement connaissables.

La méditation de
l'objet par le
sujet prend
toujours la forme
du projet

G. Bachelard

Il a été montré lors de l'exposé des modèles précédents qu'une connaissance collective peut émerger d'un ensemble d'individualités. Rien n'interdit dès lors d'imaginer qu'un **projet global** puisse également émerger par des mécanismes similaires. La *main invisible* d'A. Smith en fut le premier exemple, et cette métaphore fait toujours recette de nos jours : en poursuivant leurs objectifs individuels, les individus réalisent sans le vouloir un dessein collectif.

Ce type de coconstruction d'actions collectives pose toutefois de délicats problèmes de contrôle. Partant du constat que plus un mouvement coordonne d'individus, plus il est irrésistible envers ceux qui agissent isolément, il devient tentant de chercher les clés qui permettraient de synchroniser à coup sûr et dans la direction voulue des volontés individuelles habituellement divergentes. Ce sont des problématiques de recherches traditionnelles des sciences de la politique et du management.

Mais les schémas de commandement traditionnellement de type hiérarchique

¹³² Comme les implications économiques des retraites ; à ce sujet on pourra consulter : Claudine ATTIAS-DONFUT (dir.), *Les solidarités entre générations. Vieillesse, familles, État*, Paris, Nathan, coll. " Essais & Recherches ", 1995 « Face au vieillissement de la population, aux problèmes liés à la dépendance des personnes âgées, aux risques accrus de chômage et d'exclusion, les solidarités entre générations prennent aujourd'hui dans tous les pays occidentaux une importance particulière. Qu'elles s'exercent au profit des jeunes ou en direction des plus âgés, elles empruntent un double circuit : public, par le biais de la protection sociale, et privé, à travers les échanges familiaux. Avec la contribution des meilleurs spécialistes de différents pays occidentaux et sur la base de recherches de pointe, cet ouvrage examine comment s'agencent ces solidarités. Il fait apparaître la vitalité, mais aussi les limites des échanges privés entre générations, ainsi que leurs interférences avec les transferts publics. Tandis que les actifs cotisent pour les retraités, les personnes âgées donnent à leurs enfants et petits-enfants. En cette période de remise en question généralisée des dispositifs de protection sociale, ce livre évalue les effets des politiques publiques et alerte sur les dangers d'un reflux de ces politiques pour les solidarités familiales. Loin de fonctionner sur le principe des vases communicants - la diminution des unes entraînant l'augmentation des autres - les solidarités publiques au contraire renforcent et soutiennent les solidarités privées ». D'où il résulte que l'effet n'est jamais loin de son contre-effet. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

autoritaire ont pour à cet effet montré leurs limites. Comme nous l'avons évoqué *supra* (p. 33) les sociétés modernes sont de plus en plus informées et peuvent rapidement tenir en échec les méthodes de régulation trop simplistes. Aussi des recherches sur l'émergence du sens au sein de réseaux d'individus (aussi nommée *cognition distribuée*), sont-elles menées dans des domaines industriels comme l'informatique¹³³ ou la gestion des entreprises¹³⁴. Une orientation plus théorique prolonge ces recherches, celle de l'intelligence collective¹³⁵.

En l'état actuel de ces connaissances, la coconstruction spontanée d'un projet reste un phénomène largement opaque et stochastique. J.-L. Le Moigne remarque : « *Toute méditation sur les multiples conventions dont se dotent les individus et les collectivités pour organiser et gérer leurs connaissances — instruments de compréhension — nous invite sans cesse à ce même étonnement : quelle est cette « capacité de relier des choses séparées », la forme et le sens, l'information et la connaissance, le faire et le savoir, que G.B. Vico appelait « l'ingenium » (en s'étonnant de la difficulté de la langue française à traduire ce mot latin si bien assimilé par l'italien ou l'espagnol), capacité qui va fonder la « faculté de juger » (E. Kant), de comprendre pour agir, et souvent d'agir pour comprendre ?* »¹³⁶.

e. Vers un modèle de totalisation sans totalitarisme

Dans la durée, le droit et le social ne forment plus qu'un seul phénomène en mouvement. Dans l'espace, la globalisation des échanges fait émerger le besoin d'un droit commun de l'humanité. Il importe alors de se doter d'une épistémologie conjoignante apte à envisager le social dans sa totalité.

C'est sur capacité à engendrer un projet, un repère pour l'action en situation complexe, que le sujet interpelle avec le plus d'insistance la science du droit. Car réduire les conflits est

¹³³ Cf. notamment l'intervention d'Alain CARDON, Université de Rouen, *L'expression du sens dans les systèmes artificiels*, in Actes de la 5^{ème} Rencontre MCX Aix-en-Provence, 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/aix0796.htm>.

¹³⁴ Lorenza MONDADA propose un aperçu actualisé de l'orientation épistémologique et des finalités de ces recherches : « *La cognition située met en cause une cognition abstraite qui échapperait aux contingences du contexte ; elle met aussi en cause une cognition qui n'appartiendrait qu'aux individus et qui ne s'inscrirait que dans leurs esprits. La cognition distribuée prolonge en effet les premiers travaux de Lave dans le double sens de la pertinence des collectifs, des interactions, des relations intersubjectives et donc de la publicisation, de l'inscription, de la matérialisation de la cognition. Ceci explique l'intérêt pour des situations complexes de travail, caractérisées à la fois par des interactions sociales et par la lecture et l'utilisation de dispositifs technologiques et sémiotiques sophistiqués - que ce soit le cas des activités des pilotes dans leur cockpit, des activités dans une salle de contrôle d'un aéroport ou du travail dans un centre de contrôle du métro londonien. Toutes ces études de cas s'intéressent à l'accomplissement d'actions à travers une coordination étroitement synchronisée entre les acteurs, à la médiation de technologies de l'information et de la communication, à la manipulation d'appareils techniques, à la consultation d'inscriptions visuelles ou scriptuelles.* », Lorenza MONDADA, *Le rôle constitutif de l'organisation discursive et interactionnelle dans la construction du savoir scientifique*, document du serveur MCX/APC : <http://www.mcxapc.org/ateliers/19/ea3mcx.htm>.

¹³⁵ Cf. notamment Eric BONABEAU et Guy THERAULAZ (Ed.), *Intelligence Collective*, Ed. Hermès. Coll. Systèmes Complexes. Paris, 1994. 288 pages ; Jacques FERBER, *Les systèmes multi-agents. Vers une intelligence collective*, Ed. Interéditions, Paris 1995. 522 pages ; ou encore Pierre LEVY, *L'intelligence collective; pour une anthropologie du cyberspace*, Ed. de la Découverte. Paris, 1994. 244 pages ; où il ressort que des stratégies collectives complexes peuvent résulter de comportement simples. Nous aurons l'occasion de nous appuyer sur ces travaux dans la partie consacrée au droit, producteur de lui-même.

¹³⁶ A propos d'un ouvrage de J.-L. ERMINE, <http://www.mcxapc.org/lectures/13-14.htm>.

une chose, forger les âmes et les peuples pour préparer le monde de demain en est une autre. Le droit n'est pas un objet socialement neutre, nonobstant la transparence du positivisme juridique. Nier cette assertion peut se révéler aussi ambigu que de prétendre que le droit nazi était bel et bien du droit. Il est assurément des droits acceptables et d'autres qui ne le sont pas. Pour autant, il ne doit pas non plus être considéré comme totalement nécessaire qu'une science du droit se fasse également science du social, même si la pratique montre qu'une bonne connaissance des sujets aide grandement à l'élaboration de normes adéquates.

La science du droit doit pouvoir trouver en sa propre théorie des outils conceptuels suffisamment puissants pour concilier les impératifs de la régulation de proximité et le projet civilisateur d'envergure planétaire. Une partie de l'objet de cette étude sera de démontrer que les épistémologies constructivistes et complexes pourvoient utilement à ces fins. Sans dénaturer son objet, le droit doit pouvoir sans complaisance assumer pleinement son projet, fut-il partiellement implicite, et pouvoir en anticiper les effets directs et induits.

Car nombreux sont, désormais, les défis qui sont lancés et que la science juridique se doit de relever : la construction européenne, la répartition des richesses et fruits du travail, la gestion à long terme des ressources terrestres, la consécration des droits de l'Homme... la régulation juridique possède un champ d'action potentiel universel¹³⁷. Entre les promotions exacerbées du libre échange économique ou de la redistribution égalitaire, le droit est appelé à fournir les moyens et les méthodes permettant d'adopter les solutions adéquates, valables à la fois à court moyen et long terme. C'est en étant capable de concilier la totalité avec elle-même, envers et malgré ses propres contradictions et sans passer par le totalitarisme, qu'il sera possible de dire que le droit aura acquis un sens plein et entier.

C'est dans la perspective d'un tel projet qu'il sera proposé de considérer un modèle d'émergence juridique, l'explicitation des causes d'un phénomène constituant un premier pas vers la maîtrise dudit phénomène.

§3. Un modèle pseudo-autonome : le droit, régulateur régulé

Le droit forme, selon une certaine représentation, un système aux multiples particularités : c'est un construit collectif mais individuellement conçu, parfois dirigé, souvent dirigeant, non nécessairement intentionnel. Un modèle théorique de son émergence et de son évolution est proposé pour éclairer les développements ultérieurs qui traiteront de sa complexité.

Chez moi, les idées ne sont rien d'autre que les choses matérielles transposées et traduites dans la tête des hommes.

Marx, Le Capital

Ainsi qu'évoqué *supra*, un modèle du droit peut être décrit comme une représentation collective, partagée à des degrés divers par un groupe donné d'individus. Cette représentation serait alors susceptible de pseudo-autonomie, car ordonnée et ordonnante, causée et causante. En donner une description organique, norme par norme, est alors totalement vide de sens sans une activité complémentaire de

¹³⁷ « Le droit moderne aussi est vu comme le résultat de l'interpénétration de sphères socio-culturelles, communautaires, économiques et politiques. » (MÜNCH).

reliance, ou contextualisation. Ainsi la description d'une norme ne pourra-t-elle être considérée comme pertinente que si, en sus de sa matérialité (raison propre), se trouvent reliés le contexte qui a motivé sa création (raison causée) et sa finalité (raison causante). On aura alors suffisamment d'éléments pour agir la norme de manière efficiente. Mais l'on n'aura une représentation adéquate à notre projet (rendre compte de l'évolution de *tout* le droit) que lorsque l'ensemble des normes, causes, effets et reliances comprises, seront prises en compte. Se dégagera alors une raison globale, produit de l'interaction entre la raison juridique et la raison sociale.

Nous pouvons à présent proposer un modèle constructiviste dont les conséquences seront développées au fil de la présente étude. Ce modèle se présente comme un scénario d'émergence en neuf étapes, les deux dernières bouclant sur elles-mêmes et prolongeant le modèle à l'infini.

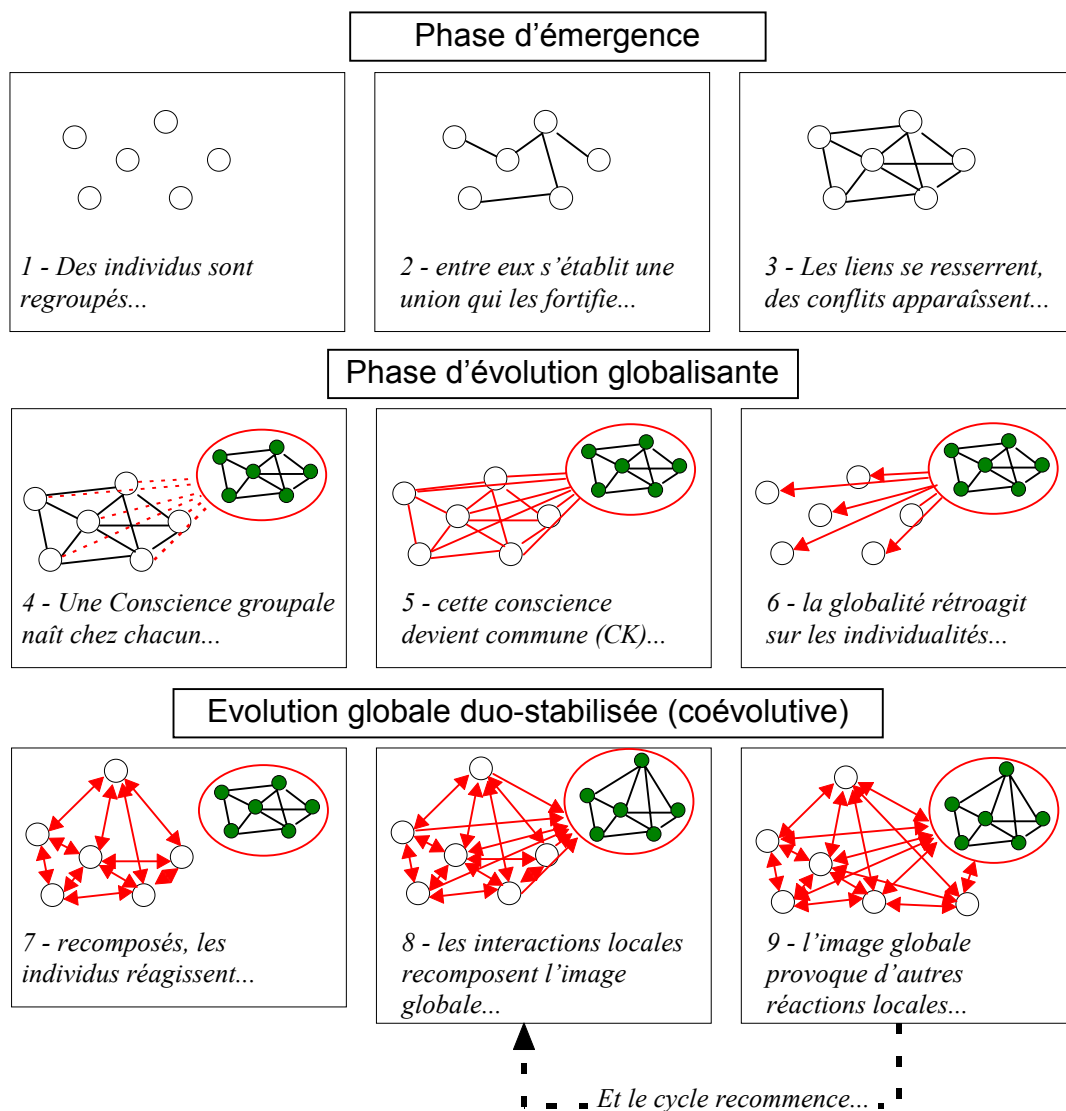


Figure 1 - Modèle d'évolution juridique complexe

Quelques commentaires éclaireront la future utilité de ce modèle :

- on notera que les étapes 8 à 9, cycliques, ont ici vocation à rendre compte non seulement des relations entre les individus et leur totalité, mais **de toute représentation qui pourrait s'y substituer**. Cette nuance est d'importance, car elle englobe des phénomènes aussi essentiels que l'erreur, l'imaginaire, la déformation volontaire et les **constructions intellectuelles représentatives** (institutions, transcendances, figures mythiques). Nous verrons que ces nuances altèrent considérablement les caractéristiques de ce modèle, par rapport à une situation d'information totalement et immédiatement transparente ;
- la connaissance de la totalité est représentée comme homogène pour tous les individus. Cette situation est vraisemblable dans le cas d'une communauté restreinte, dont les membres peuvent bien se connaître. Mais au-delà d'un nombre assez rapidement atteint, les individus tendent à former des sous-groupes et l'image de la totalité s'estompe. Il est aléatoire de vouloir fixer scientifiquement une barrière, mais on peut cependant suggérer un seuil pour la compréhension de notre modèle : *celui au-delà duquel le premier individu se sentira plus d'affinités avec tel autre individu plutôt qu'avec tel autre*. Ainsi, comme la résistance d'une chaîne que l'on calcule selon la résistance de son maillon le plus faible, la cohérence d'un réseau d'individus serait égale au seuil de tolérance de son élément le moins tolérant ;
- le caractère constructiviste du modèle tient au fait que les éléments de l'ensemble n'ont aucun comportement prédéterminé. Ils sont libres de le modifier à leur guise. Nous en étudierons les conditions et les modalités. Dans l'immédiat, notre objet est de rendre compte d'un phénomène d'interdépendance entre une communauté d'individus et l'ensemble qu'elle représente. Ces relations ont été étudiées en sociologie sous la forme de *groupes*¹³⁸. Il arrive cependant que les individus s'apparentent à différents groupes, formant alors un *réseau* de relations multiples ;
- afin de faire ressortir les corrélations entre les individus et les normes, les figures intermédiaires que constituent les organes institutionnels ou religieux ont été volontairement omises du modèle. Toute délégation se présente en effet comme une médiation qui opacifie voire court-circuite les relations entre la totalité et sa création idéale. Cependant, et pour ne pas laisser de côté un pan important de la théorie juridique, mention sera faite du phénomène institutionnel en seconde partie de cet essai.

Enfin, puisque les méthodes précédemment utilisées par la science du droit ne permettent qu'une approche partielle de l'évolution du couple droit-société, nous recourons à un paradigme apte à saisir les subtilités que révéleront notre modèle : le paradigme de la

¹³⁸ Pour une synthèse sur les relations des individus à leur groupe, on peut consulter V. AEBISCHER et D. OBERLÉ, *Le groupe en psychologie sociale*, Paris, Dunod, 1990 ; six aspects du groupe sont traités : les traditions de la pensée groupale, le groupe comme lieu d'intégration, le groupe comme lieu de différenciation, les groupes lieux de changement, le groupe producteur d'idées, le pouvoir dans les groupes. Il est recommandé au lecteur de se reporter à sa bibliographie en ce qui concerne l'approche des totalités par la méthodologie des groupes. Notre démarche, quant à elle, mettra davantage l'accent sur le phénomène des *réseaux*.

complexité.

Section 3 - Un paradigme pour penser le modèle du droit : la complexité

Une forme de pensée permet de conjoindre au lieu de disjoindre, unir le local au global, l'aléatoire à l'intentionnel, la commande à l'autonomie ; cette forme, c'est la pensée complexe, dans une acception scientifique mais aussi littéraire. Les deux approches, qui n'ont pas encore réalisé leur fusion, sont nécessaires pour penser une méthode ouverte conjoignant la connaissance et l'action, ainsi que l'adéquation de l'objet au projet.

La complexité n'est pas ce mal absolu que pourchasse la belle rationalité française au nom de la clarté, de l'homogénéité et de l'universalisme. C'est au contraire la reconnaissance de la richesse et de la diversité des organisations de toute taille et de toute nature

Jacques Mélése –
L'entreprise à complexité humaine

La complexité est une notion qui fait souvent figure d'épouvantail scientifique ; synonyme de complication, d'embrouillamini, d'imprévisibilité, d'indécidabilité, certains l'ont même assimilée au chaos... D'autres au contraire y ont vu une richesse qui fécondera pour longtemps des sciences qui s'orientent trop souvent vers la technique, négligeant de se penser comme projet porteur de sens pour la civilisation. La complexité est donc une notion polysémique et controversée, qui varie selon les interprétations des scientifiques.

Ainsi, telle qu'interprétée par le physicien Murray Gell-Mann (et avec lui une partie non négligeable des scientifiques d'outre-Atlantique), la notion de complexité a l'avantage d'être simple à appréhender, même pour les non spécialistes. Il est même possible de la mesurer. Ainsi, une fois déterminée l'échelle à laquelle se place l'observateur (le *grain*), le phénomène observé sera qualifié de plus ou moins complexe selon la *longueur nécessaire pour le décrire*.

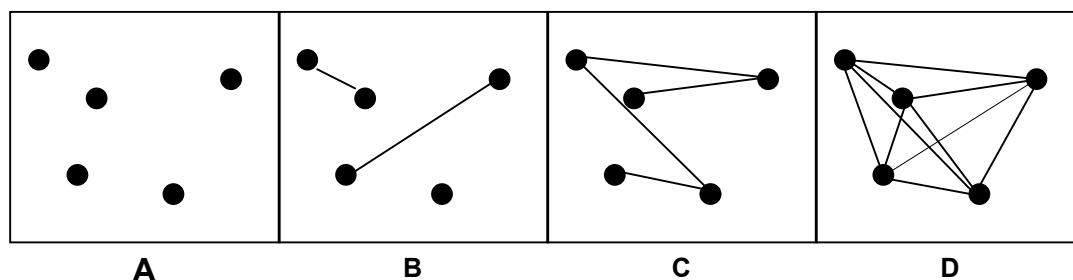


Figure 2 - Quelques structures de connexions entre cinq points

Dans l'exemple de la figure 2¹³⁹, nous avons l'exemple d'un réseau de 5 points. Comme le commente M. Gell-Mann : « En A, aucun des points n'est connecté à un autre. En B, certains points, mais pas tous, ont des connexions. (...) Le diagramme A n'a aucune connexion alors que D représente toutes les connexions possibles. Quelles sont les figures

¹³⁹ Inspirée de Murray GELL-MANN, *Le quark et le jaguar. Voyage au coeur du simple et du complexe*, (Traduit de l'américain 1994 par Gilles Minot) Ed. Albin Michel. Paris, 1995, p. 49. Le schéma a été légèrement simplifié pour en alléger la description, mais le contenu métaphorique a été scrupuleusement respecté.

auxquelles nous allons attribuer une complexité plus élevée que les autres ? Tout le monde sera d'accord pour dire que A, sans aucune connexion, est simple, alors que B, avec certaines connexions, est plus complexe ou moins simple que A. Mais qu'en est-il des autres ? Un cas particulièrement intéressant est celui de D. La première réaction serait de le considérer comme le plus complexe de tous, puisqu'il présente le plus grand nombre de connexions. Mais est-ce bien fondé ? La propriété d'avoir tous les points connectés n'est-elle pas tout aussi simple que de n'en avoir aucun ?

Un tel raisonnement nous amène à la suggestion qu'au moins une manière de définir la complexité d'un système revient à utiliser la longueur de sa description. La structure D serait ainsi réellement d'une simplicité analogue à celle de son complément A, puisque la phrase « tous les points connectés » est d'une longueur sensiblement égale à « aucun point connecté » (...) De manière générale les structures complémentaires auront sensiblement la même complexité »¹⁴⁰.

On aura relevé que dans cette interprétation, la complexité ressemble davantage à de la complication. Un système ainsi évalué pourrait être compliqué à décrire, mais son comportement simple (comme un avion, par exemple). En revanche, certains objets sont simples à décrire, mais de comportement complexe ou indéterminable. On peut penser, par exemple, aux mouvements des pièces sur un échiquier ; les règles sont simples, les stratégies complexes¹⁴¹.

On peut être également gêné de placer sur le même plan la complexité de l'être vivant et celle d'un simple construit social. Tout comme J.-L. Le Moigne¹⁴² faisait grief à Gell-Mann d'avoir plus postulé que démontré le rapport entre l'univers quantique, présumé réductible au simple et l'univers de l'adaptation complexe, on peut concevoir qu'il soit nécessaire de démontrer pareille imbrication des rapports de l'individu et de sa société. Si la complexité est considérée comme une simple difficulté de description, individu et société peuvent être mis sur le même plan, mais si l'on considère la complexité comme une conséquence de l'autonomie, il devient alors nécessaire d'opérer une distinction car les deux éléments deviennent hétérogènes. Si l'on supprime l'homme, on supprime le droit ; si l'on supprime le droit, l'homme subsiste. Dans cette perspective, le degré d'autonomie des êtres humains est supérieur à celui de leurs constructions intellectuelles.

Dans ce sens s'est développée et enrichie en Europe une conception alternative de la complexité. Giambattista Vico, Paul Valéry, Edgar Morin, Jean Piaget, Henri Atlan, Francisco Varela et d'autres à leur suite l'ont davantage façonnée comme une notion qui, dans son

¹⁴⁰ Murray GELL-MANN, *Le quark et le jaguar. Voyage au coeur du simple et du complexe*, (Traduit de l'américain 1994 par Gilles Minot) Ed. Albin Michel. Paris, 1995, p. 49

¹⁴¹ Les cybernéticiens estiment que le jeu qui présente le plus fort ratio simplicité de règles / complexité stratégique est le jeu de go.

¹⁴² Dans son commentaire sur cet ouvrage, in Cahier des Lectures MCX n°11, <http://www.mcxapc.org/lectures/lectur11-11.htm> ; il relève notamment les risques de certaines impasses épistémologiques fondant l'interprétation de la complexité : « *Il ne suffit pas de tolérer les ruses stratégiques du chercheur tentant de "construire du sens" en rendant compte de nos expériences d'une complexité irréductible à un modèle fermé, il importe, ce faisant d'explicitier les a priori épistémologiques qui légitiment le discours et assurent son intelligibilité.* »

aboutissement actuel, distingue essentiellement les systèmes doués de la faculté d'être à l'origine de leur propre signification de ceux qui ne le sont pas. Nombreux sont ceux qui ont assimilé cette capacité (l'autopoïèse) à l'autonomie, de sorte qu'il est malaisé de dire laquelle est la conséquence de l'autre (si tant est que ceci ait un sens, à ce stade).

On le voit, la complexité est un paradigme se donnant pour ambition d'appréhender une totalité du réel. Le lien se veut rompu avec la Méthode cartésienne consistant à fractionner un problème en sous-problèmes plus simples (le réductionnisme). En effet, certains objets paradoxaux sont soit détruits, soit vidés de leur sens quand on leur applique la méthode réductionniste - nous en verrons de nombreux exemples. La complexité se définit comme un contrepoint de cette méthode, permettant de penser tout ce qui échappe au réductionnisme¹⁴³. Schématiquement, cette pensée, telle que formulée en particulier par E. Morin, possède les caractéristiques suivantes :

- *Unitas multiplex* : selon E. Morin (cf. notamment *La Méthode, t. 1 et 2*, ou le *Paradigme perdu*¹⁴⁴) les sciences de la complexité peuvent et doivent être conçues comme constitutives de l'« Unité de la science ».
- *Union des contraires*¹⁴⁵ : un système complexe inclut à la fois son tout et son contraire, car le principe d'autonomie est **à la fois créateur et destructeur**.
- *Rétroaction* : qui dit complexité dit **interaction totale et continue**, bouclage au sein et en-dehors du système. Là où il n'y a que relation unilinéaire ponctuelle, il n'y a pas d'objet complexe.
- *Distinction/conjonction* : dans un système linéaire, il est rationnel et cognitivement productif de disjoindre et d'unidimensionnaliser les données, de hiérarchiser. La pensée complexe n'admet cette méthode que dans des cas bien particuliers. Inversement, sa règle est celle de la conjonction/différentiation. En interagissant avec l'environnement (conjonction), un système complexe modifie sa structure, donc ses connaissances (différentiation)¹⁴⁶.
- *Tiers inclus* : inclure dans une même totalité la partie et le tout implique qu'il faille rajouter à la logique formelle un troisième terme : le *tiers inclus*. Pour une science axiomatisée, l'application de ce terme donne des résultats indécidables ; mais

¹⁴³ Et non forcément, comme l'ont prétendu certains de ses détracteurs, comme un mode de pensée se voulant hégémonique et universel. Certes, la méthode réductionniste cartésienne ayant montré son incapacité à prétendre à l'universalité (notamment par la démonstration du théorème de Gödel, cf. annexe 3), la pensée complexe s'est avérée être une alternative crédible et féconde. De là à en faire une future pensée unique, il y a un pas qui fut peut-être parfois un peu vite franchi.

¹⁴⁴ Edgar Morin, *Le paradigme perdu*, Paris, Seuil, 1973.

¹⁴⁵ Au sens d'opposé sémantique ou d'opposé fonctionnel.

¹⁴⁶ D'après Watzlawick par exemple, communication et cognition ne sauraient être dissociées, même si elles peuvent être spécifiées. Pour plus de détails se référer à J. Miermont, *L'homme autonome, op. cit.*, particulièrement pp. 31-103. Sont également développées les conséquences pour le sujet connaissant de cette conjonction : « *Un système autonome ne peut connaître sans entrer en relation avec lui-même* » ou « *reconnaître l'existence d'une partie inconnaissable de soi-même* »... (p. 318).

inversement il permet de produire des arguments raisonnables dans des systèmes que l'application de la logique classique du *tiers exclu*¹⁴⁷ rend indécidables¹⁴⁸.

- *Connaissance actionnable* : n'étant plus distinguée de la structure qui la supporte, la connaissance se confond également avec l'action qu'elle permet d'engendrer. Ainsi, sauf exception, il n'est de connaissance *en soi*, mais des actions reliées à des connaissances elles aussi reliées à des actions¹⁴⁹.
- *Possible plus que nécessaire* : la pensée constructiviste qui sous-tend celle de la complexité se base sur l'irréversibilité du temps pour privilégier la pensée téléologique projective, au détriment de la rétrospection causale. Notre chemin « *se construit en marchant* »¹⁵⁰. Ainsi la notion évanescence de vérité s'efface. La connaissance devient davantage *l'exploration du champ des possibles* (Valéry).
- *Projet plus qu'objet* : plutôt que d'avoir à participer à un monde d'objets qu'il nous est donné de découvrir, nous construisons le monde en projet qui nous construit. Au déterminisme d'une épistémologie positiviste (ne peut être affirmé comme réel que ce qui est objet d'une vérification expérimentale qui authentifie l'isomorphie entre l'objet de science et la théorie), J.-L. Le Moigne prône le recours aux heuristiques téléologiques des épistémologies constructivistes. Il propose par exemple trois axiomes :

¹⁴⁷ Le *tiers exclu* est le troisième axiome de la logique aristotélicienne : *A ou non-A*, signifiant qu'un prédicat ne peut être que vrai ou faux.

¹⁴⁸ Sur ce sujet, on peut consulter NICOLESCU Basarab, *La transdisciplinarité, Manifeste*, Paris, Editions du Rocher, 1996, p.64 s. Par croisement de la logique du tiers inclus et de la physique quantique, l'auteur propose une approche transdisciplinaire mettant en valeur la notion de complexité comme « *agent d'action globale* ». Il définit les trois piliers soutenant la transdisciplinarité, qui indiquent aussi sa méthodologie de recherche : les niveaux de réalité, la logique du tiers inclus, la complexité. Il insiste aussi sur les différences de champ et de méthode entre transdisciplinarité (à travers, entre et au-delà des disciplines), interdisciplinarité (transfert des méthodes d'une discipline à l'autre) et pluridisciplinarité (étude d'un objet par plusieurs disciplines à la fois), les termes étant souvent confondus. Pour un résumé de cet ouvrage par l'auteur, consulter <http://perso.club-internet.fr/nicol/ciret>.

Cette interprétation diverge quelque peu de celle avancée par J.-L. Le Moigne, que l'on trouvera développée dans *Le constructivisme. tome 1 : des fondements*, Paris, ESF, 1994, pp. 125 s. Le tiers inclus est davantage conçu comme l'appel à la création d'une logique faisant place à la notion de projet (d'objet à construire, ce qui remplace la notion logique de *vérité* par celle de *pertinence* ou d'*adéquation*). En effet, on ne peut appliquer le *tiers exclu* (*A ou non-A*) à une totalité qui englobe les parties et leur tout (totalités bouclées sur elles-mêmes). D'où la nécessité d'un tiers, qui vient combler ce manque. Conception controversée. Pour Jacques Miermont « *Le rejet du principe du tiers exclu, dans les situations qui impliquent l'appréhension de totalités bouclées sur elles-mêmes, n'implique pas nécessairement que le tiers soit inclus, mais que la question reste indécidable, à un instant donné, par rapport à la totalité considérée : oscillation possible entre dehors ou dedans / à la frontière / dehors et dedans* » (<http://www.mcxapc.org/lectures/lectur9-13.htm>).

¹⁴⁹ Une réflexion collective a eu pour thème les connaissances actionnables : le Grand Atelier de l'Association MCX, sise au Futuroscope de Poitiers en novembre 1998. Consulter les actes et les résumés par session des interventions sur <http://www.mcxapc.org/poitiers/ga98/index.htm>.

¹⁵⁰ Cet extrait d'un poème d'A. Machado, hymne du Programme Européen de Modélisation de la CompleXité (MCX) est fréquemment mis en exergue par les penseurs constructivistes pour illustrer l'essence de leur démarche.

1. l'axiome *d'opérationnalité téléologique* : tout phénomène modélisable est perçu action téléologique (ou projective) ;
2. l'axiome *d'irréversibilité* : tout phénomène modélisable est perçu transformation téléologique au fil du temps ;
3. l'axiome du *tiers inclus* : ou d'inséparabilité, ou de récursivité, ou de conjonction : tout phénomène modélisable est perçu conjoignant inséparablement l'opération et son produit qui peut être producteur de lui-même¹⁵¹.

Le schisme est donc (encore) net entre ce que l'on peut sommairement désigner comme les écoles scientifique et littéraire de la pensée complexe. D'un côté, une conception très influencée par l'informatique, la cybernétique et les sciences dures (mathématiques, physiques)¹⁵² ; **la structure d'un objet dépend des conditions que lui impose son environnement**. De l'autre, la présence dominante de la biologie et des sciences humaines et de la société. Cette partition, pour sommaire qu'elle soit, matérialise deux courants de pensée connexes mais non similaires. On peut y voir une illustration de la différence entre la téléologie¹⁵³ et la téléonomie¹⁵⁴.

¹⁵¹ Ce paragraphe est extrait d'un commentaire par J. Miermont de l'ouvrage de J.-L. Le Moigne : *Le constructivisme*, op. cit., in <http://www.mcxapc.org/lectures/lectur9-13.htm>.

¹⁵² Principalement représentées par Palo Alto ou l'Institut de Santa Fé, dont les travaux, rédigés en langue anglaise, sont couramment utilisés par les auteurs anglo-saxons.

¹⁵³ « Téléologie : Définition usuelle :

Bien que la téléologie soit entendue comme une discipline scientifique depuis 1728 ("Le traité" de Ch. Wolff), et que Kant l'ait anoblie au statut éminent de "science critique" (à ne pas confondre donc avec la théologie !) dans "La critique de la faculté de juger", 1797 (consacrée pour l'essentiel à l'étude de ce mode de "connaissance réfléchissante" qui est le "jugement téléologique"), la discipline a longtemps eu mauvaise presse dans les cultures scientifique et philosophique : positivismes et scientismes voulaient ignorer cette science qui, par sa seule existence, remettait en question leur dogme fondateur, celui du déterminisme causal et efficient qui caractériserait toutes les lois de la Nature (et donc, ajoutait déjà Descartes, "toutes les choses qui peuvent tomber sous la connaissance des hommes". Les dictionnaires français sont encore laconiques ou prudents, se limitant pour l'essentiel à une définition étymologique banale : "Télos" traduit le grec "fin", et la téléologie sera "l'étude des fins"... Une brève allusion à la théorie des "causes finales" d'Aristote servant de caution à cette incursion qui risque de rappeler au lecteur les discours charlatanesques sur le finalisme.

Ce n'est qu'avec la naissance des "nouvelles sciences de l'information et des systèmes" que la téléologie va réapparaître dans le discours, puis peu à peu, dans la culture scientifique contemporaine. En fondant explicitement la cybernétique naissance sur le concept de "téléologie" (par un article célèbre de 1943 cosigné avec Rosenblueth et M. Bigelow), N. Wiener rejoignant (à son insu, semble-t-il) les grands pragmatistes nord-américains (J. Dewey puis N. Rescher...), va susciter un courant d'attention dont nous bénéficions aujourd'hui. Praticiens et chercheurs perçoivent aisément qu'ils peuvent disposer d'une discipline sans doute encore dans sa gangue sémantique, discipline dont ils expérimentent la légitimité et qu'ils s'efforcent de dégager progressivement des confusions et du verbiage dont elle fut parfois entourée. Heureusement pour eux, les fondations posées par Kant (après Aristote) sont solides (... "Dans la Nature, tout est fin et réciproquement moyen"), et les développements sur les sciences de la cognition comme sur les sciences de la conception nous font progresser dans une voie que décrivait dès 1974 le philosophe et logicien J. Ladrière : "C'est une téléologie qui se construit. Il n'y a pas un télos posé à l'avance, il y a comme un processus d'apprentissage à la faveur duquel une démarche d'abord tâtonnante réussit à dessiner de façon de plus en plus précise son propre

Ainsi, le principe de « complexité par le bruit »¹⁵⁵ souffrirait deux acceptions. Selon l'une, ce serait le bruit qui permet à la complexité d'engendrer l'ordre (§1), selon l'autre ce serait la complexité qui permet au bruit d'engendrer l'ordre (§2).

§1. La complexité, expression de deux façons concomitantes de concevoir le réel

La théorie juridique voit s'affronter deux courants théoriques antagonistes, représentés d'un côté par le réalisme de l'analytical jurisprudence à l'anglo-saxonne, de l'autre par le mouvement positiviste. L'une met en avant la création jurisprudentielle, l'autre le caractère contraignant de la norme. Ce clivage peut se retrouver dans les différentes façons d'aborder les phénomènes complexes. On retrouvera la prédominance du hasard créateur (1), celle du code qui stabilise le changement (2) et une conception qui se propose comme une intégration de ces deux tendances (3).

1. L'école de la « complexité-simplicité »

Selon certaines conceptions, l'ordre viendrait du « bruit », que la complexité du système permet de transformer en organisation. Nous regrouperons ces conceptions sous l'étiquette d'école de la « complexité-simplicité », car cette interprétation présente la complexité comme une combinaison non linéaire d'éléments simples.

Héritière des technologies de l'artificiel (intelligence, vie), l'école scientifique se caractériserait davantage par la mise en avant de la téléonomie (« Tout d'abord, en dépit des simplifications de la parabole des horlogers, la théorie (de la complexité) ne postule aucun dispositif téléologique. Les formes complexes peuvent émerger des formes simples par des processus purement aléatoires. (...) C'est la stabilité même des formes complexes qui constitue leur finalité. Il n'y a là rien de plus que la survie des formes adaptables, autrement dit des

cheminement. Processus interne d'auto finalisation".

Qu'on le découvre dans les textes d'H.A. Simon ("Rationality and téléology... the mean is the end...", 1983) ou d'E. Morin ("une auto-éthique, sans fondement, en émergence... qui soit éthique de la compréhension", 1994), et de bien d'autres, la téléologie prend aujourd'hui sa définition usuelle :

"Science des processus de finalisation" : comment, en fonctionnant et en se transformant, et en se formant des représentations de leurs comportements (informés, et par là, informant), les systèmes élaborent-ils en permanence leurs propres processus de finalisation ? Certes, ils peuvent parfois s'entendre dans le cas limite des systèmes automatiques, "goal seekink". Mais cette indépendance absolue du but, tenu pour invariant, et du comportement, est-elle fréquente, et est-elle même nécessaire ? Oui dans le cas des systèmes de pilotage automatique... mais leur concepteur ne souhaite-t-il pas qu'il y ait quand même "un pilote dans l'avion" ? Ne doit-il pas alors s'intéresser au caractère auto-éco-finalisateur de ce système complexe qui est l'avion piloté et se pilotant en vol ? » (par J.-L. Le Moigne) in « Petit lexique des termes de la complexité », site du Réseau Européen Droit et Société <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/lexique.htm#teleologie>.

¹⁵⁴ « Téléonomie : ensemble des finalités qui orientent l'ensemble des processus d'un système. Elles ne se confondent pas nécessairement (ni même fréquemment) avec les buts consciemment désirés ou voulus par les acteurs du système. » (par J.-W. Lapierre), *idem*.

Autrement dit, les buts qui semblent orienter le système (tels que l'on peut du moins les subodorer à l'observation) ne sont pas nécessairement ceux qui animent les acteurs de ce système. Ainsi, des spéculateurs peuvent provoquer la ruine générale en poursuivant leur seul intérêt personnel.

¹⁵⁵ H. Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, *op. cit.*

formes stables »¹⁵⁶). L'analyse de Simon recoupe ici celle de Gell-Mann, qui voit dans un système complexe ni plus ni moins qu'un équilibre instable au sein duquel apparaissent des formes qui, elles, sont stables. Les travaux d'un autre physicien célèbre, Ilya Prigogine et « l'école de Bruxelles » ont porté sur les systèmes « loin de l'équilibre », autour de l'idée de dissipation, de perte d'équilibre et d'évolution vers le désordre.

Fondamentalement le principe ainsi posé de complexité est « simple » : un système loin de l'équilibre peut, sous condition d'un apport d'énergie, se transformer et évoluer en développant des structures qui s'adaptent et se font concurrence. Sur le plan de l'information on a bien une création, puisque l'environnement est considéré comme non-signifiant (un flux d'énergie continu, par exemple). C'est le système qui, parce qu'il est déséquilibré, va dissiper cette énergie en maintenant et recomposant ses structures selon un schéma dont on peut démontrer qu'elles représentent une sorte d'optimum non préalablement voulu. Le système semble ainsi mû par ce qui ressemble à une volonté propre, même si cette volonté n'est qu'apparente (le système fait « comme si » il « voulait »). Nous sommes bien en présence d'une téléonomie.

Cette méthode de travail, quand elle est épaulée par des simulations puissantes, permet de rendre compte de manière très réaliste du développement de plantes, de corps vivants simples, réels ou virtuels (voir par exemple les créatures de Karl Sims¹⁵⁷), mais aussi de structures plus sophistiquées se faisant par exemple concurrence pour s'approprier des ressources rares.

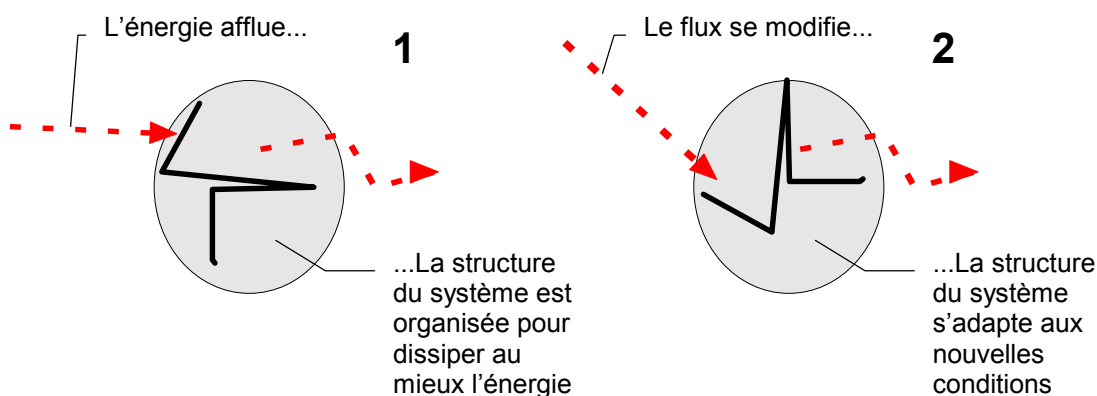


Figure 3 - La complexité-simplicité : exemple des structures dissipatives

¹⁵⁶ H.A. SIMON, *Sciences des systèmes, sciences de l'artificiel*, Préf. de H A Simon pour l'éd. française ; trad. et postface de J.L. Le Moigne, Paris, Dunod, 1990, p.180

¹⁵⁷ On ne compte plus les sites Internet dédiés ou faisant une référence appuyée aux créatures de Karl Sims. On trouve un grand nombre de sites en entrant le mot-clé « Karl Sims » sur un moteur de recherche classique.

Ainsi décrite, la complexité émerge du mouvement de l'énergie au sein du système (par exemple, la lumière du soleil sur une feuille d'arbre, ou une colonie de champignons sur un corps en décomposition). Mais le mouvement énergétique n'est qu'une métaphore. Il peut s'agir aussi bien d'interrelations matérielles ou informationnelles. Individuellement, chaque élément est régi par des réactions simples, sans volonté propre. On peut ainsi faire le lien entre des sciences comme la physique quantique et la biologie moléculaire.

Ce mouvement de pensée est particulièrement prisé dans le milieu des sciences dures, qui y voient un moyen de rendre peut-être un jour compte de la diversité de la vie biologique. Mais le lien n'a pas encore été définitivement établi avec une conception de la complexité centrée autour du concept d'autonomie.

2. L'école de la « complexité-autonomie »

Selon d'autres conceptions, l'ordre vient de la complexité, qui organise le « bruit ». Cette complexité est caractéristique de l'autonomie, qui explique qu'un système puisse recomposer le code qui régit son propre fonctionnement.

A l'inverse de ce que nous avons envisagé précédemment, un courant de pensée plus influencé par les lettres et les sciences humaines privilégierait la téléologie (« *L'hypothèse téléologique peut se présenter selon les variantes d'un spectre qui irait de la téléonomie faible que considèrent volontiers les biologistes (une seule fin, invariante, et considérée comme exogène au système cognitif lui-même) à la téléologie forte que considère volontiers le philosophe et le créateur : de multiples fins, déterminées à chaque instant de façon endogène par le système cognitif lui-même* »¹⁵⁸). Rien d'étonnant, quand on sait que les sciences de l'homme considèrent fréquemment les phénomènes globaux (mouvements sociaux, politiques) comme des entités autonomes, des objets ayant leur identité propre. L'hypothèse téléologique serait ainsi plus naturelle à un observateur de phénomènes qu'il considère comme non corpusculaires.

La notion mérite d'être précisée. La téléologie est une composante multipartite de la complexité. Multipartite car il lui faut trois actions fondamentales pour satisfaire sa mission d'endo-finalité¹⁵⁹ : se maintenir, se relier, se produire¹⁶⁰. E. Morin propose de nommer cette action l'*organisation* ou l'*eco-auto-re-organisation*¹⁶¹. Elle est l'expression d'un mouvement par essence complexe qui explique qu'un système possède et maintienne une forme d'organisation dans un environnement donné. S'appuyant sur des formes stables, adaptables et reliées, la téléologie serait ainsi une conséquence et une extension de la téléonomie, qui est son mécanisme fondateur. E. Morin montre, tout au long de son œuvre, qu'un être téléologique, donc producteur de lui-même, est également porteur du principe de sa propre

¹⁵⁸ J.-L. Le Moigne, *La modélisation des systèmes complexes*, op. cit., pp. 77-78.

¹⁵⁹ Finalité propre du système, faisant que celui-ci ne doit son existence qu'à... sa propre existence.

¹⁶⁰ Cf. en particulier Le Moigne 1995, p.75 s.

¹⁶¹ Ce terme d'*eco-auto-re-organisation* peut se décomposer ainsi (source : Le Moigne 1995, p.74) :

- *Re-organisation* exprime la transformation (diachronique)
- *Auto-organisation* exprime l'Autonomie
- *Eco-organisation* exprime le fonctionnement (synchronique) ouvert dans l'Environnement.

destruction. C'est ce qui le distingue par essence de l'être téléonomique, dont le principe existentiel — et destructeur — peuvent être exogènes : **l'entité peut sembler « vivre »**.

Si l'on prend le modèle archétype de l'articulation d'un système complexe en neuf niveaux tel que présenté par Le Moigne¹⁶², le processus d'endo-finalisation (qui permet la production de soi-même) occuperait une place qui n'existe pas puisqu'il relierait le niveau 9 (le système se finalise¹⁶³) au niveau 1 (le phénomène est identifiable). En effet, c'est parce qu'il est finalisé que le phénomène reste identifiable, mais réciproquement, c'est de cette différenciation identifiée que découle sa finalité ! Par ce bouclage l'être s'auto-connaît, s'auto-identifie, s'auto-organise.

L'être producteur de lui-même possède donc une organisation circulaire, que toute description rend délicate par risque de réduction, même involontaire. E. Morin et H. Von Foerster ont proposé une notation particulière pour rendre compte de cette circularité :



Il est important de noter que c'est **uniquement** dans sa relation avec l'environnement que la notion d'organisation circulaire (et donc d'endo-finalité) prend un sens. « *L'organisation de l'organisation de l'organisation..., ou encore l'organisation qui, active, s'organise elle-même. Dépendante et solitaire de ses environnements (environnements qu'elle relie, qu'elle produit, qu'elle maintient), elle se différencie par autonomisation en s'organisant elle-même (se produisant, se reliant, se maintenant ou se régulant). Processus, l'organisation ne s'entend que dans le temps, le temps irréversible de l'action.* »¹⁶⁴.

Il devient alors possible de préciser la notion de complexité. Un objet complexe n'est plus un objet simplement improbable (issu d'une combinatoire particulièrement difficile à trouver), comme le laisse supposer la complexité-simplicité. Un objet serait plutôt complexe du fait de la conjonction d'une combinaison à la fois rare et dénuée de hasard. Complexité n'est pas confusion¹⁶⁵.

¹⁶² J.-L. Le Moigne, Jean-Louis LE MOIGNE *Le constructivisme, Tome II : "Des épistémologies"*, ESF Ed., Paris, 1995, pp. 58-64.

¹⁶³ On pourra protester que c'est ce niveau 9 qui concerne l'endo-finalisation, et qu'il n'y a pas besoin de créer de niveau supplémentaire. Il serait cependant inexact de confondre finalisation telle que décrite dans le schéma donné (simple ajout d'un niveau dans le système décisionnel) et l'endo-finalisation telle que définie par Morin, qui fait découler la structure de ce principe, et non l'inverse. C'est la raison pour laquelle le pseudo-niveau supplémentaire que constitue l'endo-finalisation relie le niveau 9 au niveau 1.

¹⁶⁴ J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme, op. cit.*, p. 76

¹⁶⁵ « *Dans tous les cas, la quantité d'information d'un système mesure le degré d'improbabilité que l'assemblage des différents composants puisse être le résultat du hasard. Plus un système est composé d'un grand nombre d'éléments différents, plus sa quantité d'information est grande car plus grande est l'improbabilité de le constituer tel qu'il est en assemblant au hasard ses constituants. C'est pourquoi cette grandeur a pu être proposée comme une mesure de la complexité d'un système, en ce qu'elle est une mesure du degré de variété des éléments qui le constituent. [...] Signalons tout de suite les réserves avec lesquelles il convient de recevoir cette conclusion, en raison notamment du caractère statique et uniquement structural de la complexité dont il s'agit, à l'exclusion d'une complexité fonctionnelle et dynamique, liée non pas à l'assemblage des éléments d'un système mais aux interactions fonctionnelles entre ces éléments [...] Même si les concepts de*

Ainsi c'est cette faculté de différenciation réciproque, au regard de l'environnement et de soi-même, qui caractérise l'autonomie. Et c'est l'autonomie qui différencie essentiellement les deux approches de la complexité.

3. Le paradigme inforgétique, paradigme reliant

Qu'un environnement compose des formes, qui en se recomposant vont à leur tour recomposer l'environnement constitue un cas de figure qui concilie les deux conceptions précédentes. Le paradigme « inforgétique » ainsi formé permet de proposer aux sciences juridiques une « inforgéthique ».

Dans son ouvrage *La modélisation des systèmes complexes*, J.-L. Le Moigne propose des représentations systémiques de l'organisation basées sur des individus autonomes agissant en groupe ou en réseau. Pour rendre compte du paradigme ainsi obtenu, il a forgé le terme « inforgétique », « *pour caractériser commodément à la fois le socle épistémologique et le champ sémantique supportant les exercices de l'organisation entendue comme et par un processus de traitement d'information* »¹⁶⁶. Ce terme allie les termes information et organisation ainsi qu'une conception renouvelée de la notion d'énergie. « *Le paradigme inforgétique permet de rendre compte de façon autonome et spécifique de la correspondance complexe entre information et organisation, tout en suggérant, par le radical org une analogie conceptuelle et instrumentale avec le paradigme Energétique (construit sur le radical erg, lequel est étymologiquement proche de org, l'un et l'autre exprimant l'action... dans sa complexité)* »¹⁶⁷.

A partir de ce terme, J.-L. Le Moigne propose un modèle permettant de rendre compte de toutes les actions de l'individu autonome au sein des organisations qu'il construit. C'est un modèle transdisciplinaire destiné, selon les termes de son auteur, à permettre « *une communication intelligible entre les modèles du sociologue et de l'anthropologue (...) lorsque le système complexe considéré est par exemple (...) un programme d'action collective* »¹⁶⁸. Hormis les effets directement engendrés par l'application de la norme, un tel modèle peut donc être utilisé par le juriste, notamment lors du processus de création normative.

complexité et de complication n'ont pas encore été clairement et précisément définis, l'idée vague et intuitive que nous en avons nous fait percevoir les automates naturels comme des systèmes d'une complexité extrême en ce que le nombre de leurs composants peut être extrêmement élevé (10 milliards de neurones pour un cerveau humain) et que les relations entre ces éléments peuvent être extrêmement entrelacées, chacun d'entre eux pouvant, en principe, être relié directement ou indirectement à tous les autres. » H. Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, op. cit., pp. 46, 46, 48.

¹⁶⁶ J.-L. Le Moigne, *La modélisation des systèmes complexes*, op. cit., p. 89.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 90.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 91.

Le Modèle Inforgétique de l'Organisation			
Système de Décision	Comprendre	Finaliser	Concevoir
Système d'Information	Computer	Mémoriser	Communiquer
Système d'Opération	Produire	Maintenir	Relier
Le Système Organisation	ECO Synchronique	AUTO Autonomisant	RE Diachronique

Nous verrons, au fil de l'exposé qui va suivre, comment ce tableau nous permettra de composer les lignes d'une « inforgétique »¹⁶⁹, notion complexe nous permettant de relier les finalités perçues du système juridique avec celles conçues par les individus. Nous rendrons ainsi compte de certains effets de composition engendrés par les actions des sujets de droit.

§2. La complexité, un paradigme conçu dans et pour l'action

Le paradigme de la complexité, qui relie des faits, n'a de sens que s'il est appliqué à des phénomènes en mouvement. Mais en reliant ce qui a été agi à ce qui est, il suggère alors la reliance de ce qui est à ce qui pourrait être agi. Intelligence de l'action, il est tout aussi bien intelligence pour l'action.

Etudier l'action au niveau des groupes nécessite de faire appel à des notions aptes à embrasser la complexité de leur objet comme l'Unitas Multiplex (1), qui utilise la décision adéquate (2) dans une action projective (3).

1. Une ouverture : l'Unitas multiplex

La notion d'Unitas multiplex connaît des interprétations multiples selon les auteurs. Elle signifie couramment l'union dans la diversité (autant que la diversité dans l'union). Mais elle va au-delà du simple jeu de mots : traditionnellement un groupe se constitue grâce à la similitude de certaines propriétés de ses éléments. Avec l'Unitas multiplex, c'est avec et envers leurs différences que les éléments se groupent. Ce qui malgré tout les incite à se réunir ? Le projet.

La notion de projet global implique la mise en relation d'éléments disparates et se considérant comme tels. Mais faire naître un ensemble d'individus par l'action d'une autorité extérieure ne signifie pas que naît une conscience globale. Les individus sont simplement rapprochés. Parfois émerge quelque chose, parfois non. Les naufragés de la méduse ont peut-être constitué un groupe le temps d'un voyage, mais certainement pas une société.

Au plan global se pose un autre problème : la plupart des communautés humaines ont pu, historiquement, se souder et se maintenir **contre** d'autres communautés qui leur faisaient concurrence. Globalisation aidant, l'homme post-moderne prend conscience que l'Humanité constitue une réalité qui dépasse sa propre société nationale. Penser l'union globale nécessite alors un concept permettant de rendre compte de l'union dans la diversité. E. Morin a proposé le terme d'*Unitas multiplex*.

¹⁶⁹ Ce terme est également dû à J.-L. Le Moigne.

Jean-Louis Le Moigne en propose une interprétation dans le cadre d'une autre problématique globale, celle de l'environnement : « *La modélisation systémique nous propose alors le concept d'éco-système (et peu après, le concept d'éco-organisation) pour rendre compte de façon intelligible et « praticable »¹⁷⁰ de ce que l'usage désigne par « environnement » pour associer « le milieu » et « l'Umwelt » (le monde environnant, J. Von Uexhüll) ? E. Morin, (rappelant que la notion d'écosystème fut introduite par Tansley en 1935), conclut : « Dès lors, l'environnement cesse de représenter une unité seulement territoriale pour devenir une réalité organisatrice, l'éco-système¹⁷¹... Ce terme veut dire que l'ensemble des interactions au sein d'une unité géophysique... constitue une unité complexe de caractère organisateur ou système... s'organisant à partir des interactions entre constituants (biologiques et géophysiques)... une Unitas Multiplex »¹⁷².*

Sur le plan scientifique, ce sont « *les sciences de la cognition, entendues dans leur Unitas multiplex : leur unité épistémologique et leur multiplicité thématique. Les problématiques, les méthodes, les domaines, les voies de développement.* ».

D'une manière plus générale, l'Unitas Multiplex fait ressortir que la connaissance humaine peut être considérée comme un tout, et que dès lors, la séparer en branches distinctes et autonomes la mutile d'une partie de son potentiel. A titre d'exemple, l'étude des OGM (organismes génétiquement modifiés) peut former une discipline autonome des sciences biologiques. Il n'en reste pas moins qu'au-delà de l'objet de laboratoire, se développe une réalité des OGM¹⁷³ qui touche les dimensions sociologiques éthiques, politiques et juridiques, à travers le principe de précaution, ou la brevetabilité du vivant. De sorte qu'une science objective (au sens d'A. Comte) ne saurait être considérée comme neutre, dès lors qu'elle permet d'altérer le réel¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Peut-être faut-il accepter ici le néologisme « *actionnable* » que l'on emprunterait à l'anglo-saxon "actionnable knowledge" introduit par D. Schön en 1983 : un savoir pour faire qui est aussi un savoir qui se pratique.

¹⁷¹ E. MORIN, *La Méthode, T. 2*, Paris, Seuil, 1980, p. 17.

¹⁷² Extrait de l'article : *Les Trois Temps de la modélisation des éco-systèmes : l'entropique, l'anthropique et le téléologique*. (<http://www.mcxapc.org/conseil/lemoign1.htm>).

¹⁷³ Organismes génétiquement modifiés.

¹⁷⁴ Selon E. Morin, par exemple, cette non-neutralité dérive de la nature intrinsèquement complexe des relations de l'homme et de son environnement, et du projet plus ou moins avoué qui guide sa quête vers la connaissance du réel, à savoir une instrumentalisation toujours plus poussée de la nature. C'est dans ce contexte que la notion d'*éthique scientifique* prend toute sa signification (Edgar MORIN, *Science avec Conscience - Nouvelle Edition complète*, Ed. du Seuil, coll. Point, 1990, 318 p.).

2. Penser l'adéquation du modèle au projet : la décision juridique complexe

La pensée complexe permet de relier la connaissance à l'action car elle place au centre de cette relation la dimension téléologique : le projet. On ne raisonne plus en termes de meilleure décision possible car ce serait admettre qu'un idéal existe déjà, mais de décision la plus adéquate possible, le projet étant sans cesse remanié. Le droit, objet décisionnel et téléologique par excellence, s'inscrit à un moment privilégié du mouvement complexe de la totalité sociale : il est à fois l'objet d'un projet et projet lui-même. Cette propriété unique résulte de sa pseudo-autonomie, et amène à recomposer le dialogue, relancé au début du siècle par Hayek, sur la notion de projet social.

Il revient aux sciences cognitives de s'être penchées de manière approfondie sur la modélisation de la pensée tournée vers l'action. Mais plus de trente ans après les premiers travaux dans ce domaine (essentiellement américains), force est de reconnaître le désintérêt manifesté à leur endroit par les sciences juridiques, malgré une pratique quotidienne de ces théories par les acteurs de la vie judiciaire. Notre thèse consistera ici à montrer, à la suite des informaticiens du droit¹⁷⁵, que le processus décisionnel humain est au moins aussi important pour la théorie des normes en mouvement que les normes en elles-mêmes.

Les individus prennent des décisions orientées selon leurs projets. Mais le droit réalise-t-il un projet ? Globalement la question ne connaît pas de réponse définitive, et le débat oppose depuis longtemps les tenants du libéralisme aux partisans du contrôle fort. Ces points de vue déterminent à eux seuls une part importante du projet social ; les deux types de prise de décision ont montré leur viabilité, mais aussi leurs limites. Il semble donc impossible d'attribuer au droit un projet global ; or nous montrerons que prises unes à unes, les normes peuvent être parfaitement reliées à un projet précis et localisé. La somme de ces projets forme alors un courant de rationalité déterminable¹⁷⁶, même s'il n'est pas nécessairement connu.

Aux termes de la tradition positiviste, une norme est le produit d'une volonté ou de plusieurs agrégées. Et toute volonté repose sur une décision. Une théorie des normes inclut donc nécessairement une théorie de la décision. Or la décision humaine est un processus complexe, même s'il est guidé par une rationalité qui, quand elle est connue, le rend relativement prévisible. *« L'activité du juriste est substantiellement une activité*

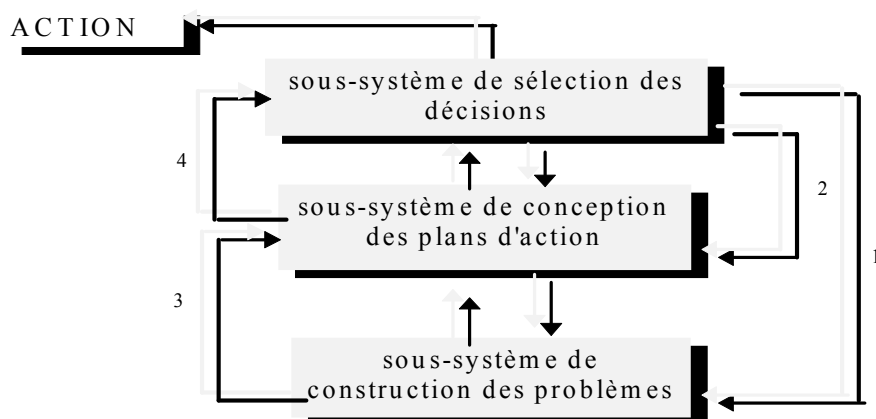
¹⁷⁵ Pour des applications mettant à contribution le processus décisionnel pour l'explicitation des normes, cf. Danièle BOURCIER, *La décision artificielle. Le droit, la machine et l'humain*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1995, 237 p.

¹⁷⁶ « Nos systèmes juridiques reposent sur une rationalité tirée de la « modernité » au sens où l'entendent les historiens de la philosophie, c'est-à-dire des concepts fondateurs de ces systèmes philosophiques qui ont vu le jour à l'époque "moderne" (pour l'essentiel, les XVII^e et XVIII^e siècles). A cette époque, tout système de pensée est centré autour de l'individu sujet de droits inhérents à sa personne, qu'il acquiert dès le moment de sa naissance. Le droit est pensé comme un système de relations fait pour protéger les droits subjectifs des individus dont la somme forme la nation. Cette pensée juridique "moderne" se prétend rationnelle en tant que produit de la raison, cette raison naturelle qui éclaire tous les hommes, comme l'exprimeront clairement les tenants de l'Illuminisme. La rationalité "moderne" d'un système juridique revêt donc un certain nombre de traits qui en font sa spécificité. C'est, d'abord, l'universalité. Tous les individus étant équivalents, tous ayant, gravé dans leur cœur et dans leur raison les axiomes de la justice et du droit, sont capables de savoir comment se conduire en société. Que si les droits nationaux divergent de l'un à l'autre, ce n'est que pour tenir compte de l'environnement géographique, culturel, social, politique, économique, qui font que les lois peuvent varier non seulement d'un pays à l'autre, mais aussi d'une époque à une autre. » (http://www.reds.msh-paris.fr/communic/arnaud/ciress_4.htm, Partie 1, Introduction).

d'interprétation. De l'interprétation naît la décision. »¹⁷⁷. Simon a proposé un modèle canonique de la décision. Il s'agit de considérer celle-ci comme une opération de traitement d'information symbolique. Cette opération forme un système au sein duquel on distingue trois sous-systèmes stables : l'**intelligence** (compréhension ou formulation du problème), la **conception** (résolution ou choix stratégique) et la **sélection** (choix entre les différentes alternatives). Arnaud décrit alors le processus judiciaire de décision selon un modèle inspiré du modèle général de Simon :

« Chacun de ces niveaux est constitué en système, au sens où les règles qu'on y rencontre permettent de former des expressions ayant valeur de proposition répondant aux exigences scientifiques de vérité, qui fournissent par là-même les théorèmes du système. S'agissant très précisément de système de décision judiciaire, les théorèmes sont les suivants :

- théorème 1 : La possibilité d'élaboration de plans d'action hors de la logique du "gagne/perd" ainsi que leur qualité heuristique sont fonction de la capacité des parties au conflit à construire par elles-mêmes le problème qui les a conduites à cette situation.
- théorème 2 : La pertinence des conclusions déposées par les conseils s'apprécie en fonction 1°) de leur respect de la construction des problèmes telle qu'elle leur est présentée et 2°) de leur qualité téléologique.
- théorème 3 : L'effectivité du verdict est d'autant plus grande qu'elle constitue un choix répondant au critère de « satisfaction » parmi les plans d'action présentés répondant aux conditions énoncées dans les théorèmes précédents.



Ce schéma permet à Arnaud de proposer un modèle de décision judiciaire, au sein duquel les plaideurs aident les parties à formuler leurs projets, élaborer leurs plans, puis le magistrat prend la décision. On obtient alors une forme de décision collective permettant de poursuivre certains projets, comme celui de la justice, ou de l'équité. Cette interprétation collective par A.-J. Arnaud du modèle de Simon (initialement limité à un seul et même acteur) montre que le droit peut être l'objet d'actions **non intentionnelles**¹⁷⁸. Dans le modèle de

¹⁷⁷ Cf. Mario SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milan, 1969, cité dans l'étude mentionnée ci-dessus.

¹⁷⁸ Au sens de M. Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft, op. cit.*) ou d'A. Giddens (*New Rules of Sociological Method : A Positive Critique of Interpretative Sociologies*, Hutchinson, London, 1976) ; il ne faut

décision judiciaire en effet, chaque acteur, partie, plaideur, magistrat, construit son problème et sa solution en fonction de ses intérêts propres :

- Les plaideurs tentent de faire prévaloir leur propre intérêt au détriment de l'autre. Ils accomplissent leur propre sélection de plan. Etape déjà complexe, puisqu'il ne s'agit pas de bâtir le plan qui est directement le plus favorable (le *one best way*), mais celui qui a le plus de chances de s'imposer **compte tenu** des arguments adverses. Ainsi chaque plaideur ajuste son discours en fonction de celui de son adversaire, dans un jeu de miroir qui ne trouvera de point final qu'à la plaidoirie. En règle générale, les échanges se prolongent rarement au-delà de trois étapes de rétroaction (échanges de conclusions) avant que ne soit décidée la mise en état. Autre élément de rétroaction, l'image que se font les plaideurs de la décision à venir au regard des arguments de chacun (la procédure rend toutes les informations transparentes) : c'est l'évaluation des *chances de gain*. De cette anticipation peut résulter une tendance à la transaction.
- Le magistrat décide, c'est-à-dire qu'il accomplit la troisième étape alors sans avoir eu à se préoccuper des deux premières, ce que lui interdisent d'ailleurs les règles de procédure (interdiction de statuer *ultra petita*). Sa position est cependant particulière, car **il n'est pas déterminé par les seules étapes décisionnelles précédentes**. Complétons la lecture d'A.-J. Arnaud par celle de G. Timsit. Selon ce dernier, le processus de décision judiciaire implique plusieurs dimensions. Le juge, en effet, n'est pas déterminé par les seuls arguments des plaideurs. Timsit décrit plusieurs types de détermination :
 - La *Prédétermination* : ce sont les conditions d'émission de la norme, le législateur au sens large.
 - La *Codétermination* : c'est le pouvoir d'appréciation laissé au récepteur de la norme, le juge au sens large.
 - La *Surdétermination* : c'est le code culturel qui s'impose à tous les acteurs de la vie juridique, législateur et juge, puise sa source dans l'ensemble des valeurs qui influent sur le juridique et constitue la « *loi qui s'exprime en silence* » ; il évoque partiellement la *raison juridique* d'A.-J. Arnaud (cf. p. 362).

De la lecture de ces deux auteurs, il ressort que la décision judiciaire comporte non seulement plusieurs acteurs, mais également plusieurs dimensions (quatre au total, si l'on inclut la dimension des arguments des plaideurs telle que mise en avant par Arnaud et occultée par Timsit).

Cette caractéristique met le magistrat au centre d'un processus enchevêtré et soumis à de nombreuses influences¹⁷⁹. D'où il résulte, d'une part, que la décision d'un magistrat est

pas prétendre attribuer à tous les acteurs sociaux une rationalité idéale et objectivement définie, car il faut reconnaître que chaque sujet, individuel ou collectif-historique, agit selon ce qu'il (elle) *croit* être une conduite orientée rationnellement vers des buts (*DETS*, *op. cit.*, p. 268). Nous y reviendrons *infra*.

¹⁷⁹ Sur ces influences et leur conséquences, on peut consulter les travaux de S. Diebolt, *L'évolution*

extrêmement difficile à prévoir, sauf déterminations fortes (ce qui est rarissime), et d'autre part qu'il est impossible, compte tenu de la dimension complexe et subjective de la décision, de parler en termes d'optimisation, ni peut-être même d'adéquation, dans la mesure où **chaque décision contribue à redéfinir le projet des décisions à venir**. Ceci nous amènera à mettre en avant la notion de *coévolution*, quand d'autres parlent de pouvoir ou de *gouvernance*.

De manière générale, on peut comparer le droit à un thermostat, qui modifie continuellement l'environnement qui le détermine, à ceci près que le droit est le terrain d'expression de projets personnels précis, qui peuvent aller avec ou à l'encontre d'un projet global ; comme si le thermostat était agi par une myriade de petits lutins qui estiment chacun s'il fait trop chaud ou trop froid, et si la température est conforme à une *température idéale*.

La compréhension des influences qui ont cours dans ce phénomène complexe a pour vocation de doter le décideur d'un arsenal qu'il puisse mettre en œuvre pour amener le *satisfaisant* à ressembler à l'*optimal*¹⁸⁰.

Encore faut-il que le décideur (institution politique ou judiciaire) fasse preuve d'une réelle volonté, orientée vers l'intérêt général. A défaut, force est de constater un organe décisionnel faisant face de manière réactive à l'urgence, sans réelle perspective dans le temps. On pourrait déplorer cet état de fait. Mais F. Hayek avança l'hypothèse que la poursuite aveugle des intérêts individuels pouvait fort bien participer de manière incidente mais prépondérante à un bonheur collectif. La doctrine dite « néolibérale » s'appuie sur cette idée qui prolonge l'oeuvre d'A. Smith, notamment en ce qui concerne le mécanisme de la « main invisible » ; nous aurons l'occasion d'y revenir. Quant aux relations entre l'économie et la justice sociale, Hayek considère que l'Etat n'est légitime qu'en tant qu'il contrecarre les seuls excès du marché. Le droit ne donne pas de projet à la société, la société génère seule son propre projet — par le biais du marché —, dont le droit garantit la bonne exécution. Ainsi le droit est conçu comme un garde-fou destiné à assurer le bon fonctionnement de la régulation marchande, qui se pose en expression optimale de la justice sociale dans la mesure où l'on admet de réduire les affaires humaines à la question principale de la répartition des ressources, considérant le reste des détails (affaires pénales, matrimoniales,...) comme ressortissant du seul domaine politique¹⁸¹.

rétroactive des concepts juridiques, 1994, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/diebolt/diebolt3.htm>.

¹⁸⁰ Il reste bien entendu que l'optimal est ici conçu comme une notion instable. L'optimal mathématique est objectif. L'optimal social est conjoncturel. Pour une illustration et une mise en pratique de ces thèmes, cf. Dimitri KALOGEROPOULOUS (éd.), *Regards sur la complexité sociale et l'ordre légal à la fin du XXe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 192 p. La complexité y est davantage entendue comme complication que comme imbrication entre différents niveaux logiques, hormis l'article de N. Luhmann, qui applique son paradigme, basé sur les actes de communication, à l'Union Européenne.

¹⁸¹ Encore Hayek se montre-t-il méfiant vis-à-vis des possibles excès de la démocratie : partisan d'une « démocratie limitée », où l'on respecterait toujours des principes généraux de justice, au-delà du pouvoir illimité de la majorité (idée qui peut aller à l'encontre de sa conception évolutionniste et anthropologique du droit), il focalisait ses critiques sur l'absence actuelle de séparation des pouvoirs, partant du principe qu'un Parlement qui légifère, gouverne, et que la création des lois se transforme en un « processus accepté de chantage et de corruption ». A titre de solution, il proposait de créer une seconde assemblée, qui se chargerait uniquement de la législation (cf. J. MONTOYA et P. GONZÁLEZ ALTABLE, in *Anuario de filosofía del derecho, Nuova Epoca*, tome X, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993, p. 16 s.).

Ce serait oublier un peu rapidement la particularité du mode de production de l'objet droit, dont nous montrerons qu'il n'est pas seulement un *instrumentum*, mais qu'il engendre par sa seule existence des conséquences qui le déchargent de certaines contraintes de justification. Le droit, dans sa forme actuelle, produit par sa seule mise en œuvre les effets qui sont les prémisses de son évolution future. Il est réducteur de présenter le droit comme un objet inerte, simplement chargé d'apporter des réponses à des problèmes ponctuels ; bien au contraire, le droit façonne les comportements, forge les réactions des hommes. Il est difficile de nier que nul ne laisse pleinement s'exprimer sa personnalité en société, nous réfréons certaines pulsions de manière plus ou moins consciente. Et c'est peut-être l'expulsion de cette partie négative de notre personne qui se révèle le mieux dans les interdits que nous nous imposons collectivement.

Ainsi, nous possédons la conscience qu'une partie de nos penchants peut nous empêcher de vivre harmonieusement en collectivité. Nous ne serions pas des animaux aussi sociaux que Durkheim le disait. Mais nous dépendons néanmoins les uns des autres. La division sociale et internationale du travail a étroitement entremêlé nos destins ; nous nous condamnons, par notre goût du confort, à nous supporter mutuellement. Il faut donc bien traquer tout ce qui dans nos comportements pourrait nous inciter à dévier de ce communautarisme qui nous procure bien-être et sécurité. Mais en isolant et en punissant cette déviance, nous lui donnons une forme, un visage¹⁸², une consistance. Et par l'énergie que nous consacrons à l'éradiquer, nous montrons à quel point elle est digne d'attention. Nous la consacrons, en quelque sorte.

De ce fait, toute régulation se paie d'un tribut parfois élevé : des effets pervers apparaissent, qui perdurent au-delà du problème résolu. Cette tare de la régulation artificielle a été mise en lumière par R. Boudon : toute intervention autoritaire contrariant l'ordre spontané d'un système se paie d'effets pervers qui appellent toujours plus de régulation artificielle. D'où trois attitudes possibles : accepter de voir le remède devenir pire que le mal¹⁸³, abandonner toute volonté de fixation autoritaire de valeurs et de seuils, en préservant simplement une transparence d'information (néolibéralisme), ou concevoir des horizons universellement acceptables en faisant appel à l'intelligence stratégique de chacun des acteurs pour recomposer, à chaque instant, les fins et les moyens de leur propre société globalisée. Celle-ci prendra alors spontanément une forme d'optimum arbitrairement proposé : **un minimum de contrainte pour un maximum d'ordre.**

¹⁸² Mal, malin, malédiction, tabou, déviance, travers, diable ; nombreux sont les termes désignant le « socialement nuisible », et par lesquels on lui donne corps. La cosmogonie occidentale est particulièrement riche de ce type de termes.

¹⁸³ Sur les dérives des systèmes pénaux en Amérique du Sud illustrant ce phénomène de glissement, cf. Wanda de LEMOS CAPELLER, *L'engrenage de la répression. Stratégies sécuritaires et politiques criminelles. L'exemple du Brésil 1890-1990*, Paris, LGDJ, coll. " Droit et Société ", 1995, 253 p. ; nous commenterons plus avant cet ouvrage dans notre partie consacrée au *double bind*.

3. Une intelligence stratégique : comprendre l'agi pour agir l'agissant, ou l'art de piloter un régulateur en construisant ses représentations

Représenter c'est créer. C'est pourquoi représenter les autres c'est créer l'Autre. Mais laisser le pouvoir à l'Autre, c'est renoncer à tout pouvoir personnel. Voilà pourquoi les dirigeants modernes, entre gouvernement et gouvernance, préfèrent sacrifier le projet global au profit des intérêts locaux.

Comme les faits historiques sont liés étroitement aux faits qui ne sont pas historiques, il en résulte que les événements ne s'enchaînent point naturellement dans les histoires, mais qu'ils y sont liés les uns aux autres par de purs artifices de rhétorique... Aussi bien voyez-vous qu'on ne peut tirer des annales d'un peuple aucun pronostic pour son avenir. Or le propre des sciences est d'être prophétiques comme il se voit par les tables où les lunaisons, les marées et les éclipses se trouvent calculées à l'avance, tandis que les révolutions et les guerres échappent au calcul.

Anatole France,
Les opinions de M.
Jérôme Coignard

Cette citation d'Anatole France nous servira de point d'entrée pour mettre en lumière les intérêts d'une représentation du droit, et de son évolution. Selon cet auteur il est illusoire de prétendre connaître l'avenir d'un système à partir de la connaissance de son passé. Or il ressort des travaux qui seront développés dans cette étude que ces propos méritent quelques nuances. La connaissance du passé n'éclaire pas totalement les incertitudes de l'avenir, mais la posséder donne un aperçu crédible de ce que l'avenir peut raisonnablement apporter. Pour au moins deux raisons que nous mettrons en évidence :

- un système peut avoir un comportement perçu complexe, la rationalité de ses agents étant constante ; dans ce cas précis, connaître cette rationalité permet d'anticiper la complexité à venir, si l'on dispose de modèles adéquats,
- nonobstant la complexité de ses agents, un ensemble peut présenter par effet de système des *régularités apparentes* qui, faisant sens auprès de ces mêmes agents, engendreront par mimétisme des comportements stables ; connaître ces régularités apparentes fournit également au modélisateur des raccourcis intéressants pour anticiper les tendances globales.

Il importe à ce stade de bien rappeler au lecteur quelques bases théoriques du modèle complexe que nous lui proposons, afin d'éviter tout risque de confusion avec les thèses volontaristes : *les individus qui se regroupent en une société en déterminent librement les règles*. Cette détermination est possible, car les individus se créent des représentations de leur propre groupe et de son environnement, qui leur indiquent quels sont les problèmes à résoudre¹⁸⁴ pour que le groupe continue de leur être plus profitable que contraignant (nous partons du principe que les individus agissent dans une rationalité de bien-être). Les règles ainsi édictées forment un corpus possédant ses propres cohérence et structure (le droit, et sa hiérarchie de concepts) ; il rétroagit sur les individus, dont il altère également la structure (le comportement primal des individus est infléchi, ce qui agit sur leurs habitudes). Par

¹⁸⁴ Par exemple, des naufragés sur un radeau ont une vision, à la fois des contraintes de leur environnement (taille du radeau et de l'océan), mais aussi des données nécessaires à leur propre survie (consommation personnelle par rapport aux ressources disponibles). Leur représentation va influencer sur leurs comportements afin d'assurer la survie du groupe.

suite, c'est la perception du monde par les individus qui évolue. Ainsi, certains équilibres peuvent durablement se modifier ou se maintenir, nonobstant une perspective entièrement constructiviste. Ce paradigme n'implique en effet ni instabilité ni incertitude, mais il peut être bénéfique de faire appel à des modèles déterministes pour éclairer certains comportements collectifs complexes.

Par exemple, des individus peuvent former des groupes, puis entrer en conflit à mesure qu'évolue leur volonté d'étendre leur territoire. En l'absence de tout accord préalable, c'est l'équilibre naturel (loi du plus fort) qui prévaut. Le plus faible étant éliminé, il devient évident que tout groupe qui veut assurer sa pérennité doit se prémunir contre toute agression extérieure : *si vis pacem, para bellum*¹⁸⁵. La conséquence est que tous les groupes tendent simultanément et spontanément à renforcer leurs capacités de se nuire mutuellement. La loi naturelle ressemble ici à la loi du marché : la volonté de chaque individu (assurer sa survie) produit un contre-effet au niveau global (assurer les moyens de sa propre destruction)¹⁸⁶. Devenus conscients de cet inconvénient et pour éviter qu'il n'advienne, il leur est possible de trouver un accord pacifique liant simultanément toutes les parties. On se met d'accord pour coopérer, et mettre, par exemple, ses ressources nutritives ou guerrières en commun. La situation conflictuelle est un cas de figure, mais en temps de paix la mise en commun de ressources tend également à maintenir un groupe soudé.

Le risque pour la pérennité du groupe cependant demeure car, nous aurons l'occasion de le développer en détail, il se trouve que plus on met de ressources en commun, plus l'équilibre de l'accord est précaire. En effet, tout partenaire a intérêt à tricher (frauder la contribution commune, par exemple ; non seulement il ne fait pas d'effort, mais il bénéficie de l'effort collectif). Il ne le fera pas tant qu'il admettra que les contraintes de la vie en commun sont inférieures à celles de la vie individuelle, ou que les bénéfices de la communauté outrepassent ceux de l'individualisme. Mais les circonstances ou une information peuvent changer la conception d'un individu, qui peut décider d'adopter un comportement antisocial.

Que se passe-t-il alors ? Il convient de considérer à ce stade non pas deux, mais trois types d'acteurs :

- l'individu (l'un),
- le reste des individus, qui constitue la collectivité (les autres),
- la société des individus (tiers virtuel, l'Autre) ; cet être théorique n'est pas la somme de l'un et des autres, qui ne constituerait qu'une addition d'ego sans signification propre. Il constitue plutôt leur *animus*, l'expression de la reliance de leurs individualités. Ainsi le marché, qui évolue indépendamment de la volonté de ses acteurs.

¹⁸⁵ Une référence en matière de gestion par tout pouvoir de ce type de risque peut être trouvée dans *Le prince* de Machiavel. Nous y reviendrons dans les sections consacrées à la théorie de l'Etat (Annexe 5).

¹⁸⁶ L'égoïsme signifie la destruction des relations solidaires, par simple effet de système puisque ce sont les efforts altruistes qui dans ce cas de figure assurent le maintien de la cohésion sociale.

L'Autre, ce dernier tiers virtuel, n'a de consistance que dans l'esprit des individus, selon une forme plus ou moins consciente. Il revient à l'économie politique d'avoir théorisé en premier cet être immatériel. La *main invisible* d'Adam Smith fit prendre conscience qu'une nouvelle forme de représentation sociale était possible : celle d'une globalité possédant ses propres règles. Cette globalité ayant un pouvoir d'action, une nouvelle éthique sociale était concevable. Une nouvelle forme d'optimum se proposait.

La théorie néolibérale fait désormais un grand usage de l'Autre. Il prend souvent le nom de marché ou d'équilibre, mais appliqué à une éthique de dimension nationale, c'est bien la Société qui est désignée. A travers elle, c'est tout une manière de vivre qui est repensée. L'individu libéral est dynamique et entreprenant, sans quoi il disparaît (dans des formes moins abruptes, d'entrepreneur il devient exécutant). Ainsi pour de nombreux individus, la perception de leur société se confond avec la perception de leur place *dans* la société. Se concevoir c'est concevoir l'Autre, et la conception de l'Autre est également une conception du Soi. Toute l'éthique qui en découle régit les rapports de voisinage entre ces deux entités au sein des représentations individuelles. Le droit serait en quelque sorte l'expression d'une communauté de points de vues sur la nécessité et la place de l'Autre.

Ce schéma théorique correspond assez bien à une démocratie directe comme la démocratie athénienne. Passés certains seuils de population et de distance, la communication interindividuelle devient problématique. De plus, le modèle réussi de division du travail social suggérait d'autres voies. Il y fut ainsi trouvé que le mécanisme de *représentation* permettait d'atteindre une efficacité proche de la démocratie directe avec un coût social bien moindre, une fraction de la population seulement assumant la gestion du groupe. La représentation est un mécanisme qui décuple le pouvoir d'un individu sur ses semblables. Se présente à lui un éventail de possibilités, qui s'étend de la direction autocratique (volonté individuelle prévalant) à la gestion démagogique (*governance* ; volonté collective prévalant). Dans ce dernier cas c'est l'Autre qui gouverne, c'est-à-dire personne. Tel un marché sans contrainte, la société de *governance* n'a plus d'autre loi que ses propres effets de système.

Il est donc difficile, pour toute personne assumant une fonction déléguée de puissance publique, d'accepter les prescriptions de la *governance*, d'autant que celles-ci ne sont pas toujours clairement déterminées, puisqu'elles s'appuient sur des représentations collectives difficiles à cerner, et constamment changeantes. Les hommes politiques s'appuient sur les sondages, mais ne suivent pas, par compétence ou conviction, toutes les tendances. La complexité qui résulte du couplage (enchevêtrement) croissant d'acteurs de plus en plus nombreux et aux comportements instables, implique, pour le stratège, une complexification du sens — peu de solutions, critères multiples, points de vue divers, antagonismes — qui rend plus difficile la mise en forme d'un monde partageable et viable (Varela) pour l'acteur considéré (unité active de Perroux, *unitas multiplex* de Morin)¹⁸⁷.

¹⁸⁷ B. ANCORI (Ed.), *Apprendre, se souvenir, décider. Une nouvelle rationalité de l'organisation*, (Préface de J.L. Le Moigne), CNRS Editions, Paris, 1992 ; également sur l'émergence des organisations, sur lesquelles nous auront l'occasion de revenir : EHRESMANN Andrée C. et Al. (Ed.), *Emergence - complexité hiérarchique - organisation : modèles de la boucle évolutive*, (Actes du symposium ECHO), Ed. Université de Picardie, Amiens, 1996. 175 pages.

Conclusion de la section 3 : mouvement, chaos et complexité

En observant le mouvement, les sciences de la Nature ont élaboré les théories du chaos. Les sciences sociales, quant à elles, ont suscité davantage de contributions éparses que de paradigmes réellement unifiés. Aussi, eu égard aux besoins spécifiques de la théorie du droit, sera-t-il nécessaire de faire appel à des sources assez largement hétérogènes tout en procédant aux adaptations nécessaires. C'est pourquoi nous baserons notre raisonnement sur un modèle complexe.

Section 4 - Plan : intelligence d'un modèle complexe

La compréhension profonde de l'évolution d'un phénomène comme le droit nécessite une véritable activité « d'intelligence » de sa complexité. Il s'agira ici de proposer un modèle morphogénétique, représentation communicable de la réalité perçue par l'auteur d'un couple droit-société à distance duquel il se place (1). Puis de faire « tourner » ce modèle, et de confronter les résultats à la réalité observable pour affiner les théories plus statiques mises à sa disposition (2).

C'est de cette confrontation que ressortira notre « intelligence » du droit, activité non plus descriptive mais compréhensive. Cette compréhension connaîtra certes les mêmes limites que celles du modèle sur lequel elle s'appuie, mais elle suggérera par ses faiblesses la voie de ses propres prolongement ; en ce sens cette étude se veut un début plutôt qu'un aboutissement.

1. Modèle morphogénétique du couple droit-société

Pour penser l'évolution complexe du droit nous proposerons un modèle conceptuel, afin de communiquer une représentation permettant d'émettre et valider des hypothèses applicables au réel.

Nous ne raisonnons
que sur des
modèles.

Paul Valéry

Il importe à titre liminaire de préciser la notion de modèle : celle-ci s'entend couramment, en droit, d'un schème de comportement préétabli. C'est-à-dire, d'une sorte de canevas auquel le juge adapte les situations pour inférer ses solutions. On peut ainsi parler d'un modèle français des droits de l'homme, comme d'un ensemble de prises de positions philosophiques et de valeurs débouchant sur un corpus normatif possédant une vocation générale. Mais le modèle doit, impératif de sécurité juridique oblige, demeurer aussi stable que possible. Ce sera par la suite au juge que reviendra la tâche de l'adapter aux circonstances, quitte, au final, à transfigurer le modèle¹⁸⁸. Le modèle juridique se présente également comme une solution clé en main pour des problèmes à l'échelle d'une société. Différents codes ou constitutions occidentales ont ainsi pu servir de *modèles* et être transposés dans d'autres pays, ce qui n'a pas

¹⁸⁸ « La barbarie, la guerre, le mépris de ce que nous nommons les droits de l'homme, l'injustice sociale se manifestent hélas tout autant dans les sociétés de l'harmonie que celles de la justice : *les modèles deviennent ce que les hommes en font.* » Norbert ROULAND, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Revue Droit et Société* n°27, 1994, p. 391.

été, bien souvent, sans poser de grosses difficultés de réception¹⁸⁹.

Le terme de modèle sera ici employé dans un sens tout à fait différent, directement issu de la notion de modélisation. Il s'agit alors de qualifier une représentation communicable de la réalité observée. Le cas de figure le plus typique est constitué par l'informaticien, qui tente de reproduire sur ordinateur un phénomène réel. Parmi les premiers modèles, on compte les logiciels de prévision météorologiques. Sur ordinateur, on tente de reproduire les courants atmosphériques et de saisir les différents paramètres qui peuvent influencer sur eux. On déclenche ensuite la simulation et on compare les résultats obtenus avec les mesures effectuées. Contrairement à la mathématisation, l'approche du modèle est plus heuristique qu'algorithmique. Il ne s'agit pas tant de trouver une équation théorique que de mettre en lumière une structure d'interactions satisfaisante.

Le modèle systémique diffère donc substantiellement du modèle juridique. Le modèle juridique est de fait un ensemble de prescriptions, quand le modèle systémique se constitue de descriptions fonctionnelles. Dans le cadre de notre étude, nous présenterons un modèle systémique juridique, synthèse des deux conceptions précédentes ; ce modèle se présente comme **la description du moyen de dégager des prescriptions pour réaliser une fin de manière satisfaisante.**

Une représentation schématique de notre modèle morphogénétique de couple droit-société a été proposée *supra* (p. 64). Nous avons également montré que le paradigme de la complexité était le plus à même de rendre compte toutes des comportements de ce modèle par ailleurs relativement simple à décrire. Au niveau formel, il peut en effet se résumer par :

Les individus construisent leur droit, le droit recompose les individus (et ainsi de suite).

Au niveau matériel, ce mouvement de construction possède un sens, celui de l'homéostasie : le maintien d'une entité, compte tenu de contraintes internes (les individus) et externes (les conditions environnementales). D'où il résulte que les valeurs et significations véhiculées par le droit ou l'Etat ne sont qu'accidentellement arbitraires, et plus idéalement immanentes¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Dans le contexte de la construction européenne, cf. A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, *op. cit.*, notamment p. 241 s. ; également du même auteur, « Les juristes face à la société 1975-1993 » *Revue Droit et Société* n° 25, Paris, LGDJ, 1993, pp. 525-541.

¹⁹⁰ Ou, pour rester dans la conformité de notre modèle, un mélange d'immanence et de transcendance, selon la capacité des sujets à penser leur propre extériorité groupale. Ceci oppose J.-P. Dupuy ou Y. Barel, pour qui l'individu autonome devient le fondement des sociétés néomodernes à D. de Béchillon, pour qui « *Tout se passe comme si la société et les individualités qui la composent avaient besoin – un besoin vital – de disposer d'un repère fixe, objectif et surtout absolu pour y ancrer la limite du permis et de l'interdit. Il semblerait même que ce besoin constitue la condition sine qua non de toute organisation sociale.* » (*Qu'est-ce qu'une règle de droit*, *op. cit.*, p.134). Les individus ont besoin de se fixer des limites. Les uns situent ce besoin de la révélation de ces limites en l'individu, l'autre dans l'essence de l'organisation elle-même. Cette position est dangereuse, et l'on comprend les précautions oratoire de D. de Béchillon (*tout se passe comme si... il semblerait même...*) : il n'est pas innocent d'affirmer qu'une société ne peut exister sans hypostasier tout ou partie de son autotranscendance. Ce serait poser implicitement que les mythes et institutions sont indispensables, qu'une société sans Etat n'est qu'une utopie et que l'homme est incapable d'autonomie au sens social du terme. Et de fait, la théorie contredit cette conception, mais la réalité la confirme.

Ce modèle fait du droit un objet agi autant qu'agissant, structuré et structurant. Les individus qui le construisent sont autonomes et complexes et le droit ainsi agi forme une figure pseudo-autonome.

Validité et portée d'un tel modèle

On peut éprouver certaines difficultés à appliquer sans adaptation le modèle évolutionniste tel que précédemment décrit à une situation réelle. De fait, nous verrons par la suite qu'effectivement, la participation continue, pleine et effective des citoyens à la vie de leur cité relève de l'utopie. Se sont mis en place des mécanismes de représentation et de délégation qui rendent l'accès à l'information et à la décision beaucoup plus médiants pour les individus. Par exemple, le lien qui relie la totalité à l'individu n'est jamais, dans les faits, une information pleine et entière de la société. Les hommes des sociétés modernes n'ont de fait qu'une idée assez générale de la physionomie de leur propre groupe, tant celui-ci est vaste. Ils sont contraints d'user de stratégies statistiques, de sondages approximatifs et d'intuition. Mais un modèle complexe est robuste et résiste à ce type d'objection, car il inclut dans son paradigme l'erreur comme élément de création et d'adaptation.

On peut également faire remarquer que les relations qui unissent l'individu à son groupe n'ont que peu de rapport avec la réalité. Si dans l'absolu on peut considérer avec M. Weber qu'une réalité sociale « existe », même si elle est quasiment inconnaissable, et que par conséquent un lien direct entre l'individu et le groupe peut être concevable, il n'en va pas de même sur le plan de l'action : les individus agissent rarement leur groupe de manière directe. Leur action se perd dans la masse. Et le canal démocratique qui passe par un organe représentatif investi d'un pouvoir plus ou moins expressément délégué (souverain, Etat...), fait obstacle à un contrôle direct de la totalité sociale par elle-même. Sur ce plan le modèle résiste, mais il nécessite d'être adapté, puisqu'il devient évident que le mécanisme de la représentation jette un voile d'opacité sur la réalité sociale. En pilotant les représentations des sujets de droit, le souverain donne la physionomie qu'il désire à la totalité, et partant, la réalise. Mais si ses sujets, de par leur information personnelle, sont à même de se représenter une totalité qu'ils souhaitent différente, alors ce n'est qu'au prix d'une pression répressive que le souverain parviendra à maintenir la représentation qu'il prétend, lui, imposer. Le modèle produit une grande variété de comportements, que n'aurait pas suscité une information transparente. Ce constat nous amènera in fine à des conclusions sur la pérennité et la gouvernabilité des démocraties modernes.

Nous verrons donc que pour être appliqué au réel, le modèle proposé nécessitera de nombreuses adaptations, selon des modalités qui varient en fonction des époques et des sociétés considérées. Il s'agira essentiellement d'ajouter des organes intermédiaires qui s'intercaleront entre les échelles locales et globales. Ces organes (essentiellement institutionnels), en influant sur le cours et le contenu des informations échangées, seront à même d'amener le modèle à adopter des comportements plus ou moins stables. Ils seront toutefois laissés au second plan malgré leur influence pragmatique, afin de mettre en valeur les propriétés que serait susceptible de posséder le modèle si les relations qu'il expose fonctionnaient réellement de manière directe. Il sera alors possible, par l'observation du décalage entre les résultats anticipés et ceux obtenus, de tirer les conséquences de l'intervention de tel ou tel organe représentatif.

2. Plan général : un modèle en action

A partir du modèle ainsi développé, l'exposé de son évolution se divisera en deux mouvements. Nous étudierons d'abord le Droit tel qu'il résulte des interactions entre les sujets de droit (Titre 1). C'est parce que les individus sont autonomes et imparfaits qu'ils sont contraints, pour pouvoir coexister dans un groupe qui les surplombe, se constituer en sujets. Ainsi le droit acquiert une existence propre : il transcende ses sujets, auxquels il survit, et échappe finalement à leur contrôle. En ce sens, il se fonde sur sa pseudo-autonomie. Celle-ci a pour conséquences, d'une part de réguler la Société en la complexifiant parfois, mais également de produire une distanciation, une autotranscendance du droit, qui devient alors d'une certaine manière son propre acteur (Titre 2).

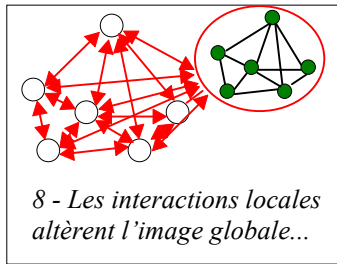
En toute rigueur, ces deux mouvements ne devraient pas être dissociés ; diviser un phénomène complexe et circulaire nous fait courir le risque d'une perte d'intelligibilité. Mais la division adoptée ne sera pas tant méthodologique que discursive, et nous permettra de faire ressortir la nature ambivalente du droit, en tant qu'objet agi et agissant. En revanche, ce choix fera passer les imbrications de ses **relations** avec le social au second plan ; hiérarchie normative, institutions, et voies de contre-pouvoir politique seront reléguées au rang de simples canaux d'information, et non comme des objets centraux d'étude.

La complexité de notre modèle ressemble à celle d'un régulateur qui possède une autonomie partielle. Le droit, bien que réducteur de désordre, se nourrit également de désordre (Titre 1, Chapitre 1). Mais l'on ne saurait « raisonnablement » fonder une unité sur une désunion. Il faut donc postuler que les acteurs de cette désunion sont des individus complexes. Cette complexité (Titre 1, Chapitre 2) leur permet de bâtir des objets paradoxaux, stables malgré leur vocation à l'éphémérité.

Nous pouvons retrouver cette complexité, transposée et comme réfléchie au niveau du droit lui-même. Si le droit nous semble autonome, ce n'est pas uniquement parce qu'il est le miroir de notre propre complexité. Il a également été doté de mécanismes qui le font ressembler à un organisme autonome et vivant (Titre 2, Chapitre 1). Cette ressemblance est imputable à un élément spécifique : sa *raison juridique*, qui fonde sa pseudo-autonomie (Titre 2, Chapitre 2), et qui distingue le Droit des êtres du monde du vivant.

Au fil de l'exposé, il sera fait appel au paradigme de la complexité et à des enseignements tirés d'autres disciplines scientifiques. Les bénéfices tirés de ces confrontations laissent entrevoir la possibilité que la modélisation systémique puisse constituer une alternative crédible à un paradigme de la rationalité platonicienne qui se révèle désormais inapte à déterminer un projet viable pour la société de demain.

Titre 1 - L'ordre juridique, produit complexe d'interactions sociales



En introduction, nous avons proposé d'appuyer notre interprétation de l'évolution du droit sur un modèle constructiviste au sein duquel des individus se regroupent volontairement, constituant une communauté, et se construisent un corpus de règles destiné à contrer celles de leurs propres tendances qui mettraient en péril l'édifice collectif. Ce mouvement peut être résumé par l'axiome : *les individus régulent leurs comportements pour maintenir la globalité collective* (Axiome n°1 : homéostasie globale)

Ainsi, selon ce modèle, le droit est par essence un produit d'interactions entre individus. Si on le transposait à la réalité, cela justifierait que de nos jours le champ législatif — à l'exception du suicide¹⁹¹ — s'applique aux relations entre individus ; que ce soit entre individus en tant que personnes, choses possédées par les individus ou institutions représentant des groupes d'individus. Sur cette base on posera l'axiome que *les individus régulent par le droit leurs relations mutuelles* (Axiome n°2 : nature interrelationnelle). Dès lors, l'interaction interpersonnelle se retrouve au centre de la causalité normative. Insistons sur ce point, car il constitue la base originale d'une théorie constructiviste du droit.

Ces deux axiomes sont suffisants pour dégager un premier théorème, qui constitue un des postulats fondamentaux du fonctionnalisme de T. Parsons et d'une certaine manière, de la sociologie juridique¹⁹².

Théorème n°1 (Homéofinalité) : *Le maintien de l'ordre social constitue la finalité du droit.*

L'ordre social sera ainsi entendu comme une appréciation intersubjective d'une certaine qualité des relations humaines. On retrouvera cette définition dans la sociologie de Gurvitch.

Ce théorème d'homéofinalité est une relation causale originale du constructivisme : les normes sont créées par les hommes **pour** changer les relations entre les hommes¹⁹³. Le

¹⁹¹ Le suicide peut n'être vu que comme une relation unilatérale de l'individu sur lui-même. Mais la sanction sociale qui y est attachée peut être vue à un échelon plus large. On peut alors considérer que le suicide est partiellement réprimé dans la mesure où il constitue une atteinte, essentiellement affective, vis-à-vis des tiers, et sous un angle communautaire. En ce sens, voir Olivier de Dinechin, décrivant le suicide comme un choix qui « fait injure à la communauté humaine » (in François TERRÉ (dir.), *Le suicide*, Paris, PUF, coll. " Droit, éthique, société ", 1994, p. 40).

¹⁹² Que l'on déduit de l'objet même de la sociologie du droit, puisque celle-ci s'attache à « l'étude de la manière dont la société conditionne et crée le droit (...) [ainsi que] la manière dont la vie sociale fait l'objet d'une régulation par le moyen du droit » (DETSO, *op. cit.* p. 566, entrée : sociologie du droit) ; également « Le droit a pour fonction le maintien d'un ordre social » (A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique, op. cit.*, p. 31).

¹⁹³ Le constructivisme est un opérateur de totalité : il conjoint les points de vue interne et externe du

positivisme juridique a une interprétation de la causalité bien différente : il envisage prioritairement celle qui relie les normes aux faits, écartant la relation réciproque que nous avons mise en avant. Remontant des faits aux normes pour revenir ensuite des normes aux faits, le mouvement causal constructiviste s'apparente ainsi à une sorte d'*imputation* (au sens de Kelsen, 1962) bilatérale. Autre point d'originalité : de par sa conception *descriptiviste*, la science positive du droit décrit son objet normatif par des *propositions* ; mais ces propositions n'affirment pas pour autant que des conduites ont effectivement lieu ; on peut simplement édicter que selon telle norme en vigueur, des conduites *doivent* avoir lieu. L'imputation est l'expression d'un *sollen descriptif*, sorte d'*être devoir être*¹⁹⁴, équivalent de la causalité qui relie deux faits réels. Or, la démarche constructiviste étant compréhensive, et non uniquement descriptive, nous serons amenés à dégager des relations qui ne seront ni de causalité stricte, ni d'imputation, mais relèveraient plutôt de l'impératif hypothétique selon Kant. Ce sont celles qui **relient les faits au droit, puis réciproquement** (notre modèle constructiviste est dynamique et cyclique, (cf. étapes 8 et 9, p. 64). Dans le cas d'un objet juridique, ce type de relation est particulier, car il suppose qu'intervienne la notion de *raison*, sans laquelle le droit serait un objet aléatoire (absence d'ordre interne), ou totalement contingent (déterminé par son environnement social).

Ce type particulier de relation causale est quotidiennement illustré par la pratique judiciaire :

Soient A un fait quelconque, D un droit valide, RJ sa raison juridique et O l'ordre social, déterminant et déterminé par RJ.

Si le fait A trouble l'ordre O,

- soit le droit D *doit* s'adapter au besoin régulateur engendré par A. La raison juridique RJ s'enrichit pour tenir compte de la possibilité de survenance de A, et maintenir intact l'ordre O.

- soit le droit D n'est pas adapté, est c'est l'ordre O qui se trouve altéré. La raison juridique RJ s'appauvrit mais indirectement, puisqu'elle devient le garant d'un autre ordre social moins régulé, donc d'une finalité autre (théorème n°1).

La notion de causalité, dans le sens faits-droit, est ainsi ambivalente. Soit l'on maintient l'ordre établi, soit il se trouve modifié. Rien ne permet de prédire *a priori* la prééminence de la logique ou de la rhétorique, l'application autoritaire ou la coconstruction de sens. Conséquence de cette ambivalence, se présente à l'observateur un corpus normatif mêlé causalement de droit et de faits, ces derniers faisant l'objet du chapitre qui va suivre.

Néanmoins, le modèle reste encore apparemment muet pour décrire les relations causales suggérées par une question de philosophie juridique classique comme : « pourquoi obéit-on au droit ? »¹⁹⁵ ou en d'autres termes, « pourquoi le droit doit-il être obéi ? » Pour les

droit. Disjoints dans l'instant, ils se complètent dans la durée.

¹⁹⁴ *Delenda est Carthago* ; le gérondif latin était un temps linguistique dédié au discours d'imputation.

¹⁹⁵ En matière normative, la question de la causalité se confond souvent avec celle de l'effectivité. *Dire qu'on obéit à un droit parce qu'il est valide* peut être confondu avec *dire qu'un droit est valide parce qu'il est obéi*. En ce sens, voir la critique de P. Bouretz (BOURETZ Pierre (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, 274 p.) par J. GARCIA AMADO : « Bouretz affirme (...) que Hart confond [la justification du droit] avec son effectivité, « les raisons qui imposent l'autorité de la loi » restant alors sans explication (p. 50). Cette critique n'est peut-être pas totalement opportune puisqu'il est possible d'y répondre à partir de la théorie même de Hart : ces raisons, aussi multiples et diverses soient-elles, importent peu à partir du moment où elles aboutissent à un accord général sur l'obligation de la loi comme loi juridique.

politologues, cette question soulève des difficultés tenant à sa nature circulaire¹⁹⁶. Rousseau le tenait pour la « quadrature du cercle ». Il s'agirait de savoir comment l'on peut placer la loi au-dessus de soi. Comment peut-on en effet, sauf à se mentir à soi-même, obéir comme s'il était d'essence supérieure à quelque chose que l'on a soi-même créé ?

Certains auteurs comme Max Weber proposent une explication tendant à la réification de l'objet : le droit se présentant aux individus comme un phénomène *toujours déjà là*, les individus peuvent le mettre à distance d'eux et le considérer comme un phénomène qui ne leur est que partiellement contrôlable. L'étude de cette hypothèse et de ses prolongations fera l'objet du titre suivant. Mais l'on peut relever des stratégies groupales plus anciennes et moins cognitivistes. Ainsi, le fondement religieux peut être présenté comme un autre moyen de mettre une distance entre soi-même et l'objet que l'on a créé ; tel serait le rôle, voulu ou subi, de la foi. On n'obéit plus au droit parce qu'il est positivement valide, mais parce qu'une entité divine l'exige. Le positivisme, qui met la norme au centre du droit, rejette cette conception en reformulant le paradoxe qui devient : qu'est-ce qui fonde le droit ? (et non plus : « qui fonde le droit ? ») Ce glissement sémantique, imposé par l'exigence de rester au plan des idées, possède l'avantage de résoudre partiellement le problème, même si c'est au prix d'une évasion. De fait, au strict niveau des normes, il n'est plus nécessaire de rechercher un créateur-fondateur, puisqu'elles existent déjà. Ce qui fonde le droit devient alors : la *validité*, qui lie les normes entre elles selon leur hiérarchie, organique ou conceptuelle. Une norme est valide quand elle est conforme à une norme supérieure et quand elle émane d'une autorité habilitée. Mais à détacher la norme de l'homme¹⁹⁷, on l'expose à l'arbitraire, au nom de son caractère *self-evident*. Aussi certains positivistes comme U. Scarpelli¹⁹⁸ ont-ils cherché comme critère une *effectivité* alliée à la *morale* du scientifique (Scarpelli souligne que le positivisme ne doit pas être un objet de propagande ni de légitimation pour le fascisme).

Il y a cependant moyen de proposer des critères non moraux mais objectifs d'application vigilante du droit positif. Il suffit de recourir à la vision globalisante que permet la pensée complexe. De par sa dimension diachronique, notre modèle permet d'englober simultanément les paradigmes jusnaturaliste et positiviste, ainsi que d'autres moins fréquents. Sur un plan complexe, en effet, ces positions antagonistes ne sont pas incompatibles, elles

Et, lorsque ces causes changent et aboutissent à un nouveau consensus sur les formes et les sources de la normativité juridique, le système politique se transforme avec elles. C'est pour cette raison que la critique que Bouretz adresse à la théorie de Hart ne me paraît pas fondée quand il affirme qu'à travers elle s'exprime « l'incapacité enfin de résoudre les questions liées au mode d'irruption d'une nouvelle légalité » (p. 50). »

¹⁹⁶ Les positivismes radicaux tranchent la question de manière abrupte, puisqu'ils élèvent au rang de postulat que le droit doit être obéi... car c'est le droit positif. La scission entre règles primaires et secondaire, hiérarchie statique et dynamique ne font que tenter d'occulter le caractère *self-evident* de l'argument. Ce même caractère *self-evident* exposera la norme fondamentale de Kelsen aux critiques d'Alf Ross.

¹⁹⁷ On pourra objecter que chez Kelsen lui-même, les normes sont des produits de la volonté des hommes. La liaison avec la globalité sociale semble donc établie. Ce serait cependant aller un peu loin dans l'interprétation de la doctrine du créateur de la *théorie pure*. Kelsen n'emploie pas la volonté humaine dans un sens cognitiviste. Il s'en sert uniquement pour réfuter le fondement transcendant proposé par le jusnaturalisme. L'imputation telle qu'il la définit ne remonte en aucune manière jusqu'au social ; les causes qui déclenchent la volonté des hommes restent exogènes, dans sa théorie.

¹⁹⁸ SCARPELLI Umberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1996, XII +, note Agostini Revue Droit et Société n°36-37, 1997, p. 459.

ressortent de processus cognitifs distincts et parfois contraires qu'il ne s'agit plus d'exclure, mais de combiner. Pour ce faire on peut les concevoir comme des stratégies exclusives et concurrentes de représentation du social, par et pour le juridique. Et puisque nous avons vu que dans un modèle dynamique la représentation est le préalable de l'action, notre discussion va trouver sa place à un métaniveau (celui qui englobe l'intégralité du processus décisionnel), d'où il sera possible de dégager, au moyen de notre théorème d'homéofinalité (cf. p. 90), des critères d'efficacité conduisant ensuite à préconiser l'emploi de tel ou tel paradigme.

Autre précision méthodologique : nous avons postulé que les individus composent et recomposent continuellement le droit qu'ils s'imposent mutuellement. Ce mouvement de recombinaison est un processus que nous concevons comme **continu, complexe et interactif**. Continu car les individus de la société que nous modélisons s'échangent des informations de manière aléatoire dans le temps, et non à date fixe, sauf exceptions. Complexe, car ces informations ont sur eux une répercussion subjective et variable, pour l'illustration de laquelle nous ferons appel aux modèles de H.A. Simon. Interactif, car l'information est échangée de manière multilatérale (sauf exceptions).

L'ordre juridique et l'ordre social peuvent ainsi être présentés comme simultanément producteurs l'un de l'autre, selon un mouvement que nous avons défini en introduction comme coévolutif et complexe. Un plan circulaire serait théoriquement idéal mais en pratique illisible, et pour la clarté de notre exposé binaire nous scinderons artificiellement en deux temps ce mouvement de création, le faisant passer du continu au discret¹⁹⁹.

Dans un premier chapitre nous considérerons les individus et leurs interactions. Lacan disait qu'il faut être trois pour constituer une société. Les interactions des individus deux à deux entre eux ne suffiraient pas à créer la complexité nécessaire à l'émergence d'un être socialement consistant, tout comme le mouvement de deux planètes peut être décrit à l'aide d'équations linéaires, mais non un système à trois corps. Les sociétés modernes sont constituées par définition d'un bien plus grand nombre d'individus, formant un nombre quasi illimité de possibilités de combinaisons, de relations et d'influences. Il importe donc d'étudier la manière dont ce foisonnement désordonné amène à la définition d'un ordre juridique engendrant lui-même, réciproquement, un nouvel ordre social. Il apparaîtra alors que par le même biais, la complexité interindividuelle débouche tendanciellement sur une complexité juridique qui vient ensuite renforcer la complexité sociale, puis interindividuelle. Ce mouvement de création de complexité (ou de pseudo-ordre) dans le social par le juridique fera l'objet du second chapitre. C'est à la suite de l'observation de ce mouvement de complexification croissante qu'il nous sera possible de déterminer les parts respectives de cette création. Les individus ne sont en effet pas les seuls à déterminer leur ordre juridique. Nous constaterons qu'une portion de la détermination de cet ordre lui appartient en propre, ce qui fait de lui un être à part. L'étude de cette forme d'unicité fera l'objet du titre suivant.

Par « ordre » on peut entendre une multitude de significations : commandement, état de fait, organisation. Il peut s'attacher au droit, à des systèmes parajuridiques, à la société ou à

¹⁹⁹ Cette présentation constitue un choix épistémologique exposé à la critique des constructivistes radicaux. Il sera néanmoins tout tenté pour conserver en évidence les reliances qui connecteront les différentes parties, de manière à ce que la physionomie de la figure globale puisse apparaître au lecteur une fois achevée la description du tout. Une sorte de réductionnisme interconnecté comme panacée descriptive d'une pensée complexe.

des sous-ensembles de la société. Enfin, il peut être conçu comme le résultat d'une action normative, ou au contraire ce qu'il s'agit de rétablir par l'action normative²⁰⁰.

A l'aune d'un modèle constructiviste, l'ordre peut se définir comme un objet complexe, voulu et recherché ; mais c'est aussi un produit agissant. Il est donc produit et producteur, local et global, agi et agissant, ordonné et ordonnant. Pour le définir, il est nécessaire de partir d'un point stable : l'ordre est une **propriété** attachée à un objet, et non un objet réel. C'est par une opération mentale de réification que les sujets de droit lui donnent corps et vie, en le rattachant à un certain nombre de situations concrètes (comme dans le cas de l'ordre public). Nous pouvons dès lors, et dans le cadre de notre modèle, proposer une définition constructiviste de l'ordre comme étant un **produit de coaction homéostatique d'une totalité sur elle-même** (définition 5).

On peut montrer que cette définition englobe bien toutes les précédentes. Discussion.

- *Produit* : l'ordre est représenté comme une propriété résultant de l'état du réel à un instant donné. On inclut ici ce qui est voulu et ce qui ne l'est pas ; ce qui résulte d'une action et ce qui a été obtenu par hasard ou effet de système. Un plan d'urbanisme est un ordre voulu. Une succession régulière - sans bouchon ni vide - de clients à un guichet est un ordre aléatoire. Une panique boursière est un effet de système. Cette interprétation fait de l'ordre une notion **subjective**, une qualité que l'on attache arbitrairement à un état, même si cet état est objectivement constatable²⁰¹. Au niveau du groupe, cette notion revêt donc, comme d'autres, les caractéristiques d'un construit collectif²⁰², qui peut produire des effets réels mais impossible à identifier comme objectifs²⁰³.

²⁰⁰ Sur les différentes notions d'ordre et les répercussions de ce choix épistémologique, cf. notamment François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, Chapitre I. Egalement *Dictionnaire Encyclopédique... op. cit.*, pp. 415-417.

²⁰¹ On peut alors objecter que les positions jusnaturalistes considèrent l'ordre comme une notion objective car externe aux affaires humaines ; ceci revient à faire de l'ordre un objet réel, mais hors d'atteinte du temporel. Nous ne pouvons suivre un tel argument dans la mesure où le mouvement constructiviste est un opérateur de **totalité** : nous devons donc, soit inclure le spirituel dans la théorie, soit admettre un antagonisme irréductible. On peut trouver assez simplement un compromis pour inclure le spirituel, en écartant son postulat d'intangibilité. On se place alors dans une optique anthropologique, pour laquelle chaque ensemble théologique est un construit contingent du social.

²⁰² « *La dialectique du savoir et du dire, en sous-tendant la dynamique des interactions langagières, induit la co-construction du social et de l'individuel. Cette dialectique constitue le cadre de nos interprétations récurrentes, et s'inscrit ainsi dans l'émergence continue de la culture.* » Evelyne ANDREEWSKY et Anne NICOLLE, *Décision et langage : la dialectique du savoir et du dire*, Site Internet MCX/APC, 1998, <http://www.mcxapc.org/ateliers/19/ea1mcx.htm>.

Cette position nous inscrit en contrepoint du structuralisme de Cl. Lévy-Strauss qui, se référant à la *Mathematical Theory of Communication* de Shannon et Weaver, écrit : « *(L'Univers) a signifié, dès le début, la totalité de ce que l'humanité peut s'attendre à connaître* ». C'est « *une totalité fermée et complémentaire avec elle-même* » toujours déjà constituée, en surplomb de l'Histoire (Claude LEVY-STRAUSS, « Introduction à l'oeuvre de Marcel Mauss », 1950, in Marcel Mauss, *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1973). Vincent Descombes ajoute : « *... le signifiant et le signifié sont intégralement donnés dès la première apparition d'une opposition de signifiants... De même que la langue doit précéder les expériences qu'elle permettra d'énoncer, de même les lois de la vie sociale doivent précéder les événements... qu'elles ordonnent* » (Vincent DESCOMBES, « L'équivoque du symbolique », in revue *MLN*, vol. 94, n°4, mai 1979, p.660-661).

²⁰³ Selon le même paradoxe qui semble condamner la compréhension par l'homme de sa propre pensée :

- *Coaction* : ce terme désigne les actions conjointes et réciproques. De nombreuses échelles de grandeur interviennent en effet au sein du même modèle : local, général, global, ainsi que leurs dimensions intermédiaires (groupes, réseaux), et de manière similaire dans le temps (passé, présent, temps long ou court). La coaction désigne tout aussi bien les actions conjointes que les actions concomitantes, s'étalant sur toutes les échelles de longueur. De sorte qu'est aussi bien concernée l'action d'un individu sur un autre (un sur un) que d'une institution détenant un pouvoir réglementaire (un représentant sur tous), une dictature (peu sur tous), l'expression démocratique (tous sur un représentant), etc.
- *Homéostatique* : ce concept est issu de la théorie des automates de Von Neumann et désigne ce qui se maintient. Mais l'homéostasie n'est pas l'immobilisme : un système homéostatique peut voir sa structure subir des transformations radicales sous la pression externe de l'environnement. Sont de fait conservées les *finalités intrinsèques (endofinalités)* de l'organisme homéostatique. Il change, mais son identité reste : il est toujours capable de se différencier de son environnement. C'est de l'environnement qu'il reçoit les informations qui l'influencent, et c'est son environnement qu'il influence²⁰⁴. Dès lors, l'ordre tel que nous le définissons tend à hériter des qualités de l'homéostasie. Il ne désigne pas une figure transcendante, préexistante ou idéale, mais un certain type d'organisation qui réalise certaines fins, en plus ou moins bonne adéquation avec certaines contraintes, et qui peut se recomposer en fonction de ces contraintes.
- *D'une totalité sur elle-même* : pour être valide, notre modèle doit être totalisant. Ce qui signifie qu'il englobe non seulement une collection d'individus, mais également leur univers²⁰⁵. Nous incluons ainsi dans le modèle toutes les échelles de longueur possibles. Mais nous devons alors faire face à une hiérarchie enchevêtrée : puisque le tout n'a pas de dimension supérieures à lui, il faut admettre qu'il agit sur lui-même. Il est créé et créateur. C'est ainsi que l'on combine le réalisme américain qui voit émerger des normes depuis les décisions individuelles avec le positivisme continental qui soumet les décisions individuelles aux normes. Emergence et imputation sont les deux facettes, « orientées » global et local, d'un seul et même processus de coconstruction complexe d'une totalité sociale²⁰⁶. Cette circularité ultime (totalité sur elle-même) est nécessaire pour montrer que la totalité n'obéit pas au paradigme de *la commande*. La nécessité de son homéostasie ne lui est dictée par

« Nous ne connaissons des autres que des comportements, y compris verbaux, mais nous ne leur donnons sens que dans la mesure où ce qu'ils expriment nous renvoie à notre propre expérience. Dès que surviennent des expériences singulières, elles deviennent ineffables... » Cette définition le conduit à penser, en des termes distincts de ceux de J. Fodor, mais convergents avec la théorie de cet auteur, postulant une modularité des systèmes périphériques, et une non modularité des processus cognitifs centraux, que la pensée en tant que processus intersubjectif restera inaccessible à la "science objective". » (Hervé BARREAU, *Le cerveau et l'esprit*, CNRS Editions, Paris, 1992, note Jacques Miermont, in Cahier des lectures MCX n°6)

²⁰⁴ Sur ce mode d'*énaction* (énaction : action située dans son contexte cognitif ; nous développerons *infra* ce terme créé par F. Varela à propos des systèmes autopoïétiques) des systèmes de traitement d'information récursifs (S.T.I.), cf. J.-L. Le Moigne *La modélisation des systèmes complexes, op. cit.*, chap. 5 et particulièrement p.100-103.

²⁰⁵ Pour simplifier notre étude, nous limiterons son champ à l'écosystème terrestre et ignorerons les autres phénomènes, sauf s'ils produisent un sens au niveau social (passage des comètes, éclipses, calendrier solaire et lunaire...).

²⁰⁶ E. Morin a montré que de nombreuses sciences (sociale, économique, politique) ont subi l'influence de l'alternance historique des paradigmes individualiste et holiste. Cf. notamment les tomes 3 et 4 de *La Méthode*.

rien ni personne d'autre que ses propres composantes (les individus et les « structures » qu'ils forment). Sa causalité est *endogène*.

Ainsi précisée la notion d'ordre, il sera possible de mettre en œuvre notre modèle (cf. page 64), grâce auquel nous pourrons rendre compte de la nature à la fois organisée et organisante de la notion d'ordre. Cette ambivalence doit rester présente à l'esprit du lecteur tout au cours de la lecture des chapitres qui vont suivre, car même si nous ne présenterons les caractéristiques d'un phénomène global qu'une par une, elles sont de fait toutes interconnectées et ont une influence constante les unes sur les autres.

Chapitre 1 - Avant le droit : des facteurs qui induisent les transformations juridiques

Un ordre violent
est un désordre ;
et

un grand désordre
est un ordre.

Ces deux choses
n'en sont qu'une

Wallace Stevens
Connoisseur of
Chaos

C'est par la complexité des individus et de leurs relations qu'un groupe autonome trouve les conditions de son maintien dans un environnement donné. La décision qui aboutit à la création de nouvelles normes est issue de prise de conscience de l'existence de problèmes à résoudre. Ces problèmes peuvent résulter des sujets, ou du rapport entre le droit et les sujets.

Les Lumières et l'industrialisation ont vu l'individualisme institué en valeur sociale. La modernité et la post-modernité ont conservé comme base cet individualisme méthodologique. L'homme compose son groupe et il le sait. Il définit la *règle du jeu* au sein de ce groupe. Auparavant prévalait une forme sociétale *holiste*, selon les termes de L. Dumont. Le groupe primait l'individu. Les corporations, la noblesse, les classes, s'imposaient aux citoyens et prédéterminaient leur existence. La Révolution et l'empreinte qu'elle laissa dans la

Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 ont imposé un renversement radical, axé sur l'individu comme composante et finalité du social²⁰⁷.

Le mécanisme démocratique a largement hérité de ces conceptions. Les citoyens participent à la vie de leur cité, ils la *décident*. C'est pourquoi, suivant ce schéma, nous pouvons les prendre comme point de départ pour notre exposé.

Les individus fixent leur droit, règle du jeu social, selon des modalités complexes. Car la société humaine n'est pas fixée de manière définitive ; la règle connaît des mutations. Notre modèle étant diachronique, il est possible de proposer une distinction entre les événements qui surviennent avant et après l'intervention du droit²⁰⁸.

Avant le droit, les individus se côtoient et s'affrontent, faisant émerger le besoin de redéfinir la régulation de leurs comportements. Ce besoin régulateur peut trouver son origine dans les individus eux-mêmes, en fonction de leurs tendances asociales ou antisociales propres, mais également dans la configuration des relations qu'ils tissent entre eux (Section Chapitre 1 -).

Après le droit, les individus réagissent. Ils ont subi la pression des nouvelles normes qu'ils se sont imposés. Mais il serait peut-être imprudent d'en déduire que des comportements vont avoir lieu *parce qu'une norme existe*. La norme peut davantage être considérée comme un objet qui trace une démarcation entre ce qui est autorisé, ce qui est déviant et ce qui est

²⁰⁷ Sur les répercussions politiques et les difficultés de dépasser ultérieurement certains modes d'organisation, cf. Marcel GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989.

²⁰⁸ Insistons, là encore, sur le caractère arbitraire et circonstanciel d'une dichotomie qui n'a pas de correspondance concrète, et n'est même pas implicitement présente dans le modèle. En effet, selon le modèle, chaque individu réagit de manière continue, immédiate et non coordonnée avec sa totalité sociale et sa propre conception du régulateur juridique. La distinction entre avant et après le droit, si elle clarifie l'exposé, n'a donc aucun sens en elle-même, et ne saurait avoir de prétention en ce sens.

indifférent. Cette démarcation intervenant au niveau des individus (de leurs *conçus*), ce sont toutes leurs relations avec leurs semblables qui s'en trouvent ensuite affectées ; mais la possibilité d'une déviance demeure, malgré la présence de la norme. Dès lors, et dans la mesure où dans notre modèle diachronique un effet au temps t devient cause au temps $t+1$, s'établit entre le droit et ses sujets une relation complexe et paradoxale, qui fait que l'après-droit n'est pas toujours la conséquence prévisible de l'application simple du droit à l'avant-droit. Cette propriété permettra d'avancer l'hypothèse que des techniques de régulation paradoxales peuvent parfois être plus efficaces et durables que les techniques rationnelles classiques, basées sur une gradation linéaire de l'autorité (Section Chapitre 2 -).

Postuler qu'une règle de droit est le produit d'interactions individuelles place le modélisateur en marge des courants philosophiques naturalistes ou finalistes. Car c'est admettre qu'une règle est le produit (plus ou moins) consensuel de tout ou partie des individus d'une communauté. Privé de la possibilité de se référer à un lieu d'explication unique, le modélisateur se voit contraint de tenir compte de la complexité d'un processus de décisions individuelles reliées en des réseaux qui lui sont largement opaques.

Dans ces conditions, la modélisation systémique permet de mettre en action des figures abstraites qui facilitent la compréhension et l'analyse des phénomènes collectifs. On peut en effet reconnaître dans le processus de création normative des figures régulières et stables, ou au contraire des zones de foisonnement aléatoire, parfois des figures revenant cycliquement. Il est alors parfois possible d'anticiper de manière crédible et argumentable les attentes et réactions des systèmes sociaux aux influences qu'ils reçoivent du système normatif.

Selon le modèle, deux types d'interactions interviennent dans le processus de recomposition du normatif par le social. On peut distinguer entre d'une part les interactions entre les individus eux-mêmes, et d'autre part les interactions entre les individus et le droit préexistant, ou ses institutions.

Quand on envisage les relations interindividuelles, on peut se placer dans un paradigme de représentation qualifiable de « simple ». Pas de prise en compte de la rétroaction du global sur le local, et des individus considérés comme des *boîtes noires*, c'est-à-dire des entités prenant une décision de manière autonome, le mécanisme interne étant par définition inconnu de l'observateur. Dans certains cas extrêmes, les individus seront même supposés posséder un comportement identique. Seules compteront pour le modélisateur les interactions, c'est-à-dire le produit de communication qui fait qu'un individu est influencé par un autre (Section 1 - §1).

Malgré leur simplicité apparente, les figures globales engendrées par ces relations peuvent dessiner des figures sociales très compliquées. Il serait néanmoins prématuré d'affirmer que nous détenons là une description satisfaisante du réel. Ce serait admettre implicitement que le droit et l'ordre social sont des objets *en soi*, disjoints l'un de l'autre. Non seulement nous contredirions notre axiome n°2 (qui postule que ce sont les individus qui se régulent par le droit) en nous contentant de montrer que le droit régule unilatéralement les individus, mais nous détruirions par cette simplification toute possibilité de rendre intelligible son évolution dans la durée (ce qui nous amène à relativiser la pertinence pour notre étude de certains concepts positivistes: Section 1 - §2).

Ceci nous amènera à montrer que les interactions entre les individus sont à l'origine des tensions sociales qui appellent les mutations juridiques. Ce qui revient à admettre que le droit peut émerger des faits (Section 1 - §3).

Ces conclusions entraînent de nombreuses conséquences. Droit et sujets peuvent être décrits comme objets séparés, mais chacun agi et agissant, déterminé et déterminant l'autre. Le schéma et les interactions réciproques deviennent alors complexes (Section 2). La définition du droit s'enrichit, puisqu'il devient d'abord le produit d'altérations de ses sujets (Section 2 -§1). Par la suite, c'est parce qu'il altère en même temps les sujets que le droit fait surgir des figures paradoxales (Section 2 - §2).

La compréhension de ces mécanismes nous permettra de présenter dans la section suivante des outils conceptuels permettant de répondre à ce type de besoin régulateur complexe.

Section 1 - Facteurs issus des simples interactions entre les sujets de droit

Selon notre modèle, le principal moteur de la création normative est constitué par les interactions individuelles.

Dans une optique cartésienne et pour dégrossir une première approche, on peut simplifier à l'extrême la représentation des interactions individuelles en les classant selon deux catégories disjointes : compatibles et non compatibles. La régulation collective se laisse alors assez aisément définir comme étant parfaite dès lors qu'elle amène les individus à adopter des comportements tous compatibles²⁰⁹. *L'autorité nécessaire et suffisante* est égale à celle qui suffit à imposer ce comportement à chaque individu pris un à un. Et pour amener cet individu à abandonner un comportement incompatible (délictueux, par exemple), il suffit d'augmenter la sanction correspondante, jusqu'à ce que l'individu préfère obéir que désobéir. L'ordre global est ainsi produit de la somme des ordres locaux ; nous obtenons un schéma linéaire dont peut se satisfaire une vision instantanée (synchronique), mais dont nous montrerons qu'elle souffre de graves lacunes si l'on se place dans la durée (diachronique). Ces lacunes affectent les représentations couramment employées par de nombreuses disciplines et

²⁰⁹ Dans ce sens, cf. E. Picavet, *Sur la justification des droits de l'Homme*, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/picavet2.htm> ; l'auteur propose une expression formalisée à la notion d'intercompatibilité. Il montre que dès lors que deux conditions sont réunies, le système qui les met en œuvre peut être considéré comme *souhaitable* car il maximise l'intercompatibilité des individus. Ces conditions sont :

1. « *La première condition que l'on formulera devra permettre de caractériser un système d'exigences dont la satisfaction implique l'aptitude du système juridique à offrir une solution définie à des situations de conflit simples et typiques.*
2. *La seconde condition demandera que les exigences que l'on formule au sujet du système juridique ne soient jamais de nature à obliger a priori le Législateur à rendre illégale une action réalisant une intention qui n'est pas particulièrement "problématique" au point de vue interpersonnel (en un sens qu'il faudra préciser).* »

Autrement dit, deux axiomes de complétude et d'utilitarisme. Sur ces deux axiomes il est alors possible de définir un système d'intercompatibilité moralement neutre ; l'auteur montre ensuite qu'une partie des droits de l'homme répondent à cette définition, ce qui les délie de tout fondement moral *a priori*.

théories du droit (§1). Or si l'on s'affranchit des dialectiques traditionnelles, on peut inclure dans le champ de la création normative à des sources qui lui étaient jusque-là inconnues. Selon Kelsen seul le droit crée du droit ; mais si l'on s'écarte de cette conception (§2) et si l'on admet que le fait puisse créer du droit (ce qu'impose une vision basée sur une étude des origines causales), se pose alors un problème d'explication de la création originelle qui nécessite l'appel aux théories de l'émergence (§3). Le prix à payer est alors élevé, car on assiste à une disparition quasi totale de prévisibilité que ne viendra tempérer que l'hypothèse de pseudo-autonomie abordée dans le titre second.

§1. Au cœur des interactions : le sujet cogitant autonome

Le sujet cogitant est le point central de tout modèle décisionnel. Son autonomie le dote d'un mode élaboré de prise de décision, qui lui permet d'accomplir ses fonctions vitales et cognitives. On peut ainsi mieux comprendre comment un sujet reçoit une norme, ou comment il conçoit la norme à venir.

Le sujet de droit occupe dans notre modèle une place centrale, puisque nous avons posé que c'est de lui qu'émanent les décisions. Décisions personnelles quand elles s'appliquent à sa personne, décisions collectives quand leur champ d'application est plus vaste. Une modélisation basée sur la décision ne peut faire l'économie de l'étude du sujet cogitant, foyer autour duquel s'articulent ensuite toutes les figures sociales, leurs réseaux leurs structures, et les besoins régulatoires qui en découlent. Nous proposerons donc un modèle constructiviste du sujet cogitant, inspiré de certaines figures canoniques proposées par certains auteurs en sciences cognitives. Nous montrerons par la suite que ce modèle est tout à fait adéquat pour rendre compte de formes sociales et juridiques observables dans la pratique.

Le sujet obéit d'abord à la nécessité de se maintenir : il accomplit en priorité une fonction homéostatique (1). Pour ce faire il se construit des représentations de l'univers qui l'entoure, et simultanément de la place qu'il y occupe (2). De ce fait, chacune de ses actions qui altère son environnement va également l'informer. Cette information enrichit son expérience, et l'amène à réorganiser ses conceptions, donc son organisation interne (3). D'où il ressort qu'une décision ne se rapporte jamais à l'individu seul ; elle inclut nécessairement une référence à ce qui l'entoure, et se trouve nécessairement orientée vers la réalisation d'une fin, même si celle-ci n'est pas toujours explicite. Ces éléments sont les caractéristiques de décision complexe (4), dont la mise en œuvre produit des figures collectives elles aussi complexes.

1. Fonction homéostatique de base

Il est ici nécessaire d'apporter une précision tenant à la nature même du *sujet cogitant*. Nous avons établi, lorsque nous avons jeté les bases de notre modèle, que les individus étaient autonomes. Cette dimension s'entend simultanément au plan cognitif et au plan matériel. La première fonction des individus est leur fonction vitale, ils agissent d'abord pour rester en vie. Ce n'est qu'après le besoin que vient l'envie : le champ des attitudes possibles de l'individu s'étend alors considérablement, puisqu'il peut librement composer les objectifs de ses décisions, dégagé qu'il est de toute nécessité biologique²¹⁰. Les contraintes sociales (au

²¹⁰ Reprenant la réponse d'Epicure à Platon, que le meilleur moyen de se dégager des contraintes de la

premier rang desquelles se trouvent les contraintes normatives) reprennent alors le premier plan quand il s'agit de définir une stratégie d'action²¹¹. Les compositions de rapports humains qui obéissent à cet ordre sont les plus probables, donc les plus stables, sauf exceptions²¹².

Cette hiérarchisation entre besoin et envie est davantage postulée que démontrée dans notre modèle. Diverses observations amènent cependant à alléguer de sa crédibilité, au premier rang desquelles sa correspondance avec l'instinct naturel de survie, et la distinction proposée par Lorenz²¹³ entre l'inné et l'acquis. Selon lui, l'homéostasie est un comportement de type réactif, c'est-à-dire un traitement de l'information sans stockage (acquisition à court terme).

J. Miermont a proposé une typologie particulièrement claire de ces fonctions cognitives « qui se retrouvent chez les organismes les plus simples mais aussi les plus complexes. Il n'existe pas de fonction cognitive, même très élaborée, sans un dispositif qui permet de traiter des informations qui ne seront d'aucune manière retenue. Ils correspondent, aux comportements actifs aléatoires. Lorenz repère au moins une bonne dizaine de mécanismes qui concourent à ce traitement de l'information :

- L'homéostasie (cycle régulateur, assurant l'équilibre d'une fonction par l'utilisation de boucles de régulation positive et négative), et l'homéorrhésie, assurant la régulation de la croissance d'un organisme.
- L'excitabilité (réaction à la réception de stimuli par la sécrétion ou l'excrétion de substances, ou par le déclenchement d'un mouvement).
- La réaction amiboïde (déplacement tridimensionnel du plasma interne de la cellule amibienne ou amiboïde par la création de pseudopodes, en réponse à un stimulus, fonction des conditions du milieu).
- La « kinésis », mécanisme d'orientation et de direction pour les organismes non amiboïdes ayant une structure solide, qui permet à l'organisme de choisir son milieu immédiat en fonction du confort qu'il permet (« il fait meilleur », « il fait moins bon », sans qu'existe aucun apprentissage des paramètres qui améliorent ou détériorent l'environnement).
- La réaction phobique, réaction stéréotypée de « volte-face » dans un espace perçu

chair est de les satisfaire plutôt que de les nier.

²¹¹ On peut citer à titre d'exemple, la notion jurisprudentielle d'**état de nécessité** (*Nécessité n'a point de loi - Besoin ou nécessité n'a loi - Adages* ; cf. <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/adages2.htm>). Cet état, qui permet d'écarter la qualification vol quand un individu s'approprie frauduleusement des vivres pour survivre, correspond au cas de figure de nécessité biologique. On admet, quand les carences des structures sociales sont avérées, une transgression temporaire des règles de propriété (*Necessitas non tollit jus sed suspendit - La nécessité ne supprime pas le droit, mais le suspend - Adage, idem*) ; ceci revient à cautionner le principe de la prééminence du maintien biologique de l'homme sur la possession des choses. L'acte de civilisation rejoint là un certain pragmatisme : il s'est de toute manière avéré que quelle que puisse être la sanction, l'homme obéit à ses nécessités biologiques avant les règles artificielles de son groupe. Nota : en l'an 2000 et en France, la jurisprudence semble avoir durci sa position et compte tenu de l'efficacité du système de protection sociale, admette de moins en moins aisément cette exception.

²¹² On trouve peu d'exceptions à grande échelle, mais on peut citer les premières années de l'édification du communisme en U.R.S.S. On pouvait en ce temps assister au spectacle de personnes mettant systématiquement en avant le groupe au détriment de leur propre personne, comme l'illustrait Stakhanov. L'histoire a bien vite montré la précarité d'un tel mouvement, sans l'action soutenue d'une propagande toujours plus idéalisante. L'exception stakhanoviste ne remet pas réellement en cause ce postulat du modèle, bien au contraire, puisqu'il est fondé sur l'instinct de conservation, biologiquement établi chez l'homme.

²¹³ K. LORENZ, *L'envers du miroir : Une histoire naturelle de la connaissance*, Paris, Flammarion, 1975.

comme aversif, permet, contrairement à la « kinésis », d'éviter totalement une situation défavorable.

- La réaction topique ou taxie, qui permet l'orientation de l'animal dans la portion d'espace qui lui est la plus favorable; la taxie permet d'indiquer à l'animal quelle est la meilleure direction.

- Le mécanisme inné de déclenchement, qui est un mécanisme de filtrage des stimuli entraînant les réactions motrices, tant kinétiques, phobiques que taxiques. Ce mécanisme inné, sans doute déjà présent chez l'amibe, permet le filtrage des informations pertinentes, par l'édification de stimuli-clefs ; ceux-ci permettent de reconnaître, dans les conditions habituelles, et sans aucun apprentissage individuel, les structures de nourrissage et les structures dangereuses, par le repérage des indices différenciateurs statistiquement présents sur lesdites structures, fonctionnant comme des codages extrêmement simples.

- Le comportement instinctif spécifique est composé de coordinations motrices héréditaires, ou patterns moteurs fixés et hérités, déclenchés habituellement par des mécanismes innés de déclenchement (le sourire du nourrisson humain est typiquement un comportement instinctif spécifique, de même que la réaction de l'adulte humain au contact d'un petit enfant à partir de quelques mois). Cette coordination motrice héréditaire est l'ossature immuable du comportement, génératrice de comportements consommatoires, autour desquels sont gagnés tous les degrés possibles de liberté et de souplesse, au fur et à mesure que l'on gravit l'échelle évolutive des espèces. Cette ossature contient des informations acquises au cours de la phylogenèse ; elle n'est donc modifiable en rien, en tant que telle, par l'apprentissage individuel ; mais elle peut s'articuler avec des réactions taxiques ou phobiques, et/ou se trouver précédée et suivie par des **comportements d'appétence** plus ou moins complexes (l'envie telle que nous la décrivions supra). De fait, un acte instinctif peut s'intégrer dans un comportement d'appétence intermédiaire, celui-ci se trouvant lui-même intégré dans une structure instinctive hiérarchiquement organisée, ou système hiérarchisé de comportements instinctifs²¹⁴. On peut noter que si ces comportements instinctifs ne sont plus des comportements actifs aléatoires, mais qu'ils sont finalisés, sans pour autant être téléologiques (modifiables en fonction du but à atteindre), leur intégration dans des séquences plus vastes crée des formes téléologiques de comportement, dont la complexité n'est pas forcément prédictible. Une grande partie des débats entre éthologues, psychologues, neurophysiologistes, psychanalystes (...) concerne la question des degrés de liberté entre comportements fixes et comportements labiles. »²¹⁵

Plusieurs dimensions interviennent dans une telle énumération, non exhaustive de surcroît. Il est à la fois question du sujet, de son rapport avec lui-même et avec autrui, et des combinaisons comportementales qui sont susceptibles d'être générées. Sur le plan sociétal, la fonction homéostatique a mauvaise presse. Hobbes, par exemple, l'assimile avec un état de nature qui se traduit par la guerre de tous contre tous. Cette guerre est la conséquence et la cause de l'autosuffisance et l'indépendance de l'individu : en l'absence d'ordre préétabli, seule compte la préservation de soi²¹⁶. Nous verrons que ce point de vue est partiel autant que partial ; nous avons en introduction défini la complexité comme une variété très grande, voire infinie, engendrée par un nombre fini et connaissable de relations entre des éléments actifs. La psychanalyse et les sciences de la cognition donnent des illustrations d'un tel type de

²¹⁴ N. TINBERGEN, *Etudes de l'instinct*, Paris, Payot, 1971.

²¹⁵ J. Miermont, *L'homme autonome, op. cit.*, p. 52 s.

²¹⁶ J.-P. Dupuy relève dans le même ordre d'idée la résurgence du comportement narcissique invoqué par Freud pour décrire les situations de panique.

complexité, et montrent qu'on ne saurait généraliser des comportements individuels sans s'enfermer dans un faisceau d'hypothèses particulièrement restreintes.

2. Fonctions cognitives et métacognitives

A titre d'exemple, on peut proposer une typologie rapide des différents états que peut traverser un sujet connaissant, quand il cogite. J. Piaget a montré que l'acte primaire de l'identification individuelle consiste à se différencier du monde environnant. L'enfant est amené à se représenter ce qui est lui et ce qui n'est pas lui. Pour ce faire, il agit. En lançant des actions sur l'extérieur et en recueillant le fruit de ses actions, il enrichit son savoir sur l'autre et sur lui-même²¹⁷. Une interprétation de l'activité d'intelligence consiste à entremêler causalement information sortante et entrante : on informe pour s'informer, on s'informe pour informer.

Mais l'information ne se résume qu'exceptionnellement en vrai ou faux. Cette pureté ne se trouve guère que dans les abstractions de la logique formelle. La pragmatique nous invite à inclure le flou, l'incertain et l'erroné ; d'où il résulte que l'activité de connaissance se présente bien davantage comme une découverte heuristique plus que comme la possession nette d'une vérité extérieure avérée. Le domaine juridique ressort consubstantiellement de ces catégories fluctuantes. On peut postuler arbitrairement que le droit est connu de tous, mais on ne peut tenir ce postulat pour réalité scientifique, dès lors que celui-ci est constamment battu en brèche par la pratique. Aucun individu, pas même le juriste le plus expérimenté, ne possède de connaissance entière du droit. Les savoirs juridiques sont le plus souvent morcelés, et toujours parcellaires.

Nous limiterons notre tableau à deux figures du savoir²¹⁸ : le savoir et la croyance (du droit par le sujet cogitant). Nous définirons le **savoir** comme une représentation de la réalité dont le sujet a éprouvé la validité (*je sais que la brûlure est douloureuse car le jour où je me suis brûlé, j'ai eu mal*), ou dont il tient la validité pour fiable (*je sais que la vitesse de la lumière est limitée à 300.000 km/s, car je fais confiance aux scientifiques qui me l'affirment*). On le voit, ce type de savoir n'est pas très loin de la **croissance**. Définissons cette dernière comme une représentation du réel dont on n'a pas encore éprouvé la validité, ou dont on n'a pas l'intention de l'éprouver (*je crois que Dieu existe, je crois que l'univers est infini...*).

Les téméraires...
croient qu'ils
savent, les
sages... savent
qu'ils croient.
Jean Rostand, Ce
que je crois

Cette division entre savoir et croyance, malgré son simplisme, fait apparaître quatre possibilités, puisqu'à chaque facette de la réalité correspond un sujet qui sait ou ne sait pas, croit ou ne croit pas. Nous écartons pour le moment l'**imagination**, qui compliquerait par trop notre schéma, mais la réintroduisons ultérieurement pour rendre compte

²¹⁷ Parmi l'œuvre monumentale de Piaget, on peut évoquer ses travaux d'observation qui furent à la base de ces réflexions, que l'on trouvera synthétisés dans *La construction du réel chez l'enfant*, Delachaux & Niestlé, Neuchâtel - Paris, 1977 ; sur l'expression de cette intelligence, cf. le débat entre Piaget et CHOMSKY, *Théories du langage, théories de l'apprentissage*, Paris, Seuil, 1979.

²¹⁸ Pour les besoins de la simulation informatique, J. Ferber propose d'autres typologies intéressantes de croyances : environnementales, sociales, relationnelles, personnelles. Ces connaissances sont utilisées par les agents *conatifs*, c'est-à-dire à la fois cognitifs et réactifs, capables de réflexe et de réflexion.

des comportements de masse.

Enfin, pour avoir un aperçu exhaustif des possibilités d'un sujet cogitant, n'oublions pas d'inclure le méta-savoir, c'est-à-dire le savoir que l'on a sur soi-même. Nous avons adopté pour notre sujet, en introduction, la problématique constructiviste complexe qui fait de la réflexivité du sujet sur lui-même un fondement pour le comportement autonome de l'individu. Nous distinguerons donc le savoir de base du méta-savoir platonicien : je sais que je sais, ou je sais que je ne sais pas, ou...

On peut alors proposer le tableau suivant :

Méta-niveau →		Savoir		Croyance	
Niveau de base ↓		Oui	Non	Oui	Non
Savoir	Oui	<i>Connaissance positive / croyance mimétique</i>	<i>Savoir hétéronome</i>	<i>Présomption</i>	<i>Doute</i>
	Non	<i>Agnosticisme / individualisme</i>	<i>Ignorance</i>	<i>Humilité</i>	<i>Vanité</i>
Croyance	Oui	<i>Foi délibérée</i>	<i>Naïveté</i>	<i>Foi hypothétique</i>	<i>Foi « aveugle »</i>
	Non	<i>Athéisme</i>	<i>? (1)</i>	<i>Athéisme hypothétique</i>	<i>? (2)</i>

Tableau 2 - Connaissance et méta-connaissance

Exemple de lecture de ce tableau : l'humilité correspond à la méta-croyance du savoir. Autrement dit, l'individu croit qu'il ne sait pas. Tandis que le savoir du non-savoir procède de l'agnosticisme, qui relève d'un niveau de conscience supérieur.

On voit qu'il n'est pas toujours aisé de qualifier tous les cas de figure, surtout si l'on considère la croyance dans sa dimension théologique. Ainsi, le premier point d'interrogation correspond au non-savoir d'une non-croyance. Comment qualifier un homme qui ne sait pas qu'il ne croit pas ? Une sorte d'athée malgré lui ? Le second point d'interrogation est lui aussi problématique. On peut se demander à quoi correspond un individu qui ne croit pas qu'il ne croit pas... Serait-ce une autre forme d'expression de la foi hypothétique (croyance de la croyance, qui représente la forme usuelle de croyance divine) ?

Sur le plan normatif, ce tableau peut s'illustrer de la manière suivante : soit un carrefour, et deux automobilistes A et B s'y présentant simultanément. Si la règle de priorité à droite est connue et respectée de tous les deux, A voit B sur sa gauche et passe sans incident, puisque B, qui voit A sur sa droite, s'arrête. De fait, il se passe plusieurs calculs de la part de chacun des agents : A *croit que B sait* la règle de priorité à droite : c'est pourquoi il passe. De son côté, B croit également que A sait cette règle, et il s'arrête, car il déduit rationnellement que A sachant ou croyant que lui-même (B) sait, va passer. La règle de priorité fonctionne donc de deux manières : on sait la règle et on l'applique, et on croit que les autres la savent et l'appliquent à leur tour. On voit ici que c'est à la condition expresse qu'une règle soit universellement sue et appliquée qu'elle peut produire ses effets dans la plénitude de leur potentiel. En l'occurrence, la règle doit pouvoir faire l'objet d'une application **spéculaire** : je

sais quelque chose, et je peux raisonnablement croire que les autres la savent aussi. Je peux ainsi me mettre à leur place et raisonner de manière juste (du moins, juste en ce sens que la pratique confirmera mes prévisions, et je serai conforté dans mon idée que cette règle est connue et appliquée de tous). La possibilité de cette spécularité procure un avantage non négligeable : l'individu est déchargé de toute nécessité de « penser » la situation à laquelle il a à faire face. Chaque automobiliste a juste à vérifier que personne ne se présente sur sa droite pour passer en toute tranquillité à un carrefour.

Cette théorie souffre cependant de sa confrontation avec la pratique : le moindre écart à cette règle se solde par un accident : manque d'attention, confusion gauche-droite chez l'individu, imprudence, volonté délibérée de transgresser la règle... les cas de figure sont variés. De sorte qu'il apparaît que les cas où la règle est susceptible d'être respectée sont plus nombreux que ceux de sa transgression. En termes systémiques, on dit que les cas de compatibilité sont instables : sans la stimulation de la menace d'une sanction juridique, les probabilités de collision seraient très supérieures à celles des croisements, puisqu'il suffit d'un écart infime à la rationalité normative pour que les propriétés du jeu s'inversent. La présence d'une sanction peut sembler d'autant plus indispensable qu'il semble bien que les hommes commettent tendanciellement des impairs, dès lors que ceux-ci peuvent être commis²¹⁹. Mais il existe également une façon très efficace de diminuer considérablement la probabilité des collisions : il suffit de faire appel à la capacité de cogitation des sujets, en comptant sur leur instinct de conservation. Cette capacité est systématiquement sollicitée dans le cas « limite » que constitue l'absence de normes ; la règle du « chacun pour soi » étant alors de mise, il incombe à chacun de s'assurer de sa propre sécurité à chaque carrefour. Le principe peut être considéré comme efficace : le nombre d'accidents est relativement faible, rapporté au nombre de véhicules en circulation ; mais c'est alors la rapidité des transports qui en pâtit. Dans les pays développés, c'est l'augmentation de la vitesse des véhicules qui a amené à réguler les croisements sur les routes. Le nombre de collisions a baissé, mais au prix d'un effet pervers : la gravité de celles-ci a augmenté²²⁰. L'action d'une règle simple sur un système complexe induit des effets qu'elle ne prévoit pas, même s'ils sont prévisibles. En effet, si A croit que B va respecter la règle de priorité, il s'engage sur le carrefour sans se soucier de sa présence, alors qu'en l'absence de règles de priorité il aurait réduit sa vitesse, tablant sur la probabilité non négligeable d'une possible collision.

Cet effet pervers de la règle de priorité à droite fut à l'origine d'une seconde règle, censée en limiter les conséquences : la vitesse aux croisements fut limitée, quelle que soit la règle de priorité applicable. Mais ce fut finalement de Grande Bretagne que viendra la solution

²¹⁹ G.-Y. Kervern propose de parler d'épistémologie « destructiviste ». Il montre que même si un individu prend les décisions qu'il croit les plus raisonnables pour éviter un danger, il réalisera à son insu les conditions de la survenance d'une catastrophe au niveau de l'organisation, car il privera celle-ci de la possibilité de s'adapter au danger (en figeant les procédures, les savoirs, la communication au sein de l'organisation, sous prétexte que l'optimum rationnel est atteint). « *Il existe donc une façon de penser, de connaître et de concevoir pour détruire, donc une épistémologie destructiviste. Cette épistémologie est, pour une grande part, inconsciente. Elle « téléguide » les acteurs d'une catastrophe sans qu'ils en soient conscients.* » (G.-Y. KERVERN, « Jean-Louis, de GRASCE », *Entre systémique et complexité, chemin faisant*, Paris, PUF, 1999, p. 107.

²²⁰ En ce sens, cf. l'étude de l'évolution réciproque de l'alcoolisme routier et de la jurisprudence par Jean-François LAÉ, « Genèse de l'alcool au volant à travers la jurisprudence (1930-1980) », *Revue Droit et Société* n° 29, 1995, Paris, LGDJ, p. 157-179.

la plus satisfaisante : le rond-point, qui s'avère le plus efficace en termes de sécurité. Sur ces croisements, une règle de priorité subsiste, mais la vitesse est réduite du fait de la configuration de la route. De nombreuses conclusions peuvent être tirées de la métaphore du rond-point : un équilibre juridique est d'autant plus instable qu'il repose sur une croyance communément mise en pratique par chacun ; il est d'autant plus dangereux que les enjeux (vitesses relatives) sont importants ; plus on ralentit le processus pour amener les plaignants à s'engager sur un terrain d'entente, moins on est contraint de recourir à la solution judiciaire. En l'occurrence, il peut être plus satisfaisant et efficace d'inciter les sujets à apprendre à trouver les modalités de leur coexistence que de rappeler inlassablement les règles communes afin de faire en sorte que chacun sache que l'autre sait.

Précisons dès maintenant un point important, qui sera la base de nombreuses figures collectives que nous étudierons par la suite : **savoir et croyance ne sont pas ici conçus comme deux catégories disjointes, mais complémentaires**. Ce point de vue contredit la conception positiviste classique, selon laquelle la réalité est donnée à l'observateur, dont la représentation ne peut dès lors être que certainement vraie ou fautive. Le savoir est alors tenu comme supérieur à la croyance en ce qu'il permet des déductions qui sont elles aussi certaines. Les positivistes admettent couramment une telle position, tout en soulignant parfois que l'on devrait en restreindre le champ à quelques domaines abstraits²²¹. Les sciences humaines, elles, décrivent un objet qui est le produit de l'action des hommes ; or il a été montré que l'action dérive de la décision. Nous en déduisons qu'un phénomène comme le droit, basé sur la décision, est ainsi basiquement conditionné par les représentations que se font les hommes de leurs problèmes. Par conséquent, on ne saurait parler de vérité au sens logique du terme : la croyance d'aujourd'hui peut parfaitement devenir la réalité de demain²²². On peut évoquer à l'appui de ce point de vue les prophéties autoréalisatrices mises en lumière par les économistes, et les erreurs qu'elles provoquent²²³.

²²¹ Encore que de nombreuses disciplines ont remis en cause leurs paradigmes classiques basés sur la séparation radicale du sujet et de l'objet, et donc la mathématisation de ce dernier. La physique quantique inclut l'observateur comme paramètre influant le phénomène observé ; la théorie du chaos déterministe a montré l'incapacité de la physique classique à donner une représentation fiable et durable du réel. « *On a beau faire croire l'effort, varier les méthodes, il n'en résulte jamais qu'une évidence qui est l'impossibilité de séparer l'observateur de la chose observée et l'histoire de l'historien.* » Valéry, Variété IV.

²²² En ce sens, on peut opposer au critère poppérien de *réfutabilité* celui, plus adéquat, d'*exemplification* ; cf. Jean-Claude PASSERON, *Le raisonnement sociologique - L'espace non-poppérien du raisonnement naturel*, Paris, Nathan, 1991, 408 p.

²²³ La « nouvelle économie » du début des années 2000 est un parfait exemple de ce type de croyance autoréalisée. Une telle croyance collective permet à ceux qui en détiennent le savoir de s'enrichir sur la crédulité des foules qui *croient savoir*. Un internaute scandalisé dénonçait en mars 2000, tout en les caricaturant quelque peu, les rouages de la logique économique qui pouvait bien constituer l'annonce d'une catastrophe : « *Le fondement [de la nouvelle économie] est la start-up : une entreprise à très fort potentiel de développement, dont l'activité est centrée sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC).*

L'entrepreneute (© Laurent Mauriac) est le créateur d'une start-up, généralement jeune, incompetent en tout, mais doué d'un aplomb hors du commun. Le développement des start-up est assuré par le financement par capital-risque : des fonds d'investissement dont le modèle n'est pas la croissance stable de l'entreprise, mais la spéculation à l'extrême ; (...) pourquoi autant d'argent, de publicité et d'enthousiasme pour des entreprises ne disposant d'aucune inventivité, d'aucune compétence propre, d'aucune infrastructure physique, ne créant ni richesses ni emplois ?

La réponse se trouve au bout de la chaîne : l'entrée en bourse, à moyen terme, des start-up (aux Etats-Unis, sur le désormais fameux Nasdaq). (...) C'est en effet à cet instant précis que tous les participants

Nonobstant les répercussions sur le plan normatif, le Tableau 2 avait surtout pour but d'illustrer ce que la simple incomplétude de l'information, jointe à la réflexivité de la cognition, peut produire comme variété de configurations pour chacune des connaissances juridiques que peut posséder un sujet. Variété qui va aller s'amplifiant sous l'effet de l'action intelligente, puisque la connaissance est la base de l'action qui organise.

3. Action et organisation interne : l'organisaCtion

Sous l'influence de relations circulaires avec l'environnement et ses semblables, l'individu autonome se forme et se reforme. Les dimensions de son action se démultiplient ainsi au fil du temps, formant organisation qui à nouveau conditionne ses actions.

« Le hasard a donné naissance à toutes les espèces de gouvernements parmi les hommes. Les premiers habitants furent peu nombreux, et vécurent pendant un temps dispersés à la manière des bêtes. Le genre humain venant à s'accroître, on sentit le besoin de se réunir, de se défendre; pour mieux parvenir à ce dernier but, on choisit le plus fort, le plus

« récupèrent leurs billes » et justifient ainsi leurs investissements des quelques années qui ont précédé.

(...) Toutes les start-up dépensent plus qu'elles ne gagnent, c'est un fait avéré : celles qu'on nous donne en exemple (Yahoo, Amazon) étaient très déficitaires au moment de leur entrée en bourse. De fait, sur quoi se rembourse le capital-risqueur ? Sur l'entrée en bourse : s'il investit 200 millions dans une entreprise qui est, finalement, capitalisée à hauteur de 2 milliards à l'introduction sur le marché, il a gagné 10 fois sa mise. La rupture avec le modèle capitaliste habituel est là (...).

Idem pour l'entrepreneute. On le sait, ce jeune homme est rarement riche, il travaille comme un damné et est payé en stock-options, c'est-à-dire des actions virtuelles de son entreprise. Ces actions, hors de la capitalisation boursière, ne valent rien (...). Le but ultime de l'entrepreneute n'est donc pas, comme un petit entrepreneur débutant, de créer une activité stable à la croissance régulière, mais de réussir, dans quelques années, à vendre son entreprise au marché le plus cher possible.

L'activité d'une start-up, autant du point de vue de l'entrepreneute que du capital-risqueur, est donc toute entière tournée vers la séduction des marchés financiers (...). Il ne s'agit pas, en quelques années, de réellement valoir quelque chose, mais de faire croire au marché que l'on vaut quelque chose.

(...) Ensuite, trouver un capital-risqueur. (...): ici tout le monde sait exactement que tout le monde ment (...). L'entrepreneute sait que son concept est nul, et l'investisseur en est parfaitement conscient. Un vaste et savant jeu de faux-semblants : tout en faisant mine de causer qualité, innovation, production, chacun sait qu'il organise l'escroquerie des marchés financiers. Ici l'investisseur ne choisit pas un « bon concept », il sélectionne les entrepreneutes selon leur niveau de cynisme, selon qu'ils savent lui faire comprendre, sans le dire, qu'ils savent que l'autre sait... (...).

Lors de l'introduction en bourse, l'épargnant susceptible d'investir dans la start-up « GadgetIdiot.com » doit réagir ainsi : « Ah oui, "GadgetIdiot.com", c'est l'événement boursier dont toute la presse parle »(...).

Car ce n'est pas la presse qui va le détromper : non seulement celle-ci vit directement des budgets publicitaires des start-up (dont, encore une fois, l'activité principale consiste à brûler les fonds dans la communication), surtout elle investit elle-même dans la nouvelle économie (...) l'introduction sur le marché, la ruée des petits épargnants et des fonds de pension.

L'entrepreneute convertit ses stock-options en actions (cette fois, du vrai argent) et la capital-risqueur touche le bénéfice de ses investissements. Fin du parcours. Le marché n'a rien acheté d'autre qu'une énorme campagne de communication.

Oui mais... et maintenant que l'entreprise est cotée en bourse ? Que se passera-t-il lorsque les actionnaires comprendront qu'ils possèdent des entreprises qui ne valent rien, dont l'activité est à peine bénéficiaire, qui n'a développé ni infrastructures ni compétences ? Que se passera-t-il lorsque le mensonge sera éventé ?

Rendez-vous au prochain crash. »

Message diffusé sur Internet en février 2000 par ARNO* arno@scarabee.com ; à peine deux mois tard, l'actualité lui donnait raison et après le krach du Nasdaq on ne parle plus de la « nouvelle économie » qu'avec les plus grandes réserves quant à sa rentabilité future.

courageux; les autres le mirent à leur tête, et promirent de lui obéir. A l'époque de leur réunion en société, on commença à connaître ce qui est bon et honnête, et à le distinguer de ce qui est vicieux et mauvais. On vit un homme nuire à son bienfaiteur. Deux sentiments s'élevèrent à l'instant dans tous les cœurs : la haine pour l'ingrat, l'amour pour l'homme bienfaisant. On blâma le premier, et on honora d'autant plus ceux qui, au contraire, se montrèrent reconnaissants, que chacun d'eux sentit qu'il pouvait éprouver pareille injure. Pour prévenir de tels maux, les hommes se déterminèrent à faire des lois, et à ordonner des punitions pour qui y contreviendrait. Telle fut l'origine de la justice. » (Machiavel, Discours sur la première décade de Tite-Live, livre 1, chap. 2, édit. cit., p. 384-385)

J. Piaget a proposé une définition qui correspond parfaitement à notre problématique : *l'intelligence organise le monde en s'organisant elle-même*. Au regard de notre modèle, le sujet cogitant est amené, de par sa place dans un environnement qui le forme et qu'il forme, à cogiter non seulement sur lui mais également sur ce qui l'entoure. D'où il résultera que les fruits combinés de sa cognition, qu'elle soit savoir ou croyance, se répercuteront dans ses actions, qui se répercuteront sur sa cognition, et ainsi de suite... produisant ainsi des figures qui échappent à la pensée rationnelle - réductionniste par leur complexité.

Malgré son potentiel, il serait toutefois malaisé de chercher une quelconque portée au modèle constructiviste que nous utilisons, si nous ne faisons appel à une dimension **téléologique**. Comme il a été évoqué *supra*, nous avons défini le sujet comme autonome. Ses actes, bien que prédéterminés par des contraintes exogènes, sont tournés vers des fins endogènes (sans quoi notre sujet ne serait rien d'autre qu'un automate aléatoire). Pour rendre compte de cette dialogique, E. Morin propose d'utiliser le paradigme de l'*auto-éco-ré-organisation*, que J.-L. Le Moigne résume dans le schéma de l'« organisation » comme suit :

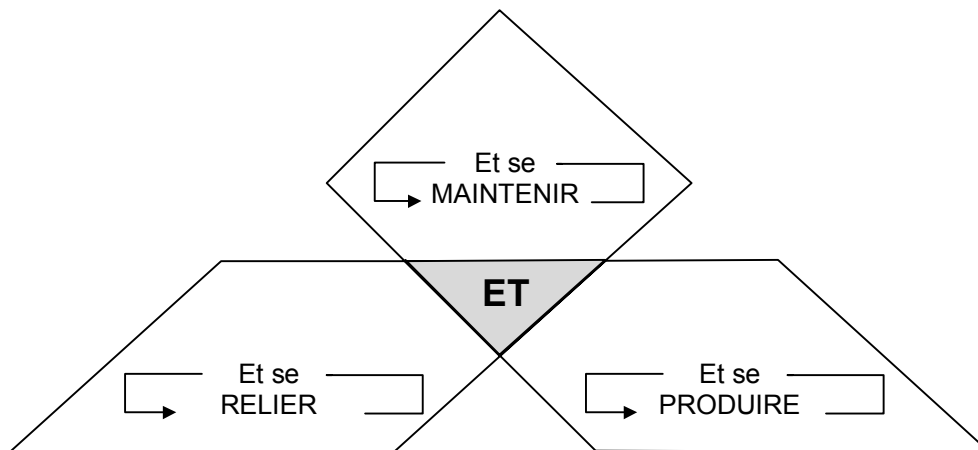


Figure 4 - Modèle canonique de l'OrganisaCtion

Les actions d'un sujet cogitant sont orientées vers un nombre limité de fins : se maintenir, se relier, se (re)produire. On obtient par cette représentation une vision particulièrement synthétique de l'*action autonome*²²⁴.

²²⁴ « Le concept d'organisation (que l'on rencontre de façon universelle dans toutes les disciplines, de l'astrophysique à la psychologie de l'inconscient) se substitue très heureusement à celui de structure qu'avait dégagé la modélisation analytique en quête d'un hypothétique invariant non exposé à l'irréversibilité des phénomènes ; conjonction archétype d'actions archétypes, il permet de représenter avec économie des conjonctions perçues complexes dont on a pour projet de rendre compte un système complexe ». (J.-L. Le

On préfigure ainsi la physionomie du droit, puisque nous avons postulé qu'il est le fruit d'une construction individuelle et interindividuelle qui n'est ni déterminée, ni aléatoire, mais construite, à l'instar de toute figure collective. Mais cette autoréférence n'est-elle pas dangereuse ? Quel est l'impact sur soi d'un construit qui émane de soi ? Le cas extrême de la schizophrénie est absolument destructeur : prisonnier d'un monde qu'il a lui-même créé, le malade perd sa faculté de différenciation et ne parvient plus à se détacher du réel. Faut-il pour autant prédire la crise d'une société sclérosée sur ses propres valeurs ? On ne peut répondre de manière simple à cette question complexe, mais on peut dès maintenant suggérer par analogie qu'une société, ou une organisation sociale quelconque, ne saurait se maintenir si elle n'a pas les ressources internes nécessaires pour se relier, se reproduire, se réorganiser²²⁵, bref, endogénéiser ses propres mécanismes régulateurs.

Le problème se pose en des termes légèrement différents concernant le système juridique lui-même, puisque nous avons montré en introduction qu'en tant que construit social, il n'était que partiellement autonome. Déterminé par sa finalité régulatoire, son hétéronomie est principale, son autonomie n'est qu'incidente. Le sujet de droit a de l'objet droit une connaissance qu'il sait incomplète, et partant, la structure du droit tient compte de cette incomplétude. Sachant que nul n'est censé ignorer la loi, mais sachant aussi que nul ne la connaît entièrement, le juge se présente comme le nécessaire curateur d'un système fondamentalement incomplet²²⁶. Comment doit-il juger des justiciables qui n'ont parfois des normes qu'une connaissance approximative, comment un citoyen peut-il se construire une représentation adéquate des normes sociales qui l'environnent et dont il ne peut souvent que s'imaginer la teneur ? Nous avons évoqué la distinction entre savoir et croyance, en nous basant sur le paradigme positiviste. Mais le juridique pouvant se décrire comme un système de valeurs, il semblera plus indiqué de faire appel à la notion de *viabilité de la connaissance* proposé par E. Von Glaserfeld²²⁷. Cet auteur utilise le concept piagétien d'équilibration (un individu se construit une connaissance selon un schéma dit « assimilation-accomodation » ; l'équilibration permet la réalisation de ce processus). La construction de la connaissance ne dépend plus d'un donné extérieur (le signal entrant), mais de l'expérience du sujet. Autrement dit, c'est le sujet qui détermine, parmi les messages qu'il reçoit, ce qui est pour lui signal

Moigne, *Le constructivisme, op. cit.*, p.74)

²²⁵ Pour H.A. Simon, l'efficacité d'une organisation se mesure à sa capacité de traiter de l'information. En ce sens, il montre qu'une organisation de type hiérarchique autoritaire n'est pas nécessairement une forme que l'on peut qualifier de satisfaisante. Car contrairement à ce que suggèrent les modèles tayloriens, les entreprises ne s'organisent pas pour opérer mieux, mais pour **décider mieux**. Pour une raison simple : les instances dirigeantes *croient qu'elles savent*, et partant réorganisent la structure pour amplifier les décisions qui leur paraissent les plus adéquates, c'est-à-dire les leurs. Et pourtant, relève Simon, chacun ne peut traiter qu'une quantité limitée d'informations ; le management d'une grande entreprise requiert, sans aucun doute, une *capacité de traitement* très supérieure à celle que peut produire un simple individu.

²²⁶ On peut même préciser : dans un groupe de sujets donné, dès lors que le premier d'entre eux n'est plus capable de connaître toutes les lois car elles deviennent trop nombreuses pour ses capacités cognitives, la complétude du système juridique devient impossible et il est nécessaire de recourir à l'arbitrage d'une autorité chargée d'adapter la norme aux besoins particuliers. Mais si le nombre des normes est suffisamment petit (cas des dix commandements, par exemple), la complétude du système ne dépendra plus que de sa capacité à englober l'ensemble des cas possibles.

²²⁷ Ernst Von GLASERFELD, *The construction of Knowledge. Contribution to conceptual semantics*, Intersystems Publication, Salinas Cal., 1988, 349 p.

(signifiant) ou au contraire bruit (non signifiant).

Cette étape est importante car le magistrat cogitant est amené à apprécier selon son expérience entre ce qui est du signal (juridique) ou du bruit (non juridique). Von Glaserfeld nous propose alors de substituer au critère «réaliste ou positiviste» de réalité de la connaissance le critère de viabilité de la connaissance. Une connaissance est plus ou moins viable selon qu'elle s'équilibre plus ou moins avec notre structure mentale, et correspond à notre expérience. Ce critère permet par exemple d'expliquer pourquoi nous ne croyons pas que tous les hommes sont mortels : nous n'avons jamais vu d'homme immortel. Sur le plan de la validité positive, cet argument est sans valeur. Ne jamais avoir rencontré d'homme immortel ne peut impliquer qu'un jour il n'en existe pas un. Poser la prémisse majeure que tout homme est mortel est cependant raisonnable, compte tenu de notre expérience personnelle et collective : affirmer que Socrate est mortel est donc une inférence viable.

La notion de viabilité peut également être proposée pour servir de critère de comparaison entre différentes formes d'organisations. Nous avons vu que le sujet cogitant est une organisation (réseau neuronal). Il forme des sociétés qui sont elles aussi des organisations, et les régule au moyen de règles qui forment par leurs connexions d'autres organisations. Figures intermédiaires, les institutions forment un quatrième type d'organisation. Le langage enfin, et les notions qu'il véhicule, constitue un cinquième type d'organisation, le langage juridique étant le résultat des interactions entre les organisations précédemment citées. On conçoit qu'il soit difficile, dans ces conditions, d'invoquer la logique aristotélicienne pour qualifier les décisions qui y sont prises. Il convient davantage de parler de décision complexe, plus ou moins logiquement argumentable.

4. La décision complexe : bien résoudre un problème, c'est surtout bien construire sa représentation

Derrière l'assertion banale qu'un « problème bien énoncé est déjà à moitié résolu », J.-L. Le Moigne nous montre qu'un projet bien énoncé pose les bons problèmes. La décision complexe se résume donc fondamentalement à articuler projet et action, la méthodologie de résolution passant au second plan.

Le paradigme de la rationalité constitue un classique de la théorie du droit, au sein de laquelle il se présente, depuis les Lumières comme alternative et rempart contre l'arbitraire. Dans une acception quelque peu idéalisée de la théorie des normes, les décisions judiciaires sont prises en toute impartialité au regard de normes claires, aux fins clairement affichées et aptes à répondre à toutes les situations. Le culte de la loi que dénonçait Gény, la volonté de perfection du Code Napoléon, procèdent de cette démarche. Celle-ci repose sur le postulat transcendantal de la raison développé par Kant. De nos jours, la théorie du chaos et des systèmes non linéaires atteste du plausibilité d'un tel postulat. En effet, si l'on prend une image numérisée (une photo affichée sur un écran, par exemple), et que l'on applique à tous les points de cette image une transformation (décalage de position, changement de couleur) suivant des règles identiques, nous engendrerons un ensemble fractal dont le résultat sera soit une image totalement brouillée, soit une autre dont la physionomie rappellera la première, selon des variations de plus en plus complexes au fil des itérations²²⁸.

²²⁸ « Au fur et à mesure de l'opération de repliement, il est possible que certains points s'approchent suffisamment de leurs positions initiales pour que l'image réapparaisse. Autrement dit, une brève intermittence

Aussi n'est-il pas étonnant que l'application à des situations subjectivement perçues, de décisions « rationalisées » (au sens de trivialisées par la mise en œuvre d'algorithmes présentés comme rationnels) produisent des effets de composition perçus par la suite comme objectifs. On peut conjecturer que cette propriété des systèmes non linéaires ait concouru à faire de la raison, qui n'est qu'une simple méthode de résolution de problèmes basée sur la logique aristotélicienne, un fondement philosophique pour une certaine conception de la justice et de la société²²⁹. Nous verrons *infra*, en abordant la loi de Hume, comment un prolégomène destiné à dénoncer un éventuel arbitraire peut se voir hissé au rang de loi scientifique, régissant tout rapport de causalité entre être et devoir-être (cf. p. 120 s.).

Héritier de cette conception, le modèle de décision rationnelle en droit part donc du principe que face à des problèmes objectivement constatés et des buts préalablement définis, il peut exister une ou plusieurs décisions dont on pourra établir le caractère rationnel²³⁰. Cette représentation de la décision permet une représentation et un traitement au moyen des techniques algorithmiques développées par l'intelligence artificielle : arbres de décision²³¹,

*d'ordre survient avant que le repliement itératif ne sépare à nouveau les points. L'équation de Crutchfield opère un retour momentané à un état proche des conditions initiales (ce que les scientifiques appellent « récurrence de Poincaré ») beaucoup plus vraisemblable ici que dans des transformations chaotiques classiques. » (J. BRIGGS et F. D. PEAT, *Un miroir turbulent*, trad. de l'américain par D. Stoquart, Paris, Interéditions, 1991, p. 72).*

²²⁹ Sur ce vaste sujet qui couvre plusieurs siècles d'histoire occidentale, on peut se reporter au *DETS*, *op. cit.*, entrées : rationalité, décision, création du droit, norme, structure, type idéal, valeur.

²³⁰ Jerzy WRÓBLEWSKI, « A Model of Rational Law-Making », in *ARSP*, 2, 1979 ; également *DETS*, *op. cit.*, pp. 120-122. Extrait :

« Le modèle de la création rationnelle du droit énumère les problèmes que le législateur doit résoudre pour justifier sa décision. C'est donc un modèle de justification mais il peut être aussi utilisé comme modèle de l'activité de création du droit, sans être pour autant une description des processus réels de la prise de décision. »

Ce modèle comporte les éléments suivants :

- 1. la détermination des buts de l'activité législative, leur comparaison et hiérarchisation pour éliminer les contradictions et incohérences ;*
- 2. la détermination des moyens pour réaliser ces buts, ces moyens devant être acceptables dans la société et techniquement possibles ;*
- 3. la détermination des moyens juridiques possibles pour réaliser ces buts, en tenant compte de leur acceptabilité et de la valeur instrumentale du droit ;*
- 4. le choix des moyens juridiques parmi ceux qui sont possibles selon la détermination 3 ;*
- 5. la détermination de la forme juridique de la régulation choisie, à savoir, la formulation des prescriptions, l'emploi de la langue et de la terminologie, la systématisation et le niveau de l'acte normatif, etc.*
- 6. l'acte de la création de droit*

Les prémisses cognitives couvrent le champ de la connaissance des faits et des régularités qui importent pour la prise de la décision, selon le législateur (rationalité interne) ou selon la critique (rationalité externe). Les prémisses axiologiques sont déterminées par les valeurs qui sont acceptées par le législateur (rationalité interne) ou qui doivent être acceptées selon la critique (rationalité externe).

Le processus de création du droit montre l'interdépendance des éléments du modèle de la création rationnelle du droit : le choix des buts est influencé par les possibilités factuelles et axiologiques de leur réalisation, les choix sont faits en fonction du maintien de l'équilibre entre la valeur des buts, le prix de leur réalisation et le risque de l'inconnu quand on change la situation par l'intervention législative.

La rationalité interne de la création du droit est définie par les liens entre les prémisses de la décision législative et son contenu. » (idem, p. 121).

²³¹ Yohshiari SHIRAI et Jun-ichi TSUJII, *Intelligence artificielle, concepts, techniques et application*, trad. de l'anglais par E. SCHOMBERG, Paris, Eyrolles, 1987.

logique du premier ordre²³², champs sémantiques. A un problème donné, on peut trouver une ou plusieurs méthodes de résolution dont on démontrera qu'elles sont optimales : les buts recherchés sont satisfaits en minimisant ce qui a été défini comme un coût²³³.

Nous développerons dans la suite de notre exposé les éléments qui font de cette méthode plus une exception qu'une généralité : le fait que le produit de l'action d'une norme puisse constituer les prémisses d'une norme à venir fait du processus normatif un algorithme récursif. Or les mathématiques montrent qu'un ensemble récursif peut être non énumérable, autrement dit, **la logique aristotélicienne appliquée de manière circulaire peut déboucher sur une indécidabilité totale**²³⁴. La raison ne peut donc, par nature, répondre à tous les problèmes juridiques susceptibles de lui être soumis. Pire, les postulats sur lesquels elle repose ne sont pas non plus exempts d'incertitude. Ainsi il est patent que les buts poursuivis par les normes ne sont pas toujours clairement exprimés, que la connaissance de la société par le législateur est parfois erronée, que les décisions adoptées sont parfois intentionnellement déraisonnables, et n'ont pour but que de stimuler le tissu social de manière à l'amener à évoluer à long terme...

C'est pourquoi H.A. Simon a proposé de substituer le concept de décision *satisfaisante* à la décision optimale, l'heuristique à l'algorithme, l'intelligence à la raison, la recherche à la découverte. « *Les théorèmes d'indécidabilité de Gödel, 1931, n'empêchent nullement (...) de décider souvent de manière satisfaisante dans des situations perçues autoréférentiellement* »²³⁵. Simon a ainsi élaboré une théorie de la décision complexe, qui se présente comme plus raisonnable, en situation complexe, que la décision fondée sur la pure raison.

²³² J.-P. DELAHAYE, *Outils logiques pour l'intelligence artificielle*, 3^e éd., Paris, Eyrolles, 1988, notamment ch. 4 et 5.

²³³ Avron BARR & Edward A. FEIGENBAUM, *Le manuel de l'intelligence artificielle*, trad. D. TAZIN-RAYNAUD, Paris, Eyrolles, 1986 ; notamment ch. 2 : Recherche, pp. 38-94.

²³⁴ Les informaticiens font ici montre de davantage de lucidité que les juristes. Comme le relève J.-P. Delahaye : « *le prédicat : « la formule F du calcul des prédicats du 1^{er} ordre est un théorème » [en termes juridiques, on pourrait traduire ce prédicat par : la proposition qui définit une norme est également une norme N.D.L.A.] est un prédicat semi-décidable et non décidable. Ce résultat a en particulier pour conséquence qu'il ne peut exister aucun moteur d'inférences complètement satisfaisant (...). L'Intelligence Artificielle est confrontée dès le départ à ces résultats incontournables d'indécidabilité. En avoir conscience nous semble fondamental et peut éviter de rechercher des méthodes dont il est établi par avance qu'elles ne peuvent pas exister.* » (J.-P. Delahaye, *op. cit.*, p. 47).

²³⁵ J.-L. Le Moigne, *La modélisation des systèmes complexes*, *op. cit.*, p. 134.

Le modèle canonique de la décision complexe élaboré par J.-L. Le Moigne à partir des travaux de Simon est le suivant :

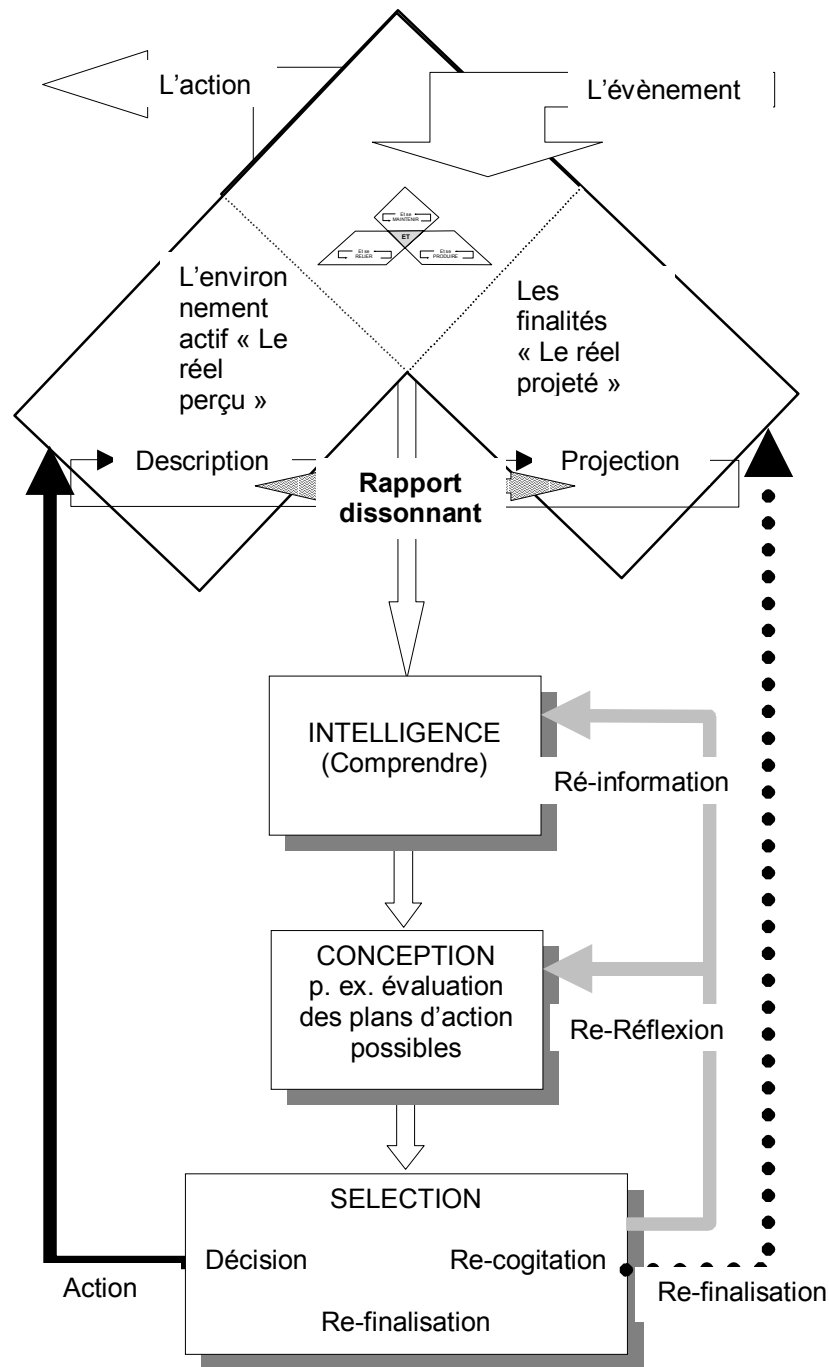


Figure 5 - Modèle Canonique du processus de décision-résolution organisationnelle (à partir de J.-L. Le Moigne)

Comme nous le montrerons par la suite, le processus de création normative constitue un cas typique de décision complexe. L'intérêt principal de ce paradigme réside dans le fait qu'il repose sur un critère d'appréciation de son efficacité : la **décision satisfaisante**. L'opposition classique raison-passion ignorait cette dimension médiane de l'activité intelligente. Il devient possible, grâce à la décision complexe, de qualifier telle ou telle norme même rationnelle de satisfaisante ou non. De même, une norme qui se présentait auparavant comme rationnelle peut par la suite, au gré de l'évolution de son contexte, devenir non

satisfaisante, quand bien même elle garderait la plénitude de sa validité logico-formelle²³⁶. En ce sens, ce n'est plus la réduction du problème qui mène à sa solution, mais la conception que l'on se fait d'une dissonance entre réel que l'on perçoit et les objectifs que l'on se construit. Cette représentation du processus décisionnel correspond particulièrement bien à l'image d'une société de droit en mouvement²³⁷.

Ce modèle est également bien adapté pour rendre compte des processus de décisions multipartites. Or aux termes de notre modèle, des individus composant un groupe se construisent une représentation mutuelle de leurs problèmes. La décision juridique revêt donc un caractère collectif, communicationnel, et par conséquent complexe. Néanmoins dans les sociétés développées, la délégation des affaires de la Cité à l'Etat rend souvent opaques les canaux d'expression qui suscitent la prise de conscience des attentes collectives par les instances décisionnelles, débouchant sur des crises plus ou moins cycliques²³⁸. Le modèle devra donc être adapté car en l'absence d'une exploration sociale transparente et systématique, le canal d'expression démocratique fait une part importante à l'expression feutrée des lobbies et aux intérêts privés, dénaturant quelque peu la vocation publique d'un Etat censé représenter la volonté générale. « *L'examen du processus législatif tel qu'il se déroule réellement montre*

²³⁶ Nous pouvons évoquer l'exemple utilisé par Léon Husson pour illustrer un revirement spectaculaire de jurisprudence (*eod. loc. cit.*) : avant 1964, il était constant pour la Cour de cassation, que le passager à titre gratuit d'un véhicule n'était pas indemnisé en cas d'accident. La jurisprudence établissait alors une distinction entre le passager à titre onéreux (l'usager d'un bus, par exemple), et celui qui ne payait rien (le resquilleur). En cas d'accident l'un était indemnisé par le transporteur sur la base du contrat de transport, l'autre non, puisque l'on considérait qu'il n'y avait pas de contrat, même gratuit. Puis en 1964 la Cour de cassation retourna radicalement sa jurisprudence, supprimant toute distinction et présumant un contrat, même à titre gratuit entre le transporteur et n'importe quel passager.

Quelles sont les raisons d'un tel revirement ? Indiscutablement la première position de la Cour semblait la plus rationnelle puisqu'un contrat ne se présume pas s'il est gratuit, et surtout, il n'était pas anormal de faire peser sur le passager à titre gratuit le risque inhérent au transport, puisqu'il n'offrait aucune contrepartie de la prestation qu'il recevait. De fait, les raisons du revirement jurisprudentiel sont uniquement extrajuridiques. Comme le montre Léon Husson, il faut tenir compte de plusieurs facteurs : le développement rapide de l'automobile après-guerre, le phénomène de l'auto-stop et l'obligation pour le conducteur de souscrire une assurance couvrant tous les passagers de son véhicule. La Cour a donc opté en 1964 pour une indemnisation systématique des victimes d'accident de la route, quel que soit la raison pour laquelle elles se trouvaient dans le véhicule.

Il est à noter que cette décision vint mettre un terme aux errements des Cours d'appel, qui désireuses d'indemniser les accidentés, recherchaient des moyens de moins en moins juridiquement justifiables pour tourner une jurisprudence consulaire ressentie comme de plus en plus inadéquate au regard de l'évolution des comportements.

On peut ainsi montrer que bien qu'en parfaite conformité avec le reste du corpus normatif sur le plan logique, la jurisprudence ancienne n'était plus satisfaisante sur un plan plus complexe.

²³⁷ Pour des exemples d'application, cf. Arnaud & Farinas-Dulce 1998, *op. cit.*, notamment ch. 2 « Validité de l'approche systémique en droit », pp. 252 s. ; également André-Jean ARNAUD, « Modélisation de la décision complexe en droit - Quelques pistes de recherche », in *Cahiers du CIRESS*, 2ème éd., 1996, p. 53-74, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/arnaud/ciress96.pdf> ; également Serge DIEBOLT, *Droit et Sociétés : essai de modélisation d'un régulateur émergent*, 1996, Actes du Colloque MCX, Aix-en-Provence.

²³⁸ En ce sens, cf. Thibaut DUVILLIER, *Crise de société et complexification sociétale. Crise du droit et régulation juridique.*, Internet, Site Droit et Société, 1999, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/duvillil1.pdf>

que trop souvent la perception du problème tient lieu de définition du problème. L'impulsion qui pousse le législateur à agir se substitue à un examen objectif de la situation. Le législateur apparaît plus comme une instance dirigée de l'extérieur (Ein gesteuertes Steuermann) que comme un sujet autonome)²³⁹.

Conclusion partielle : composition et décision satisfaisante

Ainsi que nous l'avons montré, le sujet cogitant peut produire, au fil de ses décisions, des effets systémiques de composition qui se répercutent sur l'image qu'il se fait de son groupe. C'est pourquoi l'on peut admettre que le rationnel soit assimilable au raisonnable, et que le juge puisse chercher à privilégier la conformité logique d'une décision sur son efficacité pratique. Nous en déduisons que le paradigme de la décision rationnelle, déjà fondamentalement incomplet, peut de surcroît se révéler réducteur et, nous le verrons, parfois contre-productif. Il semble ainsi plus intéressant de faire appel à une épistémologie complexe, qui permet d'apprécier dans la durée l'adéquation d'un corpus normatif avec le projet de société qu'il prétend réaliser. Ce qui implique toutefois la relativisation et le dépassement de certaines distinctions classiques, telle la dichotomie classique du droit et du non-droit.

§2. Prolégomènes méthodologiques : de l'inadéquation d'une distinction entre juridique et non-juridique dans le cadre d'une perspective diachronique

L'autonomie de la science juridique a pour conséquence directe de reléguer au second plan les considérations d'ordre social ou d'en déléguer l'étude aux sociologues ou aux historiens. Attitude réductionniste dénoncée par certains auteurs, qui affirment au contraire qu'une bonne connaissance des parties ne constitue pas nécessairement une bonne connaissance du tout (même si ce préalable est nécessaire) ; la connaissance serait bien plus complète si elle les parties étaient enseignées avec le tout, ce qui revient à *contextualiser* le savoir²⁴⁰.

A l'heure actuelle, l'enseignement des sciences du droit n'a pas suivi cette voie, d'où une faiblesse et parfois une désaffection de certaines notions transdisciplinaires. Ainsi l'infra-

²³⁹ J.-D. DELLEY, « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », in *Légistique formelle et matérielle*, C.-A. Morand dir., Marseille, Presses univ. d'Aix-Marseille, 1999, p. 85.

²⁴⁰ Cette méthode compte de nombreux laudateurs dans de nombreuses disciplines en raison de ses avantages : souplesse pédagogique, fécondité heuristique, largeur intellectuelle, variété d'applications. En ce sens, à propos de l'enseignement en architecture : BOUDON Philippe, Ph. DESHAYE, et al., « Enseigner la Conception », *Rapport final d'un programme quadriennal de Recherche*, Editions LAREA - Bureau de la Recherche Architecturale, Ecole d'Architecture de Nancy, 1989 ; sur l'enseignement des sciences du danger (cyndiniques) : KERVERN Georges-Yves et RUBISE Patrick, *L'Archipel du danger - introduction aux cyndiniques*, (Préface de P.Y. Cousteau Postface de H. Laborit), Ed Economica (SE-CPE) Paris - 1991, 444 p. ; sur la démonstration de la nécessité de situer la connaissance dans le processus d'élaboration du sens, et sur l'insuffisance du réductionnisme cartésien véhiculé par la métaphore énergétique pour rendre compte des organisations sociales complexes : Jean-Louis ERMINE, *Les systèmes de connaissances*, Ed. Hermès, Paris, 1996. 160 p. ; on trouvera sur le site MCX/APC de nombreuses références (<http://www.mcxapc.org>), notamment dans les textes du Conseil scientifique, le Cahier des lectures et les actes de la manifestation Aix 99, ou de nombreux ateliers ont pris l'enseignement de la connaissance pour thème.

droit est-il souvent présenté comme une notion charnière et palliative qui permet de faire rentrer dans le champ juridique ce qui y correspond plus ou moins. C.-A. Morand, évoquant la définition des *intérêts* au sens juridique, relève la difficulté de faire correspondre au droit ce qui semble ressortir du pur factuel, sauf à faire appel à la notion d'infra-droit : « *La pesée globale des intérêts ne porte que sur des valeurs consacrées par le droit. La prise en compte d'intérêts de fait est même proscrite. Elle constitue un abus du pouvoir d'appréciation. Même la version moins radicale, qui situe l'intérêt à la frontière du droit et de l'infra-droit, à la charnière de la norme juridique et de la norme sociale ne convainc pas. Toutes les normes juridiques, qu'elles laissent ou non une place à l'appréciation des intérêts, peuvent jouer ce rôle charnière.* »²⁴¹. Ce point de vue pourrait être l'expression d'un positivisme radical ; il ne serait point de repère pour le droit, hormis lui-même. Mais il n'est utilisé que pour rendre compte d'un instant précis du processus décisionnel, celui de la pesée des intérêts. Or l'auteur explique que l'intérêt subjectif peut se voir consacré, après quelques temps, intérêt objectif²⁴². D'où ressort une difficulté ontologique : celle de la pertinence de distinguer droit et non-droit. Cette difficulté se retrouve au quotidien des praticiens et des enseignants du droit (a), et l'on peut montrer qu'elle résulte d'une application trop radicale de la loi de Hume (b). L'erreur proviendrait, entre autres, de l'application à une ontologie diachronique (telle l'observation d'un système en mouvement) de principes issus du positivisme, ontologie synchronique.

1. Une inadéquation révélée par le fossé qui sépare pratique et enseignement du droit

Plusieurs années sont nécessaires à un praticien pour devenir pleinement opérationnel après une formation théorique. Il s'avère en effet connaître le droit n'implique pas ipso facto la connaissance de sa pratique.

« Aux yeux des chercheurs, la règle de droit ne fut longtemps qu'une donnée, que les professionnels – simples intermédiaires entre la loi et le justiciable – se bornaient à appliquer et à expliquer ». Y. Dezalay, *Introduction : « Vers une sociologie de la production du droit par et pour les professionnels de la médiation juridique »*, in « Les professionnels et la reproduction du droit », *Annales de Vaucresson*, n° 23, 1985/2

Pour un praticien du droit, magistrat ou avocat, nulle norme n'est jamais définitivement fixée : tout se plaide, tout s'argumente. Tout principe, si élevé soit-il, peut se voir infléchi par la jurisprudence. Ce fut par exemple le cas du droit de propriété avec l'abus de droit. Tout système juridique, comme nous en verrons la démonstration dans le chapitre second de ce titre, dès lors qu'il ne repose pas uniquement sur des préceptes transcendants et rigides, donc exogènes, définit - même implicitement - ses propres limites et engendre ses propres effets secondaires ; il possède une dynamique qui lui est propre. Or la société française ne tient pas le Code civil comme une norme transcendante et intangible. Elle le fit

²⁴¹ Charles-Albert MORAND, *Pesée d'intérêts et décisions complexes*, in *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, (C.-A. Morand éd.), Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, pp. 41-86, ou <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/morand01.htm>.

²⁴² Au sens kelsénien du terme, qui définit comme objectif tout ce qui ressortit de la loi en vigueur, comme subjectif tout le reste. Ainsi, une valeur objectivement définie l'est par la loi. En ce sens, la pédophilie est, en 1999, une valeur objectivement définie comme répréhensible. Mais en cette matière des bonnes moeurs, d'autres définitions sont beaucoup plus floues, comme par exemple la pornographie, à propos de laquelle la jurisprudence des années 80-90 a connu de nombreux revirements. Le droit comparé montre également combien les bonnes moeurs sont une notion fluctuante au sein de pays de l'Union Européenne.

autrefois, dans la période qui suivit sa première rédaction, sous l'influence de l'École de l'Exégèse. Un professeur issu de l'Ancien Régime pouvait proclamer « *Je n'enseigne pas le droit, j'enseigne le Code Napoléon* ». Mais, révolution industrielle aidant, le Code révéla peu à peu son inaptitude à répondre aux besoins émergents d'une société en pleine mutation, et François Gény constatera par la suite à quel point les principes théoriquement intangibles ont pu se voir infléchis et adaptés, au fil des années, par la jurisprudence.

B. Bastard a pu récemment relever qu'un courant jurisprudentiel n'est pas un phénomène en soi : il implique plusieurs niveaux d'acteurs, les professionnels du droit comme les justiciables, chaque type d'acteur influant sur l'autre, ce qui ne manque pas d'engendrer des répercussions sur la structure même du droit²⁴³.

Le Code n'est pas l'expression parfaite, automatique, exclusive, de la réalité économique qu'il veut consacrer. Sa structure porte aussi la trace des rapports sociaux tels qu'ils étaient réellement, et tels qu'ils étaient vus par ses rédacteurs : ceci a joué dans sa rédaction, et légitime une interprétation sociologique propre de la signification de la structure du Code, Georges MOUNIN, Postface, in A.-J. Arnaud, *Analyse structurale du Code civil français*, Paris, LGDJ, p. 180.

Une observation du mode de travail des professionnels du droit corrobore le point de vue que les normes naissent pour l'essentiel par le seul jeu des aléas humains, démocratiques

²⁴³ « *Quelle part ont pris les professionnels du droit et de la famille à cette évolution des principes qui guident le traitement du divorce et comment chacun des groupes professionnels en présence se situe-t-il par rapport aux évolutions qui viennent d'être décrites ? Pour répondre à ces questions, il faut s'interroger sur les stratégies développées, en matière de divorce, par les différents spécialistes qui interviennent sur ce marché qui a connu une expansion extrêmement rapide depuis vingt ans. La question est alors de savoir comment chacun des groupes en présence promeut, reprend à son compte ou encore réinterprète les différents principes qui, successivement ou simultanément, guident le traitement des questions relatives aux divorces.*

Face aux demandes formulées par leurs clients, les professions tendent à développer de nouvelles manières d'aborder les situations qu'elles traitent, correspondant aux paradigmes dominants dans le champ où elles interviennent. Sur le marché du divorce, les différents intervenants de la sphère socio-judiciaire ont répondu aux attentes des divorçants et ont suivi ou même porté le mouvement tendant à faire en sorte que la prise de décision fasse davantage place à la volonté des parties elles-mêmes. Tout en s'adaptant à la demande de leur environnement, les professions structurent les réponses nouvelles qu'elles proposent en fonction des logiques qui leur sont propres. Elles réinterprètent ces demandes ou se les approprient avec la préoccupation de maintenir leur position de force dans les secteurs dans lesquels elles interviennent. En matière de divorce, les intervenants du champ socio-judiciaire ont ajusté leurs analyses du divorce et leur offre de services pour faire valoir leur capacité à prendre en charge les problèmes des divorçants. C'est ainsi, par exemple, que les avocats, dont la fonction habituelle consiste à représenter les intérêts exclusifs d'une partie, ont fait valoir que leur pratique de la négociation leur permettait de prendre en charge les intérêts des deux conjoints — dans le cas du divorce par consentement mutuel — dès lors que la recherche de l'accord devenait l'une des clefs de l'accès au divorce. D'un autre côté, les spécialistes du couple — conseillers conjugaux, thérapeutes familiaux — ont pu valoriser leurs compétences en matière de traitement des conflits relationnels à partir du moment où les questions légales perdaient de l'importance au regard de celles qui concernent la réorganisation des relations dans la famille.

*Ce travail d'interprétation des besoins et de définition des réponses appropriées est conduit simultanément par les différents corps professionnels qui interviennent dans un même domaine. On assiste donc à des ajustements des réponses professionnelles non seulement en direction du « client », mais aussi en direction des autres professionnels — qui, ayant eux aussi redéfini leur propre position, se trouvent alors soit en concurrence soit en complémentarité. » B. BASTARD, Tensions et ajustement sur le marché du divorce, in *Revue Droit et Société* n°33, Paris, LGDJ, 1996, p. 269-270.*

et politiques bien plus que d'une manière syllogistique²⁴⁴. Les facteurs sociaux (conçus et vécus) auraient dès lors une influence directe. Et a contrario, il n'est pas impossible que les facteurs politiques ne soient prééminents *que parce que* les facteurs sociaux sont relativement stables²⁴⁵.

On peut voir dans cette tranche de la vie du droit une raison du fossé qui sépare désormais le droit tel qu'il est pratiqué du droit tel qu'il est enseigné²⁴⁶. Ce dernier n'est cependant ni figé, ni inactif. P. Bourdieu souligne que l'enseignement et la recherche « *visent à produire et à imposer des représentations du monde social capables d'agir sur le monde en agissant sur la représentation que s'en font les agents* »²⁴⁷. Ce qui semble accréditer le point de vue qu'il n'est pas possible de transmettre un savoir actionnable (comme le droit) de manière objective, puisque l'acte de transmettre devient un mode d'action sur le réel. La norme conçue de manière platonicienne se viderait de sens, faute d'effets. Ce point de vue, inacceptable pour le corps enseignant, constitue selon certains auteurs une raison parmi d'autres d'un repli des professions sur leur propre logique, et l'instauration de cloisonnements particulièrement étanches, tant entre les disciplines qu'entre les professions²⁴⁸.

Ce fossé disciplinaire constitue le symptôme le plus apparent d'une distinction scientifique qui se révèle inadéquate lors de sa mise en pratique : celle des faits et du droit. Rappelons que pour le juriste qui pense de droit dans l'action, il importe de connaître les imbrications causales entre les faits et les règles²⁴⁹. Or, pour ce juriste contemporain, le droit se présente comme un phénomène *toujours déjà là* (pour reprendre une expression de Marcel Gauchet). Comment, dès lors, déterminer *qui précède l'autre, du fait ou de la règle* ? Si l'on applique la loi de Hume, qui veut qu'on ne puisse logiquement déduire un devoir-être d'un être, si la règle ne peut provenir du fait, on doit alors admettre que le droit serait un phénomène totalement arbitraire, dénué de toute logique, ou qu'il existerait une logique propre au droit qui ne serait pas celle d'Aristote. D'un autre côté, dire que le droit dérive de faits objectifs, par exemple la nature humaine, serait l'assimiler à une sorte de fatalité. Il serait alors déterminé, comme programmé dans nos gènes, que nous sommes incapables de vivre en bonne intelligence sans recourir à la règle et à la sanction : il tiendrait à notre nature d'être pourvu d'un système juridique, pour peu que nous souhaitions vivre en société.

²⁴⁴ Alain BANCAUD, « Considérations sur une « pieuse hypocrisie » : la forme des arrêts de la Cour de Cassation », in *Revue Droit et Société*, n°7, 1987, p. 365-378.

²⁴⁵ En ce sens, cf. le commentaire de Léon Husson *loc. cit.*

²⁴⁶ Sur les points de divergence entre enseignement et pratiques judiciaires, cf. Denis ARDISSON, « Observations sur la recherche, l'enseignement et les pratiques du droit », in *Revue Droit et Société* n°23/24, Paris, LGDJ, 1993, p. 143-150.

²⁴⁷ P. BOURDIEU, « Décrire et prescrire, note sur les conditions de possibilités et les limites de l'efficacité politique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°38, mai 1981, p. 69.

²⁴⁸ En ce sens, cf. Denis ARDISSON, « Observations sur la recherche, l'enseignement et les pratiques du droit », in *Revue Droit et Société* n°23/24, 1993, p. 143-150.

²⁴⁹ Pour élaborer sa plaidoirie, pesée les intérêts, évaluer l'impact de ses décisions..., tous éléments soulevés avant et pendant le dire-droit ; cf. André-Jean ARNAUD, « Modélisation de la décision complexe en droit - Quelques pistes de recherche », *op. cit.*, p. 56 s.

La théorie juridique révèle ici la dimension pleinement actionnable et éminemment active de son objet.

De fait, les idéologies extrémistes ont abondamment puisé dans le néokantisme pour justifier des prises de position idéologique radicales, jetant un voile de méfiance sur ce courant de pensée. On peut en effet trouver inacceptable que d'aucuns considèrent comme naturel - voire socialement souhaitable - que les forts terrassent les faibles. Dans un sens ou dans l'autre, un tel choix épistémologique débouche sur une perte d'objectivité, et donc sur une perte de performance des modèles proposés.

S'instaure alors une incohérence tolérée. Droit et faits doivent faire un mariage de raison. Il est désormais courant d'enseigner, aux côtés des principes édictés par le Code, les exceptions et précisions jurisprudentielles comme formant un tout normatif.

Par ailleurs, même si les textes se sont voulu sans équivoque, un toilettage jurisprudentiel peut parfois les sauver de la désuétude ou d'un éclatement causé par l'émergence d'une situation paradoxale. Ainsi la notion d'abus de droit a-t-elle pu sauver la propriété privée d'un paradoxe typiquement rousseauiste : *trop de propriété tue la propriété*. On ne pouvait décemment permettre que le droit de propriété serve d'arme pour menacer la sécurité ou la tranquillité des personnes, et c'est ainsi que la valeur qu'une révolution bourgeoise avait voulu élever au rang de principe intangible s'est trouvée peu à peu ramené à un rang inférieur, sous un principe dont la prééminence ne s'est, elle, jamais démentie, celui de la préservation des personnes (qui constitue une application cartésienne de notre axiome n°1 : on préserve le groupe social en protégeant chacune de ses composantes).

Ainsi le temps voit ainsi s'affiner et se modifier la structure et la cohérence des systèmes juridiques, qui portent et perpétuent l'*empreinte* des événements qui ont marqué leur évolution. C'est dans cette mesure et par ce mécanisme que droit et faits se trouvent entremêlés, et deviennent causalement indissociables. Vullierme propose une parabole : « *Même le galet inerte ramassé sur une plage porte la trace, la mémoire indélébile de son interaction avec les galets qui l'environnent et — de proche en proche — avec le reste du monde. Certes, sa mémoire n'est pas détaillée : ce n'est pas chaque frottement, chaque pression, etc., qui est lisible dans sa forme, mais l'ensemble qu'ils ont fini par composer. Le galet lui aussi a une histoire qu'il porte inscrite dans son corps ; à sa manière il possède une psyché comme unité de ses rapports avec le monde...* »²⁵⁰.

Introduire dans un modèle la notion de durée se révèle donc lourd de conséquences. Il devient difficile de trouver un sens à une distinction entre l'avant et l'après d'un phénomène, ce qui remet également en cause certains cloisonnements ontologiques qui semblaient évidents.

2. Une inadéquation qui frappe certaines distinctions ontologiques

L'empreinte juridique, concept évolutionniste, connaît relativement peu de développements en sciences juridiques en-dehors d'études essentiellement historiques. Tandis

²⁵⁰ J.-L. Vullierme, *Le concept de système politique*, op. cit., pp. 225-226.

que la sociologie ou l'anthropologie juridiques l'ont presque érigé au rang de paradigme pour l'étude des trajectoires des droits et des civilisations²⁵¹. Le passage du quantitatif au qualitatif est certes délicat et exigeant. Le facteur temps qui sous-tend le concept d'empreinte, par exemple, contraint le modélisateur à dépasser les cloisonnements cartésiens qu'il utilise couramment. Nous utiliserons deux distinctions emblématiques pour illustrer ce propos : celle qui oppose droit et non-droit, car elle est depuis longtemps énoncée par la loi de Hume et constitue une base de la doctrine positiviste (a.), et celle qui sépare règles constitutives et règles normatives car certaines formes de régulation supposent leur concomitance et leur coévolution, ce qui estompe leur antagonisme (b.).

a. *La loi de Hume, ou la distinction de l'être et du devoir-être*

La loi de Hume est un principe positiviste qui pose qu'on ne peut dériver logiquement un devoir-être d'un être. Un fait ne peut *logiquement* engendrer du droit. On distingue ainsi soigneusement loi naturelle et loi humaine, en ceci que l'une est un produit de la volonté de l'homme, et l'autre non. Cette précaution philosophique fut énoncée par Hume pour dénoncer ceux des jusnaturalistes qui tentaient de masquer des prises de positions idéologiques sous des couverts scientifiques. Mais, déracinée de son contexte polémique et appliquée trop rigide, cette « loi » deviendrait stérilisante pour la pensée juridique elle-même. Ainsi, c'est par la contradiction qu'elle révèle quand son application est poussée à son paroxysme que la loi de Hume délimite *a contrario* la portée de la distinction entre droit et non-droit.

i. L'empreinte des faits

L'histoire justifie ce que l'on veut. Elle n'enseigne absolument rien, car elle contient tout et donne des exemples de tout. Elle est le produit le plus dangereux que la chimie de l'intellect ait élaboré.

Valéry, Regard sur le monde actuel

Ainsi qu'il a été précédemment développé, il est difficile de rendre compte, dans une perspective évolutionniste, que des exceptions jurisprudentielles puissent venir préciser les contours de principes axiomatiques, si l'on exclue délibérément du champ d'étude les raisons (et donc les faits) qui les ont motivées. Sans ces raisons, l'exception à une règle semble surgir *ex nihilo*, pure expression d'une volonté du juge qui, dans la mesure où elle renverse la hiérarchie des normes, peut sembler parfaitement arbitraire — alimentant par là même la controverse sur le « gouvernement des juges ».

Kelsen propose, en réponse à ce problème, une distinction : celle de la *hiérarchie statique*, opposée à la *hiérarchie dynamique*. La hiérarchie statique ordonne les normes ; elle part de la norme fondamentale, dont dérivent les normes secondaires, qui se subdivisent à leur tour. La hiérarchie dynamique, elle, ordonne les acteurs institutionnels ; dans le système judiciaire français ainsi décrit, le législateur est placé au-dessous du constituant, et au-dessus du juge. Ainsi il est admis que l'exception jurisprudentielle vient affiner le principe légal en vertu d'une délégation plus ou moins implicite de pouvoir donnée au juge par le législateur, au moyen par exemple d'une

²⁵¹ Pour une synthèse des différents paradigmes basés sur les réseaux utilisés en sciences sociales et leurs plus récents contributeurs, cf. Maurizio GRIBAUDI dir., *Espaces, temporalités, stratifications ; Exercices sur les réseaux sociaux*, Paris, Ed. de l'EHESS, 1999, pp. 5-40.

notion à contenu variable. Sera considérée comme valide l'exception qui se conforme simultanément aux hiérarchies statique et dynamique.

En articulant ainsi création et positionnement de la norme, Kelsen résout la question du *comment* de la création normative, son volet formel. Mais la question matérielle, le *pourquoi*, reste en suspens. Reprenons la jurisprudence de l'abus de droit. Soit un principe constitutionnel, le droit de propriété. Pourquoi a-t-il pu être limité de manière jurisprudentielle ? Selon Kelsen, ce serait parce qu'une autorité ayant pouvoir d'exprimer une volonté normative (le juge) a statué conformément à ce pouvoir, et que le législateur n'a pas entendu contrecarrer cette volonté. Cette réponse peut être considérée comme satisfaisante, mais on admet alors implicitement que, pour maintenir l'ordre juridique, **la hiérarchie dynamique prime la hiérarchie statique**. Le cas est d'ailleurs prévu par un principe d'interprétation prétorien : *Specialia derogant generali*²⁵². Sur le plan formel, même le temps est pris en compte, puisqu'il est admis que *Lex posterior derogat priori*²⁵³.

Mais dès lors qu'intervient le facteur temps, le problème s'enrichit de deux autres questions, concomitantes aux deux premières. Après le *comment* et le *pourquoi* de l'émergence d'une norme dérogatoire, on peut se demander *pourquoi à cet instant et pourquoi la norme s'est-elle maintenue par la suite* ?²⁵⁴ A ces questions, un positiviste Kelsénien répondrait qu'il en fut décidé à un instant précis du fait de la volonté du juge, et qu'il s'est également maintenu du fait de cette volonté, dans la mesure où aucune volonté habilitée n'est venue la contrecarrer par la suite. Le positivisme peut ainsi répondre aux questions diachroniques par une succession de réponses synchroniques, à la manière d'un film, composé d'images instantanées ayant un rapport avec leurs voisines : à tout instant, il est possible de donner une raison, basée soit sur la conformité, soit sur la volonté juridiquement habilitée. La diachronie positiviste est une répétition herméneutique.

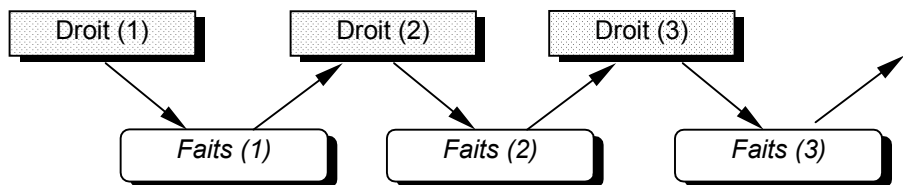


Figure 6- Le droit et de son environnement factuel (morphogénèse simplifiée)

Ce point de vue est cependant difficile à accepter. Il ouvrirait les portes à d'inacceptables arbitraires. Pourquoi créer une jurisprudence sur l'abus de droit, quand il aurait été tout aussi simple de ne rien faire ? (d'un pur point de vue kelsénien) On ne peut nier que cette jurisprudence est bel et bien née de la répétition de conduites qui n'étaient plus

²⁵² Les règles générales dérogent aux règles spéciales.

²⁵³ La loi postérieure déroge à celle qui la précède.

²⁵⁴ En ce sens : « Il faut remarquer ensuite que l'élaboration des règles juridiques, pas plus que leur application (cela va de soi), ne s'opèrent jamais en fait sur un terrain vierge. Elles interviennent dans un milieu social qui a reçu l'empreinte d'un Droit antérieur auquel force leur est de s'ajuster, même quand elle sont instituées en réaction contre lui et pour le renverser » (Léon HUSSON, *Nouvelles études...*, op. cit., p. 513)

socialement acceptables ni acceptées²⁵⁵. Aussi, pour qui ne peut se satisfaire d'une explication purement interne au droit, il est nécessaire de porter son regard sur le *contexte*. On peut alors avancer un point de vue *rhétorique*, au sens de Ch. Perelman²⁵⁶. Dévier de l'école positiviste qui met en avant une cohérence basée sur la logique au nom de l'unité du droit, implique la prise en compte de caractères liés au contexte de la décision normative. Le regard change alors la nature du discours, et fait remonter l'observateur d'un maillon sur la chaîne des causalités. Ce n'est plus : *la décision est telle car le juge en a décidé ainsi*, mais *le juge a pris telle décision car telle circonstance l'y a incité*. On peut encore remonter la chaîne des causalités : *cette circonstance fut provoquée par une norme antérieure*. Dans le cas de l'abus de droit, c'est l'absence de limitation à un droit qui laissa libre cours à des comportements qui furent ensuite qualifiés d'abusifs de ce droit ; ils consistaient tous à détourner un droit « absolu » pour nuire.

Aussi, dans l'explication causale de sa genèse, la science du droit peut-elle difficilement se passer d'étudier les phénomènes qui lui sont périphériques. Ce point oppose toujours fréquemment rhétoriciens et positivistes sur le plan de l'argumentation, juristes et sociologues du droit sur le plan ontologique. Le modèle représenté sur la viabilité est un exemple d'une démarche d'analyse de type historique des relations entre un droit et son environnement. On admet dans ce schéma que le droit influe sur la réalité (des individus agissent en fonction des normes, et donc *Fait (1)* dérive causalement de *Droit(1)*). Mais on postule également que les faits influent causalement sur le droit (c'est parce que des individus commettent des soustractions frauduleuses qu'a été créée la catégorie juridique *vol* ; le fait est cause de création du droit, et l'on peut relier *Fait(1)* à *Droit(2)*).

Une bonne illustration de la morphogenèse juridico-factuelle peut être trouvée dans l'évolution de la jurisprudence sur le vol. Ainsi, initialement, le code pénal qualifiait-il le vol de *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* (Droit 1). Puis se présentèrent aux juridictions des cas d'individus faisant des « emprunts » de véhicules automobiles pour quelques heures et à seule fin de promenade, peut-être en galante compagnie (Faits 1). Dans un premier temps, la jurisprudence, contrainte par le principe de légalité, écarta la qualification vol, qui nécessitait une intention d'appropriation définitive²⁵⁷. On assista à un développement de ces pratiques. Les parquets tentèrent d'admettre la qualification de *vol d'essence* (ce qui créa un petit courant jurisprudentiel, donnant lieu à Droit 2). Mais certains contrevenants, informés sur cette jurisprudence, prenaient la précaution de refaire le plein du véhicule « emprunté » (Faits 2), ce qui amena certains tribunaux à aller jusqu'à retenir la qualification de « vol de gomme de pneumatiques ». Ce nouveau courant aurait pu constituer dans le modèle un (Droit 3) si la Cour de cassation n'était intervenue pour supprimer la condition d'un désir d'appropriation définitive, en décidant « *qu'il y a vol lorsque l'appréhension a lieu dans des circonstances telles qu'elles révèlent l'intention de se*

²⁵⁵ Certains propriétaires n'hésitaient pas à mettre en danger la vie d'autrui. Ainsi celui qui avait hérissé son jardin de pieux acérés à côté de la propriété de son voisin qui se livrait à des essais de ballons dirigeables.

²⁵⁶ Chaïm PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique*, Paris, PUF, 1958.

²⁵⁷ Trib. corr., Saint Claude, 7 janvier 1954, *JCP*, 1954, II, 7938, note Chambon.

comporter, même momentanément en propriétaire, et revêt ainsi les caractères de la soustraction frauduleuse »²⁵⁸.

Sur un plan strictement causal (non déontique), on peut donc établir un lien entre des faits et des normes. L'analyse historique d'un système normatif à un moment donné peut ainsi révéler l'influence que des faits passés ont produit sur sa structure. De manière générale, quand un système ou un objet possédant une structure reçoit une influence externe qui altère définitivement cette structure, l'observateur qui décrit ultérieurement cet objet peut, s'il connaît la nature de l'altération, retrouver par abduction quelle était la structure initiale. Mais s'il ne sait pas qu'a eu lieu une altération ou s'il en ignore la nature, il peut être tenté de croire que la structure est consubstantielle à l'objet. L'objet se présente alors à lui comme *toujours déjà là*, et la nécessité de s'y conformer devient une nécessité *en soi*, puisque le lien causal avec le désordre originel a été perdu. Un objet juridique emblématique de ce type de mécanisme est constitué par la *coutume*. La jurisprudence, par contre, ne recoupe que partiellement ce schéma, dans la mesure où on peut retrouver dans l'exposé des motifs et des faits le contexte factuel de la décision. Quant aux textes de lois, ils gardent souvent la trace de leur contexte à travers les documents périphériques comme les actes parlementaires. Le juge y a parfois recours quand il recherche l'*intention du législateur*.

Quelle définition générale, dès lors, donner d'une empreinte sur un objet comme le droit ? On peut utiliser une définition systémique et le considérer comme un objet en soi recevant des chocs exogènes (des faits) dont il garde l'empreinte car sa structure s'en trouve modifiée. Dans notre exemple, la notion juridique de vol s'est trouvée amputée de son élément intentionnel pour pouvoir étendre son pouvoir de sanction à des pratiques déviantes, c'est-à-dire des faits survenus de par l'existence de la norme, à sa périphérie. C'est ce que l'on peut comprendre a contrario quand J.-L. Gardies écrit²⁵⁹ : « *Le pur fait n'a pas d'autre existence que celle d'un idéal scientifique* ». Mais peut-on en conclure que si « *la réalité est le produit logique d'un système de valeurs* »²⁶⁰, il y a dans la réalité des éléments pour produire logiquement un système de valeurs ? C'est un pas que n'hésiteront pas à franchir les thomistes en parlant de la nature humaine, franchissement dénoncé par les positivistes.

Notre modèle constructiviste quant à lui, échappe à ce débat grâce au théorème d'homéofinalité (Théorème n°1). On y admet que des normes puissent dériver de faits, dès lors qu'intervient une décision humaine (nous rejoignons ici la lecture cognitive que nous avons donnée de Hume). Mais nous sommes obligés d'admettre que la logique juridique est construite. Si l'ordre juridique peut réguler l'ordre social par déduction, c'est que la raison juridique a été construite par la raison sociale par induction ou abduction. D'où notre second théorème : *la logique juridique est l'articulation rhétorique des raisons juridique et sociale* (Théorème n°1 : coconstruction logique). Nous aurons l'occasion de développer plus amplement ce point.

²⁵⁸ Crim. 19 février 1959, *B.C.* n°123, *D.*, 1959, 331, note Roujou de Boubée, *JCP*, 1959, II, 11178, 1^{ère} espèce, note Chambon, 21 mai 1963, *D.*, 1963, 568, références citées in Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Ed. mise à jour 1^{er} oct. 1995, Paris, Cujas, 1995 pp. 552 s.

²⁵⁹ J.-L. Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, L.G.D.J., 1972.

²⁶⁰ A. Lalande, *La Raison et les normes*, Paris, 2^{ème} édition, 1963.

A ce niveau et pour la clarté de l'exposé, nous rappellerons que selon notre modèle :

- le droit, produit de volonté, possède une structure qui porte l'empreinte des faits (sur un plan strictement ontologique : ainsi on ne dérive pas le déontique de l'ontique en soi)
- réciproquement, la structure des faits est altérée par le droit (sur un plan similaire)
- les relations entre les structures du droit et du réel sont causales mais non conformes aux logiques standard.

La notion d'empreinte nous a permis de mettre en valeur les correspondances entre le droit et le social. Mais le modélisateur se doit de garder à l'esprit que le droit, connaissance actionnable, est par essence le produit d'une volonté, et que la norme n'est que l'aboutissement de tout un processus décisionnel.

ii. La présence implicite de la volonté

Si la *volonté* est présente en filigrane tout au long du processus de genèse normative, elle n'est pas toujours clairement explicitée, ni par les acteurs, législatifs ou judiciaires, ni par la théorie, ni surtout par les textes eux-mêmes — dont la vocation de pérennité amène le législateur à lisser le style. Mais si l'on occulte la volonté, admettre qu'un fait soit la cause objective²⁶¹ d'une norme revient à admettre qu'un fait puisse être générateur d'une norme, qu'un fait soit en quelque sorte normatif *par lui-même*.

Or c'est un argument que réfute la pensée positiviste, car la loi de Hume interdit de dériver un devoir-être d'un être. Il revient en effet à Hume d'avoir établi une distinction entre les propositions *ought* et *is*, qui n'a guère été remise en cause par la suite²⁶². Si le fond de cette

²⁶¹ Si volonté n'intervient, on peut constituer un lien linguistique ou logique (comme l'argumente J.-L. Gardies, réf. in note 262).

²⁶² A noter que J.-L. Gardies, dans son ouvrage, *L'erreur de Hume*, (Paris, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 1987, 135 p.) a tenté de montrer qu'il serait lexicalement possible de dériver une prescription d'une description, selon un mode de raisonnement déjà utilisé par Searle. Il suffirait de définir, entre le prescriptif et le descriptif, une catégorie mixte qui regrouperait les deux précédentes. «

1. Jones a exprimé ces paroles : " Je vous promets, Smith, de vous payer cinq dollars " ;

2. Jones a promis de payer cinq dollars à Smith ;

3. Jones s'est soumis à l'obligation de payer cinq dollars à Smith ;

4. Jones est soumis à l'obligation de payer cinq dollars à Smith ;

5. Jones doit payer cinq dollars à Smith.

(1) est une énonciation et (5) une norme. Si l'on objecte qu'on a en réalité introduit une norme sous-entendue, tout x qui promet à y de faire z doit faire z, M. Gardies répond que l'objection n'est recevable qu'au niveau syntaxique, mais qu'au niveau sémantique, on peut rendre compte du passage en termes de vérité. En réalité le passage de (2) à (3) ne résulte que d'une définition de la promesse. " L'acte psychosocial de la promesse est déjà eidétiquement passage à un état d'obligation " (p. 115)... " L'acte social de la promesse est un fait par lequel on passe d'un état de non-obligation à un état d'obligation ". » M. Troper (in *Revue Droit et Société*, n°7, Paris, LGDJ, 1987, <http://www.reds.msh-paris.fr/biblio/lu/87-3.htm>) a pu démontrer que cet argument revenait à vider de sens la distinction entre prescription et description (on ne peut admettre que deux catégories exclusives A et non-A, soient combinées), ce qui élimine le problème mais ne le résout pas. La question de l'éventuelle normativité des faits reste en suspens. D'autant qu'un autre argument de J.-L. Gardies était que des faits pouvaient devenir normatifs, dès lors qu'ils étaient « institutionnels ». Reprenant une argumentation de Bentham, M. Troper montre alors que « les faits institutionnels ne sont pas des faits naturels.

distinction est peu contestable, l'interprétation qui a pu en être dérivée l'est beaucoup moins. En effet, outre le fait que cette « loi » a été extraite d'un texte qui n'est qu'un avertissement d'ordre épistémologique (cf. Annexe 2), il convient de souligner que sa portée a été limitée par Hume lui-même au seul cadre d'un positivisme radical, c'est-à-dire entendu comme détaché de toute considération temporelle et évolutionniste. Il s'agissait alors de dénoncer les arguties de l'école du droit naturel, qui faisaient découler un ensemble de contraintes de *la nature des choses*, en particulier de la nature humaine, ce qui avait pour effet de retourner le sens de toute argumentation. Comme pouvait encore l'écrire en 1921 le professeur Valensin : « *Le Droit signifiera pour nous, au moins provisoirement, un pouvoir moral que tient l'homme, non pas nécessairement de sa liberté, mais de sa nature, et nous ne dirons pas d'une chose, qu'elle est juste parce qu'elle est voulue, mais qu'elle doit être voulue, parce qu'elle est juste* »²⁶³. Soulignons que c'est contre ce type de renversement argumentatif que s'élevait Hume, dans son traité de la nature humaine.

Il montre (comme développé en Annexe 2) que la volonté et la subjectivité sont la base de nos décisions, et du produit qui en résulte sur le réel. **La raison pure ne peut engendrer de volonté**, elle n'est qu'un moyen d'apprécier l'adéquation de nos actes à nos intentions. L'acte de volonté — l'argument sera repris par Kelsen — est donc, au moins, présent dans l'acte normatif. Ce point fera néanmoins l'objet d'une curieuse interprétation, qui prévaut encore de nos jours.

iii. Logique et raison

Le passage de l'être au devoir-être est-il logiquement impossible ? Pas nécessairement, à en croire une lecture détaillée de Hume, dès lors que s'interpose la volonté (et donc la subjectivité). Mais celle-ci joue un tout autre rôle que celui prêté par les jusnaturalistes. Au lieu d'être l'instrument de la raison, elle en est son environnement. Hume montre qu'une décision n'est pas raisonnable en elle-même, que la raison n'est que le moyen que nous avons d'apprécier ces mêmes décisions, par rapport aux buts que nous nous sommes fixés (cf. Annexe 2, ch. A2-1.1.3). Ainsi il est raisonnable de punir le voleur, si nous ne voulons pas qu'il récidive. Mais il est déraisonnable de lui infliger un châtement trop dur, en le traitant comme un criminel, par exemple ; car quelle raison aurait-il alors, par la suite, de commettre des délits plutôt que des crimes, s'il encourt un châtement de même gravité ? **La raison, donc, guiderait la décision pour édicter des normes au fil des faits.**

Cette position remet en cause le débat soulevé à l'occasion de la publication d'ouvrages comme celui de J.-L. Gardies, *L'erreur de Hume*²⁶⁴. G. Kalinowski, par exemple, critique cet auteur au nom de la défense, non pas de la position de Hume, mais de

Mais cela ne signifie pas, comme il l'entend, qu'il y aurait deux sortes de faits, les faits naturels ou bruts et les faits institutionnels ; cela signifie tout simplement que les faits institutionnels ne sont pas des faits du tout. Les énoncés qui portent sur ces prétendus faits ne sont que des normes exprimées dans la forme grammaticale indicative ».

Faux problème selon notre modèle, qui vient de ce que l'on cherche à faire correspondre logiquement droit et fait. On ne peut entièrement justifier ni le droit ni les faits si l'on se contente de la simple déduction juridique. Il faut également intégrer l'induction dans la phase de création du processus normatif.

²⁶³ Albert VALENSIN, *Traité de droit naturel, T.1 Les principes*, Paris, Ed. Spes, 1921 ; <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/droinat.htm>.

²⁶⁴ *Op. cit.*

l'interprétation que l'on a donnée de Hume et de sa loi « *d'où viendrait la normativité de la conclusion si elle ne se trouvait d'aucune manière dans la ou les prémisses ?* »²⁶⁵. D'où il ressort que le paradigme morphogénétique (ou évolutionniste), de par son caractère diachronique, récuse les oppositions traditionnelles : *il faut bien qu'un jour le normatif ait découlé du non-normatif, puisque le normatif existe désormais*. Et l'adjuvant qui permet cette transmutation, Hume le désigne lui-même : ce fut la volonté.

Il n'y a pas que la distinction entre droit et non-droit que réfute le paradigme morphogénétique, la distinction entre point de vue interne et externe trouve également des limites ontologiques, comme le souligne Cs. Varga²⁶⁶. Sur le plan de la logique, E. Bulygin notait déjà sur un simple plan synchronique l'insuffisance fondamentale de la logique formelle classique telle qu'appliquée par von Wright²⁶⁷. Les spécificités du discours et des

²⁶⁵ G. KALINOWSKI, Chronique « Lu pour vous », in *Revue Droit et Société*, n°11-12, Paris, LGDJ, 1989, p. 277.

²⁶⁶ Csaba VARGA, « *Domaine "externe" et domaine "interne" en droit* », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, FUSL, 1985/14, p. 25-43. ; François Ost a pu écrire à propos de cet ouvrage : « *La thèse de Varga pourrait être ainsi résumée : la distinction interne/externe est inacceptable d'un point de vue ontologique, mais nécessaire d'un point de vue épistémologique. Au fond cette situation théorique est très comparable à celle qui caractérise la distinction kelsénienne du Sein et du Sollen : si on soutient, comme paraît bien le faire Kelsen lui-même, que l'être et le devoir-être constituent deux régions du monde absolument distinctes, la thèse est excessive et doit être rejetée ; en revanche, si on s'en tient au plan épistémologique, qui était celui de Kant et de Hume, la distinction nous paraît parfaitement légitime et non encore controuvée. C'est une argumentation comparable que développe Varga à propos des perspectives interne et externe. S'il y va de deux « domaines », de deux groupes de phénomènes distincts (le « juridique » absolument distinct du « social ») la thèse est intenable : c'est que « la formation ET le fonctionnement du droit se situent précisément au point d'intersection des domaines externe et interne du droit » (p. 32). En revanche, si la distinction vise des « points de référence » ou des « points de vue » (p. 38) elle est nécessaire. C'est qu'une compréhension critique du droit doit nécessairement se produire de façon dialectique : dans un premier moment, il convient de faire la description du « type-idéal » que représente le modèle officiel de régulation de la société (et du droit) par le droit, « comme si » un tel modèle pouvait exister tel qu'il se présente lui-même (p. 38). Dans un second temps, on confrontera ce modèle aux indices de sa réalisation effective dans le champ social (p. 40). Sans donc hypostasier le droit au point d'en faire une réalité en soi parfaitement étrangère au social, cette argumentation permet néanmoins de rendre justice à l'« autonomie relative » du droit et de prendre au sérieux – pour mieux en évaluer ensuite la portée réelle – le discours tenu par les juristes sur leur propre pratique. »*

²⁶⁷ « *Une discussion détaillée du problème de l'ambiguïté des expressions déontiques doit être trouvée dans l'ouvrage de von Wright Norme et action. Dans ce livre, von Wright fait une distinction claire entre les normes et les propositions normatives ou les norms propositions, et insiste sur l'ambiguïté des phrases déontiques : une seule et même phrase peut être utilisée pour exprimer ces deux catégories. Au lieu d'éliminer cette ambiguïté du langage ordinaire, von Wright décide de la conserver dans son langage symbolique. Ainsi, il construit seulement un symbolisme au lieu de deux, mais son calcul admet deux interprétations : une interprétation prescriptive, dans laquelle les expressions déontiques sont des normes, et une interprétation descriptive, dans laquelle elles expriment les propositions normatives. Le système « pleinement développé » de la logique déontique est une théorie d'expressions interprétées descriptivement. Mais les lois (principes, règles) qui sont particulières à cette logique concernent les propriétés logiques des normes elles-mêmes, qui sont alors reflétées dans les propriétés logiques des propositions de normes (norm-propositions). Alors, en un sens, la base de la logique déontique est une théorie logique des 0-expressions et P-expressions interprétées prescriptivement.*

La manière dont von Wright présente le problème est très claire, mais sa solution est loin d'être satisfaisante. En premier lieu, il ne dit pas comment les deux interprétations de la logique déontique sont reliées l'une à l'autre, et ainsi il n'est pas clair de savoir pourquoi la logique des propositions normatives devrait refléter les propriétés logiques des normes. En second lieu, s'il y a quelque relation logique entre les normes, alors pourquoi ne pas élaborer directement une logique des normes ? L'idée de von Wright qu'il y a au moins

raisonnements juridiques sont cependant nombreuses. L'émergence, (dont nous esquisserons une description p. 133) par exemple, ne peut se penser si entre le permis et l'interdit ne se trouve pas l'indifférent, signe dépourvu de signification au regard du système juridique. Une logique des normes en mouvement ne peut faire l'économie de réhabiliter le tiers exclu : la logique trivalente se révèle alors d'un formalisme plus adéquat, même s'il est difficile à maîtriser²⁶⁸. Autre particularité, S. Paulson a relevé la nécessité de conjointre droit et morale pour assurer la complétude du système, ce qui du point de vue de la logique juridique est considéré comme une atteinte à son intégrité logique²⁶⁹. Peut-être faudrait-il poursuivre les recherches entreprises par CS. Pierce sur la logique du vague²⁷⁰, ou de Brouwer sur l'intuitionnisme et les logiques de la preuve²⁷¹, non monotones, réversibles et temporalisées²⁷².

De fait la logique formelle ne semble pouvoir être transposée au droit que dans l'unique cas de l'application instantanée d'une norme dont l'autorité est établie. Mais dès lors qu'intervient le facteur temps, la théorie doit s'enrichir de tous les éléments qui rendent compte de la capacité de l'ensemble à répondre aux situations nouvelles. D'où il ressort que la « loi » de Hume ne devrait guère être considérée uniquement comme une précaution épistémologique applicable à une analyse de situation *hic et nunc*, et non comme un principe général d'application universelle, surtout d'un point de vue évolutionniste.

*une possibilité théorique pour la construction de deux logiques - une logique des normes et une logique des propositions normatives - s'est montrée fructueuse. Elle a été développée par C. E. Alchourron qui essayait de montrer : 1 / que le premier système de logique déontique de von Wright est une reconstruction substantiellement correcte des propriétés logiques des normes; et 2 / que la logique des propositions normatives (c'est-à-dire des assertions selon lesquelles certains états de choses (states of affairs) sont interdits, obligatoires ou permis en rapport avec un ensemble de normes donné, c'est-à-dire un système normatif), diffère de la logique des normes sur plusieurs points importants, et 3 / que les deux logiques sont isomorphiques dans un cas très spécial, à savoir quand le système normatif en question est complet et consistant, deux réquisits qui ne peuvent être assurés seulement sur des bases logiques. » (E. Bulygin, « Norms normative propositions and legal statements », *Contemporary Philosophy*, vol. 3, trad. R. S., La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 128-131).*

²⁶⁸ Pour une étude de l'applicabilité au droit des logiques trivalentes de Kleene ou de Lukasiewicz, cf. C. et S. Diebolt, *Logiques non standard et droit*, 1994, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/logique1.htm>.

²⁶⁹ « L'antinomie en théorie du droit apparaît parce que la thèse exposant en fait une théorie est expressément contradictoire par rapport à l'antithèse qui développe l'autre théorie. Si ces thèses – ou plus précisément les présentations des théories du droit naturel et du positivisme juridique qui en dérivent – expriment de manière correcte ces théories, alors celles-ci ne sont pas seulement mutuellement exclusives mais également, à elles deux, elles épuisent toutes les possibilités (tiers exclu). Et – car il ne faut pas oublier le tour antinomique de première importance produit par la juxtaposition de la thèse et de l'antithèse – ni l'une, ni l'autre, ni la thèse, ni l'antithèse n'est défendable. Kelsen les rejette toutes les deux. » Stanley L. Paulson, « La normativité dans la Théorie Pure du Droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendants ? », *Revue Droit et Société* n°7, Paris, LGDJ, 1987, pp. 349-350.

²⁷⁰ Cf. notamment Christiane CHAUVIRE, *Peirce et la signification : introduction à la logique du vague*, Paris, PUF, 1995, 287 p.

²⁷¹ Cf. C. et S. Diebolt, *Logiques non standard et droit*, *op. cit.*, notamment « L'intuitionnisme », et « Logique intuitionniste et droit » ; sur les logiques constructivistes, J. Largeault propose un ouvrage réunissant des morceaux choisis émanant des principaux auteurs dans cette discipline : Jean LARGEAULT, *Intuitionnisme et théorie de la démonstration*, (Textes de Bernays, Brouwer, Gentzen, Godel, Hilbert, Kreisel, Weige) Ed. J. VRIN, Paris, 1992, 566 p., note J.L. Le Moigne in <http://www.mcxapc.org/lectures/6-18.htm>.

²⁷² *Idem*.

Mais on peut aller plus loin dans le commentaire des écrits du philosophe anglais. Ainsi, l'étude de son *traité sur les passions* (cf. extraits en Annexe 2) montre que l'établissement d'une morale ou d'une philosophie ne peut être menée sans une étude préalable des fondements de notre décision. C'est pourquoi, après avoir montré l'impuissance de la raison face aux passions, Hume conclut que l'éthique est avant tout affaire de choix. Il ressort clairement de cette prise de position que la politique ne peut rationnellement reposer sur des valeurs. La raison n'est qu'un outil d'appréciation de nos choix. Et ces choix, qu'ils soient sociaux ou politiques, ne s'apprécient qu'au regard des buts que l'on s'est préalablement plus ou moins explicitement fixés. En sorte, pour Hume, toute décision non motivée par une quelconque finalité ne peut être qualifiée autrement que d'arbitraire (A2-1.1.2). Et toute décision, en tant qu'elle repose sur un but qui a été choisi, ne peut être produite par l'unique raison (A2-1.1.1). Ainsi en soi, les faits ne pourraient engendrer les normes pas plus que les normes, les faits, sans intervention de la *volition*. Mais *a contrario*, avec elle, oui.

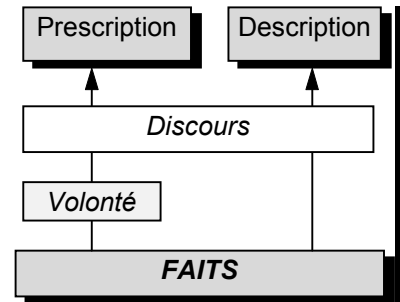


Figure 7 - Loi de Hume : pas de prescription sans volonté

Ce n'est donc qu'en apparence que l'analyse morphogénétique se heurte à la conception positiviste, si l'on prend la peine de préciser dans quel cadre discursif l'on entend se situer : soit sur un plan purement objectif, soit sur un plan mêlant faits et volontés. Ce qui aboutirait à l'énoncé suivant de la loi de Hume, reformulé par nos soins : *on ne peut objectivement dériver un devoir-être d'un être (ni inversement)*. L'avantage de cette précision est que l'on autorise à dériver logiquement une norme d'un fait, dès lors que l'on reconnaît qu'il s'agit là d'un acte de volonté, donc subjectif. Et ce lien de causalité peut être décrit objectivement, en accord avec la conception positiviste : *c'est parce qu'il se produisait des vols que le législateur a posé la norme que tous les voleurs doivent être punis*. L'observateur se trouve alors positionné à une sorte de métaniveau, puisqu'il décrit l'acte de volonté, son fait générateur et son produit, autrement dit, il place sur le même plan *sollen*, *sein* et *sollen descriptif*²⁷³. Ainsi l'objet sera étudié tantôt par des relations de causalité (relations entre des faits objectifs), tantôt par des relations d'imputation (relations entre des objets normatifs ou subjectifs).

Ces propriétés font de l'analyse morphogénétique du droit et donc, par extension, de la sociologie juridique des sciences hybrides tantôt descriptives, tantôt prescriptives (décrivant des normes valides auxquelles il faut obéir), voire métaprescriptives (énoncés tendant à suggérer qu'il serait souhaitable d'adopter telle ou telle norme). On conçoit donc mieux pour elles l'inadéquation de la distinction entre droit et non-droit.

²⁷³ Pour plus de détails sur les relations de causalité et d'imputation au sein de la théorie positiviste, en particulier de Kelsen, consulter au terme *Normativisme* le *Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, p.396.

Conclusion partielle : vers un théorème de la raison insuffisante ?

Dans une optique plus générale, on peut également relever de fréquentes remises en question de la notion de raison, sous la plume même des penseurs des Lumières, mais aussi leurs successeurs. L. Scubla²⁷⁴ note : « (...) la raison est, par nature, incapable d'établir des différences et de faire émerger un sens. Les penseurs de la modernité sont les premiers à en convenir. La raison n'est qu'une puissance de calcul : elle permet d'évaluer les conséquences d'un choix, non le déterminer (Hobbes). La raison ne fixe aucun sens, car elle est ployable à tout sens (Pascal). Il n'y a aucune raison de préférer la droite à la gauche ni la gauche à la droite ; et comme le remarque de nos jours R. Boudon, ce n'est pas la raison, c'est un brin de superstition, qui permet à l'âne de Buridan de ne pas mourir de faim. (...) D'où nous pourrions conjecturer que le problème politique n'a pas de solution rationnelle, parce qu'à vrai dire il n'en a nul besoin ».

Sur le plan épistémologique, la pensée constructiviste a mis en valeur la prévalence du concept d'*intelligence* sur celui de raison²⁷⁵ pour penser l'action. L'utopie de l'univers rationnel d'Hegel et Leibniz s'estompe, dès lors qu'il est pour partie construit par l'homme. Peut-être faut-il chercher une troisième voie à l'instar de Kant²⁷⁶. En attendant, on peut sérieusement s'interroger sur la validité profonde du concept, très en vogue auprès des économistes, de *choix rationnel*. Ne serait-il pas préférable de parler de choix raisonnable, ou de décision rationnellement construite ?²⁷⁷

²⁷⁴ In J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales, op. cit.*, p. 142.

²⁷⁵ Sur cette prévalence et les difficultés qu'elle rencontre face aux tenants du réductionnisme, cf. Jean-Louis LE MOIGNE et Edgar MORIN, *L'intelligence de la complexité*, Paris, L'harmattan, 1999, notamment pp. 306 s.

²⁷⁶ « Leibniz a intellectualisé les apparences, tout comme Locke... a sensibilisé tous les concepts de l'entendement, c'est-à-dire qu'ils les ont interprétés uniquement comme des concepts empiriques ou abstraits de la réflexion. Au lieu de chercher dans l'entendement et la sensibilité deux sources de représentations qui, bien que totalement différentes, puissent fournir des jugements objectivement valides sur les choses seulement en conjonction l'une avec l'autre, chacun de ces grands penseurs ne retient que l'une d'entre elles » E. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1ère éd. 1781, 2nde éd. 1787, trad. fr. par A. Tremesaygues et B. Pacaud, Paris, P.U.F., 1944, pp. 547-548.

²⁷⁷ Par exemple, selon l'Ecole historique allemande, la dogmatique juridique donne la description du droit en vigueur en le systématisant pour le présenter comme système consistant, cohérent, clos et complet. Pour cette systématisation, on interprète les textes juridiques (c'est l'interprétation doctrinale) et on **construit** les concepts légaux. Le droit est donc déterminé en fonction de ce qu'il va déterminer rationnellement. En ce sens, cf. A. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Paris, L.G.D.J./ Bruxelles, Story scientia, 1992, 303 p., particulièrement le chapitre III. La dichotomie entre droit et non-droit est tout de même remise en cause, puisque l'auteur montre que l'application rationnelle du droit implique un entremêlement du droit et de la morale. Si l'application du droit peut être rationalisée, sa construction ne saurait l'être.

b. Règles constitutives et règles normatives

La conception dialogique de notre modèle nous amène à dépasser une autre distinction de type statique entre deux formes de règles. On montre en effet que certaines régulations ne sont concevables que si elles incluent simultanément ces deux formes.

Il est intéressant de noter qu'une étude morphogénétique tend non seulement à abolir la frontière entre droit et non-droit, mais également celle (reprise de Kant et de John Searle) qui distingue règles constitutives et règles normatives²⁷⁸.

Cette distinction²⁷⁹ rend principalement compte de la différence culturelle des conceptions anglo-saxonnes et continentales de la mise en pratique du droit selon le schéma suivant :

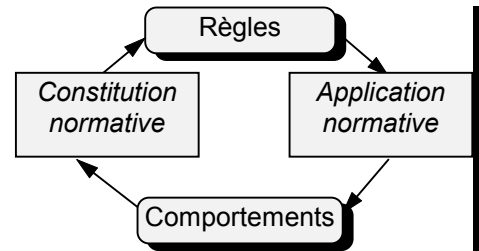


Figure 8 - La distinction entre règles normatives et constitutives

- les règles constitutives émergent des comportements et des pratiques (*play*). On se met d'accord, au fil des expériences, sur le schéma directeur de ce qui constituera ultérieurement la règle du jeu. C'est donc un mode *bottom-up* de création normative. Certes ces règles s'imposent aux comportements comme toute autre règle, mais elle se distingue par son mode de genèse. Certains auteurs les distinguent entre les *éidétiques*, qui concernent les essences, les *théoriques* et les *anancastiques*, qui relèvent de l'ordre de la contrainte.
- les règles normatives (ou prescriptives) font partie d'un corpus qui a été préétabli (tel le droit posé et codifié selon la tradition continentale). Leur transgression ne remet ainsi en cause, au pire, que la règle elle-même, débouchant sur sa simple reformulation.

Il semble au premier abord, que l'on n'ait affaire qu'à une simple distinction entre des principes et des règles plus secondaires. Mais les choses se compliquent quand on se penche sur leur portée, leur mode de production et d'application²⁸⁰.

²⁷⁸ Amedeo G. CONTE, « L'enjeu des règles », in *Revue Droit et Société* n° 17/18, Paris, LGDJ, 1991, pp. 139-158 ; cet auteur règle éidético-constitutive (il suffit que) et le concept de règle anankastico-constitutive (il faut que).

²⁷⁹ Les auteurs sont partagés sur l'essence et la portée de cette distinction, selon l'orientation de leur démonstration. Cf. notamment J.F. PERRIN, *Règles*, Arch. Philo. Droit, 1990, p. 245-256 ; A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968 ; et tout particulièrement J.R. Searle, *Speech Acts. An essay in the Philosophy of Language*, London, 1969 pour une approche orientée vers la morphogénèse.

²⁸⁰ Il est ainsi, sinon erroné, du moins un peu rapide, d'assimiler règles constitutives et principes. Ce point oppose notamment Perrin à Searle, mais il faut resituer ces auteurs dans leur contexte. L'un raisonne en juriste, l'autre en linguiste. L'un a en tête un schéma de type normatif traditionnel (la norme, toujours déjà là, s'impose de par son existence), l'autre une conception mettant en parallèle langage et ordre sur un plan conventionnel. La norme, comme la langue, a émergé d'un consensus et remplit une fonction active, qui n'est possible (et c'est là que la scission est nette) que parce qu'un accord préalable a été obtenu.

Ainsi les règles normatives et constitutives embrassent non seulement le corpus normatif, mais encore l'ensemble du processus de régulation sociale. Ce schéma ne s'applique donc avec pertinence qu'à des ordres juridiques en formation. Il y est implicitement admis que les acteurs peuvent renoncer, soit à appliquer la règle, soit à participer au processus qui fait de cette règle une réalité.

Houseman et Severi, à propos de la cérémonie du Naven²⁸¹, montrent que « *transgresser une règle normative implique une (re)formulation explicite de la règle : "C'est ainsi qu'il faut se comporter", dira alors la loi de l'éthos²⁸². La transgression d'une règle constitutive, à la différence d'une règle normative, entraîne au contraire une disparition du jeu. On ne peut pas "plus ou moins" respecter les règles d'un jeu de cartes. Si on ne les respecte pas, on ne joue pas "plus ou moins bien" le jeu. On ne joue pas.* » Selon Jacques Miermont²⁸³, ceci mériterait discussion, quant à la portée de l'analyse en terme de jeu : « *Winnicott a repris la distinction permise par la langue anglaise entre "play" et "game". Le "game" n'est plus le jeu spontané de l'enfant, et le passage à la vie adulte consiste à bien faire la distinction entre les deux. Jouer à un "game", c'est accepter d'abandonner le jeu spontané de l'enfant. Il est amusant de constater que, lorsqu'on joue aux cartes "en famille", on va tester les limites entre le "play" et le "game". Le passage trop brusque des règles normatives aux règles constitutives aboutit à l'exclamation d'un des joueurs : "Je ne joue plus !".* » De même, l'apprentissage du rituel obéit à des règles constitutives, et pas seulement normatives. Elles définissent la nature même du comportement, et pas seulement la bonne manière de l'accomplir (p. 196).

Il ressort de la cérémonie rituelle du Naven ainsi décrite que la perpétuation de la cérémonie se confond avec la perpétuation de l'ordre normatif dans son ensemble. Renoncer au rite (règle constitutive), c'est voir s'effondrer sa signification, et son existence.

On saisit ainsi la raison de l'emploi, pour le moins modeste, que fait la théorie juridique de la distinction entre règle normative et constitutive. Une fois l'ordre juridique établi, les règles constitutives sont stabilisées et deviennent même parfois implicites. On peut même dire que l'ordre juridique est établi car il n'est plus nécessaire d'appliquer de règle constitutive (le rituel devient implicite, ou disparaît). Cette caractéristique constitue le pilier de la pseudo-autonomie du droit (ou de son autonomie, selon certains auteurs), faisant que le droit se présente à l'observateur comme un phénomène toujours déjà là, possédant sa structure et ses règles d'organisation propres, et sans qu'il soit continuellement nécessaire d'en expliciter ni la raison ni la nécessité. N'émergent plus que les règles normatives. Les règles constitutives, arc-boutants de l'ordre social tout entier, n'ont même plus besoin d'être exprimées. Elles s'autojustifient. « Pourquoi doit-on obéir aux normes valides ? » « Parce que je suppose les normes obligatoires » (Kelsen) ou « parce qu'elles sont reconnues comme obligatoires » (Hart).

²⁸¹ M. HOUSEMAN et C. SEVERI, *Naven ou le donner à voir*, Paris, CNRS Editions, 1994.

²⁸² La notion d'*éthos* désigne le mode de comportement, l'*eidōs* le mode de pensée.

²⁸³ Dans son commentaire de l'ouvrage en question (Houseman et Severi, *Naven...*, *op. cit.*), <http://www.mcxapc.org/lectures/lectur9-10.htm>.

Le temps, allié à une sorte de nécessaire efficacité occulte, mais sans la faire disparaître, une distinction fondamentale et complexe.

Conclusion partielle : dépasser les frontières pour penser la cohérence du paradoxe

Comme le révèlent les différences qui séparent de nos jours l'enseignement juridique de sa pratique, certaines distinctions ontologiques doivent être dépassées pour l'étude d'un phénomène dynamique. Ces distinctions, qui s'appliquent à des objets figés quantitativement définissables, deviennent inadaptées et même nuisibles à la compréhension de phénomènes évolutifs et imbriqués. Ce constat d'évidence a amené les sciences dites dures à effectuer leur « révolution culturelle ». Force est de constater que les sciences juridiques tardent à emboîter ce pas ; il est vrai que le paradigme de la commande est en parfaite adéquation avec une approche inspirée par l'idée qu'il existe « un » droit, et non une infinité de possibles, dont certains sont plus ou moins constructibles. La méthode est également simplifiée, puisqu'il suffit de s'accorder à séparer distinctement ce qui est droit et ce qui ne l'est pas.

Notre modèle morphogénétique, nous a amené à « décatégoriser » les objets comme l'être et le devoir-être, les normes et les faits, l'objectif et le subjectif. Non que ces objets aient perdu leur antagonisme, mais ils ne seront plus considérés comme des cloisonnements définitifs, car l'évolution des relations causales qui sont, par construction, liées à la subjectivité individuelle, fait qu'une objectivité ne peut guère être supposée au niveau global. Dépasser les dichotomies positivistes (ou jusnaturalistes) signifie en ce sens les utiliser ponctuellement, mais admettre qu'aucune ne saurait constituer *a priori* un universel. Par exemple, notre modèle permet de penser la *justice* comme une notion ad hoc, dont on peut évaluer l'adaptation aux besoins conjoncturels en fonction de la consistance qui lui est donnée²⁸⁴.

Rendre ces frontières tributaires de la conjoncture entraîne cependant un effet que certains peuvent qualifier de pervers : celui d'introduire au sein d'un système voulu clair, cohérent et consistant de l'incertain, de l'imprécis et du flou. L'Ecole historique allemande a tenté, en se basant sur l'idéal-type, d'éviter une telle remise en cause de la sécurité des modèles et de leurs résultats. Nous montrerons que c'est, paradoxalement, le flou et le jeu des normes qui constitue la plus solide garantie de leur pérennité et de leur efficacité. Et qu'au-delà de cette efficacité, c'est le système social lui-même qui se trouve stabilisé. A une condition tout de même : que le modèle soit scrupuleusement respecté, et que le circuit de ses relations internes ne soit pas entravé par une décision arbitraire. Nous montrerons que se réunissent alors les conditions de réalisation de certaines doctrines tenues pour utopiques, qui s'appuient sur le concept d'auto-organisation.

Mais auparavant, il est nécessaire de montrer quels mécanismes, constatés ou présumés, sont à l'origine des normes dans le cadre de notre modèle dynamique. Nous avons écarté l'hypothèse que les normes émanaient de manière purement syllogistique d'une norme fondamentale ; nous avons postulé qu'elles émanaient d'interactions sociales. Nous allons

²⁸⁴ Il n'est pas douteux, par exemple, que la conception de la justice au Texas, Etat qui permet la condamnation à mort d'un suspect sans preuve certaine, est sans aucun doute fort éloignée d'une conception européenne de la justice pénale. Sur l'affaire Odell Barnes (résumé des faits et exposé des questionnements vis-à-vis des droits de l'homme), cf. <http://www.opinion-ind.presse.fr/archives/texte/odel-barnes.html>.

suggérer, au fil de l'étude de ces interactions, que les structures juridiques pourraient résulter principalement de la configuration des interactions sociales, mais aussi de figures plus complexes que nous étudierons par la suite.

§3. Le juridique émergent du non-juridique (théorie de l'émergence)

En termes juridiques, l'émergence ne traite pas tant de la question de savoir d'où émergent les normes, mais pourquoi elles apparaissent. Ces questions se rejoignent cependant, puisque du mode d'émergence dépend son lieu, et réciproquement.

Selon le modèle adopté, la physionomie d'un ensemble social peut dépendre d'un nombre plus ou moins élevé de facteurs. Notre modèle, basé sur les décisions personnelles et interpersonnelles, met en avant les stratégies individuelles²⁸⁵, leur compatibilité et leur synchronisation.

Rappelons que sa démarche est essentiellement hypothétique. On ne peut en effet construire un modèle comportemental qui soit entièrement déterministe, c'est-à-dire au sein duquel le modélisateur ait une connaissance pleine et entière des agents qu'il représente. Nous postulons que les agents, soit ne disent pas ce qu'il pensent (qu'ils ne le veulent pas, ou ne le sachent pas eux-mêmes), soit disent ce qu'ils ne pensent pas (erreur, mensonge aux autres ou à soi-même), soit enfin qu'ils rendent effectivement compte de leurs pensées.

On pourrait
calculer la
conduite future
d'un homme avec
autant de
certitude qu'une
éclipse de lune ou
de soleil et
cependant soutenir
en même temps que
l'homme est libre.
Kant, Critique de
la raison pratique

Un tel modèle, basé sur des agents indéterminés, n'a pas vocation par essence à donner des simulations exactes, mais à proposer des scénarii possibles, voire probables (*explore les champs du possible*, disait Valéry). Les figures interactives qui seront exposées ressortissent de ce type de représentation. Reste à en évaluer la valeur heuristique, savoir par exemple si ces interactions peuvent valablement rendre compte des structures sociales et juridiques. Prenons pour exemple la *mimesis*, tendance qu'ont des individus, quand ils sont en groupe, à s'imiter les uns les autres. Cette tendance est souvent plus constatée que réellement avouée, car l'homme se retransche fréquemment derrière l'illusion de son autonomie et de son indépendance, encouragé par un idéal post-moderne d'individualisme méthodologique.

Indiscutablement, cette figure « fonctionne ». Mais l'homme peut-il pour autant être réduit à un simple automate qui mime ses congénères ? La complexité observable du social peut-elle découler de comportements individuels aussi dénués de réflexion et de personnalité ? Que devient le libre arbitre, ou se situe la création ?

Certains auteurs ont montré que, sans prétendre à l'exhaustivité, les figures mimétiques permettaient de rendre compte d'un nombre très important de figures sociales. Des travaux récents dans le champ des sciences dures, principalement les mathématiques et la physique, sont venus conforter cette hypothèse : **l'interaction simple d'éléments nombreux**

²⁸⁵ cf. J. Raz, *The morality of freedom*, Oxford, 1986 ; où Raz montre comment l'autorité trouve un sens dans la mesure où les individus, une fois effectuée une *balance of reasons*, *ought to obey*.

peut engendrer des figures collectives perçues complexes. Même s'il est peut-être hâtif de prétendre posséder ainsi l'intégralité des explications de la complexité, on ne peut nier la valeur heuristique de certaines figures. Dès lors, repérer de telles figures mimétiques simples au sein d'une société complexe peut être d'une grande utilité pour le juriste, car il peut ainsi espérer pour son problème une solution directe et efficace.

La connaissance des interactions et de leurs effets dans le champ des sciences dures a profondément influencé les sciences cognitives (1), et complète l'interprétation de certaines figures dans le champ des sciences sociales (2).

1. Figures d'émergence en sciences cognitives : analogie et mémoire

La question de l'émergence du sens chez l'individu est un chapitre important des sciences cognitives. Il y va de la manière dont nous interprétons le monde qui nous environne.

Il n'est pas dans l'objet de la présente étude de traiter de manière détaillée des théories de la connaissance émergente. Nous retiendrons simplement quelques modèles qui s'accordent avec celui que nous développons ; en sciences cognitives comme ailleurs en effet, l'opposition des paradigmes constructiviste et réductionniste produit des scissions disciplinaires qui imposent au modélisateur de faire des choix.

Nous pouvons prendre comme point d'entrée certains travaux de recherche américains en intelligence artificielle. Leur objectif était de simuler l'activité cérébrale humaine : apprendre, comprendre, agir. En ce qui concerne l'acquisition des connaissances, on oppose deux programmes, qui utilisent deux modèles différents : *Perceptron* et *Informon*. Perceptron sait reconnaître des formes, mais il lui faut avoir subi un apprentissage préalable, par le biais d'un « professeur » qui indique à la machine ce qui est important et ce qui ne l'est pas. Informon, lui, est un Perceptron modifié de tel sorte que c'est la machine elle-même qui, calculant les probabilités conditionnelles des stimuli qui lui arrivent, associe à ses représentations des ratios d'occurrence. Elle reconnaîtra ensuite plus ou moins les formes dans son environnement.

Ces deux modèles distinguent deux formes d'apprentissage. Le premier est guidé par une source extérieure (on parle d'*apprentissage dirigé*), le second dépend entièrement de l'automate (*apprentissage non dirigé*). Dans la première hypothèse on ne saurait parler d'émergence de sens, puisqu'un « professeur » provoque le savoir d'un « élève ». Tandis que dans la seconde, le savoir de l'automate se crée et s'enrichit au fil de son évolution dans son environnement. Du strict point de vue du sujet, nous avons bien affaire à une figure d'émergence, et d'accroissement de complexité. H. Atlan a nommé ce phénomène *principe de complexité par le bruit*. Ce principe, appliqué à l'apprentissage non dirigé, engendre deux propriétés²⁸⁶ : la première est que la redondance générale du sujet diminue ; plus il apprend, plus son savoir se différencie. La seconde est que l'apprentissage de nouvelles formes tend à devenir aléatoire ; plus on sait, moins on tend à pouvoir apprendre. « Dans la mesure où *patterns*²⁸⁷ et nouveaux stimuli peuvent coïncider, on dit qu'on « reconnaît » de nouveaux

²⁸⁶ H. ATLAN, « Le principe d'ordre à partir du bruit. L'apprentissage non dirigé et le rêve », in *L'unité de l'homme*, E. MORIN & M. PIATTELLI-PALMARINI (eds.), Paris, Seuil, 1975, pp. 469-475.

²⁸⁷ Les *patterns* sont des formes créées par la structure cognitive. Par exemple, voir la lettre A se traduit

patterns dans l'environnement. Mais, dans la mesure où ils sont vraiment nouveaux, cette coïncidence ne peut être qu'approximative. »²⁸⁸. Pour sortir de cette difficulté il faut continuer le processus d'apprentissage, en opérant une boucle récursive du sujet sur lui-même, par le biais de l'action : «... *cette ambiguïté elle-même a alors un rôle positif dans la mesure où elle entraîne une action en retour sur les patterns eux-mêmes, c'est-à-dire à une modification des patterns initiaux. Ceux-ci, modifiés, vont ensuite être projetés à nouveaux sur les nouveaux stimuli, et ainsi de suite (...) tout se passe comme si notre appareil cognitif était une espèce d'appareil créateur, une fois de plus, d'ordre de plus en plus différencié, soit de complexité à partir du bruit.* »²⁸⁹.

J'appelle
connaissance, les
faits qui ne
servent pas à
décrire la
situation... Mais
il est aussi
difficile de
définir avec
précision quels
faits sont ou ne
sont pas des
connaissances, que
de définir les
formes que l'on
reconnait comme la
lettre A
Jacques Pitrat,
Métacognition,
futur de
l'intelligence
artificielle

En ce qui concerne le sujet de droit, le cas le plus fréquent semble celui de l'apprentissage dirigé. Le sujet moderne reçoit le droit comme un corpus de normes qui lui préexistent. Le professeur, c'est le juge qui tranche le litige en appliquant une règle qui s'impose à chacun des plaignants. Mais les élèves sont aussi les juristes étudiants et professionnels du droit, à qui le droit positif (législation, jurisprudence, voire doctrine) s'impose comme un élément donné. On peut montrer également que le droit évolue selon un mécanisme qui peut s'apparenter à un apprentissage dirigé : les faits sociaux nouveaux, une fois identifiés, sont incorporés à la structure juridique où ils sont adaptés pour produire un droit nouveau (adaptation par la jurisprudence des principes légaux aux faits nouveaux). Dans le procès judiciaire, par exemple, le juge *reconnait* le fait juridique lors de l'opération de qualification. Puis il compute la solution selon le schéma ternaire de G. Timsit (prédétermination, codétermination, surdétermination, cf. p. 80). Le jugement vient alors enrichir la complexité du corpus normatif, dans la mesure où il précise un principe général, ou bien s'il comble un vide juridique.

Il serait cependant insuffisant de se limiter à cette description, car plusieurs questions resteraient en suspens : comment le droit a-t-il pu être créé (il a bien fallu au moins une norme originelle) ? de plus, comment concilier ce schéma avec le principe de hiérarchie des normes, qui veut que le droit façonne les comportements et non l'inverse ?

Il est ainsi nécessaire de s'attacher également à l'étude des relations que les individus tissent entre eux.

au niveau cérébral par l'entrée de signaux émanant du nerf optique, et la formation d'une « image », c'est-à-dire d'une forme signifiante pour la structure cognitive. Par la suite, le cerveau effectue des correspondances avec les données issues de son expérience. Selon cette correspondance la forme est identifiée (c'est un « A » !), ou rejetée (pour qui ne connaît pas l'alphabet latin, p. ex.).

²⁸⁸ H. ATLAN, *Entre le cristal et la fumée, op. cit.*, p. 145.

²⁸⁹ *Idem*, pp. 145-146.

2. Figures d'émergence en sciences sociales : communication et formes

En sciences sociales, émergence signifie bien souvent création ex nihilo, ou au pire création face à une situation contingente²⁹⁰, ce qui signifie que l'on postule imprévisible le sens que prend l'histoire. Or inconnaissabilité²⁹¹ n'est pas nécessairement indétermination. On peut conjecturer que certaines figures interindividuelles constituent un cas d'émergence normative déterminée voire déterminable, à savoir que du non-juridique va apparaître spontanément du juridique (ou un besoin caractéristique qui se traduira par une création normative), non de manière éventuellement imprévisible mais en aucun cas aléatoire.

La notion d'émergence n'est guère usitée par les sciences juridiques, puisque son objet semble ressortir principalement des sciences sociales. Il s'agit en effet de décrire comment, en l'absence de toute norme, peut survenir ce qui suscitera par la suite la création d'une norme. Bien qu'il soit essentiellement juridique notre modèle, de par sa structure même, nous incite à ébaucher une telle étude. Nous posons en effet, notamment à l'étape 3 de notre modèle, que les individus, s'étant reliés, peuvent se construire des règles communes. Il est nécessaire d'affiner l'étude des conditions d'une telle construction, pour laquelle nous ne disposons là encore que d'un modèle hypothétique.

Nous pouvons pour ce faire recourir à la psychosociologie. S. Moscovici et W. Doise se sont penchés sur les mécanismes qui conduisent à l'émergence d'une décision commune²⁹². Leur démarche s'apparente à l'analyse néopositiviste d'un processus constructiviste. Un accord doit être trouvé, mais on ne sait pas lequel ni comment y arriver. Dans cette hypothèse, où le but n'est ni connu ni déterminable, il est impossible de procéder par démarche rationnelle. Aussi ces auteurs font-ils appel à ce que Simon nomme *rationalité procédurale* : ils émettent et accèdent l'hypothèse que **c'est le processus de formation du consensus qui transforme les individus et les groupes qu'ils constituent**²⁹³. Deux niveaux entrent ici en jeu : d'une part, l'image du groupe s'impose aux individus qui décident en son nom. D'autre part, le processus importe ici davantage que son résultat, la forme prime le fond. Elle n'agit pas directement sur lui (contrairement à des règles de procédure comme les délais, qui influent notablement sur la qualité du fond, surtout quand ils sont courts). En revanche, ses effets se font sentir directement sur les individus qui participent au processus décisionnel. Leur

²⁹⁰ On parle volontiers d'émergence d'un droit mondial, d'émergence d'un droit d'ingérence ou des droits de l'homme... Emergence signifie ici « apparition balbutiante » et non institutionnalisée, et par voie de conséquence, au « statut flou et à l'avenir incertain » (bien qu'il constitue aux yeux du public un commencement de légitimité, cf. p. ex. Patrick VIVERET - *Transversales Science/Culture* - Mai Juin 1999 - N°57, <http://www.globenet.org/actualites/archives/08-1999.html>).

²⁹¹ Ce terme est proposé ici pour rendre compte de ce qui non seulement n'est pas connu, mais n'est pas non plus accessible à la connaissance, soit du fait d'un masquage parfait de l'objet à l'œil de l'observateur, soit du fait de l'inaptitude de l'observateur à percevoir l'objet comme entité observable. A l'inverse, la *connaissabilité* caractérise toute information accessible à la cognition d'un observateur quelconque. Cette notion est utilisée pour déterminer les échanges susceptibles d'être effectués entre des systèmes autonomes.

²⁹² S. MOSCOVICI et W. DOISE, *Dissensions et Consensus*, Paris, P.U.F., 1992, 296 p.

²⁹³ On retrouve le double lien individu-groupe qui caractérise le holisme à plusieurs niveaux de L. Dumont dans des propositions comme « être, c'est participer » (Moscovici & Doise 1992, p. 78) ; le holisme n'est pas conçu comme une primauté unilinéaire et définitive du groupe sur l'individu. C'est bien au contraire en réalisant le groupe que l'individu se réalise lui-même, par le « côté holiste » de sa personnalité.

participation à la vie et aux intérêts du groupe a pour effet de leur faire spontanément intégrer les contraintes du groupe dans leur propre processus décisionnel. Leur perception de la réalité change, et la *volonté générale* au sens rousseauiste peut ainsi spontanément prendre forme : de par la préférence que chacun se donne face à un groupe dont il s'imagine faire partie, il construit la représentation d'un groupe qui tend à être le meilleur possible. Par la suite, ce groupe s'autoréalise, par effet de système (un effet proche des *prophéties autoréalisatrices*).

Ce cas de figure d'émergence n'est pas unique (on peut citer le cas du nazisme, qui constitue une forme plus élaborée de pilotage des représentations individuelles au nom du groupe²⁹⁴). D'une manière plus générale, il montre que l'étude d'un processus cognitif collectif ne peut être effectuée sans perte d'intelligibilité si l'on adopte une méthode réductionniste qui sépare le fond de la forme. Ces deux dimensions conditionnent la teneur du message, et ses effets à venir. Le gain en description se paie d'une perte d'explication. Il serait par exemple réducteur de considérer comme vide de sens matériel le droit processuel : en matière de procès, la règle qui s'impose aux avocats de se communiquer les éléments du dossier ne saurait être justifiée sans une règle implicite, celle d'assurer la transparence du procès. Cette règle implicite de transparence trouve elle aussi une justification : elle assure un jugement équitable. Des règles formelles garantissent ainsi la qualité matérielle d'une décision.

Mais en matière collective, la décision prend de nombreuses autres dimensions entremêlées. Dans le domaine des sciences économiques, par exemple, on a coutume d'opposer deux modèles comportementaux pour les acteurs boursiers : les walrasiens et les keynésiens. Le spéculateur selon Walras est rationnel, il ajuste son comportement au regard des prix du marché et de la correspondance qu'il leur trouve avec la réalité économique. Les prix tendent alors vers un équilibre, selon un mécanisme qui est cependant remis en cause quand il se trouve que tous les individus ne sont pas simultanément et uniformément informés de l'état de ce même marché. Cette situation d'*asymétrie d'information* étant fréquente dans les faits, Keynes a proposé un modèle alternatif basé sur l'imitation. Il a ainsi pu montrer que les phénomènes de panique boursière comme le krach de 1929 (*course aux guichets*) s'expliquaient bien mieux par un comportement moutonnier des spéculateurs que par une réelle dégradation de la situation économique.

Ces deux représentations peuvent s'appliquer à notre modèle et rendre compte du mouvement d'émergence de l'ordre global à partir des interactions locales, qu'elles soient désordonnées ou non, qui caractérisent particulièrement l'étape 8. Dans le premier cas les individus prennent pour repère l'état de leur groupe, dans le second ils se contentent de se prendre mutuellement pour repère. Ce tableau ne serait cependant complet sans une précision : les individus étant présumés complexes, autonomes et cognitifs, ils sont dotés de la faculté plus ou moins grande de projection (au sens psychanalytique du terme, à savoir la capacité à se mettre à la place de l'autre). Si la projection est nulle, leur comportement sera mimétique (a.), si elle est totale il sera spéculaire (b.). Connaître ces modes d'ajustement des comportements est important pour déterminer le mode de régulation juridique le plus adéquat.

²⁹⁴ Pour une étude détaillée sur ce sujet, cf. notamment L. Dumont 1991, *op. cit.*, Ch. 4 *La maladie totalitaire*, pp. 152-189.

a. *Figures simples : mimesis et agrégation*

L'autonomie individuelle requiert une connaissance parfaite et totale. A défaut, on peut raisonnablement compenser cette « myopie » par l'imitation, mais au risque d'amplifier les erreurs.

Bien que son mécanisme soit aisé à décrire, la *mimesis* ne peut être qualifiée de figure simple : « *la difficulté à laquelle on se heurte ici est l'ambiguïté foncière de la notion d'imitation. Si elle est prise au sens de reproduction simiesque ou exacte des gestes, l'hypothèse est tout simplement fausse car ce qui structure les sociétés n'est pas seulement l'homogénéisation des gestes mais bien plutôt la différenciation des attitudes et des rôles.* »²⁹⁵.

On peut même dire qu'au contraire, il est dans son essence d'être complexe, afin que se maintienne un ordre social : « *Si tous poursuivaient les mêmes activités, partageaient les mêmes idées, la société s'effondrerait aussi sûrement que si les gestes, les idées, les attitudes, les activités n'entretenaient aucun rapport.* »²⁹⁶. Vullierme s'inscrit ici dans le prolongement de la pensée de Girard, mais apporte une précision essentielle à sa conception de la *mimesis*, en introduisant la distinction classique de la valeur et du processus : « *L'imitation sociale est en effet tout autant, et même davantage, une imitation de la différence qu'une imitation du même. Entre la mimesis qui reproduit les mêmes choses et la mimesis qui reproduit les mêmes relations, et avec elle les différences, c'est la seconde qui l'emporte dans la structuration des sociétés ; c'est elle par conséquent dont il faut rendre raison.* »²⁹⁷.

Si l'habitude ne nous simplifiait pas les choses, s'habiller ou se déshabiller suffirait pour nous à l'emploi d'une journée entière.

Vullierme fait grief à Girard de mêler trop intimement *mimesis* et violence, qui reste un concept connoté d'appréciation subjective, fatalement issu d'une élaboration collective²⁹⁸. La *mimesis* de comportements compatibles ne produit rien d'autre que des comportements compatibles. On occulte également la faculté d'adaptation et de reconstruction stratégique des agents, de même que toute capacité innovante et créatrice de ceux-ci. D'où il ressort que la figure mimétique n'est généralisable que jusqu'à un certain point : ce

Maudsley

²⁹⁵ J.-L. J.-L. Vullierme, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 224-225.

²⁹⁶ *Idem.*

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ « Girard considère que toutes les sociétés se sentent menacées par la violence et qu'elle-même est engendrée par la nécessité où est placé tout un chacun d'imiter l'autre alors que cette imitation est nécessairement cause de rivalité ; et que la violence ne peut se résoudre que par l'expulsion d'une victime qui est à la fois le trouble de chacun et l'autre de tout le monde. Or notre auteur, qui sait fort bien que toutes les choses sont socialement construites, s'emploie à ignorer qu'il en va de même de la notion de violence qu'il traite comme un universel. Qu'un coup porté, une parole dite, un geste soit tenu pour des actes de violence est en fait le produit d'une élaboration culturelle qui demeure entièrement à expliquer. Par ailleurs, l'imitation n'est un facteur de rivalité que lorsqu'elle est imitation exacte : je ne m'oppose pas à autrui si je désire autre chose que lui ; or l'imitation peut aussi bien me porter à imiter la différence de l'autre, plutôt que son identité. Il est de même permis d'affirmer qu'il n'y a de société possible que dans la mesure où les agents apprennent à imiter les différences, et de rivalité que dans la mesure où ils se réduisent à imiter le même lorsque les différences ont perdu tout leur poids. » (ibid., note bas de page).

point, c'est l'**indifférence**.²⁹⁹

Il est vrai que la conception de la violence mimétique de Girard est la plus probable dans un ensemble social quel qu'il soit. La première stratégie prudentielle, c'est la méfiance. La dynamique de confiance n'est possible qu'à certaines conditions très instables³⁰⁰. Mais une fois installée, elle peut également s'imposer une nécessité, une condition sans laquelle tout ce qui fait le lien dans notre société serait indéfiniment à refaire. D'une certaine manière, l'imitation et la confiance sont un moyen d'éviter les blocages qu'engendrerait immanquablement une stratégie prudentielle, compte tenu du fait que nous ne disposons que d'une information imparfaite sur le monde qui nous entoure³⁰¹. L'imitation réussie tend à engendrer l'habitude (répétition des stratégies gagnantes). Ainsi confiance, imitation et habitude constituent une forme d'utilisation optimale de nos ressources intellectuelles.

Nous aborderons dans les sections suivantes les effets collectifs engendrés par un tel mécanisme. Rappelons simplement que pour que les effets produits soient complexes, plusieurs conditions cumulatives doivent être réunies :

- une connaissance imparfaite des agents,
- une imitation volontaire,
- une constatation de la réussite de la stratégie d'imitation,
- une confiance toujours plus grande au fil des réussites de l'imitation.

L'agrégation est une notion sociologique désignant le regroupement tendanciel d'individus en fonction de valeurs³⁰² ou d'intérêts³⁰³ qui leur sont communs. Son mécanisme

²⁹⁹ Il s'agit d'un point double. Le premier a été mis en valeur par Vullierme : il est atteint quand on imite un comportement qui ne provoque pas de rivalité (parallélisme parfait : la figure mimétique n'a plus de sens). Le second concerne l'absence de spéculativité : l'agent qui agit de son propre chef échappe à l'appréciation du groupe, puisqu'il n'est plus ni opposé ni acquiesçant : il est simplement indifférent. Si une appréciation peut éventuellement être faite de ce comportement par rapport aux canons en vigueur, c'est uniquement a posteriori. Et dans ce cas de figure l'analyse par la mimesis n'est plus pertinente non plus.

³⁰⁰ D'une part, il faut savoir se mettre à la place de l'autre pour le comprendre, et s'assurer que la réciprocité est établie : cf. Gilles LE CARDINAL et Jean-François GUYONNET (Ed.), *Du mépris à la confiance - Quels changements de comportement pour faire face à la complexité ?*, 1991, Ed. Univ. de technologie de Compiègne (B.P. 649 - 60206 Compiègne - cedex).

Ces travaux ont été prolongés et élargis. La simulation par microsociétés a montré que la confiance est l'espérance d'un comportement prévisible et coopératif qui non seulement naît à l'intérieur d'un groupe, mais s'attache également à ce groupe ; cf. Gilles LE CARDINAL, Jean-François GUYONNET, Bruno POUZILLIC, *La Dynamique de la confiance*, Dunod. Paris. 1997. 244 pages.

³⁰¹ En ce sens, Bidault et al. relèvent : « *La confiance (foi, croyance, sentiment d'appartenance..., semble appartenir à un autre âge où la médiocrité de l'information n'autorise pas le calcul rationnel... Que faire de la confiance ? La seule hypothèse d'un agent calculateur suffirait pour comprendre les actions, dès lors qu'une information précise est aisément disponible...* » F. BIDAULT, P.-Y. GOMEZ, G. MARION éd., *Confiance, entreprise et société*, Paris, Ed. ESKA, 1995.

³⁰² Voilà pourquoi a contrario certains dénoncent l'irréalisme de la notion d'*opinion publique*. En ce sens, cf. P. BOURDIEU, « L'opinion publique n'existe pas », *Les Temps modernes*, 31, 1973, p. 1292-1309 ; J.

repose sur l'hypothèse de chaque individu a, que son congénère qui présente un certain nombre de signes possède certaines caractéristiques. S'il souhaite à son tour posséder des caractéristiques identiques, il lui suffit de mimer son modèle. Cette mimesis nécessite fréquemment un rapprochement physique et intellectuel, d'où l'emploi du terme « agrégat ».

Nous montrerons comment la participation à certains groupes (comme souvent les institutions) procède de la logique de la mimesis d'agrégat. Ces comportements induisent des besoins réglementaires spécifiques, puisqu'il suffit d'appliquer la norme sur le point de repère des individus agrégés.

Notons enfin que l'information imparfaite peut entraîner des mimesis aux effets complexes, formant des agrégats difficilement prédictibles car aléatoires et irrationnels. Ainsi, le snob ne crée pas de mode. Il suit aveuglément toutes les tendances, même les plus loufoques. C'est son aptitude à amplifier ces tendances qui font croire à ceux qui le suivent qu'il « fait » la mode. De fait c'est le snob qui est de tous le plus esclave, car il est totalement tributaire du regard admiratif des autres³⁰⁴. Mais si l'admirateur croit que le snob fait la mode, alors que le snob suit la mode qu'il croit que les autres attendent de lui, *qui fait réellement la mode ?* La direction que prendront les « créations » ne sembleront avoir d'autre sens qu'une figure parfaitement aléatoire.

J.-P. Dupuy suggère qu'il n'en est rien. Le mécanisme de la mode serait similaire à celui du chaos déterministe que nous avons exposé en introduction. Il suffit d'une petite variation, un malentendu, un message mal interprété, une *erreur créatrice* au sens d'H. Atlan, pour que les boucles de rétroaction engendrées par la mimesis amplifient le message au point de lui donner une dimension parfois considérable, qui masquera l'insignifiance de son origine. De nombreuses figures de ce type sont décelables dans les classiques de la littérature française. Ainsi Julien Saurel, dans *Le rouge et le noir*, profite d'un effet de rétroaction entre le bourgeois et le noble, qui se disputent ses prestations de précepteur. Chacun des deux veut ce que l'autre désire, et augmente les enchères même si le prix à payer devient sans commune mesure avec la prestation offerte. Au départ, il a suffi à Julien de se trouver au centre d'un conflit potentiel entre deux rivaux. Et l'offre communément faite de ses services a constitué le signal initial³⁰⁵.

Ainsi, une société constituée d'individus systémiquement « myopes » tend à amplifier aléatoirement certains signaux qu'elle génère. Les modes, les phobies, les croyances collectives constituent le plus souvent des phénomènes totalement aléatoires qu'il est très difficile de contrôler. La présence au sein du *corpus juris* de l'adage *error communis facit jus*

DAVALLON, « L'opinion publique dans le modèle démocratique », dans *Procès* n° 8, *Droit et agrégation sociale*.

³⁰³ Sur l'agrégation des intérêts ouvriers, cf. p. ex. Francine SOUBIRAN-PAILLET, *Droit, ordre social et personne morale au XIX^e siècle : la genèse des syndicats ouvriers. T.1 : L'agrégation d'intérêts chez les ouvriers de 1791 au Coup d'État de 1851*. (Collaboration pour le recueil de données : Pierre LENOEL et Claude SCHKOLNYK), Paris, CESDIP, 1992, 291 p. (Coll. Déviance et contrôle social, n° 57).

³⁰⁴ Sur l'infinie complexité que ce jeu de miroirs peut entraîner, cf. J.-P. Dupuy, *Entre le sacrifice et l'envie, op. cit.*, notamment pp. 76 s.

³⁰⁵ Dupuy trouve d'autres exemples de cercles mimétiques, dans le *Don Juan* de Molière en particulier. Cf. J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales, op. cit.*, notamment ch. 14.

(l'erreur commune fait le droit) est révélateur d'une nécessité : celle d'ouvrir la texture du droit aux pressions nées d'une émergence non contrôlée de pratiques convergentes. A.-J. Arnaud, à la suite de Carbonnier, a donné une interprétation de ce mécanisme d'inclusion progressive des pratiques et coutumes au sein du droit : les pratiques s'insinuent et trouvent leur place dans la structure normative par le biais du *champ vulgaire*³⁰⁶ de l'infra-droit. Parfois le droit inclut la nouvelle norme en son sein, parfois il résiste. Par exemple, la croyance fermement ancrée que l'occupant d'un immeuble peut faire le bruit qu'il veut entre dix heures du matin et dix heures du soir n'a jamais été intégrée au code civil, qui ne fait aucune distinction d'horaire concernant les troubles de voisinage³⁰⁷.

Quelle peut donc être la rationalité d'une société d'individus dont les décisions ne répondent à aucune considération d'ensemble, et dont les tendances mimétiques peuvent défaire une norme aussi rapidement qu'ils l'ont faite ? On pourrait être tenté de considérer qu'il n'y en a aucune, ou très peu. La société livrée à elle-même semble dépourvue de fil directeur. Or nous avons évoqué quelques éléments qui peuvent amener à penser qu'il n'en est rien : l'environnement joue un rôle omniprésent dans la détermination des stratégies individuelles, la communication et l'émergence de sens collectif sont également des facteurs de stabilité à prendre en considération. Enfin, la mimesis est une figure dont les facettes peuvent connaître une multitude de déclinaisons. Parmi celles-ci la spécularité produit, au contraire de l'imitation pure et simple, des effets globaux d'une grande stabilité.

b. *Figures complexes : spécularité et adaptation*

La spécularité constitue le premier mécanisme individuel de la socialisation. Mais curieusement peu de figures juridiques basées sur l'autorité font appel à lui pour amener le système social vers l'ordre. On peut le déplorer, dans la mesure où les équilibres qu'il engendre tendent vers une « optimalité », tout en démontrant une grande robustesse.

Les individus agissent au quotidien suivant la représentation qu'ils se font du monde qui les entoure et de la place qu'ils y occupent. Ils forment leur société, et celle-ci les forme en retour. Mais il serait hasardeux de considérer que les individus possèdent une vision immédiate et globale d'une société qui s'étend bien au-delà de leurs capacités cognitives. Pragmatiquement, ils se fondent sur leur entourage immédiat et prennent leurs informations à quelques sources limitées, dont il leur est difficile d'évaluer la fiabilité.

Partant de ce cadre de construction de représentation limité dans l'espace, trois principales figures comportementales peuvent être dégagées. A l'extrême, on relève le mimétisme (détermination totale) et l'indifférence (indétermination totale) ; ces figures

³⁰⁶ Cette création normative fait de ces pratiques de véritables sources du droit. « *Le champ juridique vulgaire peut donc être défini comme celui des transformations pacifiques d'éléments d'un imaginaire en éléments de droit, moyennant une matérialisation qui s'est affirmée parallèle au droit en vigueur, et sa concurrente.* » A.-J. ARNAUD, « Le Droit, un ensemble peu convivial », *Revue Droit et Société* n°11/12, Paris, LGDJ, 1989, p. 92 ; une discussion sur le conflit de cette doctrine avec le positivisme juridique sera proposée au Titre II.

³⁰⁷ D'une manière plus théorique, on retiendra également la *théorie des greffes juridiques* proposée par A.-J. Arnaud in *Pour une pensée juridique européenne, op. cit.* (discutée plus avant au Titre 2). Bien que cette théorie s'attache plus spécifiquement à l'étude des relations réciproques entre les systèmes normatifs, ses représentations peuvent également être adaptées aux relations entre les systèmes normatifs, prénormatifs ou pseudo-normatifs (comme le droit alternatif).

simples, nous l'avons vu, peuvent néanmoins produire ce que Merton nommait des « effets de composition » complexes. A un stade intermédiaire se situe une figure que Vullierme nomme « spécularité ».

Cette figure consiste à se placer intellectuellement à la place de l'autre. Cette attitude complexe se met en place tardivement chez l'homme (aux alentours de huit ans). Elle nécessite en effet un certain apprentissage préalable de l'autre et une capacité à conserver une différenciation. En effet, le simple mimétisme ne suffit plus. A se projeter dans celui que l'on imite, on ne retrouve guère que soi-même. Le mécanisme spéculaire est plus complexe. On imagine soi et l'autre en même temps, ce qui amène à être capable de se regarder, non plus avec ses propres yeux, mais celui de l'autre. Sur le plan individuel, un pas supplémentaire vers une forme d'extériorité est franchi, puisque l'on crée un autre virtuel que l'on cherche à faire correspondre aux individus qui nous entourent.

Qu'en résulte-t-il ? Dans un premier temps et par nécessité, un rapprochement : *« Nous sommes contraints d'apprendre à reconnaître leurs perceptions [aux autres], leurs sentiments, leurs désirs, leurs idées. Or, comme ils sont eux-mêmes placés dans une situation exactement symétrique de la nôtre, nos schèmes de modélisation respectifs finissent par se rapprocher. Il nous faut en effet non seulement saisir le modèle qui est le leur, mais également le modèle qu'ils ont de notre propre modèle, faute de quoi leurs réactions à nos gestes seraient pour nous absolument imprévisibles et donc potentiellement aussi dangereuses que celles du reptile dont l'enfant qui s'en approche ignore qu'il est venimeux »*³⁰⁸. Ce rapprochement résulte de l'incertitude fondamentale qu'engendre cette figure à l'infini.

La spécularité est en effet un bouclage de l'information sur elle-même. La nécessité de décider contraint l'être qui se projette dans les autres à interrompre à un moment donné le jeu de miroirs : *« Chaque schème humain de modélisation comporte l'affirmation de l'existence d'autres schèmes de modélisation qui réciproquement affirment son existence. Mais au lieu que ce jeu des « Je pense que tu penses que je pense que tu penses... » ne provoque une régression à l'infini qui interdirait toute conclusion et toute action, il se trouve qu'une parfaite équivalence s'établit entre d'une part ma « conscience » de la « conscience » par l'autre de ma « conscience » et, d'autre part, la pure et simple « conscience de soi ». »*³⁰⁹. Nous avons montré *supra* la stérilité décisionnelle des messages bouclés sur eux-mêmes. La pragmatique exige de raisonner de manière plus « raisonnable ». La raison consiste ainsi à tenir compte de l'impuissance de la raison pure. Plutôt que de chercher une inatteignable certitude à l'infini, autant interrompre le cercle dès le premier pas : le raisonnement deviendrait ainsi : « A pense que B pense que A pense X. ».

Par effet de réflexivité, cette simple étape complique notablement le schéma cognitif que nous avons exposé page 104. Non seulement nous possédons une connaissance, la connaissance de cette connaissance, mais il faut y appliquer la supposition (disons l'imagination) de ces deux formes de cognition. Autrement dit, l'être que nous nous imaginons possède également une connaissance et sa métaconnaissance, et se représente lui-même notre propre connaissance et métaconnaissance... il nous faut désormais rendre compte

³⁰⁸ J.-L. Vullierme, *op. cit.*, pp. 230-231.

³⁰⁹ *Idem*, p. 231.

de 8 formes de connaissance, soit 2197 possibilités de formes composées selon notre tableau (la progression s'effectuant à la puissance des niveaux de spécularité³¹⁰, soit ici au cube).

Devant cette complication combinatoire, une stratégie raisonnable suggère de recourir à une logique intuitionniste similaire à celle de Brouwer : collecter des indices comportementaux de l'autre, en se représentant ce que l'on aurait pensé pour agir ainsi si l'on avait été l'autre, et se créer une image de l'autre, synthèse de l'observation d'un comportement, du sens qui y a été attribué et de la confrontation avec sa propre personnalité. Nous obtenons l'exacte image du mécanisme de qualification des faits chez le juge (pré, co et surdétermination, cf. p. 80).

La spécularité produit également des figures globales, dont certaines présentent des formes que nous connaissons bien. Nous avons vu que les individus ne déclenchent des représentations spéculaires qu'avec un nombre limité de leurs voisins, dont ils ne possèdent qu'une connaissance limitée ; et malgré tout, c'est à partir de ces éléments qu'ils se construisent une représentation de leur groupe. Selon Simon la raison substantive (basée sur la logique formelle) est inadéquate pour décider en situation complexe ; le nombre de calculs nécessaires tend vers l'infini, quand ils ne tombent pas dans l'ornière de l'indécidabilité. Seule la rationalité limitée permet de trancher, c'est-à-dire de choisir avec arbitraire ou intuition entre plusieurs possibles, qu'il sera toujours possible de justifier a posteriori. Ainsi **une représentation du groupe basée sur la raison pure ne saurait être humainement concevable, passée une population de quelques individus**. Il en résulte que toute autre représentation est de type hypothétique, et que partant, le comportement du groupe échappe toujours aux individus.

Ce point est important, car il tient d'une nécessité immanente à l'individu, et c'est sur cette immanence que va se fonder une conception imaginaire, la transcendance. L'individu se construit une représentation spéculaire de son groupe sur la base de ce qu'il observe de parties de ce groupe : il modélise sa société. Mais son modèle, fondamentalement incomplet, finit par diverger de ce qu'il observe de l'évolution du réel. Le réel *fait comme si* quelque autre volonté l'agissait. On serait alors tenté de penser que ce qui fait produire au tout un mouvement non conforme à ce qui était prévisible, ce sont les autres. Mais que voit celui qui mime ou construit des raisonnements spéculaires sur les autres, sinon d'autres de ses semblables, qui eux aussi sont incapables de comprendre et maîtriser la totalité du phénomène social qu'ils constituent ? Si personne ne pilote l'avion, qui le mène d'une main apparemment si sûre là où il va ? La réponse est : dans le *tiers imaginaire*, qui représente ce tiers que la rationalité voulait exclure, et qui là encore assure la complétude du système. Ce tiers se manifeste de différentes manières : équilibre économique, main invisible, ruse de la raison ou de l'histoire, norme fondamentale, Dieu... Ce tiers irrationnel n'intervient pas dans le système, mais assure la compatibilité entre un fonctionnement purement causal et une exigence téléologique.

Il n'est pas unanimement établi que ce tiers soit irrationnel. Irrationnel signifie ici dépourvu de rationalité au sens de chacun ; ce terme ne désigne pas quelque chose de hasardeux, de fortuit, de *non rationnel*. On ne saurait admettre que d'une communauté de décisions prises au nom d'une rationalité même limitée découlât un élément irréductiblement

³¹⁰ Pour être précis, un niveau de spécularité représente deux unités, puisque la spécularité signifie mise en place d'un mécanisme en deux étapes : le soi et le soi imaginaire représentant l'autre.

irrationnel. Aussi préfère-t-on postuler qu'une rationalité **existe**, que celle de chaque individu, par essence limitée, ne saurait connaître. C'est ainsi que de l'individuel limité naît le commun illimité, la perfection constituant cet éternel inaccessible qui échappe à tous. Cet inaccessible lieu symbolique de la perfection assure la compatibilité de chaque imperfection au niveau individuel. Nous avons le droit d'être imparfaits, car nous le sommes tous. Ainsi nos mutuels défauts nous semblent moins insupportables.

Depuis ses origines le concept de justice est lié à autrui. Soit il ne fait référence qu'à lui-même et l'on obtient la justice *commutative*, sorte d'essence d'équité, soit l'on fait référence à l'autre et l'on obtient la justice *distributive*, qui tient compte de la complexité de chacun. Si cette différence est depuis longtemps soulignée par la doctrine, il n'en est pas de même de celle qui est liée à la qualité de *connaissance actionnable* du droit. La connaissance actionnable est un mélange de valeur et de processus. La justice pouvant s'attacher à des règles qui fixent des valeurs, des processus ou un mélange de ces deux dimensions, il en résulte un caractère parfois difficilement saisissable de cette notion³¹¹.

Le mécanisme de la spécularité rend ici de grands services, puisqu'il permet un **ajustement spontané** des valeurs qui fondent la justice auprès des sujets de droit. Il n'est plus besoin, dès lors, de donner une consistance à ce concept. C'est lui qui va évoluer en s'adaptant au gré des besoins, exprimés ou non, des sujets. Les droits d'inspiration judéo-chrétienne comprennent peu de normes spéculaires, mais certaines ont connu une remarquable pérennité. La plus connue est un des dix commandements : *ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'il te fasse*. Ce principe d'abstention délictuelle par application préventive d'un principe personnel de responsabilité possède des vertus d'adaptation spontanée : le sujet cogitant est à la fois lui et l'autre. Et en imaginant cet autre il réalise l'Autre, c'est-à-dire le principe de justice. En se regardant et jugeant dans l'œil de son semblable, c'est-à-dire de son propre être extériorisé, le sujet cogitant inhibe ses inclinations préjudiciables car il ne peut sans violer la règle nuire à autrui en ayant conscience de le faire. Toute justice devient inutile car chacun est son propre juge.

On peut trouver d'autres mécanismes spéculaires dans les adages du droit français, comme *Audi alteram partem* (*Entends l'autre partie*). Il s'agit ici d'amener chacun à exposer son point de vue, de manière à ce qu'ayant pu s'exprimer, le jugement puisse **communément** être considéré comme conforme à la justice ou l'équité telle qu'elle se serait manifestée si chacun s'était bien jugé lui-même. Cette spécularité s'applique également dans le domaine de la

³¹¹ Ces quatre dimensions se retrouvent chez St Thomas d'Aquin : « *La justice, parmi les autres vertus, a pour fonction propre d'orienter l'homme dans les choses relatives à autrui. En effet, elle implique une certaine égalité, comme son nom lui-même l'indique: ce qui s'égale s'ajuste, dit-on vulgairement; or, l'égalité se définit par rapport à autrui. Les autres vertus, au contraire, ne perfectionnent l'homme que dans les choses qui le concernent personnellement. Il s'ensuit que ce qui est droit dans les œuvres de ces dernières, et à quoi tend l'intention vertueuse comme à son objet propre, ne se définit ainsi que par rapport au sujet vertueux, tandis que le droit, dans les œuvres de justice, est constitué par son rapport avec autrui, même abstraction faite du sujet : nous appelons juste en effet dans nos œuvres ce qui correspond selon une certaine égalité à autre chose, par exemple le paiement du salaire qui est dû en raison d'un service rendu. En conséquence, on donne le nom de juste, avec toute la rectitude de justice qu'il comporte, à ce à quoi l'acte de la vertu de justice aboutit, sans même s'inquiéter de la façon dont le sujet l'accomplit, alors que, pour les autres vertus, c'est au contraire la façon dont le sujet agit qui sert à déterminer la rectitude de ce qu'il fait. De là vient que l'objet de la justice, contrairement à celui des autres vertus, se détermine en lui-même, spécialement, et porte le nom de juste. Et c'est précisément le droit. Celui-ci est donc bien l'objet de la justice.* » (St Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II a II ae, q. 57 a. 1).

répartition sociale des richesses : ***Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiolem*** (D'après le droit naturel, il est équitable que nul ne s'enrichisse au détriment d'autrui), qui découle assez naturellement de ***Juris praecepta sunt haec : honeste vivere, neminem laedere, suum quique tribuere*** (Les préceptes du droit sont les suivants : vivre honnêtement, ne pas nuire à autrui, rendre à chacun ce qui lui est dû). A **contrario** ***Nemo ex alterius facto praegravari debet*** (Personne ne doit être appauvri par le fait d'autrui)³¹².

Ces derniers adages déterminent certains principes supralégaux de répartition des biens et des obligations (notamment le *suum quique tribuere*, directement hérité du droit romain). Ils orientent la doctrine et les décisions judiciaires, même en l'absence de toute norme explicite. Ce qui conduit l'homme de loi, de facto, à intervenir quand un litige de type économique lui est soumis, au nom d'un certain appel à l'équité.

On est frappé ici par la correspondance de ces principes millénaires et la formulation de certains équilibres modernes de l'économie politique. Par exemple, la *main invisible* d'Adam Smith utilise un principe spéculaire : *la quête illimitée des recherches ordonne spontanément la société tant que chacun agit de manière à ce que les autres l'approuvent* (application conjointe du principe de sympathie et de la théorie de l'ordre spontané, comme J.-P. Dupuy a montré qu'elle résulte d'une lecture attentive de l'œuvre de Smith³¹³). Mais également l'équilibre pareto-optimal, qui est atteint quand *une répartition de richesses ne peut plus être changée sans nuire à l'un quelconque des agents économiques*.

Le mécanisme qui constitue la base de ces comportements spontanément optimaux a été identifié par A. Smith : il s'agit de l'*envie*, que celui-ci nomme *self-love*. Cet amour de soi n'est pas la traduction exacte de celui de Rousseau. Cet auteur y voyait en effet le lieu de déchaînement des passions (ce qui n'est qu'un cas particulier du déchaînement mimétique, la schismogénèse symétrique³¹⁴). J.-P. Dupuy a consacré à l'envie un ouvrage entier³¹⁵, d'où ressort clairement le caractère éminemment ambivalent et destructeur de ce sentiment.

L'envie est en effet le premier des sentiments spéculaires. Elle vient juste après l'indifférence. Au début l'envie est vertueuse : on admire celui qui nous semble posséder une situation meilleure que la nôtre, et on tente de l'imiter pour se hisser à sa situation. Mais que l'autre se rende inaccessible, ou que l'on s'aperçoive que le contrat social comportait une clause abusive et cachée (comme la révélation d'un blocage institutionnel ou social à la promotion, cf. *Non-dit et réseaux*, p.242), et c'est dans la violence la plus débridée que peut sombrer ce qui n'était initialement qu'idolâtrie béate. Cette figure constitue la stratégie dite « du boudeur »³¹⁶, que l'on présente parfois comme une variété de figure mimétique selon Girard, mais qui serait davantage une figure spéculaire selon Vullierme. Le boudeur est d'abord un envieux. Il cherche à imiter le modèle qu'il admire ; mais sachant qu'il vient à savoir que finalement il n'obtiendra jamais ce qu'il convoite, il peut être tenté de le détruire,

³¹² Ces adages sont extraits de la base du Réseau Européen Droit et Société (<http://www.reds.msh-paris.fr/communic/adages2.htm>) ; pour un commentaire détaillé de chacun, cf. L. BOYER et H. ROLAND, *Adages du droit français*, 3^{ème} éd., Paris, Litec, 1999.

³¹³ Cf. J.-P. Dupuy, *Ordres et désordres*, ch. 4 ou *Introduction aux sciences sociales*, ch. 6. Ces deux ouvrages *op. cit.*

³¹⁴ La schismogénèse est la tendance différenciatrice de l'individu face à son congénère. Nous reviendrons sur ce concept forgé par G. Bateson *infra* (p. 270).

³¹⁵ J.-P. Dupuy, *Le sacrifice et l'envie*, *op. cit.*

³¹⁶ J.-P. Dupuy, *Ordres et désordres*, *op. cit.*, ch. 5.

ne serait-ce que pour empêcher qu'un autre puisse en profiter à sa place. Pour empêcher ce réflexe (qui peut se concevoir comme complément de la *tragédie des communs*), il est nécessaire de détruire la spécularité. Pour ce faire, il suffit de transcender l'objet, c'est-à-dire l'éloigner définitivement de **tous**. Nul ne peut plus, dès lors, envier son prochain, puisque personne ne peut plus s'y rapporter ni s'y identifier. Cette méthode est aussi ancienne que les demi-dieux et les dieux vivants, qui s'épargnent ainsi toute remise en cause de leur légitimité et gagnent l'amour des foules qui peuvent se réapproprier leur image comme supplément transcendant de leur ego.

Mais ce qui vaut pour la figure centrale ne vaut pas pareillement pour le prochain. « *C'est volontiers que nous éprouvons de la sympathie pour la joie d'autrui, dès lors que l'envie n'y fait pas obstacle.* » (A. Smith). Il est rare que nous transcendions notre prochain. Aussi fait-il une cible plus évidente pour notre envie concupiscente. Notre spécularité prend une tournure ambiguë, car nous nous disons que nous aimerions être à la place de l'autre, ce qui peut aussi bien nous inciter à l'imiter qu'à le mettre à bas.

De manière générale, il peut être supposé que l'envie constitue une notion dialogique, et qu'à ce titre elle est d'autant plus instable qu'elle est forte.

R. Boudon a montré que les mouvements sociaux de mai 1968 pouvaient s'analyser comme un effet pervers qui frappait une régulation inadaptée aux demandes suscitées par le progrès rapide de l'époque. De fait on peut voir ces événements comme une oscillation d'un système social entre plusieurs tendances. Initialement, une forte croissance économique alimente les revendications et fait ressortir l'inadéquation croissante avec les structures politiques ; la masse remet en cause le pouvoir central qui lui sert de point de repère. Puis, à l'occasion d'une manifestation estudiantine relativement anodine, la contestation enfle et prend l'apparence d'un repère alternatif que l'ensemble de la société semble vouloir adopter. Le pouvoir vacille. La fuite éclair du général de Gaulle à Baden Baden constitue un nouveau retournement : la perspective d'un bouleversement effectif de l'ensemble des valeurs sociales devient crédible, entraînant des peurs qui se concrétisent par un soulagement au retour du général, et le plébiscite remporté par son parti lors de l'élection législative anticipée qui suit. Cependant, aucun des protagonistes de l'époque ne put s'enorgueillir d'avoir remporté une victoire. De Gaulle fut désavoué un an plus tard par référendum, et F. Mitterrand dut attendre plus de dix années pour trouver une majorité. Lors du mois de mai, divers leaders politiques s'étaient présentés comme des repères possibles, mais aucun n'a pu emporter un consensus. De fait, se présentait un mouvement comparable à celui d'une foule qui vient de perdre son repère central : elle en cherche d'autres parmi ses propres éléments. Et si rien en son sein ne lui semble constituer une alternative crédible, se met en place un mouvement aléatoire semblable à la stratégie de la godille d'Y. Barel. D'où il ressort qu'une foule ne peut trouver en elle-même une ressource qui lui permet de se passer d'un quelconque repère extérieur que si elle sait déjà le trouver. La spécularité représente le dépassement de l'autorité, mais l'autorité constitue le dernier refuge d'une spécularité défailante.

Les mécanismes spéculaires sont très proches de leurs cousins mimétiques, qui malgré leur automatisme peuvent former, nous l'avons vu, des compositions sociales élaborées. On peut supposer que la mimesis peut se considérer comme l'évolution vers l'habitude d'un mécanisme spéculaire, cette stratégie pouvant s'avérer efficace car la spécularité est très exigeante en calcul (il faut se placer à la place de l'autre, ce qui n'est pas aisé et peut mener à des hypothèses non vérifiables). Mais le prix à payer est élevé, puisque la faculté critique de l'imitateur étant inhibée, il devient tributaire des erreurs du décideur qu'il a pris pour modèle.

On peut ainsi en venir à se fier à des figures que l'on croit réelles et qui ne sont qu'une pure vue de l'esprit ; en ce domaine, ce qui est valable pour la spéculation³¹⁷ l'est également pour la société dans son ensemble³¹⁸. Castoriadis a ainsi montré le caractère fondateur de ce mécanisme pour une société, complétant la théorie du social hypostasié de Durkheim. On peut cependant voir un effet pervers à la spécularité : la perte du contrôle objectif de la totalité, et l'autotranscendance de celle-ci. Emportés par des schismogénèses qu'ils ne maîtrisent pas, les individus peuvent ériger en chef n'importe quel phénomène humain ou naturel qui prend la forme à leurs yeux, d'un foyer décisionnel : le soleil, les étoiles, les périodes de migration ou de reproduction des espèces animales autochtones...

Nous retrouvons ici la portée métaphorique du modèle d'Ising. Formant un réseau serré, les molécules sont de moins en moins fortement corrélées au fur et à mesure que la température s'élève. Tout se passe comme si des individus cessaient de s'imiter, perdant la confiance les uns en les autres. Ainsi la susceptibilité du système augmente à mesure que l'on s'approche du point critique, c'est-à-dire que la société devient de moins en moins contrôlable, puisque le moindre commandement est de plus en plus critiqué. Au point critique, le système est totalement instable et versatile, et peut basculer brusquement d'un côté (obéissance) comme de l'autre (rébellion). Ce point critique, pour fluctuant et imprévisible qu'il soit, n'en correspond pas moins à une configuration donnée, de l'individu et de sa société.

Ce point critique peut cependant être largement évité si l'on contraint l'individu par une norme spéculaire, encore que la complexité humaine puisse les prendre en défaut. Ainsi les commandements bibliques que nous évoquions *supra* perdent leur efficacité s'ils sont inculqués à un individu qui ne s'aime pas ou qui présente des tendances masochistes : ces préceptes lui laisseraient le champ libre pour nuire à autrui, faisant tendre la société vers un équilibre de la vengeance. Voilà pourquoi d'autres mécanismes, basés sur des valeurs transcendantes, se sont révélées nécessaires pour stabiliser certaines situations. Certaines rares figures par contre, présentent la particularité d'être totalement auto-adaptatives, ne nécessitant ni définition transcendante ni substantielle. Ainsi l'équilibre selon Pareto, ou la définition de la société la plus souhaitable telle qu'elle résulte de notre théorème n°5 : *La société la plus désirable est celle dans laquelle chacun serait pareillement heureux s'il se trouvait à la place de l'autre.*

On peut avancer quelques conjectures quant au peu de recours qu'il est fait par le droit aux normes spéculaires :

- elles sont d'une application complexe : elles nécessitent que le législateur fasse confiance au justiciable, et que celui-ci fasse preuve de vigilance.

³¹⁷ Dans le cas des bulles spéculatives qui voient diverger le spéculaire du réel, l'imaginaire boursier agit comme une suppression totale de tout repère, puisque la rationalité de l'investisseur n'est plus fondée que sur lui-même : « *sous l'effet de la spéculation, le prix moyen à terme finit par diverger de ce prix moyen, dès qu'interviennent des opérateurs qui sans être objectivement des producteurs ou des consommateurs (...), parient sur leur capacité spéculative supérieure de prévoir la spéculation et de calculer ses effets sur les cours.* » (Vullierme, *op. cit.* p. 237).

³¹⁸ C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1986.

- ce sont des normes purement processuelles : leur contenu est totalement déterminé par leur récipiendaire. Ceci rend leur contrôle par le juge totalement factuel, ce qui n'est pas sans poser les difficultés usuelles en matière de preuve pour les jugements in concreto.
- enfin, une norme spéculaire est l'expression d'une certaine forme d'autonomie du social vis-à-vis du judiciaire. Il n'est plus nécessaire de faire recours à la justice, puisque chacun constitue son propre juge, et que le groupe est mû par la main invisible de la norme bienveillante. La norme spéculaire ne saurait posséder d'effet pervers, puisque chacun est simultanément celui qui l'applique et la fait appliquer. Il n'y a plus non plus besoin de pouvoir central, ni d'Etat, chaque citoyen étant simultanément doté de ces prérogatives. L'Etat se réalise en-dehors de la volonté de l'Etat. On conçoit dès lors, malgré ces propriétés extraordinaires, la relative froideur du politique à l'encontre de ce mode de régulation...

Au niveau purement technique, la spécularité présente également des avantages, puisqu'elle permet de proposer une version opérationnelle de la notion d'équité. Cette notion échappe traditionnellement à toute définition organique. Les adages se contentent de postuler qu'elle se suffit à elle-même (*Aequitas lucet per se - l'équité brille d'elle-même*) mais aussi qu'elle représente un mécanisme universel : *Aequitas nihil aliud est quam jus quam lex scriptio praetermisit - L'équité n'est autre chose que le droit que la loi n'a pas couché par écrit*. Enfin, elle revêt fréquemment une connotation économique : *Aequum est neminem cum alterius detrimento locupletiolem fieri - L'équité, c'est l'absence d'enrichissement au détriment de l'autre*.

A partir de ces éléments, on peut conjecturer que l'équité ne constitue pas tant une valeur universelle que le résultat vers lequel tend une méthode d'évaluation qui elle, pourrait présenter un caractère universel. On peut par exemple proposer une définition spéculaire de l'équité. Partons du principe que nous avons affaire à deux parties qu'un différend oppose. Chacun fait l'évaluation de son préjudice ; c'est-à-dire qu'il construit une représentation de ce qu'il considère comme ses droits (les obligations de l'autre) et ses obligations (les droits de l'autre). Mais en même temps, il peut évaluer ce que l'autre se représente comme étant ses droits et obligations à son propre égard. La spécularité consiste à considérer son point de vue et celui de son prochain.

Sachant que chacun se place dans une relation spéculaire avec l'autre, l'équité se présente comme **l'intersection des représentations spéculaires de chaque partie**.

Si chacun accepte de faire des sacrifices sur ses droits et obligations selon ce qu'il estime que l'autre consent, l'équité se pose comme un *milieu* naturel, fruit d'une transaction que chacun va estimer réciproque. Le juge, ou le médiateur, ne se présente alors que comme un intermédiaire, un accoucheur au sens socratique, de l'échange qui débouchera sur un accord.

Exemple : A estime qu'il a vendu un objet valant 110 à B, et qu'il n'a reçu en échange que 100 francs. De son côté, B estime que 100 francs sont largement assez bien payés au regard de ce que vaut l'objet (à ce stade, chaque partie considère son seul intérêt). L'équité ne commande pas nécessairement de fixer le prix de l'objet à 105 francs. Il se peut que le vendeur s'aperçoive qu'il a vendu l'objet en-dessous de son prix habituel et tente de récupérer le solde, au mépris de la règle du consensualisme. L'équité consistera à apprécier la situation *in concreto*, en tenant compte de la qualité des parties et de leur capacité d'accès à l'information, pour en inférer si l'échange était ou non lésionnaire. En l'occurrence, un vendeur qui commet une erreur d'évaluation grossière révèle par là même une négligence professionnelle, tandis qu'un acheteur chevronné ne saurait équitablement non plus se prévaloir d'une telle erreur. L'équité telle que définie spéculairement empêche que soit prononcé un jugement sur les apparences économiques d'une transaction. On va simuler chez chacun le processus décisionnel, pour le comparer à des critères extérieurs d'objectivité ; en l'occurrence, la transparence de l'information.

Pour le juge, qui se place alors en relation de double spécularité (il se met en lieu et place de chacun), l'équité s'appréciera en fonction de ce que chacun savait, aurait dû savoir et aurait normalement estimé ce que sachant. C'est par l'appréciation in concreto que le juge parfait une spécularité inachevée entre les parties, et révèle une équité latente.

On remarquera par ailleurs que cette définition de l'équité se place à mi-chemin entre les notions de justice commutative et distributive, puisque chacun reçoit à **hauteur de ce qu'il estime pouvoir exiger compte tenu de l'autre**. L'équité spéculaire peut constituer une base pour la définition complexe de la justice.

Faute de recourir aux normes spontanément adaptables, il faut bien se résoudre à utiliser celles qui fixent non seulement des processus, mais également des valeurs, de manière ponctuelle et malgré le risque de les voir à terme diverger des besoins qu'elles auront elles-mêmes engendrés. Cette attitude court-termiste contraint le législateur à une perpétuelle vigilance des soubresauts de la société.

c. *Figures juridiques : similitudes et disparités*

Selon de doyen Hauriou, le droit repère les similitudes pour rétroagir sur les pratiques et en limiter les écarts. L'appel à la régulation serait donc la conscience d'une inacceptable disparité.

Dans la doctrine d'Hauriou, l'émergence du droit se conçoit à l'intérieur d'une société possédant un stade développé d'évolution, c'est-à-dire à l'intérieur de l'Etat.

Le rôle de celui-ci est d'identifier les pratiques par leur redondance. On définit ainsi des normes applicables à des catégories typiques, qui serviront ensuite de **repère pragmatique** aux sujets de droit³¹⁹. Ici, c'est en définissant des similitudes et des idéaux types que l'on entend imposer aux individus de réprimer leurs tendances différenciatrices.

Les hommes doivent travailler devant la majestueuse égalité des lois qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts et de voler du pain. La Révolution

éleva sous le nom d'égalité l'empire de la richesse. Elle a livré la France aux hommes d'argent. Le lys rouge

L'homogénéisation engendre-t-elle cependant si simplement la régularité, par un effet provoqué de mimétisme ? On peut opposer Arnaud à Hauriou sur ce point. Là où le second affirme que l'ajustement individuel est spontané, le premier montre, par une lecture serrée du code civil, que le nivellement de certains processus n'implique

« Le droit est justement l'ensemble des similitudes sociales rationnelles que l'Etat a mission de maintenir. Un système de droit est fait de règles générales qui, forcément, expriment des similitudes. Toute règle de droit, qu'elle soit posée par une loi ou par un règlement de police, qu'elle soit promulguée dans l'édit d'un conquérant ou qu'elle s'élabore lentement sous forme de coutume dans la pratique commerciale, est une règle générale. Les règles de la vente ne sont point faites pour telle ou telle vente particulière, mais pour ce type abstrait : la vente ; le privilège du vendeur, celui du bailleur ne sont pas faits pour tel ou tel vendeur, tel ou tel bailleur, mais pour le vendeur, le bailleur. Cette façon de procéder suppose une quintessence de similitudes; on n'a pris évidemment dans toutes les ventes, dans tous les baux à ferme, que ce qu'il y avait de commun et c'est ce qu'on a réglementé. Et cette quintessence de similitudes une fois abstraite devient une force active, car les écarts individuels se découragent, les contrats individuels tendent à se modeler sur le contrat type, le juge d'ailleurs ramène constamment le cas particulier au cas général. Au-dessus de ce premier étage de règles générales, celles applicables à un contrat déterminé, il y en a un second constitué par des règles plus générales encore, celles applicables à tous les contrats, et enfin un troisième, d'une généralité formidable, où sont les règles sur la personnalité juridique et sur la jouissance des droits, qui touche, celui-là, aux similitudes politiques, aux libertés constitutionnelles garantissant à tous les citoyens le même commercium, le même connubium, la même liberté d'action. » M. HHAURIU, *La science sociale traditionnelle*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1896, p. 378.

nullement l'homogénéité de leur produit. En l'occurrence, derrière la fiction de l'égalité des parties au contrat, peut se cacher un mécanisme qui cautionne de flagrantes inégalités sociales³²⁰ : la transparence d'un mécanisme de négociation n'est parfois pas suffisante pour en révéler les paramètres implicites. La doctrine puis la jurisprudence du droit de la concurrence sont venues confirmer cette thèse, en instituant la notion de *position économique dominante*. « *Dans les rapports entre un riche et un pauvre, la loi libère où la liberté opprime* » (Rousseau).

Cette notion remet en lumière un paramètre que la théorie du contrat synallagmatique occultait : on ne conclut pas uniquement parce que l'on est tombé d'accord sur une chose et sur un prix. On conclut parfois un contrat parce qu'il est nécessaire de tomber d'accord pour acheter une chose. Dans la mesure où l'une des parties se trouve dans un état de dépendance vis-à-vis d'un objet et que cette dépendance n'est pas réciproque (un vendeur, par exemple, qui n'est pas nécessairement tenu de vendre), on se trouve en présence d'une disparité de pouvoir au sein de la négociation. La doctrine du doyen Hauriou montre ici une certaine insuffisance : elle peut admettre qu'une pratique lésionnaire, généralisée, soit constatée et rendue acceptable par le droit.

Une doctrine plus constructiviste amènerait à suggérer d'assouplir cette position en considérant l'harmonie sociale ainsi réalisée, quitte à recourir à des arguments néopositivistes. Quand l'individu n'est pas suffisant pour orienter l'action du droit, il faut recourir à l'immanent ou au transcendant. Etonnante constatation, que le droit naturel soit le dernier recours de l'incomplétude du droit positif³²¹.

Car le droit positif se pose également comme le dernier recours de l'incomplétude du droit naturel, cette incomplétude se traduisant par un vieux grief : l'absence de lien logique entre les normes et l'opacité de leur promulgation. Dans un phénomène complexe comme le droit, le jusnaturalisme se pose en complément épistémologique du juspositivisme, le

³²⁰ Cf. A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale...*, op. cit., Partie II et notamment pp. 88-90, pp. 115-116 et conclusion.

³²¹ Qui découle d'une incomplétude générale des systèmes axiomatisés, mise en lumière par Gödel (cf. Annexe 3). Paul FORIERS aboutissait, en se basant sur l'observation et l'expérience, à des conclusions similaires : « *Le rôle du droit naturel dans le droit positif est triple. Il est supplétif lorsqu'il comble les lacunes laissées par le législateur. Il exerce une fonction de contrôle sur l'oeuvre du législateur. Il peut avoir un rôle créateur en exerçant une influence sur l'élaboration d'une législation nouvelle. C'est essentiellement grâce à la jurisprudence que le droit naturel peut exercer efficacement ce triple rôle. L'exercice par le magistrat de son pouvoir de combler les lacunes, combiné avec l'obligation qu'il a de juger sous peine de déni de justice, va avoir pour conséquence que, dans un certain nombre de cas, ce sont des principes de droit naturel qui pénétreront dans le droit positif. Il est vrai que la fonction de contrôle ou fonction régulatrice du droit naturel est limitée par le caractère impératif de la loi. Il peut arriver cependant que l'application stricte d'un texte aboutisse à une solution manifestement inacceptable. C'est une fois de plus le juge qui exercera ce contrôle délicat des normes législatives par le recours au droit naturel. Et enfin, en ce qui concerne le rôle créateur du droit naturel, les exemples que nous avons évoqués montrent à suffisance la fonction motrice du droit naturel vis-à-vis de la législation. Il apparaît donc bien que, comme l'exprime Paul Foriers, l'idée de droit naturel joue un rôle considérable dans les limites du droit positif. Ce n'est pas le droit positif qui a envahi tout le domaine du droit naturel, ce sont les normes de droit naturel qui, grâce à l'intervention de la jurisprudence, ont acquis une efficacité certaine, sans changer de nature néanmoins. Elles appartiennent désormais à ce que Paul Foriers a appelé le droit naturel positif.* » L. INGBER, *La pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 904.

« passage à la limite » se trouvant dans la logique côté juspositivisme, l'arbitraire côté jusnaturalisme.

C'est un même passage à la limite qui dissocie les similitudes et les disparités provoquées par l'application du droit. En unissant les justiciables dans des catégories prédéfinies, le droit assimile les individus. Mais c'est pour mieux les dissocier de la masse de ceux qui ne ressortissent pas de ce régime. Nous avons évoqué le rôle à la fois associatif et séparateur de la sanction carcérale : le prisonnier est isolé de la communauté, mais c'est pour mieux en intégrer une autre, celle des exclus judiciaires. Dans cette nouvelle communauté il trouvera peut-être une place, un rôle plus importants que ceux qui étaient les siens auparavant. Hayek avait noté que dans tout système formé d'individus complexes, l'application d'un principe simple provoque un effet parfois contraire du tout, car ordre spontané (complexe) et ordre organisé (simple) relèvent de deux logiques distinctes³²².

Conclusion partielle : pression et homéostasie

Nous venons d'aborder différents types d'interactions, qui nous permettent de comprendre comment les individus peuvent par le simple fait qu'ils communiquent entre eux engendrer des effets de composition au niveau de leur groupe.

Ces effets de composition ne sont pas totalement contingents. Non seulement ils sont en partie voulus (nous avons postulé que les hommes veulent se réguler en s'imposant des règles), mais cette volonté est liée à l'obligation qu'ils s'imposent de coexister dans un espace limité pour une durée illimitée. Rappelons ce rôle clé de l'environnement, qui conditionne les hommes aussi bien que les autres créatures vivantes : quand l'espace est assez vaste pour chacun, on se trouve dans un cas de parallélisme de communication, générateur d'indifférenciation (les messages ne se rejoignent pas). Personne ne peut envier l'autre s'il « possède » la même chose que soi. Ce n'est que quand intervient la rareté, étalon de la valeur économique, qu'apparaît la propriété, et par suite la possibilité de conflits qu'il va falloir réguler.

Une étude précise de ces formes d'émergence ressort de la théorie des systèmes sociaux, qui permet de penser et d'évaluer les scénarios possibles. La nôtre, axée sur des systèmes juridiques qui sont déjà émergés, se situe en aval de ce mouvement. Nous avons évoqué quelques mécanismes qui peuvent engendrer des structures et des réseaux socio-juridiques. Mais notre tableau serait incomplet si nous ne tenions pas compte de l'influence qu'exercent les figures globales que produisent les individus. Le modèle, en effet, montre à l'étape 9 que l'objet global rétroagit sur ses composantes locales. Cette figure s'applique aussi bien à l'image du droit que celle de la société. Chaque individu se construit une représentation de son groupe, tout comme chaque individu possède une conception qui lui est propre du droit auquel il est soumis³²³.

³²² « ...bien qu'il y ait toujours à la fois ordre spontané et organisation, il n'est pourtant pas possible de mêler les deux principes d'ordre à notre fantaisie. » F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. 1, op. cit., p. 57.

³²³ En dépit de l'adage selon lequel *nul n'est censé ignorer la loi*. Le terme « censé » montre bien à quel point une connaissance pleine et unanime de toutes les règles de droit constitue une utopie. On notera d'ailleurs avec intérêt que cet adage constitue une *métarègle* (règle portant sur une règle). Aucune loi ne stipule en effet que nul n'a le droit de l'ignorer. Non qu'il soit inconcevable de proscrire une ignorance (le législateur

L'étude des rapports entre l'individu et son groupe fait l'objet d'une discipline autonome, la psychosociologie, qui se présente comme une branche de la sociologie. On pourrait s'attendre à ce que parallèlement se soit développée une science du « psychojuridique », branche des sciences juridiques, mais il n'en est rien. Il faut, pour trouver des travaux concernant les rapports entre le droit et ses sujets, se tourner vers les psychologues, les sociologues, ou ceux qui se situent au confluent de ces disciplines, et ceux de leurs travaux qui s'attachent à l'objet spécifique du droit. Les juristes n'ont pas conçu *a priori* de théorie pour savoir, quand ils créent une norme comment celle-ci sera reçue, ou quand ils l'appliquent comment l'adapter efficacement aux situations difficiles³²⁴. Le contexte humain ne se présente donc pas comme un élément clé de la norme, mais un élément périphérique.

Sans entrer dans des considérations polémiques, nous nous contenterons de collecter quelques bases d'une théorie de la décision appliquée au droit en puisant dans des disciplines connexes à celui-ci, dans la mesure où notre modèle nous impose de tenir compte des paramètres qui influent sur les mutations du système juridique ; et la décision humaine est le principal facteur de ces mutations.

Au sein de notre modèle les individus subissent plusieurs influences : leur voisinage, leur groupe, mais aussi leur régime juridique. Ils s'en font une conception et agissent en fonction des prescriptions qu'ils en connaissent ou croient en connaître. Quand ils en subissent la sanction, ils réagissent, et quand ils sont amenés à redéfinir le droit, tous ces paramètres entrent en ligne de compte. C'est ainsi que se forme un réseau complexe d'interactions entre le droit et ses sujets.

Section 2 - Facteurs résultant des interactions complexes entre le droit et ses sujets

Non seulement les sujets interagissent entre eux mais de plus, dans une société régulée par le droit, ils subissent l'action des normes ou tout au moins de ce qu'ils en connaissent ou croient en connaître. En résultent d'autres figures de composition de l'objet régulé qui viennent altérer le régulateur.

Notre modèle rend compte d'une figure particulière de création du sens juridique : celle basée sur l'émergence systémique du sens. Nous écarterons donc les sources habituelles du droit que constituent les institutions judiciaires et politiques, dont le fonctionnement est bien connu et continuellement discuté. Il ressortit davantage à notre propos, puisque nous

s'embarrasse rarement de ce type de considérations), mais du fait qu'il serait paradoxal pour une norme d'énoncer : « vous devez me connaître ». Si un individu ne connaît pas la loi, comment lui reprocher de ne pas connaître la loi qui énonce qu'il faut connaître la loi ? Dans ce cas de figure, on ne peut que lui opposer une présomption de connaissance qui choque par son arbitraire, puisque tout le monde sait qu'elle est fautive. Ce type d'incomplétude est caractéristique des ensembles axiomatiques construits qui ne peuvent se suffire à eux-mêmes, comme le démontre le théorème de Gödel, cf. Annexe 3.

³²⁴ Le terme « a priori » est capital dans cette phrase. Il signifie qu'en l'état actuel des choses, il y a un vide. Des études relevant de la psychologie comportementale des sujets de droit existent bel et bien. Force est cependant d'admettre que ce domaine reste l'apanage des praticiens, magistrats, conseillers ou avocats. Au niveau de l'enseignement supérieur, il faut chercher vers la pénologie et quelques branches de la criminologie, mais une « psychologie juridique » au sens large reste encore une discipline à concevoir.

nous sommes attachés à proposer un modèle d'émergence spontanée de la règle, d'étudier comment, en l'absence précisément de telles institutions délégataires de pouvoir, des normes pourraient être dégagées par une communauté d'individus.

L'intérêt de cette démarche modélisatrice sera d'éclairer quelques pistes de réflexions, notamment pour penser la création de normes en contexte difficile comme les crises institutionnelles, les révolutions, le droit mondial.

Nous avons abordé au cours de la section précédente la manière dont les sujets interagissants composent des phénomènes globaux. Mais notre description serait incomplète si nous n'évoquions pas la perception qu'ont les sujets de leur droit. Leur bonne ou mauvaise réception de leur ensemble normatif conditionne en effet souvent leurs choix individuels. Aussi allons-nous étudier à l'instar de L. Husson³²⁵, comment des sujets autonomes et complexes conçoivent leur relations avec un objet coercitif qu'ils ont eux-mêmes créé, que ce soit à titre individuel (§1) ou collectif (§2).

§1. Le droit altéré par ses sujets

Il n'est pas courant de présenter les sujets de droit comme source de la norme. Ne pas le faire prive pourtant la théorie de la féconde représentation du droit en tant qu'ordre conventionnel.

A la notable exception de von Ihering, de son *Interessenjurisprudenz* et dans une moindre mesure du psychologisme juridique, aucune théorie juridique ne fait réellement du sujet de droit un acteur à part entière du processus de création normative.

La plupart du temps, le sujet est considéré d'un point de vue théorique, surtout quand son comportement est déviant ; il est alors surtout conçu comme récipiendaire de la norme. Ou bien il est considéré dans un contexte de groupe, mais dans ce cas les méthodes de la sociologie juridique sont mises à contribution, ce qui nous éloigne d'une conception originale de la théorie du droit.

Notre modèle propose le droit comme le fruit d'une action rétroactive d'une société sur elle-même. De plus, nous avons défini la société comme un ensemble conventionnellement formé, ce qui nous amène à suggérer que la formation normative relève d'un processus identique. C'est pourquoi nous nous attacherons à considérer le sujet dans sa dimension complexe de sujet cogitant (1), ce qui nous permettra de suggérer que si le droit peut être conçu comme un ordre conventionnel, il existe UN droit satisfaisant pour chaque société donnée, compte tenu de la structure cognitive de chaque individu. Néanmoins, la connaissance de chaque psyché est par définition impossible, et c'est ce qui fait tout l'intérêt

³²⁵ « Il n'est en effet pas douteux qu'il y ait une étroite relation entre un Droit positif et la société qu'il a pour fonction de régir, une correspondance entre les transformations du premier et les transformations de la seconde. Mais cette relation n'est pas univoque, et elle est réciproque ; car le Droit n'est pas l'effet direct des phénomènes sociaux en fonction desquels il s'élabore et se transforme ; il est une réaction de la société en cause prise dans son ensemble ou de ceux qui la dirigent (...) à sa situation présente et aux événements qui s'y produisent. Or cette réaction s'opère par l'intermédiaire de l'intelligence, parce qu'elle consiste en injonctions qui s'adressent à la volonté et ne peuvent l'atteindre que par cet intermédiaire : elle implique les actes de pensée. C'est à l'analyse de ces actes de pensée qu'il faut procéder pour en découvrir les sources profondes. » (Léon HUSSON, *Nouvelles études...*, op. cit., p. 512)

de l'observation de la manifestation tendancielle et spontanée de certaines attentes sous formes de pseudo-normes (infra-droit, avant dire-droit, in 2).

1. Le droit altéré par le sujet cogitant

Moteur essentiel de l'évolution sociale et normative, le sujet cogitant le droit (tel qu'exposé p. 100) opère des choix selon un processus complexe qui lie intimement les dimensions locales et globales. Pour agir, la rhétorique et l'argumentation comptent autant que la logique et la raison.

L'autonomie de l'individu n'est pas un concept qui s'impose de lui-même. Certaines disciplines scientifiques, en mettant l'accent sur le paradigme de la commande, tendent à occulter les latitudes décisionnelles des individus. Supposés obéir à une rationalité commune (optimisation du profit, acceptation de la législation positive), ceux-ci se voient de facto assimilés à des agents purement réactifs, possédant une relative homogénéité de réaction à des stimuli donnés, ce qui rend leur comportement collectif mathématisable.

Certains auteurs comme H.A. Simon ou J.-L. Le Moigne en économie, E. Morin ou R. Boudon en sociologie, J. Carbonnier en droit, ont remis en cause cette vision qualifiée de réductrice et outrageusement simplificatrice. H.A. Simon raconte qu'à l'époque où il était élève dans une prestigieuse *business school* aux Etats-Unis, il avait fait part à ses professeurs de son scepticisme face au caractère très simplificateur des outils (par ailleurs extrêmement sophistiqués dans leur formulation) qui lui étaient enseignés pour anticiper les réactions des décideurs des grandes entreprises, et qui réduisaient la décision à une série de courbes mathématiquement optimisables. D'après lui, les hommes ne raisonnaient pas de la sorte. Il lui fut répondu en substance que les futurs décideurs de ces entreprises émaneraient de cette même école, et que par conséquent ils raisonnaient de la sorte puisqu'elle leur avait été enseignée. Simon en tira de nombreuses conclusions quant à la rigueur épistémologique qui sous-tendait certaines théories du management...³²⁶.

Cette même rigueur semble faire également défaut aux sciences juridiques. Non pas en raison d'un caractère totalitaire de tel ou tel paradigme : la pratique judiciaire vient bien vite rectifier toute simplification de la théorie juridique. Mais plutôt parce qu'il reste une controverse toujours ouverte concernant les conceptions du droit. Selon les positivistes le droit est un produit de la volonté humaine ; il est contingent aux hommes qui le forment. Oui, répondent les jusnaturalistes, mais il existe un droit idéal, le Droit naturel. Et s'il était découvert, la société deviendrait parfaite car pleinement morale. Ce à quoi les positivistes objectent que la morale n'est qu'un ensemble de valeurs parfaitement arbitraires. Certains auteurs tentent de concilier les deux en décrivant le Droit naturel comme un idéal vers lequel pourrait tendre le Droit positif³²⁷. Un seul problème persiste : la définition de cet idéal varie

³²⁶ Cette anecdote lui sert de base pour introduire la notion de rationalité procédurale. Cf. H.A. SIMON, *Sciences des systèmes, sciences de l'artificiel*, Préf. de H A Simon pour l'éd. française ; trad. et postface de J.L. Le Moigne, Paris, Dunod, 1990, p. 28.

³²⁷ La quête de cet idéal pouvant par exemple échoir au juge. En ce sens, cf. S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bib. de philo. du droit, vol. XVII, Paris, LGDJ, 1974, notamment pp. 328-339 ; également U. Scarpelli, *op. cit.*, qui présente cet idéal comme un ensemble de principes éthiques principalement destinés au législateur.

selon les époques et les lieux où l'on se trouve ; l'absolu juridique persiste à rester relatif³²⁸.

En ce qui concerne notre modèle, la persistance de cet antagonisme suffit à accréditer l'idée qu'un nouveau paradigme est une fois de plus nécessaire pour dépasser le paradoxe. Nous proposerons une fois de plus le paradigme constructiviste, basé sur la décision complexe et les différents types de rationalité proposés par Simon.

Simon, qui a beaucoup travaillé sur la modélisation de la décision humaine, a proposé un modèle qui est devenu un classique en la matière. Il repose sur deux hypothèses préalables³²⁹ : la première est que la décision est *conception* (au sens de processus cognitif téléologique de résolution de problèmes). A.-J. Arnaud a montré que la construction de ces projets était bien au cœur du processus judiciaire³³⁰. La seconde hypothèse est que la décision est *intelligence*, au sens où le sujet peut faire une évaluation prévisionnelle de l'effet des plans qu'il a conçus pour déterminer celui qui lui semble le plus adéquat. A.-J. Arnaud a également montré que cette condition est satisfaite, s'agissant d'un acteur du droit agissant dans le cadre d'une société donnée. Se forme ainsi un triptyque que J.-L. Le Moigne a nommé modèle canonique O.I.D. (Organisation - Information - Décision).

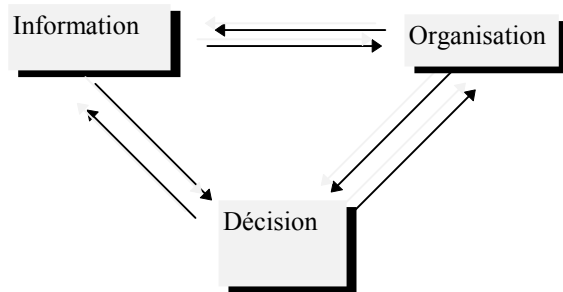


Figure 9 - Le modèle canonique O.I.D.

Ce modèle décrit la décision du sujet cogitant son action au sein de sa propre organisation. Il fut initialement développé pour rendre compte de l'organisation du sujet lui-même : le sujet possède une structure cognitive donnée, issue de celles de ses expériences passées qu'il a mémorisées, et qui l'ont affecté ; il poursuit les fins qui lui sont propres, à commencer par son *organisation* : (se) (re)produire, se maintenir, se (re)lier ; cf. p.108). De telle sorte que l'information qu'il perçoit est traitée avec sa vision propre. En résultent des décisions qui sont empreintes de cette subjectivité, formant une information qui va reformer l'environnement, ré-émettre d'autres informations, et ainsi de suite.

Mais ce modèle canonique est également transposable à des niveaux d'organisation supérieurs, comme les groupes ou les sociétés, de sorte qu'A.-J. Arnaud a pu l'étendre au processus juridique dans son ensemble. « *La décision est également inhérente à toute théorie juridique. Le droit, en effet, n'existe que par la décision, décision originaire ou décision dérivée (entendez "dérivée d'une décision originaire", qui est celle de l'autorité légitimement investie du pouvoir de dire le droit dans une société donnée).* »³³¹.

³²⁸ En ce sens, et sur ce *statu quo* d'un antagonisme qui sépare également les tenants de l'individualisme et du holisme en sociologie ou en théorie du langage, cf. Sandra LAUGIER, *op. cit.*

³²⁹ Telles qu'exposées in J.-L. Le Moigne 1990, *op. cit.*, p. 130.

³³⁰ A.-J. Arnaud, *Modélisation de la décision complexe en droit...*, *op. cit.*, pp. 61-63.

³³¹ *Idem*, p. 59.

Selon ce modèle la décision judiciaire au sens positiviste d'acte de volonté se présente comme un produit standard : l'acteur juridique n'a pas vocation à imposer sa subjectivité. L'organisation de la réalité se présente à lui comme un donné objectif, tout comme est objectivement descriptible les normes qui lui correspondent.

Cette théorie reste muette pour l'étude des *hard cases*, cas problématiques où le principe de complétude juridique se trouve pris en défaut : il faut bien créer de la norme quand on s'aperçoit qu'elle manque, ou que plusieurs sont alternatives et équivalentes. La jurisprudence analytique a donc mis en évidence la notion de *structure normative*, qui se présente comme un effet de composition des décisions ponctuelles³³².

R. von Ihering a proposé un modèle alternatif basé sur le concept d'*intérêt*. Ici au contraire c'est la subjectivité qui est mise en valeur. Il définit l'intérêt comme l'utilité d'un bien dans son rapport avec le sujet et ses buts³³³. Le droit se présente ici comme la résultante des conflits et balances d'intérêts des sujets, à l'étude desquels se consacrera l'École de Tübingen, plus connue sous le nom d'*Interessenjurisprudenz*. On cite souvent M. Weber et ses modèles de légitimation de domination par le droit, pour combler les carences d'une étude des intérêts qui néglige par trop la réalité des phénomènes globaux que ces intérêts suscitent.

Pour les besoins de notre modèle, nous combinerons une fois de plus ces différentes conceptions pour dégager une problématique globale, tout en nous focalisant sur le sujet de droit qui est le principal objet d'étude de cette partie. Nous étudierons donc un sujet dans son contexte. Mais E. Morin nous met en garde : « *Il n'est pas suffisant pour concevoir le principe de complexité, d'associer les notions antagonistes de façon concurrente et complémentaire. Il faut considérer aussi le caractère même de l'association ; l'organisation qui transforme chacun de ces termes dans les processus de bouclage.* »³³⁴. Le sujet de droit doit donc être étudié comme sujet dans et relié à son contexte. Ainsi le processus de création normative peut-il être analysé dans les mêmes termes que la création collective³³⁵.

C'est par la mise en œuvre de la téléologie que l'on peut voir émerger les groupes, réseaux et structures, même si ceux-ci ne sont pas nécessairement l'objet de cette téléologie. Chaque groupe, chaque réseau, chaque structure obéit à une téléonomie propre, basée la plupart du temps sur un certain nombre de privilèges, et c'est en ajustant par mimésis sa propre téléologie que l'individu réalise la téléonomie de son groupe. Il mime les us et coutumes qui le feront reconnaître des autres membres et donne ainsi force et consistance à une réalité qu'il façonne. Et à force de croire qu'il croit, il se persuade qu'il sait qu'il sait, puisque chacun de ses compagnons lui renvoie le même message rassurant, attendant qu'il les

³³² En ce sens, cf. John RAZ, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970, mais aussi Kelsen 1962, *op. cit.*

³³³ R. von IHERING, *L'évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. O. de Meulenaere, Paris, Chevallier & Maresq, 1901, p. 327.

³³⁴ E. Morin, *La Méthode, T. 1 : La nature de la nature*, Paris, Seuil, 1977, p. 381.

³³⁵ Il est par exemple possible de considérer le sujet comme un **agent concepteur**, ce qui permet ensuite d'étudier les phénomènes de **coopération entre agents** : Khaldoun ZREIK et Brigitte TROUSSE (éd.), *Organisation de la conception*, Editions Europa, Paris, 1994, 316 pages.

imite en retour³³⁶. Le savoir ne serait donc, comme le langage, être présenté comme un donné, mais bien au contraire un construit, puisque hormis l'hypothèse extrêmement limitative des sciences de la nature, la connaissance des réalités sociales est par essence soumise à la subjectivité de l'observateur³³⁷.

Mais si nous nous situons au niveau du paradigme inforgétique que nous évoquions en introduction, il apparaît que les réalités sociales, pour objectives qu'elles puissent se concevoir, sont de fait des construits subjectifs (intersubjectifs plus précisément). En termes d'information et d'énergétique, l'individu informe sa société pour s'informer lui-même. Il s'organise en organisant. Le juriste, également, se normativise en normativisant. Avec, comme le relève L. Husson, une certaine marge d'erreur³³⁸. C'est ainsi que les actes et volontés erronés peuvent devenir autoréalisateurs, ou au contraire autoréfutants. Nous verrons en effet dans quelle mesure une croyance communément partagée produit des effets réels, en-dehors de toute véracité théorique : pour prendre à contre-pied Hegel on peut ainsi affirmer que tout ce qui est irrationnel peut devenir réel, pourvu que tout le monde en soit d'accord. Ceci rend une conception du droit ou de la justice apte à réaliser certaines fins³³⁹. Ces fins, signes de modernité, quand elles ne sont pas accessibles à la logique et la raison, le restent néanmoins à la rhétorique³⁴⁰.

En ce sens, dire le droit c'est commencer de le créer ; connaître le droit c'est commencer de le réaliser³⁴¹. Sur le plan neuronal, cette opération peut s'analyser en une

³³⁶ Sur ces effets de composition collectives et les crises qui en résultent quand le tabou est brisé, cf. J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales*, op. cit., notamment le ch. 12 : Totalisation et méconnaissance.

³³⁷ Ceci a été longuement débattu, et se présente comme un présupposé de la méthodologie sociologique. Cf. également les travaux et les difficultés soulevées par le logicien Quine au sujet des difficultés d'objectivations rencontrés par les anthropologues, Christopher HOOKWAY, *Quine*, Trad. de l'anglais (original 1988) par J. Colson, 1992, 254 p. ; mais aussi, à propos de la subjectivité des normes et la difficulté de les « naturaliser », S. Laugier 1996, op. cit.

³³⁸ « L'idée, en elle-même formelle, de la justice ne se détermine et, si nous osons dire, ne se remplit qu'en informant la réalité sociale, que nous ne sommes pas maîtres de modeler ni de manipuler à notre gré, encore qu'elle présente une grande plasticité qui permet à notre intelligence de lui imprimer l'empreinte de notre activité technique et morale. Les exigences par lesquelles elle s'exprime prennent des formes différentes en s'incarnant dans le concret (...). La connaissance que nous réussissons à en acquérir, aussi bien que le sentiment confus d'où cette connaissance procède et qui continue de l'orienter dépendent de l'étendue de notre expérience, des faits sur lesquels elle porte, et de la finesse plus ou moins grande avec laquelle nous les analysons. », L. HUSSON, *Nouvelles études...*, op. cit., p. 114

³³⁹ « Il est indispensable d'observer qu'il y a solidarité entre l'appréciation des faits qui met le processus [judiciaire] en branle et l'intention qui oriente le processus. Car l'appréciation des faits suppose que ces faits ne sont pas perçus et analysés dans un esprit d'indifférence, mais en fonction des besoins et aspirations qui inspireront les décisions, comme ils inspirent les revendications, auxquels ils donnent lieu : un événement ou une situation ne peuvent tomber sous les prises du Droit que s'ils reçoivent une qualification juridique, c'est-à-dire s'ils sont envisagés dans la perspective des exigences que l'impératif tendra à réaliser. » (Léon HUSSON, *Nouvelles études...*, op. cit., p. 513)

³⁴⁰ Manuel Maria CARRILHO, *Rhétoriques de la Modernité*, Paris, P.U.F., 1992, 176 p.

³⁴¹ Jacques LENOBLE, André BERTEN, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruxelles, Ed. Story- Scientia/Paris, LGDJ, 1990, 249 p., note S. Andrini : « La logique de l'énonciation devient alors la possibilité de « déceler sinon l'impossible « être la norme », du moins ce que son inscription nous presse de

opération basée sur l'appariement de formes et de représentations : le transfert analogique³⁴². Dans ce contexte, le droit peut receler une dimension esthétique, car depuis Aristote le meilleur raisonnement est aussi celui qui tombe le mieux sous le sens³⁴³.

Mais la rhétorique peut également signifier, surtout en matière de preuve, le moyen d'habiller les faits aux seules fins de faire correspondre une solution souhaitée à un canevas de faits dans le respect de l'axiomatique normative. Autrement dit, pour reprendre la typologie normative que nous avons proposée, les buts (acceptation ou rejet de la demande) et l'axiomatique (le droit applicable) étant fixés, le juge peut qualifier les faits en raison de son pouvoir souverain d'appréciation ; ceci revient à infléchir parfois significativement la portée d'une norme. Par exemple, il est possible de jouer sur le droit de la preuve pour contraindre à contrario une partie à fournir une preuve a contrario ou négative³⁴⁴.

La rhétorique et l'argumentation sont des outils au service du pilotage des ego des sujets de droit, et de leur mise en perspective au sein d'un projet global. En revanche, c'est par un grand nombre d'autres moyens qu'émergent les pressions que les sujets exercent sur le droit par le canal du « champ vulgaire »³⁴⁵.

penser et ce que « dire la norme » veut dire ». Le fait de ne pas figer ses positions, de savoir se déplacer inlassablement à l'intérieur d'oppositions posées, mais non données, de savoir toujours se situer sciemment sur un entre, sans se laisser aller à tenir pour absolues des positions trop tranchées et axiologiquement marquées, tout cela n'est possible qu'à travers un artifice rhétorique : la logique de l'énonciation (Chap. IV), qui seule permet un usage propositionnel du paradoxe. Il s'agit donc d'un usage adroit des pratiques de l'énonciation, voire de l'imaginaire vu dans sa réalité, c'est-à-dire non comme une donnée préexistante ou comme un élément construit une fois pour toutes.

L'imaginaire devient donc l'idéal. Comme dans l'Icar de Queneau, ce qui est rendu à cet imaginaire, c'est la réalité de toutes ses histoires possibles, même celle de sa mort, mais non celle de sa non-réalité. » (extrait de la *Revue Droit et Société*, n° 16, Paris, LGDJ, 1990, p. 370)

³⁴² « Le transfert analogique se fait à partir d'un problème source et d'un problème cible, éventuellement très éloignés l'un de l'autre. Le problème source aboutit à la construction d'une représentation des différentes informations contenues dans l'énoncé du problème, puis à une catégorisation de ces informations dans des classes plus générales, utilisées dans la résolution de problèmes. Le schéma de problème qui en dérive est une structure de niveau plus abstrait, qui permet d'établir un schéma de convergence entre le problème source et le problème cible. Ce schéma de problème, qui reflète de manière abstraite l'organisation causale du problème initial, serait stocké dans la mémoire à long terme. Le modèle mental d'une situation émergerait au moment du transfert analogique et dans le traitement de la situation présente. Le transfert analogique procéderait inductivement à partir de quatre opérations : l'encodage de la cible, la sélection d'un analogue, la projection et le transfert de règles (Marie-Dominique Gineste et Bipin Indurkha). » Marie-France EHRlich, Hubert TARDIEU, Marc CAVAZA, *Les modèles mentaux. Approche cognitive des représentations* (Introduction de P.N. Johnson-Laird), Ed. MASSON - Paris, 1993. 183 p. note Jacques Miermont in Cahier des lectures MCX n° 6.

³⁴³ Cf. notamment Herman PARRET, « Au-delà de la rhétorique du juridique : justifier par l'éthique, légitimer par l'esthétique », in *Revue Droit et Société* n°8, Paris. LGDJ, 1988, pp. 77-89 ; à rapprocher .

³⁴⁴ Sur les méthodes judiciaires d'accommodation de la vérité, cf. Eric LANDOWSKI, « Vérité et vérédiction en droit », *Revue Droit et Société* n° 8, Paris, LGDJ, 1988, pp. 47-63 ; de quoi apporter de la matière à la logique de Dewey (John DEWEY, *Logique. La théorie de l'enquête*. 1938, trad. française par G. Deledalle, PUF, 1993, 693 pages).

³⁴⁵ Cette notion est due à J. Carbonnier, et a été développée par A.-J. Arnaud, comme il sera montré *infra*.

2. Le droit altéré par la totalité des sujets : infra-droit, droit vulgaire et avant-dire droit

Si pris isolément le sujet cogitant poursuit des fins qui lui sont propres, ces fins se composent de manière plus complexe quand elles font intervenir les autres sujets, et leur Totalité.

L'infra-droit, malgré sa dimension créatrice, est une notion controversée par la doctrine, tant pour son contenu que pour sa pertinence.

Sur le plan du contenu, la polémique tient à ce que le principal auteur de cette notion, Jean Carbonnier, ne lui a donné que des contours relativement imprécis. Evoqué dans deux ouvrages, *Flexible droit* et *Sociologie juridique*, l'infra-droit se présente comme un ensemble de pratiques qui, de par leur proximité avec le droit, s'assimilent à un ensemble de contraintes. De fait, c'est davantage parce qu'elles sont contraignantes que ces pratiques s'assimilent au droit, et non l'inverse. Les individus, même en l'absence de norme expressément édictée, se comportent *comme s'il y en avait une*. Ainsi l'expérience, les préjugés, les stéréotypes, participent de ce « folklore » juridique. On peut citer quelques exemples quotidiennement observables : tous les phénomènes de queue aux guichets tendent à présenter certaines régularités, que ne vient pourtant sanctionner aucune règle. Sur l'autoroute, quand la circulation est restreinte de deux à une voie, il est presque impossible de ne pas assister au phénomène d'auto-organisation suivant : les voitures de chaque file emboîtent le passage de manière alternée, tantôt de la file de droite, tantôt de celle de gauche. Cette manière de procéder n'est prévue par aucun texte, et contredit même la règle textuelle de priorité qui veut que la file la plus à droite laisse passer celle qui est la plus à gauche ; or peu de conducteurs osent la braver, et ceux qui le font sont souvent âprement rappelés à l'ordre. Autre exemple d'auto-organisation, les couloirs du métro à une heure de pointe : quand dans un même couloir deux flots de voyageurs se croisent en sens inverse, ceux-ci tendent spontanément à serrer sur leur droite afin d'éviter la collision. Dans le métro londonien, on notera, les voyageurs se serrent sur la gauche. Là encore, aucune règle ne vient les y contraindre, mais nul ne transgresse l'accord tacite.

Ces mouvements collectifs spontanés s'apparentent fort aux tabous des sociétés primitives. Mais, comme le souligne Denys de Béchillon³⁴⁶, l'apparementement tient à un fait social simple : tous les justiciables ne peuvent connaître de l'intégralité du droit qui régit leur vie (« *On peut parfaitement obéir toute sa vie à une norme sans rien connaître d'elle ; même pas son existence. La sociologie d'un Pierre Bourdieu, par exemple, n'a jamais cessé de l'établir* »). Ainsi, les sujets se contentent d'imiter leurs semblables, et ajustent leurs comportements par un balai continu d'essais-erreur ; cependant, des formes plus sophistiquées de cognition collective peuvent également intervenir³⁴⁷. Mais pour autant, l'infra-droit n'est pas la coutume.

Le droit résulte de la réaction énergique de la conscience collective contre les actes individuels qu'elle ne peut tolérer, parce qu'ils choquent violemment ses croyances ou ses habitudes.

Théodore Ruysen,
De la guerre au droit

³⁴⁶ Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

³⁴⁷ « *La conscience collective est tributaire des états de conscience individuelle, et d'une médiatisation partagée de ces états de conscience. Celle-ci, en retour, est organisée en fonction de l'horizon épistémologique des groupes d'appartenance.*

En effet, si elle lui ressemble par ses caractéristiques (non édictée mais obligatoire, géographiquement délimitée, scientifiquement observable comme une redondance de comportements), la coutume ne se présente que comme une catégorie restreinte de l'infra-droit. Plus axiomatisée, plus socialement préhensible, la coutume ne diffère surtout du droit que par les deux seuls traits qu'elle ne partage pas avec lui : l'édition par un pouvoir centralisé de type étatique et la mise en forme sur support écrit. C'est ainsi que l'on peut passer sans grande difficulté de l'un à l'autre (des coutumes françaises à un droit codifié lors de la Révolution, ou plus récemment dans certains pays africains, d'un droit « coutumier », dont la création et la validation relèveraient d'une dynamique traditionnelle, mais dont la validation et le fonctionnement auraient répondu de l'administration coloniale ; on peut se référer aux travaux d'E. Le Roy et M. Wane³⁴⁸).

L'enjeu est alors d'ordre dogmatique. Quand le pouvoir étatique est affaibli, plusieurs autres ordres normatifs peuvent surgir comme des alternatives crédibles. Les conçus se matérialisent alors en vécus juridiques concurrentiels, donnant lieu à une lutte nommée *internormativité* (sur l'internormativité, le volume 16 de la Collection Droit et Société : *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, sous la dir. de Jean-Guy Belley, Paris, LGDJ, 1996, contient de nombreuses illustrations tiré de l'expérience canadienne). Lors de l'avènement d'un nouveau régime, par exemple, les nouvelles formes de pouvoir cherchent la meilleure assise possible pour leur légitimité, ce qui amène fréquemment l'internormativité à se présenter comme un arbitrage rhétorique entre normes. Ainsi, un pouvoir politique jeune peut y puiser les fondements qui lui manquent pour étayer sa pérennité. Les normes coutumières et plus largement, l'infra-droit, se présentent alors comme une « base légale » sur laquelle les normes édictées par le pouvoir trouvent une légitimité. Ainsi, le pouvoir s'assure l'avenir en se réappropriant le passé pour refondre le présent. Un exemple bien connu de cette méthode est illustré par l'œuvre des rédacteurs du Code civil français, dont les documents de travail n'étaient autre qu'une compilation des coutumes de l'Empire. En cas d'homogénéité, les normes étaient fusionnées en principes généraux (propriété, responsabilité...), en cas d'incompatibilité flagrante il était parfois fait des choix exclusifs (abandon de la primogéniture et proclamation du principe franc d'égalité entre

Variations de l'aptitude à délibérer :

- *en fonction de la structure de personnalité, de ses expériences passées, de ses aptitudes à prendre des risques, à assumer ses responsabilités et à innover à partir de situations nouvelles et imprévues.*
- *en fonction des a priori épistémiques et épistémologiques*
- *en fonction des systèmes de croyance*
- *en fonction des relations synergiques et antagonistes des processus conscients, préconscients, inconscients*
- *en fonction des positionnements hiérarchiques : des états de conscience sur le plan personnel, des individus dans le groupe.*
- *en fonction des pressions contextuelles, spatio-temporelles. » Jacques MIERMONT (1999), *Jusqu'où pouvons-nous délibérer en situation complexe ?*, op. cit.*

³⁴⁸ Chap. XV. La formation des droits « non étatiques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1, Dakar, Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 353 s.

héritiers), parfois au contraire le législateur préférerait ne pas trancher (principe de la liberté des contrats de mariage, que ne vient compléter un régime légal qu'à titre supplétif)³⁴⁹. Ainsi, faire appel aux réseaux préexistants de conçus et de vécus est une technique de base pour asseoir un ordre juridique dont le temps n'a pas encore assis les bases.

Mais le dessin des normes prend alors des contours extrêmement imprécis. Aussi, quand il créa la notion d'*infra-droit*, Jean Carbonnier encourut-il une objection : il semblait hors de propos pour la science juridique d'étudier un objet qui semblait lui être périphérique. Non content d'être difficile à saisir, car empirique, l'*infra-droit* faisait davantage figure d'outil de travail législatif que de véritable objet d'étude pour une théorie du droit.

Rappelons que l'enjeu est ici de déterminer la source des normes, à la fois dans une perspective institutionnelle, mais aussi historique, ce qui implique un lien idéologique. C'est à cette aune que doctrine et jurisprudence cherchent la cohérence de leur argumentation pour trancher les questions difficiles : or ce lieu n'est autre que l'objet d'étude des travaux parlementaires, à savoir les conçus et les vécus des sujets de droit.

Il revient à Arnaud d'avoir systématisé, à la suite des travaux de Carbonnier, les rapports entre conçus, vécus et droit³⁵⁰. L'auteur s'interroge sur la possibilité d'harmoniser un groupe social au sein duquel s'affrontent plusieurs conceptions de l'existence (comme l'utopie communautaire des années 1968-1972), mais c'est en historien qu'il va poser les jalons d'une théorie de l'avant dire-droit. D'un côté, un groupe social au sein duquel émergent des conceptions (conçus) qui engendrent des situations (vécus) ; se forme ainsi un système plus ou moins informel. De l'autre, des institutions et leurs normes, qui peuvent entrer en concurrence avec ce système, d'où résulte un conflit de légitimité. De ce conflit va résulter une transformation, plus ou moins pacifique, des institutions, selon le schéma suivant :

³⁴⁹ Sur la codification, ses méthodes et ses théoriciens, on trouvera une abondante bibliographie sur le serveur Droit et Société (<http://www.reds.msh-paris.fr/communic/codif/biblio.htm>).

³⁵⁰ Principalement dans la *Critique de la raison juridique* (*op. cit.*), notamment pp. 338 s., qu'il utilisera pour développer la *théorie des greffes* pour suggérer des outils d'analyse pour la construction d'une identité commune sur des bases hétérogènes (cf. notamment *Pour une pensée juridique européenne*, *op. cit.*). Nous y reviendrons *infra*.

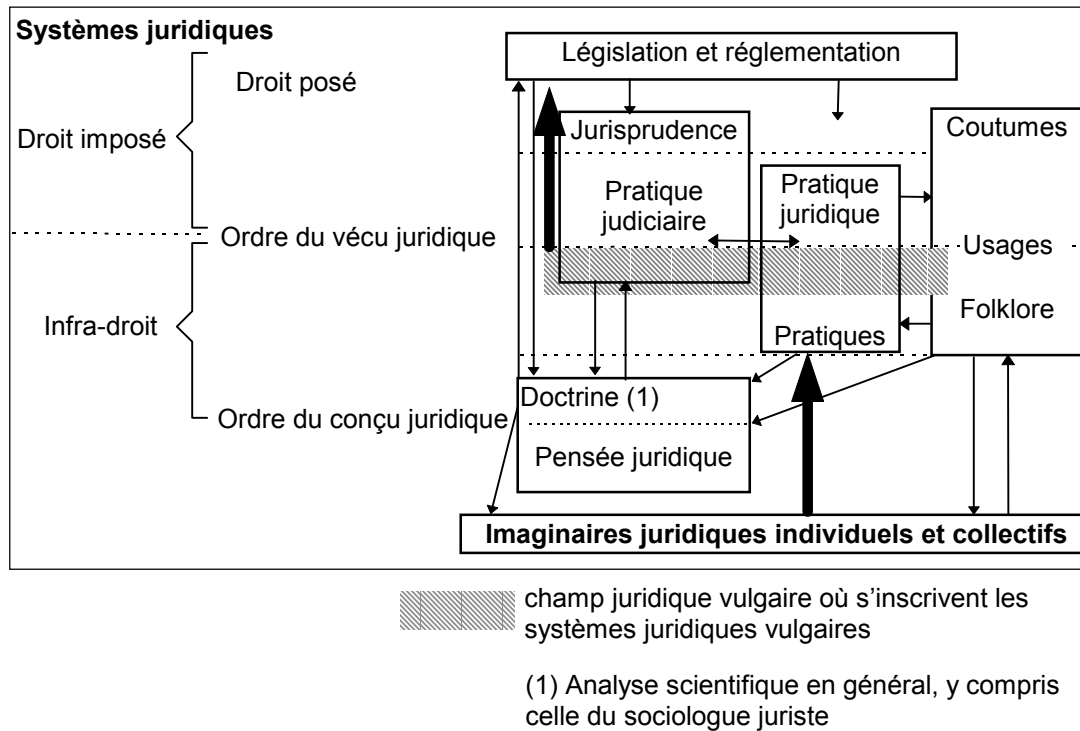


Figure 10 - Champ vulgaire et institutions selon Arnaud (1981)

A partir de ce schéma, Arnaud présente une taxinomie de 12 cas de figure représentant l'intersection des vécus d'une part (vécus inexistantes, complémentaires des pratiques conformes au droit, vécus représentant l'ensemble des actes de l'infra-droit), les pratiques d'autre part (pratiques inexistantes, pratiques complémentaires des vécus, pratiques représentant l'ensemble des actes de l'infra-droit)³⁵¹. On dégage cinq comportements distincts : deux tendances, conformiste et révolutionnaire, et des équilibres remarquables, l'*hyperconformisme* (fusion des vécus de l'infra-droit et des pratiques), l'*utopie* (les conçus sont sans impact sur les vécus au sens large), et une situation instable, qui peut être désir de réforme d'un droit jugé trop progressiste par des personnes à tendance conservatrice, ou désir de réforme d'un droit jugé trop conservateur par des individus à tendance révolutionnaire. Notons que ces comportements ne sont pas déterminés a priori ; chaque acteur peut opter pour l'un d'eux d'une manière constructiviste en fonction de sa rationalité propre.

Ainsi, par le biais du *champ vulgaire*, les conçus et les vécus de l'infra-droit viennent infléchir pacifiquement le cours des normes institutionnelles. Ce champ (zone hachurée du schéma) est le point d'intersection des forces qui articulent le droit et la totalité sociale. Au-delà de la description fonctionnelle, trois points essentiels sont à retenir de ce texte, pour les besoins de notre étude :

³⁵¹ Cf. en particulier A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, op. cit., pp. 348 s., pour un tableau synoptique de cette taxinomie.

- plus on s'éloigne des faits (partie inférieure de la Figure 10), plus les concepts se structurent en se rapprochant du droit (partie supérieure). On note que le passage entre les faits (conçus + vécus) et les idées (lois) se fait par les institutions ;
- l'élément décisionnel moteur est constitué par les faits, c'est-à-dire l'évolution des vécus et des conçus au sein d'une population donnée. C'est le décalage avec le droit en vigueur qui donne lieu à des luttes et des mutations (déviance, révolution) ;
- le dire-droit n'est pas un acte de volonté souverain ; il ne peut, sous peine de risquer l'inapplicabilité, contrarier les attentes de l'ensemble des sujets de droit.

Ce dernier point résulte de la poursuite de l'étude de la *Critique de la raison juridique* (*op. cit.*). Arnaud distingue deux phases dans le temps, l'avant dire-droit et le dire-droit. Son analyse du dire-droit montre qu'entrent dans son analyse des éléments de fait comme les conçus et les vécus de l'infra-droit. Puis entre en œuvre le dire-droit, acte d'interprétation, qui prend en compte ces éléments pour formaliser un acte de volonté qui sera ensuite généralisé par le biais d'un discours impersonnel.

Encore faut-il, cependant, que ce discours soit suivi d'effets, que les normes soient correctement appliquées. Se trouve encore posée la question, paradoxale, de l'établissement d'un ordre conventionnel : « *Ici se pose, d'ailleurs, le problème de l'œuf et de la poule. S'il n'y a une norme qu'au moment de l'interprétation, sur quel critère faut-il reconnaître l'autorité des interprètes ? Ce qui est valable pour la création jurisprudentielle l'est aussi pour l'interprétation originaire : sur quel critère reconnaîtra-t-on l'autorité du législateur ? Et de repérer une nouvelle intervention de l'idéologie de la légitimité et de celle de l'obligatoire. (...) Le droit n'est droit que parce qu'il est édicté par une autorité considérée comme légitime et qu'il est cru obligatoire par ceux qui y sont soumis. Ainsi l'interprétation originaire repose-t-elle sur une croyance, et tout ce qu'elle crée n'aura pas une valeur supérieure à ce que vaut cette croyance, y compris l'autorité que délèguent ses auteurs à ceux qui seront chargés de l'interprétation dérivée.* »³⁵².

Nous verrons *infra* comment modifier cette hypothèse, en montrant que l'interprétation originaire peut, par le mécanisme de la pseudo-autonomie, s'affranchir avec le temps de la nécessité d'une croyance des sujets dans sa légitimité. Sa simple existence y suffit. On peut ensuite alléguer qu'un contrat social ne repose pas nécessairement sur une croyance. Selon Rousseau, le simple besoin de coordination des acteurs peut également suffire³⁵³. Mais dans tous les cas, il ressort qu'on ne peut rendre compte de l'évolution du droit que par des relations de vécus et de conçus, objets par définition subjectifs et peu axiomatisables. Ce qui explique peut-être le manque relatif d'intérêt qu'ils ont suscité chez les théoriciens du droit, très attachés à construire un objet d'étude spécifiquement normatif.

Ainsi on peut admettre que de par sa définition, l'infra-droit n'est pas, à proprement parler, du droit. C'est, comme le relève Arnaud, une « *expression commode pour désigner quelque chose qui, jusqu'ici, ne portait pas de nom, précisément parce que les juristes ne s'y*

³⁵² *Idem*, p. 363-364.

³⁵³ *Que les hommes s'accordent et ils traqueront le cerf, quand un chasseur isolé n'attrapera guère que des lapins.*

intéressaient pas en professionnels. (...) Mais en disant cela, on reconnaît bien que ces deux réalités, l'infra-droit et le droit, n'ont pas la même nature. L'infra-droit ne relève pas de l'ordre du devoir-être »³⁵⁴. Mais que l'on se place dans une perspective historique, et la différence s'estompe immédiatement : l'infra-droit peut non seulement devenir du droit, mais également sa principale source. Il suffit qu'une pratique se voit consacrée par le législateur pour que le lien causal soit établi. On explique alors pourquoi le droit peut sans contradiction avec le théorème de Gödel³⁵⁵ être à la fois axiomatique et fermé.

Conclusion partielle : convergence entre droit positif et droit spontané

Nous avons vu dans quelle mesure l'ensemble des conçus peut former un ordre conventionnel. Mais cet ordre reste la plupart du temps délétère car il est difficilement inconnaissable. Non seulement il ne dépend que de l'état des psychés à un moment donné, mais la structure cognitive des individus est telle que le simple échange de leurs points de vue peut suffire à modifier radicalement le point de convergence éventuel des intérêts. La capacité des sujets à computer leur propre idée de l'état général de leur société tend à rendre leurs estimations tantôt autoréalisatrices, tantôt autoréfutantes. En l'absence d'une information globale, transparente et parfaite, il est donc nécessaire de solliciter *l'intelligence du raisonnable* des individus pour parvenir à un accord. Cette idée est à l'origine de la conception fondamentalement dialogale de certaines doctrines à vocation globale, notamment celles portant sur les droits de l'homme³⁵⁶.

Aussi, s'il est intellectuellement possible de concevoir l'existence d'un idéal-type implicite de convention, une sorte de *droit spontané* comme il existe un ordre spontané, celui-ci reste par définition insaisissable³⁵⁷, car même s'il était possible de le saisir et de l'exposer, rien n'atteste que les individus dont les structures cognitives auraient entre-temps évolué, le recevraient *ipso facto* comme acceptable.

³⁵⁴ André-Jean ARNAUD et María José FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.151.

³⁵⁵ Cf. Annexe 3 pour plus de détails. De l'application de ce théorème il ressort que le droit, considéré comme ensemble d'axiomes ne saurait constituer sa propre source de nouveauté, sauf s'il était incohérent ou ouvert (c'est-à-dire qu'il puiserait sa source dans des éléments externes).

³⁵⁶ Nous citerons à titre d'exemple Boaventura de SOUSA SANTOS, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », *Revue Droit et Société* n°35, Paris, LGDJ, 1997, pp. 79-96 ; cette démarche sous-tend également la problématique de recherche du groupe *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel (DHDI, dépendant du LAJP de l'université Paris I - Sorbonne)*, <http://www.dhdi.org>. « *il semble nécessaire de nos jours, de repenser les droits de l'homme et leur universalité, dans leur théorie aussi bien que dans leur pratique, dans le dialogue interculturel puisqu'ils apparaissent de plus en plus comme des requis que comme des acquis. Ils ne sont pas réalisés universellement dans les faits (l'idéal d'un "Etat de Droit" est loin d'être réalisé partout sur la planète) et leur universalité conceptuelle est de plus en plus remise en question par les différentes traditions culturelles (voir la Conférence de Vienne sur les droits de l'homme de 1993). Il s'agit donc de s'interroger sur les raisons de cette non-universalité et de réfléchir à des alternatives pouvant permettre la réalisation et l'acceptation universelle de l'idéal qu'incarnent pour nous les droits de l'homme, c'est à dire d'une vie humaine harmonieuse dans le respect et l'entraide mutuels et dans la paix. Engager un dialogue interculturel sur les droits de l'homme semble donc inévitable.* » (extrait du manifeste du DHDI).

³⁵⁷ Sur la calculabilité par ordinateur des connaissances implicites, cf. Evelyne ANDREEWSKY et al. Ed., *Connaissances implicites et connaissances explicites*, n° spécial de *Revue Internationale de Systémique*, vol. 1, n°1-2, Paris, Dunod, 1992

C'est pourquoi il a pu sembler plus raisonnable de recourir aux normes de contraintes, même si leur message violent amène le droit à nouer avec les sujets des liens paradoxaux.

§2. Les sujets altérés par leur droit : le cas du « double bind » juridique

En s'imposant un droit, les sujets instituent un objet qui les contraint. Cette médiation par l'objet autotranscendé énonce un message double et contradictoire, qui revient à limiter la liberté de chacun pour assurer la liberté maximale de tous (Rousseau). Ce message a pour nom double bind.

La figure la plus fréquente représentant la relation du droit vers le sujet est celle de l'autorité. Le sujet obéit car le droit s'impose à lui ; tout comportement contraire est qualifié de déviant. Ce type de représentation peut satisfaire une science du droit axée sur la seule ontologie. Mais il est insuffisant dans le cadre de notre modèle dynamique. Il nous faut en effet, selon une problématique typiquement luhmannienne, rendre compte des interactions entre deux systèmes distincts (le juridique et le social). Dès lors, nous considérons les systèmes sociaux et juridiques comme des entités distinctes qui communiquent entre elles ; la pression exercée par l'autorité d'une norme a pour corollaire une réception variable selon les sujets. Le paradigme de la communication est ici particulièrement utile pour mettre en lumière les effets de composition réciproque qui ne manqueront pas de s'ensuivre.

Avant d'étudier ces effets, qui seront développés *infra*, il est intéressant de s'attarder sur le contenu des messages transmis. Celui-ci n'a rien de contingent, il est lié à une téléologie bien précise : les messages émanant des normes ont pour but de rendre les comportements des récipiendaires mutuellement compatibles. Ils s'expriment sous forme d'impératifs. En revanche les messages émis par le système social sont d'un autre ordre : ils expriment la réaction au message normatif. Cette réaction va de l'acceptation au rejet en passant par l'indifférence. On peut alors mettre en parallèle deux messages, celui du droit vers le sujet et celui que le sujet renvoie au droit. Un certain nombre de figures peuvent se faire jour, liées à des comportements de soumission, rébellion, acceptation, etc. L'une d'elles retiendra particulièrement notre attention, car nous la retrouverons à pratiquement tous les échelons de la construction socio-juridique : Bateson l'a identifiée et l'a nommée *double bind*.

Le *double bind* est une figure remarquable de la théorie de la communication. Souvent confondue avec la communication réciproque (*A* communique avec *B*, et *B* avec *A*), c'est une figure triplement enchevêtrée (au niveau du lien, de la logique, de la hiérarchie) entre deux entités communicantes : deux individus, ou une institution (ou toute figure active) et un individu. Initialement issue de travaux en psychiatrie, cette figure se retrouve dans de nombreuses disciplines (1). La science juridique n'y échappe pas non plus, mais ses spécificités donnent lieu à des figures originales aux conséquences nombreuses et riches d'enseignements (2).

1. Le double bind, figure multidisciplinaire

Le double bind est une figure universelle, qui désigne génériquement tout ensemble de relations dont la somme des informations est nulle mais dont le trajet de relations est non nul. Le double bind caractérise de fait tout artefact dans le domaine de la communication.

La théorie du *double bind* (qu'on peut traduire par « double injonction contradictoire ») a été proposée en 1956 par G. Bateson³⁵⁸. Elle est fréquemment employée en psychologie et en psychothérapie pour expliquer les discours du type suivant : un alcoolique, ou un membre de sa famille, vient consulter en tenant des propos qui se ramènent à la structure : « *je vous demande de l'aide, mais je sais que je ne suis pas aidable* ». Selon Jacques Miermont, cette théorie « *est basée sur la théorie des types de Bertrand Russel appliquée au domaine des relations inter-humaines. Il y aurait confusion des niveaux logiques (...). La confusion des messages échangés intéresserait la définition des émotions, des actions et des pensées, dans un contexte où il existe un enjeu vital pour le patient et ses proches : choix professionnel, amoureux, etc. La structure des messages émis et reçus serait telle qu'un énoncé signifierait à la fois une chose et son contraire, sans qu'il soit possible de s'échapper du piège en métacommuniquant sur la relation.* »³⁵⁹ Certaines catégories d'ordres ressortissent également de ce double lien contradictoire, comme l'injonction « *soyez spontané* », ou « *n'obéissez pas* ». On ne peut y obéir qu'en y désobéissant, ou y désobéir qu'en obéissant³⁶⁰.

Cette figure est particulièrement symptomatique d'un trouble psychologique, la schizophrénie, qui peut, entre autres formes, être notamment interprétée comme « *un trouble du self, le patient percevant certains processus internes comme venant de l'extérieur ; la frontière psychosociale ne permet plus une distinction fonctionnelle entre le soi et le non soi chez de tels patients. Ces troubles du self correspondent à la fois à une désorganisation des processus cognitifs et à un dysfonctionnement des communications interpersonnelles* »³⁶¹.

Il arrive donc que **l'individu ne parvienne plus à faire la différence entre lui-même et son environnement**. C'est de ce dysfonctionnement que résulte un échange de messages paradoxaux.

Ce dysfonctionnement n'est d'ailleurs pas nécessairement une pathologie aussi grave que la schizophrénie. Bateson a montré qu'il était présent dans les fantasmes, les rêves,

³⁵⁸ En collaboration avec Jay Haley, Don Jackson et John Weakand ; cf. Gregory Bateson, *Steps to an Ecology of Mind*, Ballantine books, 1972 (trad. *Vers une écologie de l'esprit*, Seuil, 1978).

³⁵⁹ Jacques MIERMONT, *L'homme autonome*, Paris, Hermès, 1995 pp. 125 s.

³⁶⁰ « *La distinction la plus importante entre injonctions contradictoires et injonctions paradoxales réside en ceci : face à une injonction contradictoire, on choisit l'une des solutions possibles, quitte à renoncer à l'autre ou à la subir. Le résultat n'est pas des plus heureux ; comme nous l'avons dit, on ne peut à la fois manger son gâteau et le garder, et un moindre mal est toujours un mal. Mais, malgré tout, face à une injonction contradictoire, le choix est logiquement possible. En revanche, l'injonction paradoxale barre la possibilité même du choix. Rien n'est possible, et une suite alternée infinie est alors déclenchée [...]. Un individu pris dans une telle situation se trouve dans une position intenable. [...] Dès qu'on étudie le paradoxe dans un contexte d'interaction, ce phénomène cesse de n'être qu'une fascination de l'esprit pour le logicien ou le philosophe des sciences et devient un sujet d'une importance pratique considérable pour la santé mentale des partenaires, qu'il s'agisse d'individus, de familles, de sociétés ou de nations* » (Paul WATZLAWICK, Janet HELMICK-BEAVIN, Don D. JACKSON, *Une logique de la communication*, Paris, Seuil, 1972, p. 196 et 218).

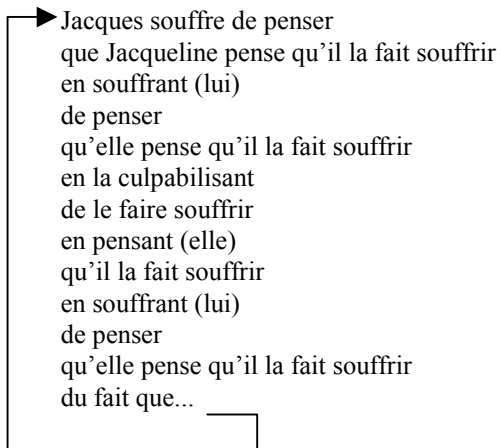
³⁶¹ *Op. cit.*, p. 126, soulignement ajouté.

l'humour, et la plupart des formes de jeux. A l'origine, il y a chez le sujet une confusion des niveaux hiérarchiques et identitaires, de sorte qu'il n'arrive plus à se placer dans l'univers. Ce qui est pour tout un chacun hétéroréférentiel devient autoréférentiel. Une chose est autoréférentielle quand ce qu'elle énonce se rapporte à elle-même. Pour illustrer ce concept, on recourt souvent à l'exemple suivant :

La phrase « il fait beau » a dix lettres ; système hétéroréférentiel
Cette phrase a vingt-huit lettres ; système autoréférentiel

Les systèmes hétéroréférentiels ont la propriété d'être dénués de toute ambiguïté, puisqu'ils désignent quelque chose qui leur est extérieur. On sait où se situent le signifiant, le signifié, et le signe. Mais les systèmes autoréférentiels sont souvent des pièges dont il est difficile de sortir. Ainsi le fameux paradoxe d'Epiménide le Crétois qui affirmait « tous les Crétois sont des menteurs ». Est-ce vrai, est-ce faux ? Cette proposition est indécidable, à moins de se placer à un métaniveau : on décrit Epiménide affirmant que les Crétois sont des menteurs. Vues du métaniveau, les deux assertions sont non contradictoires, mais elles s'excluent mutuellement, ce qui engendre un paradoxe si on les combine. Plus difficile à déconstruire, le paradoxe d'Eubulide de Milet (« *Je mens* ») constitue l'archétype du message paradoxal et indécidable.

R. LAING, propose une forme plus complexe encore de propositions autoréférentielles formant plusieurs liens, parfois liés par des noeuds³⁶² :



→ Jacques souffre de penser
que Jacqueline pense qu'il la fait souffrir
en souffrant (lui)
de penser
qu'elle pense qu'il la fait souffrir
en la culpabilisant
de le faire souffrir
en pensant (elle)
qu'il la fait souffrir
en souffrant (lui)
de penser
qu'elle pense qu'il la fait souffrir
du fait que...

Avant d'en étudier les conséquences qui seront développées *infra*, on peut proposer une définition formalisée du mécanisme du *double bind*.

A l'origine, soit un message, de type hétéroréférentiel. Dupuy propose d'en formaliser la structure sous la forme³⁶³ :

$y = op(x)$ (1) Exemple : « Il ment »

On symbolise par *op* (opérateur) l'opération qui à toute entrée *x* fait correspondre une sortie *y*. Un message autoréférentiel prend alors la forme :

$y = op(y)$ (2) Exemple : « Je mens »

Dans ce cas, *y* n'est pas changé par l'application de l'opérateur *op*. « *Un tel nombre*,

³⁶² R. LAING, *Knots*, New York, Random House, 1969

³⁶³ Jean-Pierre DUPUY, *Ordres et désordres, enquête sur un nouveau paradigme*, Paris, Seuil, 1986, pp. 136 s.

s'il existe, s'appelle un point fixe de l'opérateur, ou encore une valeur propre. (...) En effet, v y dit quelque chose à propos de lui-même, à savoir qu'il reste invariant dans l'opération op. » (ibid.). Ainsi le résultat n'est pas changé si l'on écrit :

$$v = op(op(v)) \quad (3)$$

ou encore :

$$v = op(op(op(...))) \quad (4)$$

En effet, si l'on veut vérifier l'exemple de (2), on se heurte à une infinité de phrases : il ment en disant qu'il ment en disant qu'il ment en disant... La proposition est indécidable. Mais pour lors, elle ne constitue pas à proprement parler un double bind. Il manque le partenaire.

Il suffit, pour reprendre le schéma précédent, d'introduire un second terme. Ainsi :

$$y = op(x) ; x = op(y) \quad (5) \quad \text{Exemple : } Je \text{ te mens, tu me mens}$$

La communication des deux messages étant simultanée, on aboutit à :

$$y = op(op(y)) \quad (6) \quad \text{qui est soit l'équivalent de (3) (cercle) soit } y$$

Ici apparaît une propriété remarquable du *double bind*. Selon sa nature, celui-ci peut être, soit vertueux, soit vicieux. Il débouche soit sur un truisme (la valeur de départ reste constante), soit sur une indécidabilité totale (on ne peut déterminer la valeur).

Par exemple, si *op* signifie dire la vérité. On obtiendra l'échange quelque peu morne : *je te dis la vérité, tu me dis la vérité*. Dans ce cas, on saura que la proposition est vraie, d'où qu'elle émane.

Si *op* signifie *mentir*, on se trouve alors dans le cas de figure (5). Et là intervient la notion d'itération. Si le nombre d'itérations est connu (nombre d'application de l'opérateur *op*), alors la valeur du message est déterminable. Dans l'exemple (5), mentir sur un mensonge aboutit à dire vrai, ce qui explique que l'on retrouve la valeur *y*. Mais si le nombre d'itérations est inconnu, alors la valeur reste totalement indécidable.

Dans ce cas, pour que la valeur reste décidable, la seule solution est d'influer sur l'opérateur *op*. On construit alors *op1* et *op2*, les deux se contredisant mutuellement, ce qui rend à la communication sa linéarité. Ce faisant, on ne fait que décaler le problème, car c'est l'essence même de la communication qui devient paradoxale.

Résumons :

op1 : les hommes créent un corpus normatif ; ils peuvent donc le défaire, il en sont les maîtres,

op2 : le corpus normatifs s'impose à eux ; ils n'en sont donc pas les maîtres

D'où il appert que c'est bien dans une relation de type paradoxal que les hommes se placent vis-à-vis de leurs normes juridiques. Paradoxe qui se retrouve dans la question de la légitimité de l'autorité : reconnaître comme supérieur à soi ce que l'on a soi-même érigé. Diverses stratégies intellectuelles ont été trouvées au fil de l'Histoire pour masquer la contradiction entre *op1* et *op2*. La plupart du temps, il s'agissait de bâtir un être autosuffisant (divinité, Justice ; *op2* devient *op1* ET *op2*³⁶⁴), soit, plus subtilement, de le définir comme l'ensemble des individus (ce qui faisait de *op2* une conséquence de *op1* ; cette fiction,

³⁶⁴ Comme pour l'école du droit naturel, pour laquelle le droit est source de justice, et la justice source du droit (cf. notamment l'argumentation du prof. VALENSIN, p. 120).

nommée par Rousseau la *volonté générale*, constitue une des bases philosophiques du système juridique français)³⁶⁵.

Rappelons toutefois que dans la définition de son application aux sciences sociales, le *double bind* n'est pas réellement le symptôme d'une perte, mais plutôt d'une confusion de repères de l'individu. C'est le cas du droit, dans la mesure où il est créé par les hommes, mais où ceux-ci tentent de se persuader qu'il leur est imposé, par l'histoire, un être supérieur ou une norme fondamentale ; c'est n'est plus parce qu'ils ont perdu leurs repères que les hommes entretiennent avec leur droit une relation paradoxale, c'est parce que le droit recèle une nature paradoxale que les hommes trouvent difficilement leurs repères face à lui. Le *double bind* transmute la contingence en nécessité.

Une fois institués, ces messages contradictoires et les constructions qui leur sont apparentées, engendrent des contre-effets structurels.

Jacques Miermont, comme Ivan Illich et Jean-Pierre Dupuy³⁶⁶, décrit quels effets pervers peuvent être engendrés par un *double bind* entre le patient et son thérapeute : « s'il [le thérapeute] prend le parti des parents et de la société en soignant activement le patient comme un malade (ce qui est le modèle de la psychiatrie classique), plus le patient sera dépendant de la structure de soin, et verra ses symptômes s'aggraver au cours de l'existence (ce qui est prévu tautologiquement dans le modèle : ne devraient être désignés schizophrènes que les patients dont l'état s'aggrave au cours du temps ; or, il s'avère que l'énoncé d'un diagnostic peut entraîner un effet d'amplification du trouble qu'il désigne, tout particulièrement dans les domaines de la nosologie psychiatrique. »³⁶⁷. Jean-Pierre Dupuy³⁶⁸, exposant les travaux d'Illich, montre que c'est selon un schéma identique (de cercle vicieux) que se met en place le phénomène économique de contre-productivité : « l'appauvrissement des liens qui unissent l'homme au monde et aux autres devient un puissant générateur de demande de substituts marchands, qui permettent de survivre dans un monde de plus en plus aliénant, tout en renforçant les conditions qui les rendent nécessaires. Résultat paradoxal : plus la production hétéronome croît, plus elle devient un obstacle à la réalisation des objectifs qu'elle est censée servir : la médecine détruit la santé, l'école bêtifie, le transport immobilise et les communications rendent sourd et muet »³⁶⁹.

Ce type de relation paradoxale se retrouve également au niveau des relations du droit avec son environnement social. Si l'on admet notre théorème n°1 (Homéofinalité), alors force est de constater que l'on se trouve dans une relation de type double-bind batesonien. Car tout être autonome qui se construit un régulateur s'enferme dans une logique d'être régulé (comme le malade qui vient voir le médecin devenant malade à ses propres yeux, et à ceux du monde). Le droit et le social sont pris simultanément dans cette double logique. Le social devient

³⁶⁵ Pour un commentaire détaillé sur cette question, en particulier sur les cercles complexes imaginés par Rousseau pour résoudre sa *quadrature du cercle*, on pourra se référer à l'article de Lucien Scubla, *Est-il possible de mettre la loi au-dessus de l'homme ?*, in (Dupuy, 1992, p. 105-143).

³⁶⁶ Cf. en particulier Jean-Pierre Dupuy, *Perversité et effets pervers*, in AFCET (ed.), *Petits Groupes et Grands Systèmes*, Editions Hommes et Techniques, 1979.

³⁶⁷ *Idem.* p. 127.

³⁶⁸ En particulier (J.-P. Dupuy, *Ordres et désordre, op. cit.*, Ch. 1, pp. 42 s.).

³⁶⁹ *Idem.*, p. 42-43.

incapable d'assurer sa cohérence sans son droit (et corollairement son cortège répressif) ; quant au droit, dont la finalité paradoxale n'est autre que sa propre disparition³⁷⁰, il se voit contraint soit d'exister malgré lui, soit d'être à être d'autant plus inutile qu'il est efficace.

Dans sa construction, le *double bind* est une hétéarchie³⁷¹, un lien réciproque et enchevêtré qui implique une inversion logique. Dupuy³⁷² le présente comme une déconstruction qui illustre de nombreux paradoxes sociaux : le Carnaval, le social, le sacré, le symbolique, le mécanisme de la victime émissaire, etc. Mais il montre également que la déconstruction est un objet qui n'a pas de fin, qui reste un cercle qui, même artificiellement scindé en deux relations linéaires opposées, continue de se dérouler. Il génère une oscillation (une indécidabilité) qui se prolonge à l'infini.

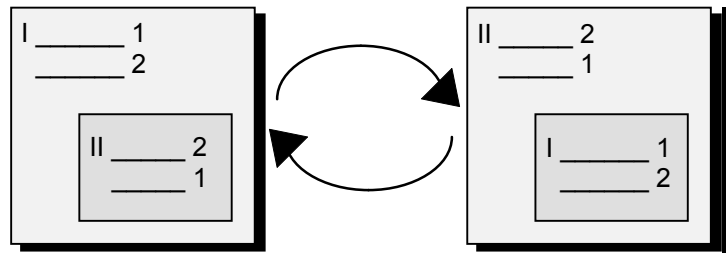


Figure 11 - La Déconstruction selon Dupuy

Une illustration étonnante du *double bind* est proposée par la stratégie girardienne dite du boudeur. Quand il ne parvient pas à ses fins, le boudeur fait mine de se retirer du jeu. Comme il ne peut s'en retirer réellement sans perdre la face, il se construit une stratégie qui revient à faire comme si les autres désiraient qu'il reste alors que lui souhaite partir. Ce faisant, il montre ostensiblement sa désapprobation : il communique qu'il ne communique pas. S'instaure alors un double bind entre lui et le groupe. Le message est identique dans les deux camps : tu as besoin de moi et tu ne veux pas le dire, alors je dis que je n'ai pas besoin de toi. Mais dans ce jeu de dupes, les deux parties sont totalement interdépendantes ; le groupe n'existe pas sans la collaboration continue des individus, et ceux-ci ne peuvent assumer leur existence sans le groupe. Chacun le sait, mais personne ne veut le dire. Alors, le seul moyen de communiquer devient un moyen inversé, ou paradoxal. On rétablit la communication en disant ostensiblement qu'on ne dit rien.

G. Bateson se basant sur la théorie des types de B. Russell, a montré qu'un message engendré par un double bind comporte une structure paradoxale de type *A implique non-A*.

³⁷⁰ Puisqu'en théorie il tomberait spontanément en désuétude s'il réalisait son objet, c'est-à-dire si tout conflit social disparaissait.

³⁷¹ Définition donnée par F. Ost et M. Van de Kerchove « D. Hofstadter tente de penser systématiquement ces relations de rétroaction (rétroaction) à l'aide de " hiérarchie enchevêtrée " et de " boucle étrange " définis comme " interaction entre des niveaux dans lequel le niveau supérieur redescend vers le niveau inférieur et l'influence tout en étant lui-même en même temps déterminé par le niveau inférieur. Cette " hiérarchie enchevêtrée " doit à la fois être distinguée du simple feed-back et de la " hétéarchie ". Alors que le feed-back suppose un simple rapport de contrôle non paradoxal dans la mesure où il n'entraîne aucune violation de niveaux, la hétéarchie, en revanche, vise un " programme sans moniteurs ", composé uniquement de " réseaux de transition récursifs entremêlés ". Dans le premier cas, la hiérarchie n'est pas entamée, dans le second elle est totalement absente. L'intérêt au contraire du modèle de la " boucle étrange " est de permettre de penser les phénomènes de distorsion des hiérarchies présumées » (Ost & V. d. Kerchove, 1988).

³⁷² En particulier dans (J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales, op. cit.*, Ch. 15, Déconstruction de la déconstruction, pp. 285 s.), mais aussi dans (*Odres et désordres, op. cit.*, p. 157-160) ou (J. Miermont, *L'homme autonome, op.cit.*, p. 128-129).

C'est ainsi que l'individu combat l'absence du monde qui l'entoure : face à une logique ambiante qu'il conçoit incohérente, il façonne par mimétisme sa propre incohérence. Cette stratégie ne peut que s'avérer bénéfique, car même si elle aboutit à une communication paradoxale, le nouvel équilibre ainsi créé s'avérera être plus stable, plus robuste que l'ancien. En cas d'échec du cercle vertueux, on peut préférer la violence du cercle vicieux à l'incertitude de l'indifférence.

Le *double bind* est une figure simple que l'on rencontre au quotidien de la pratique judiciaire, mais ses conséquences sont complexes, car les individus ne savent pas toujours qu'ils ont avec la justice une relation structurellement — systématiquement devrait-on dire — contradictoire, et vivent cette contradiction comme une anomalie.

2. Les effets paradoxaux du *double bind*

C'est grâce à la théorie du double bind que certains paradoxes observés à un niveau supra-individuel peuvent recevoir un début d'explication. Par exemple, qu'un ordre juridique puisse désordonner les individus, ou à l'inverse qu'un phénomène a priori déstructurant comme la violence puisse s'avérer être un efficace facteur de cohésion sociale.

R. Boudon a montré que le désordre est une condition *sine qua non* de la pérennité d'un ordre social³⁷³. De nombreux travaux convergents confirment cette hypothèse. F. Ost et M. Van de Kerchove aboutissent à des conclusions identiques³⁷⁴. Le biologiste H. Atlan a également montré que les systèmes autonomes trouvaient dans une incohérence irréductible la capacité à transformer le désordre environnant en ordre interne, conclusion à laquelle tendent également les travaux de F. Varela³⁷⁵.

Loin de révéler un défaut, une incohérence peut constituer au contraire un gage de pérennité pour un système, d'autant plus certainement que celui-ci est complexe et doit répondre à des tâches qui le sont aussi.

Mais un observateur extérieur peut y voir un défaut inadmissible de cohérence, qui rendra le comportement du système qu'il observe imprévisible, ou inexplicable. Il sera alors tenté de qualifier d'erratique ce qui pour lui ne possède pas de sens, alors que de par la logique du phénomène, il en existe bel et bien un. Aussi faut-il admettre que faute de connaître tous les tenants de la création normative (que savons-nous des motivations réelles des décideurs ?), il ne nous est guère possible d'entrevoir ses aboutissants, à moins d'user de ruses argumentatives, de tâtonnements, d'hypothèses. Et quand bien même nous serions à même de cerner l'intégralité du processus de création de la norme, que saurions-nous réellement de la réception qui lui sera faite ?

Ici encore il faudra faire preuve de stratégie, car les méthodes basées sur le déterminisme méthodologique auront montré leurs limites. Mais si nous nous accrochons à ce dogme d'une logique juridique, il nous apparaîtra que le droit semble dévier de sa vocation, et produire plus de désordre que d'ordre (a). Illusion à double titre, car le droit défini de manière

³⁷³ R. BOUDON, *La place du désordre*, Paris, PUF (Coll. Sociologies), 1984.

³⁷⁴ Ost & V. d. Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, en conclusion.

³⁷⁵ H. Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, *op. cit.* ; F. Varela, *Autonomie et connaissance*, *op. cit.*

généralement simpliste ne fait qu'engendrer des contre-effets parfaitement prévisibles au regard de la théorie du *double bind*, et car les erreurs qui apparaissent ainsi peuvent constituer pour les sujets et les législateurs une leçon de chose dont ils sauront tirer profit pour mieux penser la régulation sociale (b).

a. *Le droit désordonnant*

Bien que la violence individuelle soit depuis longtemps réprimée par le droit, force est de constater qu'elle est loin d'avoir été éradiquée, et ce malgré les vertus préventives prêtées au mécanisme répressif. Faut-il y voir le signe, comme le font les jusnaturalistes, que l'homme est fondamentalement mauvais ? On peut proposer une explication alternative sur la base de la théorie du double bind Batesonien : certaines formes de répression de la violence pérennisent la violence. Parmi ces formes, la vengeance mimétique.

En matière d'arsenal répressif, le rôle dissuasif de la sanction pénale est évoqué par certains pénalistes pour en justifier l'existence : c'est parce qu'il est puni que le vol n'est pas commis, et il aura d'autant moins de chances de l'être que la punition sera sévère. Cet argument presque tautologique souffre d'un défaut : il est cruellement démenti par les faits. Et l'espérance d'une éventuelle impunité n'y est pour rien. Certaines personnes commettent des actes délictueux *tout en sachant pertinemment* que la sanction du droit va s'abattre sur elles. Dans les cas extrêmes, la règle juridique perd par définition tout potentiel préventif. L'individu est si désespéré qu'il rompt lui-même la communication avec le groupe et ses règles. On pourrait alors supprimer toute forme de règle, puisque par définition elle ne serait pas appliquée. Ce n'est donc pas du fait des cas extrêmes que la sanction souffre d'un défaut d'efficacité, mais plutôt de cas bien plus ordinaires, résultant d'individus *a priori* convenablement insérés.

C'est pour cette catégorie d'individus, qui pourraient respecter les règles du groupe mais qui ne le font pas, que la sanction a été créée et son rôle dissuasif pensé. Au Moyen Age, il était difficile de retrouver les auteurs de trouble, et les preuves faisaient souvent défaut. Aussi était-il souvent massivement fait appel à des sanctions marquantes comme la torture, et des modes de preuve plus ou moins fantaisistes comme les ordalies. On espérait, en frappant les esprits, limiter préventivement les dommages. La sanction était également une expression de la puissance du souverain, et plus proche de nous, de la conscience sociale³⁷⁶. Aussi n'est-il pas étonnant que ce soit dans le cadre des Lumières et avec les progrès de la médecine légale qu'une œuvre comme celle de Beccaria ait pu trouver quelque écho³⁷⁷. On commence sous son

³⁷⁶ « On peut accorder à l'école sociologique qu'elle a clairement mis en lumière, dans toute société humaine, l'existence de ces credos et de ces impératifs collectifs et la réalité des réactions qu'ils suscitent contre les perturbateurs. Ces réactions, qu'elles soient simple réprobation ou qu'elles s'efforcent d'entraver l'acte perturbateur, prennent naturellement la forme répressive, et c'est de cette répression que naît le droit. Car le fait même de la répression a pour effet de préciser dans la conscience collective la frontière de ce qu'elle peut ou ne peut pas tolérer dans des circonstances données. Le souvenir de la répression se cristallise dans la conscience, devient tendance active empiète sur l'avenir et devient prohibition. L'ensemble des prohibitions collectives n'est autre chose que le droit élémentaire. Celui-ci n'émane donc pas de la conscience des sages exerçant leur réflexion sur les variations de la conduite individuelle, mais de l'acte concret par lequel la collectivité organisée réprime ou répare la rupture de l'ordre social. On s'explique dès lors que le droit soit essentiellement attaché à l'exercice de la force, mais on s'explique pareillement qu'il ne s'y ramène pas tout entier. Le principe vital du droit demeure la conscience sociale ; la force n'est jamais qu'un moyen d'exécution. » T. RUYSSSEN, *De la guerre au droit*, Paris, Alcan, 1920, pp. 165-166.

³⁷⁷ En particulier le très classique *Des délits et des peines*, 1764.

impulsion à considérer la sanction en fonction de son *utilité sociale*, et non plus comme un mode de vengeance quasi mimétique³⁷⁸. C'est ainsi que va s'ériger peu à peu le principe de légalité. La sanction non légalement définie ne saurait relever que d'un inacceptable arbitraire. Basée sur la volonté générale, la loi introduit ainsi dans la sanction un principe implicite de proportionnalité : la sanction sera proportionnelle à la gravité perçue par le groupe de l'acte délictueux³⁷⁹.

L'avancée démocratique ne saurait cependant être considérée comme une avancée sur le plan systémique. Bien au contraire, par son côté proportionnel, la sanction confère à la vengeance du groupe la plénitude de sa dimension mimétique. Nous avons alors affaire à un état de violence légitime au sens de Max Weber.

A ce stade, il est possible de rapprocher ce schéma social de la *schismogenèse* telle que définie par G. Bateson. Ce terme a été défini dans un cadre psychanalytique, pour rendre compte des relations de rivalité, d'opposition, de conflits ouverts³⁸⁰. La *schismogenèse symétrique* caractérise les comportements divergeants liés par feedback, et dont la divergence ne repose que sur l'existence d'un *autre symétrique* (*agresseur-agresseur, p. ex.*), mais qui peut également être *complémentaire* (*agresseur-agressé, p. ex.*). La schismogenèse est basée sur la mimesis, mais il est à noter que d'ordinaire, se mettent en place des mécanismes de compensation qui consistent à inverser le message que l'on communique à l'autre³⁸¹. Et une crise peut survenir en cas d'incapacité à alterner message mimétique et message antimimétique. Dans ce cas de figure, l'action du droit ne peut apparaître que positive, puisqu'il faut un tiers médiateur pour interrompre un cercle de la vengeance³⁸², schismogenèse symétrique, ou un cercle de domination, schismogenèse complémentaire. Le recours à la justice par deux individus qui sépare un différend se présente ainsi comme un efficace mode

³⁷⁸ Sur l'apport de l'œuvre de Beccaria à une conception humaniste du droit, cf. *Beccaria et la culture juridique des Lumières (Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1994)*, Michel PORRET (éd.), Genève, Droz, coll. « Travaux d'histoire éthico-politique », 1997, 316 p.

³⁷⁹ Sur le passage de la sanction-violence arbitraire à la sanction-vengeance proportionnée : *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Michel PORRET, Genève, Droz, coll. « Travaux d'histoire éthico-politique », 1995, 562 p.

³⁸⁰ « *Le comportement X de A provoque une réponse X' de même nature chez B, qui renforce le comportement initial X chez A. Ce type de circularité peut conduire à une escalade symétrique chez. La schismogenèse complémentaire fonde des relations hiérarchisées, où le comportement Y (par exemple, l'autorité) de A provoque une réponse Z (par exemple soumission) chez B, complémentaire de Y. En retour, A peut réagir en renforçant son attitude Y, conduisant alors à une escalade de type complémentaire.* » J. Miermont, *L'homme autonome, op. cit.*, p. 290.

³⁸¹ « *Habituellement se mettent en place des régulations de réciprocité, où les effets symétriques dominants sont régulés par la survenue d'une relation complémentaire (par exemple, la personne la moins forte dans une relation symétrique peut afficher sa faiblesse, et recadrer ainsi l'échange), et où les effets complémentaires dominants sont régulés par la survenue d'une relation symétrique (par exemple, la mère qui est prise dans une escalade de protection vis-à-vis de son enfant peut en venir à accepter de laisser son enfant se défendre tout seul.* » *idem*.

³⁸² Le procédé est connu depuis l'antiquité. Il s'agit de placer un tiers externe et impartial qui va pouvoir révéler le caractère stérile et destructeur du mécanisme mimétique, et créer un terrain favorable à une entente. Cf. DAVID-JOUGNEAU Maryvonne, *Ulysse, médiateur ou comment sortir de la logique de la vengeance*. *Revue Droit et Société* n° 29, 1995, Paris, LGDJ, pp. 11 s.

immédiat de régulation sociale. Mais cette efficacité n'a qu'un temps. Les individus peuvent, avec le temps et l'habitude, perdre leur capacité à régler seuls leurs différends, et devenir dépendants de leur régulateur. Se crée alors une schismogénèse verticale qui se répercute sur la structure sociale³⁸³.

Ce schéma se complète quand la société se substitue à l'individu par le truchement de l'action publique. On peut en effet détecter les signes de schismogénèses symétriques et complémentaires dans l'application de la sanction pénale :

D'un côté **l'agresseur** : au sein d'un parcours personnel tantôt complexe, tantôt d'une simplicité quasi mécanique³⁸⁴, celui-ci atteint un seuil comportemental qui l'amène à commettre un acte qualifié de délictueux (passage à l'acte) ; de l'autre côté, **la victime** et à ses côtés le corps social représenté par l'institution judiciaire. Le *passage à l'acte* se présente comme le début de l'expression d'un message paradoxal annonçant la formation d'un *double bind*.

Le processus peut être ainsi représenté : Le citoyen est intégré à la société. Tant qu'il vit dans la sphère de légalité, il affirme explicitement son acceptation de se conformer aux règles du groupe et de bénéficier en contrepartie des avantages procurés par la vie dans ce groupe. Mais une fois l'acte délictueux commis, l'individu se retrouve face à un paradoxe : *je fais partie du groupe, mais je me comporte comme si je ne faisais pas partie du groupe*. Tant qu'il n'est pas identifié comme fauteur de trouble, l'individu profite du paradoxe. La vie sociale ne lui procure que des avantages (puisqu'il esquivé les sacrifices requis par la vie sociale). Cependant, pour peu qu'il soit repéré et identifié comme délinquant, le droit sera mis en action et la sanction déterminée. Il perd alors les avantages procurés antérieurement (fonction réparatrice du droit), mais ici encore selon une logique qui peut être paradoxale. En effet, la justice ne se conçoit pas dans un rôle purement sanctionnateur, on prête fréquemment à la sanction une vocation pédagogique³⁸⁵. Se met alors en place une logique d'exclusion-inclusion

³⁸³ « Les processus schismogénétiques conduisent à une structure pyramidale (qu'il s'agisse de l'état de droit, du parti politique, de la logique maçonnique, de l'organisation du sport, etc.) » J. Miermont, *op. cit.*, p. 290.

Plus avant, Houseman et Severi ont montré qu'une approche complexe et dialogique permettait de mettre en place des mécanismes autorégulateurs, comme la cérémonie du *Naven*, pendant laquelle tous les membres de la communauté se caricaturent mutuellement et publiquement. La schismogénèse devient processus d'adaptation, quand symétrie et complémentarité y sont interdépendantes et simultanées. « *Chacune s'affirme, non pas comme une tendance contraire, mais comme un développement de l'autre. Ce qui du point de vue de l'analyse peut se décrire comme la contradiction entre A et A s'exprime dans le naven sous la forme d'une synthèse paradoxale : A implique A. Les deux formes de schismogénèse sont intégrées à une relation de présupposition réciproque définissant une totalité nouvelle, un cadre exceptionnel de l'action, qui assure ainsi un caractère paradigmatique.* », Houseman et Severi, *Naven ou de donner à voir, op. cit.*

³⁸⁴ Sur les motivations de la délinquance des jeunes et les difficultés pour échapper à leur emprise, on peut se référer à une étude détaillée parue dans la rubrique « Recherche et justice » (L. Assier-Andrieu, dir.), in *Revue Droit et Société* n° 22, 1992, Paris, LGDJ.

³⁸⁵ Dominique Dray, dans (Dominique DRAY, *Victimes en souffrance, Une ethnographie de l'agression à Aulnay-sous-Bois*, Coll. Droit et Société n° 25, Paris, LGDJ, 1999), cite notamment pour illustrer ce courant de pensée : Michel Foucault, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975 ; R. Verdier, « Le désir, le devoir et l'interdit : masques et visages de la vengeance », *Déviance et société*, 8 (2), 1984, p. 181-193 ; G. Courtois, « La vengeance, du désir aux institutions », in G. Courtois, s. dir., *La vengeance : la vengeance dans la pensée occidentale*, t4, Paris, Cujas, 1984, p. 7-46 ; Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F., 1984.

du type : *je te châtie pour mieux t'aimer, je t'exclue pour mieux t'intégrer*. On punit le délinquant (surtout jeune) pour lui inculquer les valeurs « saines » de la société (respect, obéissance, etc.). Mais on court le risque que le principe *Qui bene amat bene castigat* ne soit pas ressenti de la sorte par le délinquant, et que celui-ci ne prenne le message qu'à son premier degré, c'est-à-dire comme un rejet pur et simple du groupe³⁸⁶.

On peut, dès lors, expliquer le taux important de récidive observé à la sortie des prisons. Le *double bind* met en lumière le paradoxe d'une sanction à vocation pédagogique³⁸⁷ : en elle-même, la sanction est l'expression d'une vengeance (violence mimétique). Dès lors l'expression de cette vengeance identifie les acteurs. Il y a l'agresseur et la société agressée. Par la punition, la société se pose en agresseur vengeur, et le cercle se referme. Le délinquant est exclu de la société et vit dans un monde parallèle (la prison) où il possède une place qui lui donne une valeur auprès de ses co-détenus (en général d'autant plus grande que son infraction a été importante). Le *double bind* est stable pendant la phase d'incarcération, le prisonnier vit dans un monde où il trouve sa place selon un schéma prisonnier/gardien de type dominant/dominé simple. L'issue de la peine marque la rupture de ce lien, et le problème, toujours délicat, de la réinsertion. Entraîné depuis de nombreuses années au *double bind* carcéral, le prisonnier se trouve dans une situation similaire à celle du schizophrène. Privé de son partenaire paradoxal habituel, la société vengeresse, il se retrouve de prime abord face à lui-même. La réinsertion, c'est-à-dire la reconstruction d'un lien non paradoxal entre l'individu et son groupe, nécessite une relation qui peut être très difficile à construire car elle est biunivoque et simultanée : *je t'accepte si tu m'acceptes*, dit-on de part et d'autre³⁸⁸. Sans l'intervention catalysante d'un tiers (l'aide sociale, le psychothérapeute) l'attente peut durer indéfiniment, et déboucher sur la récidive, ressentie comme un équilibre plus stable par l'individu.

³⁸⁶ Ce argument purement juridique s'agrémentent souvent de nombreux autres facteurs économiques et environnementaux, qui accélèrent et aggravent la tendance au rejet. Les rapports entre conditions économiques ou sociales et la délinquance font l'objet de nombreuses études sociologiques. Dans le cadre de la délinquance juvénile en milieu urbain, par exemple, Thilo Firchow propose des solutions basées sur une politique intégrée donnant la priorité à l'insertion et la réinsertion plutôt que la répression. Ces propositions tendent à éviter que s'instaure un *double bind* destructeur entre le jeune et sa cité. Cf. Thilo FIRCHOW, *La ville, les jeunes, le juge - La prévention de la délinquance juvénile en milieu urbain : justice et politique de la ville*, in *Revue Droit et Société*, n°22, Paris, LGDJ, 1992, p. 504 s.

³⁸⁷ Pour une illustration de cet échec, on peut se référer au récent ouvrage de Roselyne Nérac-Croisier (dir.), *Le mineur et le droit pénal*, Paris, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques. Série science criminelle", 1997 « *Enfants victimes, enfants délinquants... Depuis quelques années, les médias se font fréquemment l'écho d'affaires concernant des mineurs. La France, à l'instar de nombreux autres pays s'en est émue. Elle s'est efforcée d'adapter sa législation pour améliorer la situation des enfants et des adolescents en danger ou en difficulté. (...) la prééminence des mesures éducatives, prônée par l'ordonnance du 2 février 1945, semble marquer le pas. Les sanctions répressives et, principalement, l'emprisonnement, sont massivement prononcés. Malgré cette volonté de protection sans cesse réaffirmée, ni les dispositions du Nouveau Code pénal, ni les mesures éducatives de l'ordonnance de 1945, ni les pratiques judiciaires ne permettent d'atteindre, avec efficacité, l'objectif recherché : la socialisation harmonieuse de l'enfant* ».

³⁸⁸ Mécanisme caractéristique du lien *synallagmatique*. Concernant le contrat social, le lien de confiance simultané peut prendre un certain temps à se reconstruire, du fait par exemple de l'inertie du groupe. La répétition des succès ou des échecs précédents influe fréquemment sur les capacités de rémission des individus ou des institutions. Sur une modélisation du paramètre succès/échecs, cf. G. LE CARDINAL, *Construction de la confiance : signe de reconnaissance, prise de risque, promesse tenue, contrat et don*, Actes des rencontres MCX 97 *La décision en situation complexe - La dialectique du faire et du savoir*, <http://www.mcxapc.org/poitiers/poitiers15.htm>.

Il y a donc ambivalence de la sanction, qui peut faire le délinquant quand elle prétend le défaire. Si les conditions du *double bind* sont réalisées, on aboutit à un contre-effet (cf. Insérer renvoi), car la répression ne fait qu'accroître la violence. Il faut alors accepter de réviser ses paradigmes : « *Considérer la violence comme un " construit social " et non comme un accident modifie l'analyse que l'on peut en faire et introduit la notion de contextes générateurs de violence. Ainsi apparaissent des facettes dont les approches réductrices (psychologiques individuelles, économiques, criminologiques) ne rendent pas compte.* »³⁸⁹

Etendu sur une plus vaste échelle, on peut observer que le *double bind* engendre des stratégies sociales de *différenciation*. Hormis celle de l'individu³⁹⁰, il est probable qu'une des plus anciennes soit celle dite du *bouc émissaire*. Elle est encore utilisée quand l'institution judiciaire ne peut plus faire face à la délinquance : on punit avec sévérité un petit nombre d'individus qui auront vocation à servir d'exemple. Quand, pendant les réveillons de 1995, 1996 et 1997, des jeunes de la banlieue strasbourgeoise fêtent Noël en incendiant des voitures, la justice durcit subitement et localement sa jurisprudence, largement relayée par les media. Les fauteurs de trouble écopent en moyenne de deux à six mois de prison ferme. Cette sévérité inhabituelle reste ponctuelle et limitée, mais caractérise une volonté de pédagogie de masse par l'exemple. Moyennant quoi on hypothèque sciemment l'avenir de quelques individus pour maintenir l'ordre général.

Cet aveu explicite d'impuissance de la justice peut heurter les conceptions égalitaires des citoyens, mais éviter de recourir à la stratégie du bouc émissaire peut aboutir à d'autres contre-effets tout aussi importants. Ainsi, quand la justice est jugée inadaptée ou impuissante par une population qui estime son taux de délinquance anormalement élevé, peut-on voir apparaître chez cette population une stratégie de différenciation spontanée. Dans une étude approfondie de la population d'Aulnay-sous-Bois, Dominique Dray relève méthodiquement les signes d'une évolution des mentalités. La souffrance des victimes, qu'une justice jugée inefficace ou dépassée vient exacerber, va provoquer dans les esprits l'émergence de catégories nouvelles de population, les populations « naturellement criminelles » : « *Pour nombre de victimes et de familiers, les agresseurs sont le mal, ils le personnifient. (...) L'idéologie du mal met alors en scène, à des niveaux différents et dans des rapports indécidables, l'idée d'un mal organiciste, d'agresseurs non éduqués et non éducatibles, leur intention malfaisante et leur besoin de nuire* »³⁹¹.

Souvent le signal initial est ténu, mais par le jeu des répétitions successives, il va se diffuser en s'amplifiant, de sorte qu'une étincelle suffira à mettre le feu aux poudres. Pour S. Roché, par exemple, ce sont les petites incivilités quotidiennes qui peuvent engendrer de

³⁸⁹ M. MONROY, *Violence et insécurité : vers une lecture différente*, Actes des rencontres MCX 97, eod. cit.

³⁹⁰ J.-L. Vullierme : « *l'enfant, doté d'une faculté de modéliser le monde apprend progressivement à se distinguer du monde (et des autres qui sont dans le monde) en éprouvant les différences entre lui-même et le monde tel qu'il le modélise, c'est-à-dire en modélisant la différence entre lui-même et les traces que le monde a laissé sur lui. Alors qu'il est lui-même le produit intégré de son interaction avec le monde, son modèle du monde est composé de traces d'interactions séparées les unes des autres.* » (*Le concept de système politique, op. cit.*, p.227).

³⁹¹ Dominique DRAY, *Victimes en souffrance...*, op. cit., p. 220 s.

grands malaises sécuritaires³⁹². Ce malaise généralisé aboutit alors à des flambées sporadiques de violence urbaine.

Le *double bind* de la violence mimétique qui punit la victime émissaire constitue une stratégie qui maintient à peu de frais l'ordre social. L'érection en victime universelle d'une minorité canalise les énergies négatives et fédère les énergies positives³⁹³. René Girard a montré que ce mode de régulation est consubstantiel des logiques du *sacré*³⁹⁴, mais l'histoire montre que c'est une tendance lourde et récurrente. A contrario, le maintien à tout prix du principe d'égalité (des citoyens devant la loi) se présente comme une stratégie coûteuse, car les institutions judiciaires doivent pouvoir répondre aux besoins de la société pour maintenir un équilibre artificiel qui contrarie souvent les tendances naturelles du système. Ceci implique rigueur, moyens humains et financiers, et bien sûr efficacité³⁹⁵. Si l'Etat interdit que la responsabilité de la délinquance soit imputée à quelque minorité, il doit alors la faire assumer par tous. Avec pour conséquence qu'une montée de la délinquance tend à provoquer une baisse de la confiance des citoyens dans leur Etat, et qu'un déficit de confiance des citoyens dans leur Etat renforce le sentiment d'impunité individuelle, ce qui tend à stimuler la délinquance. Pour contrer ce *double bind* vicieux, l'Etat peut être tenté d'augmenter la répression, engendrant un autre *double bind* tendant à marginaliser davantage une classe de citoyens : les délinquants, mais à la longue c'est la population toute entière qui peut ainsi se trouver enchaînée³⁹⁶.

Ainsi, on peut raisonnablement conjecturer qu'une société dont l'Etat a peu de moyens, de confiance³⁹⁷ et de crédit est prédisposée à une dérive totalitaire. Il y va pour l'Etat du maintien immédiat de sa structure. C'est du moins ce qu'en pensent fréquemment les instances dirigeantes. D'où il ressort qu'une société égalitaire et peu répressive serait

³⁹² Sebastian ROCHÉ, *La société incivile. Qu'est-ce que l'insécurité ?*, Paris, Seuil, coll. « L'épreuve des faits », 1996, 245 p.

³⁹³ Le second principe de la marine Schadok n'est-il pas : *pour qu'il y ait le moins de mécontents possible, il faut toujours taper sur les mêmes ?*

³⁹⁴ Cf. R. Girard, *La violence et le sacré, op. cit.* ; également *Le bouc émissaire*, Grasset, 1982.

³⁹⁵ Qui trouve sa limite dans le *double bind*, décrit précédemment, qui lie les institutions judiciaires à la société qui les a érigées.

³⁹⁶ Quelle est la part de *double bind* dans ce constat effectué par Montesquieu ? « *Le peuple japonais a un caractère si atroce, que ses législateurs et ses magistrats n'ont pu avoir aucune confiance en lui : Ils ne lui ont mis devant les yeux que des juges, des menaces et des châtements : ils l'ont soumis, pour chaque démarche, à l'inquisition de la police. Ces lois qui, sur cinq chefs de famille, en établissent un comme magistrat des quatre autres ; ces lois qui, pour un seul crime, punissent toute une famille ou tout un quartier ; ces lois qui ne trouvent point d'innocents là où il peut y avoir un coupable, sont faites pour que tous les hommes se méfient les uns des autres, pour que chacun recherche la conduite de chacun, et qu'il en soit l'inspecteur, le témoin et le juge.* » (*L'esprit des lois*, Livre XIV Ch. XV).

³⁹⁷ Pour une illustration de la construction de la confiance en un ordre conventionnel (dans le domaine principalement économique), on consultera avec intérêt LE CARDINAL Gilles et GUYONNET Jean-François (Ed.), *Du mépris à la confiance - Quels changements de comportement pour faire face à la complexité ?*, 1991, Ed. Université de technologie de Compiègne (B.P. 649 - 60206 Compiègne - cedex) ; où l'on trouvera un « modèle de la communication confiante » par l'équipe TSH-IDTH de l'UTC (via le dilemme du prisonnier et le paradoxe de Newcomb).

l'expression d'un équilibre très fragile³⁹⁸, nécessitant moyens financiers, confiance, optimisme et volonté participative de ses membres.

Or le droit, expression directe du rôle régulateur de l'Etat, est le moyen de maintenir l'équilibre fragile de ce système. Il dispose pour ce faire de moyens qui le rendent spécifique parmi les formes de régulateurs : il est à la fois préventif et curatif. Curatif de par le caractère « réparateur » de la sanction, qui purge la faute initiale ; mais préventif, car la connaissance de la sanction incite les acteurs à ne pas déséquilibrer le jeu, et le maintenir sur un équilibre de coopération. Autrement dit : déroger à la solution suggérée par les règles du groupe coûtera cher à l'individu³⁹⁹, et c'est parce qu'il le sait que l'équilibre est stabilisé. La promesse d'une vengeance prévisible s'assimile à la projection d'une force destinée à éviter la mise en place du *double bind* mimétique.

Pour autant, notre société n'est pas totalement transparente. Un cercle de vengeance mimétique peut se mettre en place à l'abri du regard de la régulation par le groupe, ce qui est le cas de figure le plus courant des conflits privés. Quand aux conflits internationaux, faute d'une réelle volonté de la communauté internationale, ils ont encore libre cours. Mais il y a un côté positif à cette réalité : le développement de l'information et de l'acculturation favorise l'émergence d'une conscience globale, qui connaît tôt ou tard des répercussions dans les structures juridiques.

b. *L'ordre du droit par le bruit social*

C'est parce que le social émet du « bruit » (ce qu'elle considère comme du désordre) que le droit possède une structure (un ordre) donnée à un instant donné. Et c'est parce que le droit émet du bruit qu'il reçoit une information qui le recompose de manière ordonnée. Par sauts et tâtonnements, le droit en tant qu'ensemble complexe peut remplir son rôle de régulateur.

Dans les sections précédentes, nous avons proposé un modèle de société capable d'auto-organisation à partir d'un ensemble constitué de règles : le droit. Ce modèle de type récursif possède une structure interne qui varie selon des conditions imposées par un environnement physique : le milieu naturel. Ce milieu influe sur les individus qui, pour faciliter leur survie, vont devoir s'agréger et se regrouper. En se côtoyant ils devront composer avec leurs tendances asociales ou antisociales, qu'ils contiendront en construisant collectivement (par des mécanismes mimétiques ou spéculaires) un faisceau de règles aptes à les canaliser : les règles ont ainsi pour fin de maintenir l'ordre public, c'est-à-dire assurer un état stable d'intercompatibilité individuelle, de manière à ce que chacun tire un bénéfice de sa participation au contrat social.

Ce modèle dont nous avons montré la complexité amène plusieurs conclusions immédiates : sans conflit, ou potentialité de conflit, il n'y aurait pas nécessité de règles, donc pas de droit. Ce qui nous amène à penser, à l'instar des sociologues du droit, que le droit

³⁹⁸ Du moins tant que les individus font montre de tendances séparatistes.

³⁹⁹ Pour plus de détails sur l'application au droit pénal de la théorie des jeux, on peut se reporter à : *Le jeu, un paradigme pour le droit*, Collection Droit et Société n°2, Paris, LGDJ, 1992 ; Hubert HAENEL et Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Le juge et le politique : les nouvelles règles du jeu*, Paris, PUF, 1998 ; *DETSO, op. cit.*, pp. 318 s.

constitue un reflet des contraintes sociales qui l'environnent⁴⁰⁰. Corollairement, le sens d'une norme individuelle s'apprécie dans son contexte de promulgation et d'application plus que dans sa lettre.

Si nous choisissons de distinguer les systèmes (c'est-à-dire les éléments et leur structure), nous pouvons proposer le schéma suivant :

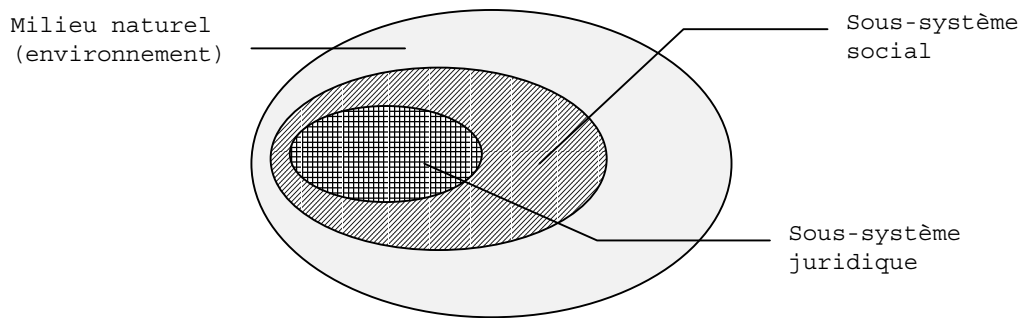


Figure 12 - Chaque système constitue l'environnement de son sous-système

Chaque système est isolé des autres par le modélisateur, qui peut ainsi en étudier le comportement et en déduire la dynamique. Nous utiliserons ici cette figure pour illustrer notre propos : l'environnement naturel conditionne la dynamique du système social, qui va à son tour conditionner celle du système juridique. Et réciproquement, le système juridique influe sur le système social, qui influe aussi sur l'environnement. Cette dynamique est complexe car elle s'appuie sur trois boucles rétroactives.

Il faut néanmoins préciser le rôle central que joue le sous-système social dans cette représentation. C'est lui, de par les axiomes de notre modèle, qui constitue l'interface incontournable entre le droit et l'environnement naturel. Sans lui, ces deux systèmes ne peuvent « communiquer ». On imagine mal, en effet, qu'un livre de droit influe d'une quelconque manière sur le paysage. Il faut toujours passer par l'homme, ou sa société, pour conférer à l'environnement ou au *corpus juris* une signification quelconque. Ainsi, on ne peut affirmer que l'environnement conditionne directement le droit. Les données environnementales constituent un ensemble de contraintes qui influent profondément sur la teneur d'une législation, et pas simplement celle concernant la gestion des ressources naturelles (cf. note 400 : quand les circonstances changent, notre rapport aux choses change également). Les individus qui constituent le centre de gravité décisionnelle, prennent des décisions en tenant compte des facteurs contextuels, de l'acquis juridique et culturel (cf. l'analyse de G. Timsit que nous avons exposé *supra*).

⁴⁰⁰ Par exemple, selon Henri de Page : « *Les époques de grande densité sociale ne s'accommodent pas de la conception de la propriété individuelle à portée absolue. Et voilà pourquoi nous voyons actuellement la propriété « se socialiser », et son exercice, même dans les limites du droit, entraîner responsabilité même lorsqu'il y a préjudice pour les activités riveraines.* »

La notion de faute se mue, d'autre part, en celle de risque, indiquant qu'à certaines époques de densité sociale intense et de division du travail plus vive et plus marquée, la sphère d'activité d'un chacun n'est plus aussi étendue qu'aux époques précédentes, et que le critère de la faute subjective ne suffit plus pour garantir l'intégrité et le respect du patrimoine d'autrui. » Henri DE PAGE, *De l'interprétation des lois*, Payot, 1925, 2 vol. rééd. en 1 vol., Bruxelles, Swinnen, 1978, II, p.108.

Que se passe-t-il alors, si nous raisonnons en termes d'ordre, c'est-à-dire de structure des systèmes⁴⁰¹ ? Si nous centrons l'observation sur le système social, nous pouvons admettre que son ordre dépend de celui de son environnement (le milieu naturel). Puis cet ordre social va déterminer l'ordre juridique, puisque c'est lui qui régule celui-ci. Et dans la mesure où ce sont les désordres sociaux que le droit est chargé d'éliminer, on peut admettre que c'est le désordre social qui détermine l'ordre du droit (nous évoluons dans le cadre classique de la sociologie juridique). Or, puisque le droit influe en retour le social qu'il régule, cela signifie que le couple droit-société possède une variété de comportements propres et de configurations possibles quasiment infinie.

En effet, si rien ne vient instaurer un contrôle sur les informations entrantes et sortantes des deux systèmes, ceux-ci peuvent à l'infini communiquer et accroître leur complexité réciproque. Nous évoquerons quelques causes sociales susceptibles de limiter cette complexité, et nous pouvons également faire appel à la doctrine positiviste de la normativité pour rendre compte des limitations qui sont, elles, inhérentes au droit. Kelsen et Hart ont montré, l'un au moyen de la hiérarchie dynamique, l'autre des règles secondaires que le droit possède des outils endogènes de contrôle de son information. Il « traite » les informations entrantes en déterminant ce qui est de son ressort et ce qui ne l'est pas. Par là même il délimite la notion de juridicité, c'est-à-dire qu'il se limite lui-même.

Ce que faisant, et ce mécanisme sera étudié plus en détail dans la seconde partie, il peut tendre à engendrer une logique autojustificative : si la mémoire de la règle est conservée mais celle de son contexte perdue, le simple poids du principe d'autorité peut faire perdurer des règles arbitraires. D'où nous montrerons qu'une norme souhaitable (d'un point de vue légistique) est celle qui inclut en elle-même le principe de sa disparition, c'est-à-dire son contexte de validité (*telle prescription ... est valide tant que telle situation ... perdure*). Ceci revient à **explicitement systématiquement sa téléonomie**. C'est à cette condition que l'infraction contient la loi et que la loi contient l'infraction, dans les deux sens du terme contenir.

L'infraction contient la loi :

- compte tenu de la nécessité générale de maintenir la société, tout acte perçu comme réalisant des fins contraires à cette nécessité suscitera l'invention d'une norme adéquate, qui viendra enrichir le *corpus juris* et augmentera sa capacité régulatoire ; le problème contient sa solution, puisqu'il existe une nécessité supérieure,
- puisque l'infraction porte atteinte au corps social, elle en limite la portée. Selon une vision plus libertaire, l'infraction peut constituer un acte de revendication de l'autonomie individuelle face à l'arbitraire groupal (myopie

⁴⁰¹ Et non, comme le fait par exemple Santi Romano, d'institutions (cf. Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975). On peut cependant montrer, grâce à la théorie des systèmes complexes, que de par la boucle rétroactive qui lie le droit et les institutions qui l'agissent finit par faire coïncider leurs structures. Les assimiler peut simplifier certaines analyses, mais constitue une simplification, source de paralogismes. La doctrine d'Hauriou, par exemple, tenait l'institution et son produit soigneusement distincts, l'ordre juridique n'étant présenté que comme un moment de l'institution. Ceci permettait d'éclairer davantage l'histoire du droit administratif (Eric MILLARD, « HHauriou et la théorie de l'institution » *Revue Droit et Société* n°30/31, Paris, LGDJ, 1995, pp. 381-412).

législative, système de domination inique...) : l'infraction fait barrage à la loi.

La loi contient l'infraction :

- selon le schéma hiérarchique autoritaire classique, la loi doit faire barrage aux infractions en opposant une sanction à la commission de l'acte répréhensible,
- selon le schéma de la dynamique complexe, la loi, en qualifiant infraction un comportement social, attribue à celui-ci une signification (sans laquelle ce comportement serait indifférent⁴⁰²). Ainsi elle institutionnalise l'infraction puisque d'une certaine manière, elle l'« apprend » au groupe⁴⁰³.

Nous pouvons déduire de ce constat que c'est en fonction de l'émergence du désordre perçu au sens du système social qui l'environne que le droit se recompose et est recomposé.

Conclusion du chapitre 1 : de la norme émergente à la norme coercitive

A ce stade de l'étude de notre modèle constructiviste, il est possible de justifier de l'intérêt des comportements interindividuels dans le cadre d'une théorie juridique qualifiée d'ouverte, car non uniquement attachée à l'étude des normes. D'une part, parce que les sujets de droit sont non seulement destinataires, mais également demandeurs des normes présentes et à venir (comme il a été montré en 1) ; d'autre part, parce qu'il en résulte que toute théorie qui exclurait de son étude un objet pour des motifs de cloisonnement disciplinaire deviendrait *ipso facto* réductrice (ce qui résulte du non-sens de distinguer droit et non-droit dans une perspective diachronique, comme montré en 2).

Mais il serait incomplet de limiter une étude sur l'évolution des normes au seul produit d'un ensemble d'individus. En effet, dès lors que ceux-ci ont érigé un ordre juridique valide, celui-ci, devenu obligatoire et par là même contraignant, influe sur leurs comportements. Il en résulte un mouvement circulaire qui ne tarde pas à révéler des caractéristiques complexes. Ces caractéristiques sont connues depuis Gény, qui relevait en 1921 qu'il y avait dans le droit une part de *donné* (relevant de la nature des choses) et une part de *construit*, qui anime le donné en vue des fins suprêmes du droit. La complexité téléologique, conjonction de la praxis et de l'épistémé était déjà au centre des préoccupations de ce critique de l'Exégèse⁴⁰⁴.

⁴⁰² Un comportement socialement non qualifié possède souvent moins de poids communicationnel, puisqu'il n'est pas perçu comme nécessitant une intervention de la puissance publique. C'est pourquoi désigner publiquement tel comportement comme répréhensible revient à en reconnaître publiquement la valeur, ce qui est un gage de pérennisation dudit comportement.

⁴⁰³ Ce qui n'implique pas nécessairement que toute régulation soit inefficace ou inutile, loin de là.

⁴⁰⁴ « Avant tout, il faut savoir, en interprétant tous les éléments objectifs que nous présente le monde social, et, au besoin, en faisant appel aux puissances intimes, qui complètent les constatations de l'expérience et les suggestions de l'entendement (intuition, croyance), quelles sont les règles à poser, tant au vu de la fin à poursuivre que d'après l'efficacité des moyens en circulation dans la pratique, et les faire en quelque sorte passer de la puissance à l'acte, de pouvoir les ajuster à la vie, les adapter à ses exigences concrètes, à sa molle structure, à sa fluidité incessante, en dégagant et ramenant à effet les procédés d'application du droit. Et, de ces deux objets distincts, on aperçoit sans peine que le premier sera, principalement, oeuvre de connaissance, le

Chapitre 2 - Après le droit : comprendre les réactions et organiser les déséquilibres

Puisque les sujets et leurs créations juridiques sont complexes, une régulation adéquate nécessite une intelligence dans l'appréhension des problèmes et dans l'invention de leur solution. A société complexe, régulation, et donc prévision complexe ?

La science normative s'attache à l'étude des normes, mais plus marginalement à leurs conséquences. Ceci explique peut-être que bien qu'elle soit adéquate pour traiter de ce domaine, la modélisation systémique souffre d'un relatif déficit d'intérêt. On peut déceler entre autres causes l'impossibilité de vérifier les données produites par les modèles. Imaginons qu'un ordinateur fasse une simulation des réactions d'un groupe humain dans une situation donnée. Les résultats obtenus peuvent être erronés. Dans ce cas, il est difficile d'en trouver les causes. Elles peuvent être liées au modèle, auquel cas il suffit de le corriger. Mais il se peut aussi que, les sujets observés se doutant de la réaction que l'on attend d'eux (car on aurait édicté les normes conformément aux calculs de l'ordinateur), modifient leur comportement en fonction de ces nouvelles données, contrecarrant ainsi les prévisions du modèle. La prophétie deviendrait autoréfutante. Ce scénario futuriste n'est que l'application d'un schéma action-réaction parfaitement contemporain : même en l'absence de simulation préalable, les décisions juridiques émanant d'acteurs humains en dehors de tout modèle sont soumises à pareils aléas.

Ainsi, pour avoir une chance d'être valide, un modèle comportemental appliqué à un ensemble d'agents cognitifs doit rester totalement opaque, c'est-à-dire que l'observateur ne

second principalement aussi, oeuvre d'action.

Toutefois, je ne crois pas que la distinction de la connaissance et de l'action exprime, d'une façon adéquate et pleine, la différence substantielle des deux sortes d'élaboration en présence, non seulement parce que cette distinction ne traduit elle-même qu'une diversité de tendances dans l'exercice des facultés humaines, l'action et la connaissance restant in indissolublement pénétrées l'une de l'autre, mais plutôt encore, en ce que, sans intervention de l'action, la connaissance reste incapable de dégager les lois naturelles de l'ordre juridique, et que, en sens inverse, la connaissance doit incessamment soutenir l'action dans l'effort nécessaire à la réalisation des règles juridiques une fois reconnues.

*Si, donc, nous voulons descendre plus au fond de la séparation de points de vue signalée, il convient, ce semble, de considérer moins l'exercice des facultés à mettre en jeu pour arriver au but que la matière même ou le résultat de leur effort. Sous ce rapport, nous observons que l'activité du juriste (au sens le plus élevé du mot) oscille entre deux pôles distincts, que je proposerai de dénommer le donné et le construit. Tantôt, il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la « nature sociale », interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et, c'est ce que j'appelle le donné, qui doit formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut. Tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en oeuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort, ainsi poursuivi, issu de l'artifice, s'exerçant sur la nature par des procédés propres, puisés dans les puissances personnelles de l'homme, peut, ce semble, être qualifié de construit, puisque, au moyen d'un travail tout subjectif, il tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci, en vue des fins suprêmes du droit. Il va de soi, d'ailleurs, que donné et construit se mélangent et s'entrecroisent pour fournir à la vie juridique toutes les directions nécessaires. Et, il n'est pas à méconnaître que le construit, oeuvre de volonté artificielle, sinon arbitraire, arrive peu à peu à augmenter la somme du donné. », (F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1921, pp. 95-97).*

doit surtout pas communiquer les résultats de ses prévisions. En pratique, cela revient à vider le modèle de sa substance : il doit n'être pas suivi d'effets ou rester enclos dans son laboratoire. De surcroît il est impossible, si un écart est constaté avec les données observées, de remettre le système dans son état initial et recommencer la simulation : entre-temps, les données se seront modifiées et la simulation sera devenue obsolète.

Une solution médiane peut cependant être envisagée, consistant à utiliser des modèles élaborés grâce à des systèmes physiques aisément manipulables, que l'on utilise ensuite à titre métaphorique. Cette métaphore souffre bien souvent de limites (Section 1), mais permet aussi de dégager des hypothèses constructives bien plus simplement que par tout autre moyen traditionnel (Section 2).

Section 1 - Un outil probabiliste pour décrire : le modèle d'Ising

Pour décrire un phénomène conçu complexe, un outil simple peut se révéler utile, car même si son application est restreinte, il peut éviter au modélisateur de s'égarer dans de fausses évidences.

Il peut sembler curieux de recourir à un modèle déterministe pour rechercher des heuristiques afin de prévoir des phénomènes non déterministes. Les révolutions et les guerres échappent au calcul, disait Anatole France. Nous verrons que pour autant, une méconnaissance de certains comportements collectifs déterministes peuvent amener la rhétorique à préférer des paralogismes à une réalité perçue comme contre-intuitive.

Le modèle d'Ising (cf. Annexe 1) est utilisé par les physiciens quantiques pour rendre compte du comportement collectif d'atomes que l'on va plus ou moins chauffer. Il est donc particulièrement utile pour montrer comment des ensembles d'éléments connectés ne varient pas de façon régulière, même s'ils subissent des contraintes qui, elles, varient de manière régulière.

Utilisé à titre métaphorique dans un domaine scientifique qui n'est pas le sien, ce modèle doit voir ses fondements épistémologiques explicités (§1), de sorte que l'on puisse évaluer la portée de la métaphore (§2).

§1. Les limites métaphoriques d'un modèle semi-réductionniste

Le modèle quantique auquel il sera fait appel dans notre exemple ne donne de par sa conception que des réponses semi-qualitatives, ce qui pose une question fondamentale de méthode (1) et interdit de généraliser à grande échelle ses conclusions pour les phénomènes non quantifiables, tels ceux que l'on rencontre fréquemment en sciences sociales. Nous sommes contraints, si nous tentons de jeter une passerelle entre les deux disciplines, d'adopter un faisceau d'hypothèses initiales particulièrement restrictif.

En effet, la physique quantique étudie le comportement des particules élémentaires. Chacune de ces particules est soumise aux lois de la physique, qui sont considérées comme universelles. Les particules ont donc toutes le même comportement ; une métaphore basée sur la physique quantique devra donc clairement énoncer comme prémisse que tous les individus observés sont censés posséder un comportement identique. Qui dit comportement dit décision

identique. Les individus s'imitent infiniment, ils possèdent la même rationalité et la même connaissance. La connaissance désigne les données traitées par les individus, la rationalité la façon de traiter ces données. Toutes deux sont présumées homogènes (2).

1. Des paramètres présumés constants... ou communs

Des molécules identiques présentent des propriétés identiques. Le comportement collectifs de ces molécules dans un objet pur s'en trouve donc simplifié. En revanche, l'analogie est plus délicate avec des systèmes vivants, dont les unités actives sont par essence non monotones et plus ou moins indépendantes. Sauf à présumer que les individus sont suffisamment conditionnés pour que leurs réactions soient systématiquement homogènes relativement à un problème donné.

Le modèle d'Ising, comme tout modèle émanant des sciences de la nature, postule acquises certaines caractéristiques des systèmes dont il prétend rendre compte. En effet, les molécules ont un comportement obéissant à des lois universelles. Quand ce type de modèle est transposé aux sciences sociales, il devient nécessaire de faire le recensement des propriétés implicitement prêtées au système étudié. On sera alors à même d'en cerner les limites.

La discussion porte ici sur la pertinence de l'uniformisation imposée par le modèle aux paramètres d'espace, de temps et de rationalité. Tout semble opposer un phénomène physique et social. Et pourtant, l'autonomie individuelle qui sépare l'homme de la molécule ne semble pas, à considérer certains auteurs, condamner irrémédiablement toute comparaison. Elle serait, tantôt le « bruit » qui uniformise notre comportement collectif, soit un leurre de la modernité, que nous construisons pour mieux nous masquer notre propre hétéronomie.

Elle est en tout cas un objet d'étude scientifique : « *La tâche première de toute théorie macroscopique de l'organisation sociale est moins de décrire la variété des formes de cette organisation que d'identifier le processus commun en vertu duquel des systèmes parviennent à préserver leur identité respective sur des durées parfois considérables, en dépit des nombreuses perturbations, (notamment mutuelles) qui viennent les affecter. Il s'agit d'appréhender la nature de cette interaction, somme toute mystérieuse, qui est capable de les structurer si fortement, et qui leur évite de se désagréger sous l'effet des sollicitations ou agressions extérieures, et malgré les conflits internes entre leurs composantes, les tendances centrifuges de leurs agents, leur rotation (turnover) biologique constante, etc.* »⁴⁰⁵

Ces arguments étaient l'utopie longtemps poursuivie par les jusnaturalistes de découvrir des constantes dans la nature humaine. Ils iraient en tout cas dans le sens de l'hypothèse que nous partageons une conception à peu près uniforme de la raison, du temps et de l'espace.

⁴⁰⁵ J.-L. J.-L. Vullierme, *op. cit.*, *op. cit.*, pp. 222-223.

a. *Rationalité, espace et temps*

Ces trois dimensions s'interpénètrent étroitement, rendant délicate toute simulation basée sur l'hypothèse que des individus peuvent, à un échelon global, se comporter d'une manière considérée comme homogène. Il faut justifier qu'une stabilité globale reste concevable, nonobstant les disparités locales, constatées et revendiquées.

i. Irrationalité individuelle, rationalité globale

Les disparités et divergences locales peuvent parfaitement, dans certains types de systèmes, contribuer à la consolidation d'un ordre plus global.

En ce qu'il renonce à appréhender les individus qu'il modélise dans toute leur complexité, le modèle d'Ising appliqué aux sciences sociales se présente comme une réduction. On renonce en effet à considérer les individus comme différents les uns des autres : ils réagissent tous en même temps selon les mêmes lois. De plus, ce modèle ne rend pas compte d'une éventuelle mobilité géographique des individus. Chacun est plus ou moins lié avec des voisins plus ou moins immédiats, mais toujours identiques.

Bien que ces limitations semblent rédhibitoires, on peut raisonnablement avancer une série d'hypothèses d'étude qui correspondent malgré tout à un tel schéma. On peut en effet supposer que le plus gros des populations étant sédentaire, les réseaux d'influence et de connaissance qui lient les individus n'évoluent que lentement, voire restent quasiment figés dans certains cadres, notamment institutionnels.

Il s'ensuit que dans le cas d'une entreprise possédant un règlement intérieur, on peut raisonnablement prétendre que les individus possèdent une rationalité homogène (chacun étant supposé obéir aux injonctions du règlement) et un réseau d'influence stable (hiérarchie et réseau de collègues fluctuant peu). Une étude des réactions des salariés face à un règlement intérieur peut ainsi faire appel au modèle d'Ising. De même, l'étude des réactions d'un milieu boursier. Les agents se connaissent souvent bien les uns les autres, les acteurs institutionnels sont clairement identifiés, et la logique de profit est commune à tous. Dans ce secteur bien délimité, les inconnues émanent surtout des données économiques, dont l'influence peut ainsi être étudiée au moyen du modèle d'Ising.

A ce stade, il faut préciser qu'une telle modélisation se présente toujours comme une réduction, dans la mesure où les comportements « dissidents » sont négligés. Par exemple il se peut que des individus contreviennent à un règlement ou optent pour une stratégie d'investissement prudentielle, au détriment d'une logique de maximisation du profit. Ces perturbations sont alors considérées comme des « impuretés » de l'objet et traitées comme telles par la voie statistique, c'est-à-dire éliminées. On peut néanmoins, par la simulation, rendre compte de l'influence de telles impuretés. Mais l'on encourt le risque de voir échouer les prévisions du modèle, si l'on ne dispose pas de suffisamment d'informations sur les comportements déviants. Autrement dit, le minimum de toute prétention à la prévision consiste à connaître sa propre marge d'erreur⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ L'étude simulée d'agents rationnels en situation complexe fait en effet ressortir le caractère contre-intuitif de leurs comportements collectifs. Ainsi un comportement rationnel tourné vers un développement viable peut se révéler plus ou moins efficient, et ce de manière oscillante. (cf. Gérard WEISBUCH et Guillemette DUCHATEAU-NGUYEN, « Une modélisation intégrant des composantes culturelles de l'interaction Nature-Société », in *Sciences Natures et Sociétés*, 1996, 4, 52-57 ; <http://www.lps.ens.fr/~weisbuch/nss/nss12.html>).

Une difficulté supplémentaire réside dans le fait que la déviance n'est pas uniquement imputable à une rationalité propre à un individu. Il se peut aussi que cet individu ne possède pas les mêmes données que ses congénères, donc pas la même connaissance. On peut être mal intentionné, ou simplement mal informé. Ainsi il s'avère que le modèle d'Ising ne peut trouver application que dans les hypothèses où l'information est uniformément distribuée, entre des individus possédant la même rationalité.

Dans un problème mathématique, le problème et les axiomes utilisables sont définis dès le départ. Il est ainsi possible d'en inférer une solution universellement acceptable. Dans le domaine des sciences juridiques il en va tout autrement, dès lors que l'usage, la coutume ou le législateur peuvent modifier soit le problème, soit les règles applicables. Il n'est plus raisonnable de faire appel à la raison.

Cette complexité heuristique se double d'une complexité sociale. Les structures organisationnelles « modernes » (projets, équipes, etc.) accroissent le nombre d'intervenants (directs ou indirects) dans la prise de décision. L'autonomie des acteurs que prônent ces théories conduit ainsi à limiter l'importance relative de la décision purement individuelle, au profit de processus collectifs de prise de décision. Dans ce cadre, il est fréquent que l'on assiste à ce que H.A. Simon nomme des « conflits de rationalité ». On pourrait concevoir ces conflits comme une autre façon de présenter les problèmes organisationnels classiques (conflits de pouvoir, concepts de zone d'incertitude de M. Crozier). Mais ils sont plus que cela. Même si tous les participants de ces processus de décision tentent de privilégier l'intérêt général de leur groupe, on peut quand même assister à des conflits qui résultent de la conception différente que se fait chacun de cet intérêt général⁴⁰⁷. Une fois encore, il n'est pas question de nier l'existence des rapports de pouvoir, ou des conflits de personnes. Mais résumer les conflits de rationalités à des quêtes de pouvoir hiérarchique revient ipso facto à réinventer les théories simplifiantes de Mc Gregor concernant les comportements humains dans l'organisation⁴⁰⁸.

La rationalité simple est donc souvent prise en défaut. Nous verrons, concernant les raisonnements globaux et spéculaires (cf. *infra* p. 262) qu'elle est même fondamentalement incomplète. Les individus recourent donc à un mode heuristique semi-rationnel, qu' H.A. Simon a proposé de nommer « rationalité limitée »⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Cf. le concept de « rationalité contextuelle » de J.G. MARCH, « Bounded rationality, ambiguity, and the engineering of choice », *Bell Journal of Economics*, Vol. 9, n°2, 1978.

⁴⁰⁸ Pour plus de précisions, cf. F. Lacroux, « Prospective et complexités », *Prospective et stratégies*, textes de l'atelier 17, site MCX www.mcxapc.org/ateliers/17/textatel_9.htm.

⁴⁰⁹ Cette appellation est souvent entendue dans une optique péjorative, comme le déplore J.-R. Alcaras : « on peut regretter que la thèse de la "rationalité limitée" de H.A. Simon soit une fois de plus présentée aux économistes à partir de l'exposé des limitations (naturelles et incontournables) des capacités cognitives des êtres humains : rappelons que Simon n'évoque ces limitations cognitive que dans le cadre de l'exercice d'une rationalité substantive afin de montrer sa faible pertinence pour décrire le comportement humain ; qu'à contrario, Simon a mis en évidence le caractère a priori illimité des capacités cognitives dont peuvent faire preuve les hommes lorsqu'on juge leur rationalité de manière procédurale ; et qu'en outre, l'expression "bounded rationality" se traduit probablement mieux par "rationalité internalisée" (sous-entendu : rationalité dont les limites et les critères d'appréciation sont relatifs au processus de délibération lui-même, qui ne s'apprécie pas de l'extérieur mais de l'intérieur du processus de décision) que par l'expression trompeuse de "rationalité limitée" généralement utilisée dans les cultures francophones... » (Note in

J.-L. Le Moigne note quant à lui que la confusion n'est pas neutre, et pourrait vraisemblablement révéler un véritable parti pris épistémologique⁴¹⁰. Or, bien loin d'être un aveu d'échec, la rationalité limitée serait la véritable manifestation de l'intelligence : « *La limitation que veut exprimer H.A. Simon n'est pas celle d'un concept (la rationalité) mais d'une action (la capacité cognitive du système raisonnant). Et il montrera même qu'en se "libérant" des limites d'une rationalité parfaite (celle du syllogisme parfait de la logique formelle), les capacités cognitives des humains, reconnaissables disait Léonard de Vinci "aux œuvres que l'œil exige des mains de l'homme" sont, elles, a priori illimitées ! Dans son dernier livre⁴¹¹, E. Morin dit très heureusement qu' "on reconnaît la vraie rationalité à sa capacité de reconnaître ses insuffisances" (p. 188) »⁴¹².*

Le message général consiste dans l'incitation à déplacer l'attention des buts à optimiser, dont la réalisation requerrait la possession d'une capacité de calcul presque illimitée, aux modalités grâce auxquelles se réalisent les processus de la représentation et de la décision. Cette situation, caractérisée par le fait que le sujet vise, en tout cas, à réaliser ses propres finalités, considérées comme stables, par la maîtrise des facteurs de perturbation environnementaux, est définie comme une situation de *permanence téléonomique*, pour la distinguer de celle de *permanence téléologique* où le sujet ne vise plus, principalement, à

www.mcxapc.org/lectures/16-6.htm).

⁴¹⁰ « *Confessons que cette prudence irrite souvent ! Robin Marris reprochait il y a peu à H.A. Simon, l'erreur tactique qu'il avait commise en 1956 en appelant "Bounded Rationality" les formes de rationalités autres que formellement et strictement déductives ! Cette prudence académique a été payée d'un prix élevé puisque ce n'est que depuis quelques années que les économistes commencent à comprendre que "Bounded Rationality" ne se traduit nullement par "Rationalité Limitée" (ce qui, a la lettre, ne veut rien dire), mais Rationalité Internalisée, (engendrée à l'intérieur du système cognitif, et non pas externe, importée des cours de logique déductive formelle) ; Robin Marris proposait de le traduire par "Rationalité Intelligente" ; ce qui, bien que pertinent à la lettre, aurait sans doute eu également des effets pervers, les tenants de la rationalité déductive risquant d'en conclure que par complémentarité, ils prônaient une "Rationalité Bête" (ce qu'ils n'auraient guère apprécié, malgré leur prétention à la rigueur objective !). (Voir M. Egidi et R. Marris, eds : "Economics, bounded rationality and the cognitive revolution", 1992, p. 198). H.A. Simon, on le sait, a proposé à partir de 1976 l'expression "Rationalité Procédurale", et c'est sans doute l'expression qui sera retenue ; mais en lisant les tentatives de plusieurs des auteurs de ce livre pour inventer ex nihilo, en méconnaissant apparemment les définitions de H.A. Simon, des rationalités "interactives" (J.P. Ponsard), ou "stratégiques", ou "paradoxaux" (R. Salais) ou "internalistes" (J. Ferejohn et D. Satz), voir une "irrationalité inspirée par la rationalité limitée... avec main tremblante" (R. Aumann), sans que jamais soient argumentées épistémologiquement ces conceptions très intuitives du processus cognitif de traitement de symboles, on se prend à souhaiter une sorte d'ascèse collective au sein de la corporation des économistes, qu'ils soient conventionalistes ou néoclassiques. » Note Le Moigne, in www.mcxapc.org/lectures/8-26.htm.*

⁴¹¹ Edgar MORIN et Anne Brigitte KERN, *Terre-Patrie*, Paris, Seuil, 1993, 218 p.

⁴¹² Jean-Louis Le Moigne, note in www.mcxapc.org/lectures/5-34.htm ; l'auteur ajoute, pour tenter de juguler définitivement toute ambiguïté : « *Peut-être faudra-t-il, le temps aidant, accepter de re-traduire le concept en l'appelant "Rationalité Intelligente" comme le suggère R. Morris ? Le néologisme, peut-être plus élégant que celui de "Rationalité Procédurale" forgé ultérieurement par H.A. Simon, pourrait être mieux entendu et interprété. Mais il faudra pour cela accompagner ces réflexions d'une méditation épistémologique quasi ascétique, celle par laquelle nos cultures scientifiques accepteront de passer du primat du "Principe Leibnizien de « Raison Suffisante » à un "Principe — que j'attribuerai volontiers à H.A. Simon — de Raison Intelligente". Mais je ne suis pas certain que ce dernier acceptera volontiers une telle paternité. Il nous faudra peut-être alors parler de "Raison Organisante", puisque, ce livre le confirme à nouveau de façon souvent très explicite, réfléchir sur la rationalité de nos comportements individuels et collectifs, c'est aussi réfléchir sur la complexité de l'organisation, qu'elle soit sociale ou cognitive, naturelle ou artificielle. »*

réaliser un état du monde voulu qu'il se représenterait une fois pour toutes, mais à défendre son autonomie dans un milieu changeant, en modifiant même, si c'est nécessaire, son système de préférences⁴¹³.

On l'aura remarqué à ce stade, le sujet connaît et agit son environnement. Cet environnement peut être constitué soit de la totalité sociale dans laquelle il baigne, soit de sa société et de son environnement naturel (cette dernière échelle étant affaire de choix de la part du modélisateur). Cette conséquence du modèle que nous avons proposé représente également un choix épistémologique, puisqu'il n'est plus une, mais plusieurs rationalités auxquelles le sujet peut recourir. Les conséquences sur l'ensemble sont non négligeables. Il suffit pour s'en convaincre d'observer les phénomènes boursiers. Dans la mesure où l'ensemble des acteurs possède une rationalité commune (l'optimisation du profit), les comportements sont assez réguliers pour être modélisés sous forme d'équations dynamiques non linéaires. Les agents se comportant comme des automates probabilistes, on peut prédire les cycles et les crises avec une relative fiabilité.

Dans tous les autres cas, que recourent largement la vie courante, nous retrouvons un schéma de rationalité limitée, non prédictible au niveau individuel. Le paradoxe (qui, au vu des conséquences d'un système complexe n'en est pas un) est que ce système présente un comportement global plus régulier que son homologue rationnel. On peut avancer, par exemple, que c'est parce qu'aucun des éléments n'ayant de prise sur l'ensemble que nul ne songe réellement à le remettre en cause. A quoi servirait de chercher à muer l'immuable ?

On peut également avancer une raison tout aussi prosaïque : plus un individu ferait partie d'un tout perçu stable, plus il peut se concentrer sur l'optimisation de sa situation personnelle, et plus la société dans laquelle il vit lui semble performante. Cette conjecture, largement connotée des théories économiques de l'utilité marginale, fonde non sans une certaine ambiguïté un pan de l'économie politique dans son acception néolibérale⁴¹⁴.

En sus de la dimension rationnelle, un modèle comme celui d'Ising présuppose un nivellement de la conception de l'espace.

ii. Un espace uniforme

L'inconvénient du modèle d'Ising est de postuler implicitement que l'espace est uniforme, ce qui fait que l'information se diffuse de manière indépendante de la distance. La pratique montre qu'il n'en est rien : la topographie joue un rôle primordial dans la genèse des civilisations.

Dans l'univers de la physique classique, celle de Newton, l'espace est postulé homogène. La théorie de la relativité générale d'Einstein a nuancé cette conception en

⁴¹³ Sur cette méthode heuristique, se reporter notamment à Le Moigne, 1994, *op. cit.* ; J.-R. ALCARAS, F. LACROUX (1994), « Planifier c'est s'adapter », *4èmes Rencontres du Programme "Modélisation de la complexité"*, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille III, 9-10 juin 1994.

⁴¹⁴ En ce sens, cf. Van Parijs, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, *op. cit.*, notamment en ce qui concerne la conception de la justice de Nozick et Hayek ; ces considérations selon laquelle la société optimale est celle dans laquelle, la paix civile étant réalisée, l'individu peut optimiser son profit personnel est à opposer à une conception comme celles de Pareto ou Rawls, pour lesquels le maintien de l'ordre et le nivellement des inégalités constitue davantage le but de toute société basée sur la justice. Cette balance complexe entre individualisme et holisme manque d'élucidation de la part de la pensée néolibérale.

introduisant le temps comme variable, la vitesse de la lumière constituant la seule constante⁴¹⁵. Mais la plupart des théories basées sur les équations newtoniennes ont conservé ce postulat. La vitesse de la transmission de l'information dans l'univers peut être infinie. Ce qui implique que l'on accepte l'*action immédiate à distance*. Dans une équation décrivant l'orbite de deux planètes, en effet, si un terme est modifié, l'autre se voit immédiatement modifié en conséquence. Par exemple, si une planète voit sa masse diminuée de moitié, les orbites calculées au sien du système entier seront instantanément changées, quelle que soit la distance qui sépare les différents astres, même si des milliers d'années-lumière les séparent⁴¹⁶.

On ne saurait cependant postuler que l'espace sur terre est uniforme. L'isolement ou au contraire la situation de confluence marquent profondément le profil des civilisations, de sorte que l'on explique une part importante de leurs physionomies par les échanges qu'elles nouaient avec leurs voisines⁴¹⁷. Les mers, les fleuves, les montagnes, ont profondément marqué la géopolitique humaine, tout comme ils ont eu un impact sur le patrimoine génétique des espèces animales, par le biais de l'évolution (les espèces endémiques).

Montesquieu a tenté de systématiser ses observations de voyageur et d'en dégager la théorie des climats⁴¹⁸. De nos jours encore, la notion de territorialité est fortement implantée

⁴¹⁵ Rappel : la physique newtonienne postulait l'inverse. Le temps était présumé uniforme, et dans ces conditions il était concevable d'envisager des vitesses supérieures à celle de la lumière. Le génie d'Einstein fut de démontrer que cette conception, qui était la plus crédible compte tenu de l'observation de notre univers immédiat, était de fait erronée si l'on voulait l'appliquer simultanément à tout l'univers.

⁴¹⁶ Les incontestables apports de ces méthodes à la technique font parfois oublier sur quels présupposés ils sont fondés. Cet acceptation parfois un peu rapide du postulat d'*action immédiate à distance* a été mis en lumière, ainsi que quelques autres, in Isabelle STENGERS, *Sciences et pouvoirs*, Paris, La Découverte, 1997 (cf. notamment l'introduction et la conclusion de l'ouvrage, ou l'auteur, disciple d'I. Prigogine, s'emploie à démystifier l'emploi aveugle d'outils mathématiques classiques pour des usages souvent très éloignés de leurs finalités initiales).

⁴¹⁷ Penser la civilisation future s'inscrit dans une pensée des échanges à venir. En ce sens, cf. Edgar MORIN et Sami NAIR, *Une politique de civilisation*, Paris, éd. Arléa. 1997, p. 23 s.

⁴¹⁸ « *L'air froid resserre les extrémités des fibres extérieures de notre corps; cela augmente leur ressort, et favorise le retour du sang des extrémités vers le coeur. Il diminue la longueur de ces mêmes fibres; il augmente donc encore par là leur force. L'air chaud, au contraire, recherche les extrémités des fibres, et les allonge; il diminue donc leur force et leur ressort.*

On a donc plus de vigueur dans des climats froids... Cette force plus grande doit produire bien des effets: par exemple, plus de confiance en soi-même, c'est-à-dire plus de courage; plus de connaissance de sa supériorité, c'est-à-dire moins de désir de la vengeance; plus d'opinion de sa sûreté, c'est-à-dire plus de franchise, moins de soupçons, de politique et de ruses... Les peuples des pays chauds sont timides comme les vieillards le sont; ceux des pays froids sont courageux comme le sont les jeunes gens...

J'ai observé le tissu extérieur d'une langue de mouton, dans l'endroit où elle paraît, à la simple vue, couverte de mamelons. J'ai vu avec un microscope, sur ces mamelons, de petits poils ou une espèce de duvet; entre les mamelons étaient des pyramides, qui formaient par le bout comme de petits pinceaux. Il y a une grande apparence que ces pyramides sont le principal organe du goût.

J'ai fait geler la moitié de cette langue, et j'ai trouvé, à la simple vue, les mamelons considérablement diminués; quelques rangs mêmes de mamelons s'étaient enfoncés dans leur gaine. J'en ai examiné le tissu avec le microscope, je n'ai plus vu de pyramides. A mesure que la langue s'est dégelée, les mamelons, à la vue simple, ont paru se relever; et, au microscope, les petites houppes ont commencé à paraître.

au cœur des cultures. La domination sans partage de l'autorité étatique n'y change rien. « *Le local, pour être plus précis, se trouve segmenté, et néanmoins lié au global. Les relations deviennent capillaires, et il en résulte un ensemble de microclimats juridiques qui ne peuvent être réduits à un repère général unique* »⁴¹⁹. Des recherches contemporaines ont cependant souvent démontré l'importance du climat et de la topographie comme facteurs à prendre en compte pour la modélisation de diverses études prospectives : économique, halieutique⁴²⁰, agronomique⁴²¹. De sorte qu'il semble peu opportun de négliger ces facteurs, même pour la modélisation d'une société de type post-industrialisée.

Car en ce qui concerne les sociétés modernes post-industrialisées, la question est désormais relativisée par l'émergence et le développement rapide du réseau Internet, qui a profondément modifié la perception que l'humanité se fait d'elle-même⁴²². Internet, dit-on, abolit les distances. Tout devient accessible à tous (potentiellement), et immédiatement. Rien n'empêche d'imaginer qu'un jour l'intégralité de l'humanité sera effectivement interconnectée par le biais de ce réseau informatique. On peut néanmoins douter que les facteurs géographiques marquent réellement le pas. Pour une raison qui s'impose d'elle-même par la fréquentation du Réseau : il est difficile de trouver une information pertinente parmi les millions, bientôt les milliards de celles qui sont disponibles. De sorte qu'on observe que c'est toute la palette des influences qui trouve son expression sur le Réseau, et non pas uniquement une pensée uniforme. Les minorités ont au contraire trouvé un terrain d'expression d'une puissance inégalée, de sorte qu'Internet constitue désormais bien davantage un lieu d'échange

Cette observation confirme ce que j'ai dit, que, dans les pays froids, les houppes nerveuses sont moins épanouies: elles s'enfoncent dans leurs gaines, où elles sont à couvert de l'action des objets extérieurs. Les sensations sont donc moins vives.

Dans les pays froids on aura peu de sensibilité pour les plaisirs: elle sera plus grande dans les pays tempérés; dans les pays chauds, elle sera extrême... Il en sera de même de la douleur... Il faut écorcher un Moscovite pour lui donner du sentiment. » Montesquieu, *L'esprit des lois*.

⁴¹⁹ Extrait de la thématique du Séminaire Droit et Société *Le rôle de la société civile dans les transformations de l'Etat et du Droit à l'aube du XXIème siècle*. Barcelona, 1-2, Juin 2000.

⁴²⁰ Consulter à ce propos la collection de textes issus des Rencontres de Mèze (ORSTOM-CNRS), sur <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/viabilit/index.htm>. On consultera Peter Allen: *Environnement et complexité* (application de certaines problématique de l'Ecole de Prigogine à la gestion environnementale), Jean Lefur : *Modèle d'intelligence artificielle de simulation d'une pêcherie* (impact de la géographie et du relief au niveau des flux d'échanges commerciaux - simulation multiagent).

⁴²¹ Cf. en particulier les recherches publiées par le CIRAD (Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement). Des exemples sont observables au moyen de ses simulations informatiques de paysages. Cf. <http://www.cirad.fr/produits/amap/amap.html>.

⁴²² Les ouvrages sont désormais pléthoriques sur cette révolution annoncée. Nous avons cité P. Levy, *L'intelligence collective. Pour une anthropologie du cyberspace*, *op. cit.*, qui constitue une projection technologique et humaine d'une collectivité connectée ; on peut le rapprocher de l'homme symbiotique de J. De Rosnay, représentant une sorte d'aboutissement qui n'est pas sans rappeler l'homme autonome de Castoriadis « *Plutôt que de nous penser enfermés dans des emboîtements successifs au sein de structures pyramidales, le principe de subsumption nous permet de nous représenter comme intégrés, sans nous y perdre, dans un plus grand que nous. Chaque homme représente la pointe d'une infinité de pyramides, ouvertes vers d'autres niveaux d'organisation et assurant, par la multiplicité organisée, la cohérence des fonctions nécessaires à l'ensemble de la communauté* » Joël de ROSNAY, *L'homme symbiotique ; regards sur le troisième millénaire*, Paris, Editions du Seuil, 1995 (p. 212).

complexe et multiple qu'un monde nivelé. Si les barrières douanières ont bel et bien disparu, les fossés culturels subsistent, et parfois s'exacerbent.

Cette forme de différenciation culturelle constitue une sorte de métaniveau. Comme l'explique Michel Roux dans *Le Monde des débats*, «à côté de toutes les formes contemporaines de géographie (économique, sociale, politique, etc.) subsiste dans nos sociétés une "géographie existentielle et cordiale, [qui n'est pas qu'un] simple repérage de l'homme dans l'étendue, mais un ancrage transcendant de l'Être dans le monde". »⁴²³. On a coutume d'associer étroitement un faisceau d'éléments culturels à une géographie. La globalisation des échanges, loin de détruire (comme on a souvent pu l'entendre) cette association, a plutôt ajouté une autre dimension qui occupe cette fois tout l'espace. Le changement de repère est important. Auparavant, la distance et la vitesse déterminaient le temps, le rythme des échanges. Désormais l'espace et le temps sont comme anéantis dans leur dimension symbolique. Pour autant, toute perception de leur effet n'a pas totalement disparu. Le régionalisme se trouve même renforcé, ce qui amène à la conclusion, complexe puisque d'apparence paradoxale, que la globalisation stimule l'identité locale en même temps qu'elle réunit les individus sous une même bannière globale. Les grands perdants de cette révolution seraient ainsi les Etats au sens traditionnel, dont la signification symbolique se verrait mise à mal par une double attaque. Attaque de leur légitimité à représenter l'ensemble des citoyens, puisqu'une globalité, celle des habitants du monde, les surplombe ; mais aussi attaque de leur légitimité à représenter chaque citoyen, puisque chacun trouve plus représentative la communauté de proximité à laquelle il appartient. L'avenir de l'Etat providence s'annonce difficile dans un monde globalisé⁴²⁴.

Ce rapide tour d'horizon laisse donc planer un doute quant à la pertinence d'une modélisation basée sur l'action immédiate à distance, quand il s'agit de l'appliquer aux organisations humaines. Néanmoins, on peut se baser sur l'hypothèse que si une conscientisation globale suscite la même émergence au niveau local chez des individus reliés entre eux, les effets globaux resteront à peu près inchangés. Cette hypothèse n'est guère raisonnable si la simulation doit s'étendre sur le long terme, mais sur un laps de temps

⁴²³ Texte de l'atelier 28 du site MCX (Modélisation de la Complexité) <http://www.mcxapc.org/ateliers/28/republique.htm>.

⁴²⁴ Une analyse de type plus purement juridique aboutit à un constat similaire : « Dans le champ juridique, on constate en réalité que de nouvelles sources de droit ont émergé, qui ont porté atteinte au monopole étatique en la matière ; et sur le plan institutionnel, il est désormais classique de noter la double concurrence que subit l'État dans l'exercice de la production normative, de la part d'autorités infra-étatiques (collectivités locales) et supra-étatiques (organisations internationales dotées d'un pouvoir normatif auxquelles l'État est partie, à commencer par la Communauté européenne). » P. MAISANI, F. WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Revue Droit et Société* n°27, Paris, LGDJ, 1994, p. 446.

Sur la mutation de la notion d'Etat-providence et ses conséquences sur la régulation des individus, on pourra consulter l'article très technique mais abondamment documenté de Claude MARTIN, *Régulation politique, régulation domestique dans les trajectoires d'Etat-providence*, *Serveur Droit et Société*, 1998, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/martin1.htm> ; où il semble par exemple que selon certains modèles, l'effritement du rôle protecteur de l'Etat national suscite un besoin équivalent, mais à un échelon mondial cette fois-ci. On peut y voir une interprétation de l'observation que lors des grandes crises contemporaines (Kosovo, OMC, famines et révolutions africaines), les regards des opinions publiques sont de plus en plus tournés vers les grandes institutions transnationales (ONU, FMI, Banque mondiale,...). Le recours à un seul Etat ne semble plus ni suffisant ni souhaitable pour résoudre un conflit, fût-il régional.

relativement court elle peut être considérée comme acceptable. Cette même considération d'acceptabilité doit être appliquée à la représentation par le modèle de la conception que se font les individus du temps.

iii. Un temps public et logique

Le temps de la physique n'est pas nécessairement celui des sciences humaines. Appliquer une conception réversible à des phénomènes irréversibles conduit au même résultat que la démarche réciproque : elle mène au parallogisme.

Les hommes ne *font* pas leur histoire, il ne peuvent que l'agir, disait un poète.

La réalité historique, parce qu'elle est humaine, est équivoque et inépuisable.

R. Aron,
Introduction à la philosophie de l'histoire

En effet, relève J.-P. Dupuy, « *les agents sont supposés se déterminer par rapport à un avenir plus ou moins parfaitement connu mais qu'ils supposent donné, alors même que ce sont eux qui le déterminent* ». Tout se passe comme si dans l'esprit de beaucoup, le destin était quelque chose de donné, voir écrit à l'avance. Il était fatal que telle chose arrivât...

Cette forme originale d'autotranscendance produit des effets bien concrets, quand elle est appliquée au processus décisionnel. La notion de destin renverse la flèche du temps, contrariant par là même la logique du sujet cogitant. Nous verrons ce parallogisme dans l'exemple particulièrement imagé du paradoxe de Newcomb, ainsi que sa mise en œuvre dans la doctrine de Dworkin.

Le paradoxe dit de Newcomb est le suivant : soient deux boîtes ; l'une transparente, contient mille francs, l'autre, opaque, contient soit un million de francs, soit rien. Le sujet a le choix de prendre n'importe quelle boîte, mais un Prédicteur l'avertit au préalable (le Prédicteur est quelqu'un qui fait des prévisions et en qui le sujet a confiance). Le Prédicteur énonce qu'il a déjà placé un million de francs dans la boîte noire si et seulement si il a prévu que l'agent choisira de la prendre elle seule, et non la boîte transparente. Pour tout autre choix, il aura laissé la boîte noire vide.

Que doit faire le sujet ? Faire confiance au Prédicteur et ne prendre que la boîte noire, en renonçant à un gain modeste mais certain, ou au contraire prendre les deux boîtes ? Une première argumentation conclut que le sujet doit choisir la première solution (confiance). Le Prédicteur l'aura prévu et il recevra un million ; tandis que s'il prend les deux boîtes il n'aura que mille francs. Le paradoxe est qu'une seconde argumentation paraît tout aussi solide, alors qu'elle conclut de manière opposée. Elle consiste à dire qu'au moment où l'agent fait son choix, le Prédicteur a déjà fait le sien. Il y a donc déjà dans la boîte noire un million ou rien. A prendre les deux boîtes, on gagne donc mille francs de plus dans les deux cas de figure.

Il y a ici plusieurs conceptions du temps qui s'affrontent. Certains choisiront la première solution, pensant que leur action peut provoquer une causalité à rebours, qui irait du présent vers le passé (si je fais ceci, il *aura fait* cela). Certains autres soutiendront qu'ils s'appuient uniquement sur le fait que les deux événements sont liés par les probabilités, bien que causalement disjoints ; dès lors, le pari a d'autant plus de chances d'être gagné que le Prédicteur connaît bien le sujet, et se trouve à même d'anticiper correctement ses réactions. D'autres choisiront l'autre solution, comme D. Lewis qui a montré que la seconde solution est

rationnellement supérieure, de même qu'il faut faire défection dans le dilemme du prisonnier⁴²⁵.

De nombreuses conséquences sont rattachables au paradoxe de Newcomb, particulièrement dans le domaine boursier, où les anticipations rationnelles sont étudiées avec soin : prophéties autoréalisatrices, autoréfutantes, rapports de forces, effets de réputation... avec, pour ultime limite, l'indécidabilité. Keynes recourait à la parabole du jeu pour illustrer cette limite. Ce jeu-concours, prisé par de nombreux journaux, consiste à inviter le lecteur à choisir entre un certain nombre de possibilités (élire des vedettes, par exemple). Le gagnant est celui qui aura deviné ce que la moyenne des autres aura choisi. Il ne s'agit donc pas ici d'exprimer une préférence personnelle, mais d'exprimer ce que l'on pense que les autres penseront. Keynes a montré que ce problème était **indécidable**.

On démontre ainsi qu'un ensemble de sujets rationnels est fondamentalement imprévisible sans la référence à un point fixe externe, quitte à ce qu'il fût fictif.

C'est ainsi que Dworkin est contraint d'utiliser une fiction pour que la théorie des droits naturels réponde aux exigences de cohérence et de complétude d'une conception radicalement logique du juridique. Ce faisant, c'est la conception du temps qui s'en trouve altérée.

Le problème se pose en ces termes : d'une part la loi ne dispose que pour l'avenir ; d'autre part elle est censée être complète, et le juge ne fait que l'appliquer. Il ne lui est pas permis d'en découper les contours, car ceci est un travail qui constitutionnellement revient en exclusivité au législateur. Comment analyser, dès lors, le cas où un magistrat comble un vide juridique ?

« Du point de vue ontologique, Dworkin soutient que le principe de légalité dans la fonction juridictionnelle est réalisable puisque le droit n'est pas constitué seulement de règles de droit explicites mais aussi de principes (principes). Peut-être des affaires particulières donnent-elles lieu à des difficultés dans la décision puisqu'elles n'entrent pas dans le champ d'application d'une règle de droit spéciale. Cependant, cela ne signifie pas que, dans ce cas, les juges aient un pouvoir discrétionnaire au sens fort, c'est-à-dire qu'ils soient libres de tout lien juridique. Les cas qui ne sont pas prévus par la loi sont toutefois susceptibles d'une solution correcte, puisqu'ils entrent dans le champ d'application d'un principe (ou de plusieurs principes) de droit. Autrement dit, les principes ont une fonction de « clôture » du système juridique : ils permettent de combler les lacunes de la loi. »⁴²⁶

Le système juridique, d'un point de vue libéral, ne peut donc qu'être complet, pour au moins trois raisons, qui constituent trois interprétations de la complétude juridique :

- pour une raison de logique aristotélicienne pure : en vertu de l'adage *tertium non datur*, un fait juridique quelconque ne peut être qu'illicite ou licite, donc qualifié juridiquement. Dès lors que les textes sont silencieux, le juge doit procéder par raisonnement *a contrario*.

⁴²⁵ David LEWIS, « Prisonners' Dilemma is a Newcomb Problem », in R. Campbell et L. Sowden (eds.), *Paradoxes of Rationality and Cooperation*, The University of British Columbia Press, 1985, cité in J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales, op. cit.*, pp. 97-98.

⁴²⁶ Riccardo GUASTINI, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Revue Droit et Société* n°2, Paris, LGDJ, 1986, p. 20.

- pour une raison organique : puisque le droit est appelé à évoluer et s'adapter, il faut puiser en lui les arguments de cette évolution. Seul le droit est source de droit. Si l'on ne trouve pas la norme directement applicable, il faut rechercher celle qui le plus lui correspond. Le juge ne doit pas raisonner *a contrario*, mais *a simili*.
- ou enfin pour une raison politique : si le droit n'était pas prétendu complet, il serait nécessaire d'admettre que le juge possède un pouvoir créateur, qu'il vienne pallier les déficiences d'un législateur parfois plus soucieux d'opportunisme électoral que de projet sociétal, et que parfois même le législateur, conscient de l'incertitude et les conflits d'intérêt que provoqueraient sa propre norme, préfère laisser au juge le soin d'adapter son application en fonction des circonstances ; ce dernier cas équivaut à une délégation à peine implicite de souveraineté.

La démarche de Dworkin, qui a fortement influencé l'*analytical jurisprudence*, se situerait plutôt au niveau de la seconde conception. Il part du principe que **tout le droit est**, mais qu'il n'est pas nécessairement **exprimé**. En quelque sorte, le législateur, créateur contingent et imparfait, n'a pas forcément pensé à rendre toutes les normes explicites. Le rôle du juge est de mettre à jour ces normes, de telle manière que le législateur les *aurait promulguées, s'il l'avait fait*. Pour ce faire Dworkin fait appel aux propriétés de cohérence de la logique juridique.

« Selon Dworkin, une norme implicite N_1 est valide à l'une des conditions suivantes (disjonctivement suffisantes) :

- 1) le législateur n'a explicitement créé aucune norme incompatible avec N_1 ;
- 2) il est très probable que le législateur aurait explicitement promulgué N_1 s'il avait prévu la controverse résolue par N_1 ;
- 3) N_1 peut être justifiée par (et à l'intérieur de) la même doctrine éthique et politique qui a présidé à la promulgation des normes explicites du système juridique en question ;
- 4) N_1 constitue la justification d'une ou de plusieurs normes explicites du système.

Selon Dworkin, lorsque au moins une de ces conditions est réalisée, le jugement sur la validité de N_1 est une proposition vraie. Malheureusement, la théorie de Dworkin se fonde sur une hypothèse ouvertement métaphysique qui, comme telle, n'est pas susceptible de vérification ou de falsification. Elle peut seulement être constitutivement acceptée ou rejetée. »⁴²⁷

On peut nuancer cette dernière critique de Dworkin par R. Guastini. L'hypothèse de complétude énoncée par le théoricien américain n'est pas tant « ouvertement transcendante » (donc produite par une injection de vérité externe) que « autotranscendante », c'est-à-dire produite selon une vérité endogène, à laquelle doit se conformer la logique.

La démarche de Dworkin revient, en renversant la flèche du temps, à masquer l'incomplétude logique d'un système juridique axiomatisé. Le renversement se fait de la manière suivante : quand on construit d'ordinaire un système formel, on en détermine les axiomes (propositions tenues pour vraies), puis par l'application de la logique on infère des théorèmes (propositions vraies au regard des axiomes initiaux). Les mathématiques sont basées sur cette méthode cartésienne. Leur validité externe ne tient qu'à celle de leurs axiomes initiaux (que l'on a parfois tendance à occulter, comme l'incertitude conceptuelle de la

⁴²⁷ *Idem*, pp. 24-25.

division par zéro), mais au sein de l'ensemble des propositions, se trouve assurée la cohérence, à défaut d'une réelle complétude puisque l'on sait que certaines propositions sont indécidables, comme l'a montré le théorème de Gödel⁴²⁸.

La démarche de Dworkin s'inscrit à l'inverse de ce schéma : le droit est parfait et complet mais inconnu et connaissable, postule-t-il ; aux hommes d'en construire les règles de manière cohérente afin de concrétiser cette perfection. Le temps est pris à revers, puisque l'on fait remonter la construction théorique depuis les théorèmes vers les axiomes. Cette démarche souffre ainsi d'un grave inconvénient : hormis une garantie douteuse quant à la qualité de l'axiomatique ainsi constituée, elle revient de manière dissimulée à instituer des règles qui n'existent pas : celles qui postulent la validité du théorème de Gödel tout en niant ses conclusions.

Dworkin recrée ici le paradoxe de Newcomb. La notion clé de *norme implicite* est le lieu où ce paradoxe se manifeste. Quand il prononce une décision qui possède une valeur normative se référant à une perfection réputée et implicite, le juge renverse la flèche du temps : il se réfère à ce qu'aurait dit un décideur antérieur *si celui-ci s'était trouvé à sa place actuelle*. La question qui révèle le paradoxe de Newcomb révèle également celui de Dworkin : qui prend la décision ? Le parieur de Newcomb prend la sienne en s'imaginant qu'elle a déjà été prévue, il en est de même pour le juge, à ceci près qu'il ne doit se fier qu'à la logique. Il ne peut pas ouvrir la boîte magique pour vérifier s'il a bien jugé ou non.

Quel résultat peut produire la doctrine de Dworkin ? Des contradictions, comme le souligne R. Guastini en se fondant sur la linguistique, mais pas uniquement. L'histoire a montré que faute d'avoir clairement énoncé les axiomes initiaux, une doctrine, voire un corpus juridique ainsi constitué peuvent parfaitement connaître d'importantes dérives mystiques, favoriser des inégalités ou instituer des formes de ségrégation sociale. Rawls avait déjà souligné ces effets pervers, connus depuis longtemps en France sous l'Ancien Régime. Toute construction conceptuelle est nécessairement arbitraire, et la cohérence avec un droit parfait mais implicite ne peut guère être réalisée que si l'on est certain que chaque axiome a bien été explicité⁴²⁹. Or la théorie montre que cette transparence totale semble affublée d'une sorte d'impossibilité logique d'existence. Le droit ainsi constitué ressortira donc d'une forme irréductible d'arbitraire, ce qu'un Etat démocratique ne saurait raisonnablement accepter.

Il faut tirer de ces deux paradoxes une leçon importante : dans un processus décisionnel, la flèche du temps est irréversible. On peut sans problème la renverser dans le cas des équations physiques linéaires, mais celles-ci constituent une exception dont le succès auprès des scientifiques est d'autant plus surprenante que l'on sait désormais qu'elles ne sont applicables à aucun système physique connu. Le droit ne fait pas exception à ce principe. Une

⁴²⁸ En tout cas, au sein de ce corpus rigoureusement constitué, le temps est instantané et réversible, de fait il disparaît. Les déductions peuvent s'effectuer des axiomes vers les théorèmes, ou l'inverse. Ce temps décisionnel n'est pas transposable à celui des décisions effectives. En ce sens, cf. l'unanimité de « l'école » constructiviste.

⁴²⁹ Pour ce faire, la *contraposition*, figure de la logique formelle, peut être mise à contribution. Cf. Serge DIEBOLT, *Bridging the gap between human and computer languages - Using logic to detect implicit arguments*, Actes de la conférence franco-américaine *Artificial Intelligence and Law*, Syracuse (N.Y., USA), Avril 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/diebolt4.pdf> (version française)

décision est prise dans le présent, elle peut impliquer l'avenir, mais en aucun cas revenir sur le passé. L'argumentation de Dworkin est davantage destinée à montrer qu'un juge qui statue en conformité avec l'esprit des lois ne crée par de norme à proprement parler (rejoignant ici le point de vue de G. Timsit dans le cas d'un processus mêlant pré et codétermination). Mais au nom de cette même cohérence temporelle, la doctrine de Dworkin doit admettre qu'elle postule qu'il existe un droit parfait, capable de réguler *ex ante* les problèmes à venir, sans reconnaître que ce droit, du point de vue de la logique formelle du premier ordre, **ne peut pas exister**.

En outre, le temps revêt pour la doctrine juridique des acceptions bien particulières. Il est tantôt plus ou moins synonyme d'époque, tantôt point de référence culturelle. La doctrine l'envisage fréquemment sous l'angle du pluralisme.

Ainsi G. Husserl, dans un ouvrage consacré au temps (*Recht und Zeit*, 1955) décrit-il l'État moderne comme inscrit dans trois dimensions temporelles distinctes : l'exécutif se produit dans le temps présent, le judiciaire s'inscrit dans le passé, tandis que le temps du législateur est celui du futur. C'est donc ici de point de référence dans le temps, plutôt que du temps lui-même, qu'il s'agit.

Partant de ce schéma, la doctrine a distingué au moins six autres temporalités juridiques⁴³⁰.

1. *Le temps des fondations* : époque originelle de l'ordre social et politique.

2. *Le temps intemporel de la dogmatique juridique* : temps de conjugaison du discours juridique : « *Le Parlement vote...* », « *il est interdit de...* », « *il est établi que...* ». Cette intemporalité permet selon Legendre d'établir la validité permanente des énoncés (applicables *hic et nunc*).

3. *Le temps de l'instantané* : notion désignant l'absence de délai pour la réalisation de certaines opérations juridiques : naissance d'une obligation (accord des volontés dans un cadre contractuel), entrée en vigueur d'une loi, etc. Cet instantané sert à définir les modalités de l'action normative : le caractère obligatoire de la norme ne naît pas de la prise de conscience généralisée de son existence et son caractère obligatoire. Elle est réputée obligatoire à un certain instant, c'est-à-dire qu'à cet instant tout individu est censé en avoir conscience : *nul n'est censé ignorer la loi*. Cette fiction est un préalable indispensable de l'applicabilité normative (son théorème de complétude, en quelque sorte).

4. *Le temps de la longue durée* : notion employée pour qualifier les conceptions en vigueur à une certaine époque, tendant à constituer un droit par accumulation. En France, période caractéristique du droit coutumier. Ce temps est plutôt tourné vers le passé que vers l'avenir, en ce que la réponse au présent ou à l'avenir est constamment recherchée dans les solutions du passé.

5. *Le temps prométhéen* : par allusion à Prométhée livrant, contre la volonté de Zeus, le feu aux hommes, ce temps est quant à lui tourné vers l'avenir et le progrès. Que le droit naturel se présente ouvertement comme « historique » est le symptôme d'un changement de

⁴³⁰ Panorama donné par F. Ost in *Dictionnaire encyclopédique* (1993) « Temporalité ».

référentiel temporel. De nouvelles fonctions juridiques apparaissent également de façon plus explicites, comme l'anticipation ou la prévention.

6. *Le temps de l'alternance entre l'avance et le retard* : il est des décisions qui, pour statuer dans le présent, regardent alternativement entre le passé et l'avenir. Typiquement : la décision judiciaire (Gurvitch).

Plus généralement, les décisions juridiques peuvent s'inscrire comme un mélange de ces diverses conceptions, qui sont plus des cadres conceptuels que de véritables catégories au contours étanches. Quelle décision juridique, quelle qu'elle soit, ne tient aucun compte du contexte historique et social pour produire des effets dans l'avenir ? Le schéma décisionnel de G. Timsit (avec pré-, co- et surdétermination) montre bien comment les divers temps s'enchevêtrent dans une décision, acte complexe. C'est d'ailleurs bien ce mélange qu'évoque Husserl quand il décrit les temporalités globales des sociétés : une société traditionnelle est tournée vers le passé, une société basée sur la loi vers l'avenir, et quand référence est faite à la fois à l'un et à l'autre, c'est le règne du présent, de l'Administration sur les deux autres pouvoirs. Pour statique et simple qu'elle soit, cette description n'en est pas moins globalement fiable.

Ainsi les imbrications non réversibles de la rationalité et du temps nous amènent à relativiser les données issues du modèle d'Ising. Celui-ci peut constituer une métaphore intéressante pour une analyse située à un instant précis, mais on ne saurait en tirer davantage de conclusion, notamment sur l'évolution des formes d'un système, sauf à postuler que les sujets n'agissent que réactivement et de manière homogène.

Ce type de modèle nous amène également à postuler qu'ils possèdent une connaissance homogène.

b. *Crédibilité d'une connaissance présumée transparente*

Tout modèle mathématique, faute d'appréhender le temps, ne donne l'image que d'une communauté d'individus dont le savoir mutuel serait transparent, c'est-à-dire immédiat et total. Les modèles probabilistes rendent compte d'une certaine opacité, mais les relations causales sont perdues. Le paradigme complexe pose ici sérieusement la question de savoir si la représentation formelle de tels ensembles ne mériterait pas d'être sérieusement repensée.

Le non-dit est un pilier des affaires. Aussi n'est-il pas étonnant de rencontrer fréquemment des *asymétries d'information* au niveau des marchés. Paraître et faux-semblants sont considérés comme un rouage des affaires, tant qu'ils obéissent à un critère proche de celui du « raisonnable »⁴³¹. La semi-opacité est donc une constituante admise du mécanisme du marché. Les anticipations des dirigeants, le crédit accordé par le marché, l'incertitude sur les conjonctures environnantes, contribuent à rendre l'information difficilement transparente.

Keynes en était conscient lorsqu'il élaborait un modèle pour analyser la crise économique de 1929. Les individus ne sont pas nécessairement conscients, ni des données réelles de l'économie, ni des conséquences de leurs actions sur l'ensemble du marché. Il en

⁴³¹ Le droit anglais reconnaît la *reasonableness*, tandis que le droit français place le taux de lésion à 7/12^{èmes}, soit un douzième au-delà de la moitié du prix vénal du bien.

résulte que contrairement à ce que prétendait L. Walras, l'économie ne peut être une science rationnelle ni rationalisable. Le postulat de Walras tenait en ce que les agents boursiers se basent sur les données constatées de l'économie, et font leurs pronostics sur les potentiels de développement qu'ils envisagent pour tel ou tel secteur. De sorte qu'après un certain temps, le cours des actions s'ajuste avec l'activité constatée : une entreprise qui fait de bonnes affaires voit son cours monter. Keynes rompt avec ce schéma et en propose un autre, basé sur le mimétisme. Les agents, faute de temps ou de moyens d'information, basent leur action sur l'observation qu'ils font de l'action des autres. Il en résulte une amplification des données pertinentes, mais également des erreurs. Et l'équilibre walrasien ne se retrouve qu'au prix de réajustements parfois brutaux.

Keynes montre également qu'une décision économique ne peut pas être rationnellement anticipée. Il se réfère pour ce faire au jeu concours consistant à deviner quel sera le choix effectué par la majorité des participants : il ne faut donc pas jouer en disant ce que l'on pense, mais ce que l'on pense que les autres vont penser. A ce jeu de supputations en miroir, on ne peut qu'apporter l'indétermination la plus totale. Dans la pratique, cette indétermination est atténuée par la connaissance que l'on a des joueurs avec lesquels on joue. Plus on les connaît, plus l'on est en mesure d'anticiper raisonnablement ce qu'ils vont décider. Mais il y a encore loin de là à pouvoir établir un modèle mathématique de ce schéma par essence changeant.

Quant à J.-L. Vullierme, tout en postulant l'impossibilité d'une connaissance individuelle totale sur l'ensemble du groupe, il en admet tout de même les effets systémiques : *« Il convient d'observer que le modèle de représentation n'est pas et ne peut logiquement être identique au modèle qui le possède : de même que l'être social, bien qu'il soit un modèle du monde, ne détient pas toute l'information possible sur le monde (des déterminations de l'être social on ne peut déduire toutes les déterminations du monde), de même le modèle de représentation opère une sélection des informations qu'il reçoit de l'être social qui le possède. Or c'est grâce à cette sélection que se forment les distinctions caractéristiques de la représentation mentale : les traces inscrites dans le modèle de représentation sont moins nombreuses que les traces reçues par l'être social, mais elles sont distinctes... »*⁴³².

Une connaissance interindividuelle immédiate et similaire

Il est à noter que dans ce modèle les individus ont tous simultanément les mêmes propriétés ; ils ont tous une égale influence (ou non-influence) sur les autres. Autrement dit, ils déterminent leurs voisins en même temps et de manière identique. Cette précision constitue une sérieuse limitation à la métaphore, car il est notoire que dans la réalité, les individus diffèrent tous en réaction et en sensibilité. On pourrait néanmoins continuer de rendre compte de cette disparité en faisant appel aux notions de différences de température, ce qui nous obligerait à faire appel à des modèles de mécanique des fluides, qui sont parmi les problèmes les plus complexes de la physique et compliqueraient inutilement notre représentation. Gardons simplement comme hypothèse que la population modélisée possède un code culturel homogène, chaque individu portant aux arguments des autres une égale attention.

⁴³² J.-L. J.-L. Vullierme, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 226.

De plus, on ne rend compte que d'une opinion ponctuelle face à un problème déterminé, au sein d'une population donnée. En aucun cas on ne pourrait prétendre simuler sur une seule dimension un ensemble d'idées aussi complexe qu'un ensemble d'idées politiques dans son ensemble. Il faudrait pour ce faire constituer plusieurs modèles distincts, puis les combiner.

Une connaissance mal définie du groupe par l'individu

Le mode d'acquisition de la connaissance de son milieu par un individu semble constituer une limite à notre propre connaissance, et donc à notre aptitude modélisatrice.

Il est irréaliste de supposer que les individus ont toujours une représentation exacte des options qui leur sont offertes, des avantages et inconvénients attachés à chacune d'elles. Mais on peut souvent faire l'hypothèse qu'en moyenne lorsqu'une option O_1 est préférable à une option O_2 , ce fait sera perçu. Bref, un paradigme ne peut être dit vrai ou faux, réaliste ou irréaliste. Mais il peut être plus ou moins adapté au phénomène qu'on désire analyser.

La notion d'acquisition de la connaissance par un sujet reste de nos jours mal déterminée, malgré son importance épistémologique : notre savoir ne serait-il pas d'une certaine manière tributaire de notre propre structure ? R. Penrose⁴³³ tente de comprendre à quels niveaux biologiques, et de quelle manière la jonction pourrait s'opérer entre phénomènes quantiques et organisation macrophysique de l'être vivant, jonction susceptible de rendre compte de ce qu'il appelle « la connaissance immédiate ». J. Miermont a discuté cette interprétation du concept de « connaissance immédiate », en relevant que R. Penrose l'assimile très vite à la conscience des sentiments de bonheur, de douleur, d'amour, de sensibilité esthétique, de volonté, de compréhension, etc. « *Tous ces sentiments ne relèvent-ils pas déjà d'une interférence extrêmement subtile entre la connaissance immédiate des états du corps dans son environnement (si elle existe), et la connaissance médiate de ceux-ci (c'est-à-dire traitée par des manipulations de symboles et/ou des algorithmes subsymboliques) ?* » La connaissance médiate quant à elle, suppose un centre qui fonctionne comme intermédiaire entre l'entité connaissante et le milieu dans lequel elle évolue. Alors que la connaissance immédiate repose sur un effet de contiguïté pure entre l'entité connaissante et son milieu⁴³⁴.

Raymond Boudon,
Effets pervers et
ordre social

Les conditions d'émergence du sens sont du même ordre que celui qui a été mis en valeur concernant les normes. La cohérence quantique implique qu'un nombre élevé de particules coopèrent au sein d'un même état quantique non emmêlé avec son environnement, selon des oscillations identiques, correspondant à la fonction d'onde du

⁴³³ Roger PENROSE, *Les ombres de l'esprit. A la recherche d'une science de la conscience*, Trad. de l'anglais par Christian Jeanmougin, InterEditions. Paris. 1995. 461 pages.

⁴³⁴ De fait, R. Penrose sera confronté à ce problème lorsqu'il abordera à juste titre la distinction entre protozoaires (unicellulaires où la cellule remplit toutes les fonctions vitales) et métazoaires (pluricellulaires où les cellules sont vitalemement associées, différenciées, spécialisées, et progressivement unifiées par l'apparition d'un système nerveux dont le centre se regroupe dans la partie antérieure de l'animal, chez les plus évolués ; chez les plus primitifs, les spongiaires, la présence de cellules nerveuses est certaine, mais ne conduit pas encore à une différenciation céphalique.

système quantique ainsi réalisé (p. 340). Ce phénomène de cohérence quantique produirait alors un comportement distinct d'un calcul algorithmique. Le phénomène de superposition quantique implique une occurrence et une non-occurrence simultanées, avec des coefficients de pondération complexes, qui ne se révèlent dans leur indétermination que lors d'une amplification du niveau quantique au niveau classique (l'évolution du système restant déterministe au niveau quantique).

Transposons cette interprétation quantique au niveau classique de notre modèle. Si une quelconque forme de connaissance peut émerger d'un ensemble a priori non poïétique (comme un ensemble d'atomes constituant un être vivant), quelle assurance avons-nous qu'un groupe dont nous avons assimilé les individus aux atomes ne constituera pas, lui non plus, une connaissance propre, autonome et pourquoi pas agissante ?

Notre propos n'est pas, ici, de prétendre épuiser cette question. Son évocation étant simplement destinée à montrer qu'il ne suffit pas qu'un ensemble soit pleinement rationnel pour posséder un métacomportement lui aussi rationalisable. C'est pourquoi il semblera par exemple pertinent d'adopter une attitude plus compréhensive que descriptive.

2. Modèles quantitatifs contre modèles qualitatifs ; explication contre compréhension

Bien que les modèles physiques soient insensibles aux méthodes utilisées pour capter les données initiales, les conclusions que l'on peut en tirer y sont par contre indissolublement liées. Ainsi, toute observation, même présentée comme objective, se pose d'ores et déjà comme un parti pris ontologique. Le scientifique, sociologue ou sociologue juriste, prend la décision d'observer un phénomène et de communiquer les résultats de ses observations. Or cette seule décision peut à elle seule influencer sur le phénomène observé, dans la mesure où un individu peut changer son comportement dès lors qu'il sait qu'un tiers le scrute. En toute objectivité, le sociologue doit alors tenir compte de sa propre présence dans la description qu'il produit⁴³⁵. On remarque la totale similitude des contraintes scientifiques entre la sociologie et la physique quantique.

Celle-ci postule en effet l'interaction indissoluble entre l'observateur et le phénomène observé. Par exemple, il n'est pas possible d'approcher une masse aussi importante qu'un microscope d'un objet aussi fin qu'une particule élémentaire sans perturber le comportement de celle-ci. Aussi le scientifique doit-il en toute rigueur faire état de sa propre influence, ce qui a donné lieu à un certain nombre de théorisations sur les interactions entre observateur et objet⁴³⁶.

La controverse entre méthodologie qualitative contre quantitative découle d'un quasi-monopole, celui des méthodes positivistes issues des sciences dites dures au sein des sciences sociales, qui se prolongea jusqu'à la fin des années 1960⁴³⁷. Jusqu'alors prévalait une

⁴³⁵ Ce qui a pu conduire la sociologie à des positions extrêmes, comme le *subjectivisme sociologique*, et non simplement épistémologique, comme détaillé in (Arnaud & Farinas Dulce, 1998, p. 97).

⁴³⁶ Pour un exemple tiré de la mécanique quantique, cf. Miora MÜGÜR-SCHÄCHTER, « Les leçons de la mécanique quantique ; vers une épistémologie formelle », in *Le Débat*, n° 93, mars 1997.

⁴³⁷ Arnaud & Farinas Dulce, 1998, *op. cit.*, pp. 93-98.

méthodologie à caractère descriptif, formaliste, non évaluatif et a-critique. Puis on parla d'une crise dans les sciences sociales (qui n'est peut-être pas étrangère à l'émergence de mouvements de pensée comme celui de l'école de Palo-Alto et de la seconde cybernétique⁴³⁸), qui se traduit par la consolidation d'un « pluralisme méthodologique », dans le milieu des études socio-juridiques et des études sociales en général. Il en résulte que l'opposition entre qualitatif et quantitatif s'assimile à la différence entre l'explication (*Erklären*) et la compréhension (*Verstehen*). Le quantitatif décrit la réalité d'un point de vue qui se veut externe, en vérifiant des hypothèses formulées *a priori* (raisonnement hypothético-déductif) ayant vocation de généralité. « *Ce type de connaissance (...) aboutit nécessairement à une sociologie à caractère « normatif », où ce qui compte est de trouver les « normes » ou les « lois » qui déterminent le comportement des individus. Il en résulte que la sociologie à caractère descriptif-explicatif utilise une méthodologie « quantitative », fondée sur des données statistiques, objectivables, quantifiables et décontextualisées, ce qui, par ailleurs, conduit nécessairement à une perspective de recherche « macrosociologique », où l'important est l'étude des systèmes sociaux dans leur totalité* »⁴³⁹.

Mais savoir n'est pas comprendre, et une démarche plus axée sur l'acquisition du sens des phénomènes apparut comme une démarche complémentaire utile, voire indispensable. Les sciences sociales sont ainsi réapparues comme un produit « factice » (au sens philosophique), à savoir fondé sur un perpétuelle « création » et « reconstruction » de la réalité sociale opérée par le sujet connaissant. Ainsi le « fait brut » objectif disparaît, laissant la place à un « objet » s'insérant dans un *projet* de connaissance. En éclairant son lecteur sur son projet, le scientifique donne *ipso facto* un corps particulier à son objet. Cette précaution scientifique permet de détacher clairement science et idéologie, tant il est courant d'instrumentaliser des recherches sociologiques. Mais la plus grande différence se trouve dans le mode de pensée, puisqu'à partir du fait brut (quantifié), le chercheur opère des *reliances*⁴⁴⁰ avec son contexte, le passé et éventuellement l'avenir (projection). Ainsi l'objet n'est plus esseulé, mais inséré dans un flot de causalités qui éclairent son devenir.

C'est pourquoi le modèle d'Ising peut être qualifié de semi-qualitatif. D'un côté, il traite des données numériques, et part d'un faisceau d'hypothèses selon un schéma typiquement hypothético-déductif (et en ce sens, pleinement quantitatif). Mais, dans la mesure où il applique à ces données des transformations (par un processus que l'ordinateur permet d'automatiser), il donne une image plausible de ce que pourrait produire un modèle purement qualitatif.

En l'occurrence, ce caractère semi-qualitatif implique de considérer la rationalité des individus comme globalement homogène, dans l'espace et le temps.

⁴³⁸ Cf. en ce sens l'ouvrage de WITTEZAELE Jean-Jacques et GARCIA Thérèse, *A la recherche de l'Ecole de Palo-Alto*, Ed. du Seuil. Paris. 1992, commenté par J.-L. Le Moigne in *Le cahier des lectures MCX*, sur <http://www.mcxapc.org/lectures/lectur7-26.htm>). Sur la seconde cybernétique, une étude approfondie a été menée par J.-P. Dupuy, dans DUPUY J.-P., *Aux Origines des sciences cognitives*, Editions La Découverte, Paris, 1994. 189 p., également commenté par J.-L. Le Moigne et S. Vilar in *Le cahier des lectures MCX*, sur <http://www.mcxapc.org/lectures/lectur9-7.htm>). Ce dernier commentaire aiguille le lecteur vers d'autres références européennes sur les sciences de la complexité, berceau des épistémologies qualitatives.

⁴³⁹ Arnaud & Farinas Dulce, 1998, *op. cit.*, p.94.

⁴⁴⁰ Ce terme semble dû à Edgar Morin, qui l'emploie dans son ouvrage en 4 tomes, *La méthode*.

§2. Le modèle d'Ising comme métaphore socio-juridique

Une explication scientifique est d'autant plus intéressante que la forme causale qu'elle invoque est valable pour des phénomènes plus nombreux et plus divers, et que le rendement des déductions qu'elle permet est plus élevé. Celui-ci est un rapport entre, d'une part, les observations et les opérations nécessaires pour déduire les autres relations significatives du phénomène et, d'autre part, ces dernières. Mais l'explication ne perd pas tout son intérêt, qui est de relier le phénomène au reste du monde, même lorsque le rendement est faible, l'observation complexe, et la forme causale très singulière.

J.-L. Vullierme Le concept de système politique

Une propriété remarquable du modèle d'Ising est que, bien que ses composants puissent être décrits de manière linéaire, son comportement, lui, ne l'est pas. Dans la description de ce modèle (Annexe 1) nous avons vu que quand on refroidit un solide depuis une très haute température jusqu'au zéro absolu, sa susceptibilité magnétique, ses longueurs de corrélation ou son aimantation spontanée ne suivent d'évolution ni linéaire, ni d'une quelconque proportionnalité à celle de la température, qui pourtant les détermine et décroît de manière régulière. Comment, dès lors, expliquer la présence d'un point de Curie, aux alentours duquel le système est particulièrement instable ?

Certains travaux peuvent suggérer des éléments de réponse à ces questions. Mais aucune théorie n'a jusqu'alors entièrement expliqué pourquoi des éléments simples, dès lors qu'ils entrent en interaction, ont un comportement collectif qualifiable de complexe. La compréhension de cette complexité permettrait pourtant de la maîtriser à loisir, pour peu que l'on dispose d'une bonne capacité de calcul, que l'on se dote d'outils d'analyse adéquats (1) et que l'on crée des modèles prescriptifs autant que descriptifs (2).

1. Comprendre et anticiper une perception

a. *Température et susceptibilité sociales*

Reprenons la métaphore quantique, et imaginons que les électrons sont des individus, et que l'orientation des spins est l'équivalent d'une opinion qu'ils émettent à propos d'une question quelconque : favorable ou défavorable, par exemple. Reprenons ensuite l'hypothèse telle qu'émise par Girard et développée par Dupuy : les individus s'imitent les uns les autres (ce qui correspond, pour l'économie, au schéma keynésien). Ils ne s'imitent cependant pas tous totalement, certains sont d'un avis contraire aux autres. Utilisons

l'argument probabiliste de la physique quantique à notre profit pour éviter d'analyser les raisons des « rebelles ». Nous retiendrons alors que les individus influent les uns sur les autres avec plus ou moins de persuasion.

Ces précautions prises, nous pouvons poursuivre la description du modèle à partir d'une notion théorique créée pour la circonstance : la *température sociale*. Comme on le peut conjecturer, la température sociale est une mesure de l'influence réciproque que se portent les individus. Rappelons que conformément au modèle d'Ising, nous la déterminerons de la manière suivante ; soit T la *température sociale* et K , la force de persuasion des individus les uns sur les autres. On pose $K=1/T$ (et donc, réciproquement, $T=1/K$).

Ceci signifie que plus l'influence réciproque des individus décroît, plus la *température sociale* croît⁴⁴¹.

On perçoit ici le caractère artificiel de cette notion de température. Elle ne correspond pas à un fait observable. C'est médiatement, par leurs interactions, que les individus produisent ici un effet global. Un terme mieux choisi serait donc *autonomie décisionnelle individuelle produisant des effets au niveau global*. Aucun terme connu ne rendant suffisamment compte des relations étroites entre les rapports de l'individu et du milieu dans lequel il baigne, nous pouvons temporairement et faute de mieux conserver la notion de *température*. La métaphore sera donc à prendre dans le sens d'un ensemble dont les éléments, au fil de l'élévation de la température, tendent à se désolidariser et à adopter un comportement propre tendant vers toujours plus d'*indépendance*.

L'indépendance est alors ici comparable à ce qui s'écarte du sens défini par le groupe, ce qui nous situe dans la droite ligne des analyses de Luhmann et Teubner; le groupe, ou l'entité (droit, société,...) produit son propre sens, et par là même peut qualifier ce qui est conforme ou étranger à ce sens. **A la condition expresse de délaissier toute perspective qualitative et dynamique, la métaphore quantique peut s'appliquer aux ensembles complexes et autopoïétiques dans leurs rapports avec leur environnement et leurs éléments constitutifs.** En précisant toutefois que l'on renonce expressément à analyser le système de manière qualitative, c'est-à-dire à comprendre les raisons qui conduisent les individus à agir comme ils agissent.

Quant à la susceptibilité magnétique, mesure de la sensibilité du système aux perturbations, elle représentera tout naturellement la susceptibilité sociale, sensibilité du groupe aux réformes ou aux commandements émanant de l'autorité.

Résumons : les individus d'un groupe sont mis en interaction les uns avec les autres, et le modélisateur s'octroie la possibilité de faire varier la force et la distance de leur interaction. Que se passe-t-il alors ? Certaines propriétés peuvent d'ores et déjà, à la lumière de ce que nous venons d'exposer, être dégagées du modèle :

Tout ensemble d'individus possède un point critique aux alentours duquel il devient particulièrement instable. Ce point est fonction, à la fois de la force de persuasion que possèdent les individus les uns sur les autres et de la distance/rapidité avec laquelle ils peuvent se transmettre un message. Dans le modèle quantique il est sous-entendu que l'action réciproque des électrons est instantanée, et s'étend uniformément sur toute la longueur de corrélation. Dans une société d'individus, il en va évidemment de manière différente. Avant l'avènement d'une société empreinte d'une technologie généralisée de télécommunications, les communautés humaines étaient largement déterminées par leur répartition géographique. Les accidents de terrain conditionnaient l'aisance de circulation des informations. Par la suite, l'accélération et l'extension des flux de données ont augmenté la longueur de corrélation, et donc influencé la température sociale. Un phénomène contemporain exemplaire, dont on n'a pas encore pris toute la mesure, est constitué par le réseau Internet⁴⁴².

⁴⁴¹ Et inversement, et réciproquement...

⁴⁴² A ce sujet cf. P. Levy, *L'intelligence collective, op. cit.* ; Notons toutefois que cette augmentation artificielle de la longueur de corrélation peut être lourde de conséquences sur la physionomie globale du système.

Contrairement aux idées reçues, et toujours selon notre modèle métaphorique, l'individu n'est pas la variable critique, ce sont plutôt ses interactions. Il serait par exemple confortable de penser qu'une foule d'individus homogènes va devenir instable si leur tendance à se conformer à l'opinion générale (entendue comme celle de leurs proches) descend en-dessous des 50 % (1/2). Il n'en est rien. Cet état ne serait atteint qu'à une *température* de 2 degrés, c'est-à-dire proche du zéro absolu. Ce n'est donc pas ce paramètre qui explique le comportement du système, car c'est oublier que celui qui influence est en retour influencé. Des individus déjà seulement à moitié influençables donneraient au système une physionomie remarquablement homogène. Et le modèle montre que même en réduisant cette proportion, le comportement global du système n'est pas notablement influencé. Alors que la modification de la longueur de corrélation (nombre d'individus influencés par un seul) détermine les propriétés du système de manière bien plus directe⁴⁴³.

On peut donner la définition quasi-linéaire que, passé le point critique, *plus les individus s'influencent réciproquement et massivement, plus le système est stable*. Cette relation est de type asymptotique dans notre exemple, et dépend du modèle adopté. Cette affirmation recoupe le théorème de Von Foerster⁴⁴⁴.

On peut également donner la définition linéaire que, passé le point critique, *plus les individus sont indépendants et s'isolent, plus le système est stable et insensible aux changements*. Cette relation, également asymptotique dans le modèle, représente le côté droit de la courbe de susceptibilité magnétique, et correspond à un principe de la biologie moléculaire⁴⁴⁵.

Cette hypothèse n'est pas prise en compte dans le modèle d'Ising, dans lequel la température influence conjointement la force et la longueur de corrélation. De sorte que ce modèle doit être pris avec précaution, au moins en ce qui concerne la fixation de la valeur critique d'un système social, qui peut par définition évoluer.

⁴⁴³ Pour faire admettre cette affirmation assez contre-intuitive, il convient d'ajouter que la longueur de corrélation n'est pas une variable des éléments du système, c'est un repère pour le modélisateur. Il est utile de pouvoir décrire sur quelle distance une perturbation est immédiatement ressentie, mais cette distance n'est pas directement dépendante des éléments : ceux-ci continuent d'influencer toujours plus ou moins leurs voisins, et cette influence ne dépasse ce voisinage de proximité que parce que les voisins vont influencer sur leurs autres voisins, et ainsi de suite jusqu'à ce que cette influence ne soit plus probable (rappelons que le modèle est entièrement probabiliste). C'est ainsi qu'un paramètre peut en comporter plusieurs : « *Dans cette étude de la méthode des blocs de spins, nous avons supposé qu'un seul paramètre traduisait les effets de la transformation, à savoir la force de couplage K entre plus proches voisins. En fait, cette transformation introduit beaucoup plus de paramètres, chacun correspondant à un couplage à longue portée. On représente géométriquement toutes les combinaisons possibles de ces divers paramètres dans un espace fictif à plusieurs dimensions ; dans cet espace, la distance mesurée suivant chaque axe de coordonnées représente la variation de l'un des paramètres. Un état initial du système de spins et tous les états obtenus par les transformations de blocs de spins décrivent une surface de cet espace...* » (K. WILSON, *Les phénomènes physiques et les échelles de longueur*, in *L'ordre du chaos*, Bibliothèque Pour la science, Paris, Belin, 1992).

⁴⁴⁴ Qui veut que *plus les individus d'un système sont trivialement (c'est-à-dire de manière unilinéaire) connectés, plus leur comportement global est prédictible pour un observateur extérieur, mais plus ce comportement est contre-intuitif pour ces individus*.

⁴⁴⁵ Qui veut que *plus les éléments d'un système sont complexes, plus ce système tend vers un comportement moyen*.

C'est donc au point critique que le système se comporte de la manière la plus imprévisible. A ce point, tous les éléments du système sont interconnectés, la longueur de corrélation étant infinie. Ce qui signifie qu'une perturbation, aussi infime soit-elle, influe sur tout le système. On se réfère assez facilement à la métaphore de la foule surexcitée n'attendant qu'une étincelle pour se déchaîner. De manière générale, les foules sont des foyers de panique, même en l'absence de motif de colère, dès lors qu'elles sont suffisamment confinées. Cependant, la métaphore quantique étant uniquement quantitative, elle ne nous est d'aucun secours pour expliquer pourquoi les individus optent massivement pour telle ou telle stratégie (fuite, punition d'une victime émissaire, érection d'une entité représentative, etc.), pas plus qu'elle ne rend compte de l'émergence de phénomènes conventionnels (comme la raison juridique).

La physique quantique dispose toutefois d'outils quantitatifs (statistiques) suffisamment puissants pour épauler utilement les analyses qualitatives. Ainsi, même si les raisons des différences entre les comportements des agents ne sont pas connues de l'observateur, celui-ci pourra toutefois conjecturer raisonnablement le comportement global du système.

b. *Le théorème de Von Foerster*

Le théorème de Von Foerster énonce que plus les éléments d'un système sont interconnectés, moindre est le contrôle de chacun sur l'ensemble du système. Dupuy a démontré mathématiquement cette conjecture, avec des arguments qui nécessitent d'être nuancés.

Le théorème de Von Foerster⁴⁴⁶ est en rapport direct avec le modèle d'Ising dont il représente une certaine configuration. Il est important de situer ce théorème par rapport au modèle, car les questions auxquelles il prétend répondre s'attachent à des phénomènes collectifs comme le marché, la foule, les modèles de transports, les différenciations sociales, etc. Les points de vue abordés sont d'ordre interne et externe. Du point de vue externe, on se demande dans quelle mesure un observateur extérieur peut prédire le comportement du système dans son ensemble ; du point de vue interne, le problème est de savoir quelle influence peut avoir un des éléments sur son ensemble.

Le théorème de Von Foerster apporte une réponse précise à un cas de figure précis. Les individus sont connectés à leur totalité de manière directe et indirecte, relayés par l'influence sur les autres individus. Nous sommes donc dans le cas de figure où le point de Curie a été dépassé, et où pour tous la longueur de corrélation est égale ou supérieure à la dimension du solide. Chaque élément peut donc être considéré comme en liaison avec tous les autres. Ils sont trivialement connectés si la totalité les détermine totalement (Dupuy les dit alors « aliénés »)⁴⁴⁷, ils sont totalement indépendants si la totalité est sans effet sur eux. Entre ces deux extrêmes, leur influence avec l'ensemble s'exprime par voie de probabilité. Autre restriction par rapport à un modèle complexe mais similaire à celle du modèle d'Ising : les individus voient évoluer simultanément leur aliénation. Ils forment ainsi une foule homogène où il n'y a ni meneur ni mené, tout un chacun se déterminant de manière équiprobable aux autres.

⁴⁴⁶ Heinz Von Foerster, *Observing systems*, Intersystems Publications, Seaside, California, 1981.

⁴⁴⁷ J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales*, op. cit., p. 258-262.

On démontre ainsi que plus les individus sont aliénés, c'est-à-dire déterminés les uns par les autres, moindre est leur influence sur l'ensemble. Ce résultat est logique mais plutôt contre-intuitif. Le sens que l'on prête au terme « influence » est en effet restreint, puisque chaque individu est autant déterminé que les autres. Il n'est donc pas question ici de la survenance d'un dissident qui tenterait des approches subversives vis-à-vis de ses congénères. La population du théorème de Von Foerster s'apparente davantage à un groupe de robots qui parfois agissent en relation avec les autres robots, parfois de manière aléatoire. Selon ce théorème, plus ils seront synchronisés par une programmation qui uniformisera leurs comportements, plus le comportement de leur ensemble sera aisément prévisible pour un observateur extérieur. La démonstration est basée sur la théorie des automates probabilistes et de l'information de Shannon. Elle consiste à prendre un ensemble d'éléments. Le calcul s'effectue en fonction des actions sur deux étapes distinctes, t et $t+1$ (d'où son caractère dynamique).

- à chaque itération du temps, l'état de l'ensemble à l'état t détermine l'état de ses éléments au temps $t+1$. Mais cette détermination n'étant pas certaine, elle s'exprime en probabilités. Les éléments sont appelés *agents libres*.
- il y a cependant un certain nombre d'éléments qui sont déterminés **à coup sûr** (probabilité de 1) à $t+1$ par l'état de l'ensemble au temps t . Ils sont regroupés dans l'ensemble D (ensemble des éléments déterminés).

On prouve⁴⁴⁸ mathématiquement, à partir de ces prémisses :

- que l'influence d'un agent libre sur l'ensemble D (au temps $t+1$) dépend de sa propre complexité (qui borne cette influence),
- la non-complexité d'un agent implique son aliénation (il devient déterminé par l'ensemble, il perd son libre-arbitre), mais un agent complexe peut également être aliéné, dès lors que la complexité de son environnement (D) est limitée au point de ne plus pouvoir absorber l'information qu'il lui envoie.
- la *non-aliénation* totale dans le système à un temps t étant définie comme la somme de l'influence des agents libres sur D à ce temps, il s'avère qu'elle ne peut croître que si les agents accroissent leur coopération. Les agents qui coopèrent échangent des informations tandis que les agents aliénés ne s'influencent que par imitation, ou par l'intermédiaire de l'ensemble D.

Ce qui prouve bien que moins on contrôle sa société, plus l'on est contrôlé par elle.

Cette démonstration met en avant plusieurs caractères remarquables.

D'une part, il est à noter que des propriétés complexes de comportements collectifs pourraient être démontrés à partir de modèles déterministes, ensemblistes et dynamiques, ce qui ferait de la complexité une particularité du réductionnisme. Devant cette hypothèse somme toute improbable, il vaut mieux conjecturer que nous nous trouvons face à une pseudo-complexité⁴⁴⁹, c'est-à-dire un non-déterminisme comportemental résultant d'un automate totalement déterministe. Une implémentation de la complexité au sens « biologique » du terme (endogénéisation de sa finalité par l'être autonome) nécessiterait une

⁴⁴⁸ Pour le détail de la démonstration mathématique, on peut se reporter directement à l'ouvrage (J.-P. Dupuy, *Ordres et désordres, op. cit.*, pp. 259-262).

⁴⁴⁹ Ou, comme le dirait E. Morin, de *complexité-complication*.

analyse qualitative qui dépasse le modèle, ce qui n'empêche pas ce dernier de constituer une bonne approximation qualitative.

D'autre part, il apparaîtrait que le modèle d'Ising constitue une variante de celui de Dupuy, variante dans laquelle l'ensemble D est vide. On peut légitimement subodorer que si le modèle d'Ising prenait en compte l'ensemble D, le point critique se manifesterait au moment où celui-ci tend vers 0, mais constituerait une sorte de limite au modèle. Le formalisme du modèle quantique est donc nécessaire pour dépasser ce point critique. Il n'est pas improbable qu'un modèle plus complet intégrant, l'un le caractère interindividuel du modèle d'Ising, l'autre les dimensions individuel-collectif du modèle de Dupuy, ne soit riche d'enseignements sur les fluctuations globales et critiques, tout donnant d'excellentes approximations complexes.

On reste cependant quelque peu sceptique à l'énoncé ce théorème. Il serait en effet peut-être un peu prématuré, comme le suggère Dupuy, de le rapprocher des travaux d'Ashby ou de J. Meyer à propos du rôle du *bruit* dans l'organisation des sociétés. « *Il faut que les sous-systèmes ne soient pas trop richement interconnectés*, note cet auteur, *ce qui est bien le cas au sein d'une société d'insectes, puisque les connexions y sont aléatoires et que les informations y sont transmises avec une certaine probabilité d'erreur. Il faut qu'un certain nombre d'actes soient « absurdes » pour que la machine fonctionne.* »⁴⁵⁰. Il y a une différence entre des agents mathématiques ou des particules et des individus du règne animal, et elle est majeure : les uns sont tous identiques, les autres tous différents. Le modèle mathématique rend également insuffisamment compte du message, dont nous avons vu qu'il peut être vrai, faux, cru ou su vrai ou faux, etc.

Le théorème de Von Foerster montre que dans l'hypothèse où un message est susceptible d'une réception homogène, une population est de moins en moins à même de se gouverner aisément. Ceci semble corroboré par la pratique des sociétés modernes, dont les dirigeants savent l'inertie ; plus une société est informée, moins elle semble gouvernable selon une logique interne. D'un autre côté, comme tous les modèles probabilistes, celui-ci occulte toutes les relations causales qui font la richesse des agents cogitants. La physionomie de l'ensemble est explicable par un observateur extérieur, mais il serait illusoire de prétendre à l'explicabilité⁴⁵¹.

Le théorème de Von Foerster se présente également comme un mécanisme clé pour représenter la gouvernance. Dans la mesure, en effet, où cette notion fait apparaître la capacité des ensembles politiques modernes à « prendre en charge » une part significative de leur destinée⁴⁵², on peut être tenté d'y trouver une expression de l'autonomie telle qu'elle résulte d'un ensemble fortement connecté d'individus qui, de surcroît, possèdent une assez forte

⁴⁵⁰ J. MEYER, « Essai d'application de certains modèles cybernétiques à la coordination chez les insectes sociaux », *Insectes sociaux*, vol. XIII, 1966, n° 2.

⁴⁵¹ Comme le montre René THOM dans *Prédire n'est pas expliquer*, Paris, Flammarion, coll. Champs, 1993, 171 p. ; notamment pp. 93-98.

⁴⁵² En ce sens, cf. André-Jean ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Revue Droit et Société*, n°35, Paris, LGDJ, 1997, pp. 11-35 (et notamment pp. 20-23).

tendance à s'imiter mutuellement. Une propriété connue de longue date par ceux qui tentent de définir ce qu'est une bonne gestion de la société par son droit. La connaissance de ce théorème permet en effet de démystifier certaines fausses certitudes, comme par exemple que leur maintien dans l'ignorance favorise la gouvernabilité des peuples, ou encore le fait qu'un ordre social est d'autant plus stable qu'il est basé sur la référence à une source de vérité externe invérifiable⁴⁵³. De manière plus systémique, le théorème de Von Foerster confirme certaines simulations et hypothèses, aux termes desquelles un système voulu robuste doit comporter une part d'incertitude et d'ingouvernabilité⁴⁵⁴.

2. Des outils pour légiférer

Si le modèle d'Ising n'indique pas particulièrement comment un ensemble en mouvement doit être régulé, il constitue néanmoins un précieux indicateur sur la violence légitime (au sens wébérien du terme) qui devrait être utilisée pour l'amener à plus de stabilité. On peut ainsi déterminer un domaine de viabilité pour l'intensité et la durée de la contrainte nécessaire à l'action collective. Cette action peut s'appliquer aux structures ou aux individus. Dans les deux cas, une bonne connaissance des propriétés systémiques du modèle est nécessaire.

a. *Le contrôle des structures*

Une des caractéristiques les plus marquantes du modèle d'Ising réside dans les structures qui sont engendrées au voisinage du point critique. Pour mémoire un modèle à deux dimensions et deux degrés de liberté (spin orienté en positif ou négatif) voit émerger aux alentours du point de critique des structures de grandes dimensions se superposer à celles de dimension plus faible, et ainsi de suite de manière emboîtée. Cette caractéristique n'est pas sans rappeler le principe morphogénétique « implexe » (cf. p. 72), qui fait se former spontanément des structures de matière sous l'influence d'un flux d'énergie ou de particules.

Dans tous ces cas les éléments du système sont simples, et leur interaction produit un comportement global complexe. On notera également que cette complexité se perd aux

⁴⁵³ Comme un ordre d'origine divine. Dans les deux cas, un simple écart d'information peut parfois aboutir à une déstabilisation rapide de l'ordre établi.

⁴⁵⁴ « Au niveau de la législation instrumentale, cela requiert que le droit soit formé comme « désirant apprendre ». Au niveau politique, cela requiert la modification de l'idée autour de décisions politiques finales et d'administration rationnelle, et l'introduction de l'acceptation de (quelques quantités de ?) non gouvernabilité et d'attitude d'essai/erreur. » A.W. BORN, L.B. GOLDSCHMIDT, « La création légale de systèmes autopoïétiques », *Revue Droit et Société* n° 35, Paris, LGDJ, 1997, p. 149 ; dans le même sens, Cury et Lepage ont montré l'importance de la diversité des stratégies individuelles pour assurer le maintien d'une population. « Les simulations montrent que la stratégie obstinée est caractérisée par une grande inertie et sélectionne principalement les conditions environnementales optimales sur le long terme, tandis que la stratégie opportuniste maintient la diversité du choix des sites et permet à l'individu d'explorer la variabilité environnementale. Lors de perturbations environnementales drastiques, seule une population qui combine les deux stratégies évite l'extinction. Un faible pourcentage d'opportunistes (à peu près 1%) couplé à une forte proportion d'obstinés (environ 99%) assure la viabilité. Des pourcentages semblables sont observés dans la nature pour les espèces philopatrices. » Philippe CURY et Christophe LEPAGE, *Stratégies de reproduction et viabilité des populations de poissons : une comparaison selon différentes évolutions des conditions environnementales à travers un modèle basé sur l'individu*, Actes des Rencontres de Mèze (ORSTOM), site Droit et Société, 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/viabilit/cury.htm>.

extrêmes. D'un côté, l'uniformité totale règne au zéro absolu, tandis que c'est le chaos et l'imprévisibilité aux hautes températures. Autre fait remarquable, les écarts d'influence réciproque entre éléments n'ont pas besoin de varier beaucoup pour changer notablement la physionomie du système.

Il en résulte que même s'il n'est pas complexe au sens strict⁴⁵⁵, l'ensemble observé possède des caractéristiques proches des systèmes complexes. On pourrait nommer cette forme *complexité structurelle*, selon un théorème corollaire de celui invoqué *supra*, posant que l'interaction d'éléments complexes donne un système au comportement perçu simple ; ainsi, l'interaction d'éléments simples donnerait un système au comportement perçu complexe. Ce corollaire ne ferait que généraliser le principe de hiérarchie enchevêtrée de Hofstadter. A cette complexité structurelle s'opposerait une *complexité naturelle* (ou simple, ou complexité tout court), caractérisant les êtres autopoïétiques comme les êtres vivants.

Depuis une trentaine d'années, quelques physiciens quantiques (notamment Fisher, 1974 et surtout Wilson, 1974) se sont attaqués avec succès à la représentation quantitative de ces modèles à la complexité structurelle. Ainsi, la méthode du *groupe de renormalisation* offre une base puissante pour construire des théories, car elle est à la fois itérative et probabiliste, ce qui la situe entre le qualitatif et le quantitatif, tout en respectant des contraintes de calculabilité. C'est ce caractère itératif qui la rend capable de rendre compte de l'apparition et de l'évolution des structures emboîtées au voisinage du point critique.

Cette méthode consiste à calculer la distribution des probabilités sur des portions restreinte de points (prenons 3 x 3, soit 9 points). On peut alors assigner une probabilité globale à la portion ainsi calculée (la moyenne, par exemple, dans la méthode du *champ moyen* ; mais il y a d'autres méthodes). Ces portions étant contiguës, on calcule alors leur influence réciproque. Pour ce faire, on les considère selon la même matrice (3 x 3) et on réajuste force et longueur de corrélation selon un ratio fixé en fonction du modèle. C'est en cela que consiste l'opération de *renormalisation*. Ce carré de portions est ensuite repris dans une matrice plus vaste, elle aussi renormalisée, et ainsi de suite, jusqu'à atteindre la taille macroscopique voulue. Grâce à cette méthode, le nombre des opérations suit une progression géométrique et non plus exponentielle, ce qui la met à portée de calcul des ordinateurs modernes.

Il est à noter que, bien qu'elle n'ait guère de sens en physique, cette méthode est réversible : on peut extrapoler l'état des individus à partir de la physionomie de l'ensemble. Notons toutefois que chaque « agrandissement » devient de plus en plus entaché d'aléa (car il faut introduire des fluctuations aléatoires pour combler les pertes d'information dues à l'opération de probabilisation). De fait, il suffirait d'introduire une relation qualitative entre les différents niveaux de renormalisation pour fiabiliser à l'infini le passage d'une échelle de longueur à une autre, mais ce serait renoncer aux probabilités chères aux physiciens quantiques. De tels outils restent encore à définir.

Au niveau métaphorique qui nous intéresse, les structures étudiées par la physique correspondraient à une réalité difficile à vérifier et à faire correspondre à des données

⁴⁵⁵ A savoir que le tout rétroagit en permanence sur les parties, ce qui reste à démontrer dans l'hypothèse du passage du point de Curie.

empiriques : il s'agirait de groupes d'individus, assemblés par affinités d'opinion sur tel ou tel problème. Il est également possible de considérer des structures plus classiques, comme une cité présentant globalement une certaine orientation politique, composée de familles possédant l'opinion inverse, comportant elles aussi des individus dissidents⁴⁵⁶.

Mais la physique quantique en tant que théorie des organisations pose d'autres défis : comment réguler et stabiliser au mieux un ensemble proche du point critique⁴⁵⁷ ?

Première possibilité, si la température est telle que le point critique est déjà dépassé, complexifier le problème aura pour effet de le faire disparaître, en le noyant, c'est-à-dire en faisant disparaître la perspective d'un règlement simple et rapide du conflit. Un bon exemple de conflit résolu par surcomplexification a été proposé par J.-L. Le Moigne⁴⁵⁸. Dans cet exemple une dimension topologique s'introduit subrepticement dans la représentation que nous propose le modèle d'Ising. En effet, la situation de blocage des négociations correspond à un dépassement du point critique. Souvenons-nous cependant que ce point dépend des forces de couplages, elles-mêmes fonction des propriétés des éléments de l'ensemble. La complexification aurait pour effet, dans le cas d'éléments doués d'intelligence, de modifier leurs propriétés individuelles (en leur ouvrant le champ du possible), donc ipso facto leurs interactions. Un accord général étant trouvé, les éléments retrouveraient leur homogénéité et le modélisateur pourrait présenter un nouveau modèle, dont les propriétés fondamentales des éléments seraient plus ou moins changées, et doté d'un nouveau seuil critique, en dessous duquel se trouverait le système ainsi formé.

⁴⁵⁶ La mobilité géographique semble être un facteur de détermination important des caractéristiques globales du système. Mais les simulations auxquelles elle se prête, les modèles multi-agents (cf. Ferber, 1994) ne présentent que peu de points communs avec les modèles quantiques, ce qui rend toute comparaison improbable.

⁴⁵⁷ Dans cette optique la régulation n'est autre que la stabilisation sur une période de temps étendue. Nous reprenons cette notion telle que définie en introduction.

⁴⁵⁸ La parabole de la grève pour cinq directrices. Pour résoudre un problème, complexifiez-le...

La grève durait depuis plusieurs jours et la tension devenait insupportable dans cette petite banque américaine : à l'initiative d'une puissante ligue féministe de la ville, les collaboratrices de la compagnie, arguant de ce qu'elles représentaient 50 % du personnel, exigeaient que cinq des dix directeurs soient désormais des femmes. Ce que la Direction de la banque, composée exclusivement d'hommes, refusait catégoriquement... sans pouvoir justifier officiellement sa position (on ne peut légalement prétendre que les femmes, parce que femmes, sont moins capables que les hommes d'assurer des fonctions de direction dans une banque). Pour chacun le problème était simple. Rationalité arithmétique d'un côté, tradition machiste de l'autre. Rapport de force brutal et solution tenue pour simple : attendons jusqu'à ce que l'un des deux camps craque. On ne négocie surtout pas et chacun sollicite le concours de l'environnement (les médias, etc.) pour renforcer sa position.

Jusqu'au jour où quelques participants proposèrent de reposer de façon complexe ce problème jusque là tenu pour simple : était-il vraiment mono-dimensionnel et mono-critère ? Ne pouvait-on convenir de modifier sa représentation, quitte à le complexifier, en y reconnaissant plusieurs niveaux concomitants et non un seul ? Est-ce que, par exemple, le pourcentage de femmes cadres n'était pas également important ? Et les commodités pratiques de travail dans les bureaux (horaires variables, cafétérias, acoustique, etc.). En reconnaissant une représentation multi-dimensionnelle et multi-niveaux du problème, en exprimant le caractère multicritères des projets de chacun et de l'organisation dans son ensemble, ne créait-on pas un nouvel espace de négociation au sein duquel des solutions possibles, jusque-là complètement ignorées, pouvaient s'avérer pertinentes pour toutes les parties ? Dans le cas de cette petite banque, la démarche s'avéra particulièrement bénéfique. La complexification de la représentation suscitant des espaces de solutions nouvelles possibles, conduisit à des négociations effectives dont les résultats furent tenus pour satisfaisants par chacun.

On peut ainsi conjecturer qu'une analyse qualitative issue des sciences sociales (psychologie de groupe, par exemple) permettrait de déterminer un champ des états possibles d'un système en état instable, et tandis que la méthode du groupe de renormalisation inspirée du modèle d'Ising permettrait d'évaluer la stabilité de ces états possibles.

La seconde possibilité, plus radicale, consiste à changer de problème. Cette solution n'est pas toujours possible, mais elle reste assez connexe de la première, qui consiste à reformuler les représentations du problème. Ainsi dans une négociation, l'abandon par une partie de ses prétentions est une forme d'annulation du problème.

La troisième solution, beaucoup plus fréquente, consiste à faire intervenir un **tiers médiateur**, soit réel (personne physique) ou imaginaire (autorité, personne morale). Dans le modèle d'Ising, cette solution est représentée par l'intervention du modélisateur. Quelle doit être la force et la durée de son intervention ? Plaçons-vous dans l'hypothèse d'un conflit aigu (multipartite). Les individus exercent leur autonomie, de sorte que le système ne présente pas de physionomie globalement orientée. Selon la métaphore, l'objectif consisterait pour le modélisateur à faire *baissier la température* et donner ensuite au système une orientation convenable, une fois passé le seuil critique. Pour ce faire, nous l'avons vu, il faut soit augmenter la longueur des corrélations (amener un plus grand nombre d'individus à s'influencer les uns les autres) ou les amener à synchroniser leurs conceptions sur celles du médiateur, généralement par un canal autoritaire. Nous détaillerons en seconde section comment l'Etat, par la stratégie du *tiers médiateur relatif*, assure une telle synchronisation au niveau interindividuel, et uniformise les sous-structures sociales.

Dernier apport des modèles quantiques : *les structures pragmatiquement observables ne sont pas obligatoirement le fruit d'un projet. Elles peuvent résulter du simple jeu des interactions entre les éléments ; l'effet de système produit une structure spontanée.* On peut transporter cette observation dans un contexte plus proprement juridique. Considérons l'ensemble des normes au sens large, à savoir les prescriptions générales et les prescriptions individuelles que l'on peut valablement en dériver selon un schéma kelsénien d'imputation. Considérons maintenant cet ensemble selon un schéma plus constructiviste, c'est-à-dire comme un ensemble de règles en interaction au sein d'un corpus (on admet que les règles interfèrent en vertu du principe de cohérence). Rappelons que ce sont ces interactions qui selon A.-J. Arnaud produisent l'émergence de la raison juridique⁴⁵⁹. Le schéma kelsénien trouve alors son expression dans les structures que l'on peut observer aux alentours du point critique : le principe général admet des exceptions plus locales, elles-mêmes pouvant admettre d'autres exceptions (conformes alors au schéma général), etc. La hiérarchie des normes se retrouverait en qualifiant de plus élevé le principe de plus grande longueur de corrélation. Rappelons que dans ce schéma toute analyse qualitative (conformité, imputation) est exclue du modèle, et que l'analyse probabiliste n'aurait d'autre signification que statistique, ce qui n'est pas d'un grand secours en science juridique.

Mais d'après cette représentation, on pourrait assigner certaines propriétés à la raison juridique d'un système en fonction du taux d'exception dont il se trouverait grevé au moment de son observation. On construit alors la métaphore de la manière suivante : un spin orienté dans un sens correspond à une norme conforme au principe ; un spin orienté dans l'autre sens

⁴⁵⁹ *Critique de la raison juridique, op. cit.*

correspond à une exception. Dans un système comme le droit civil, la plupart des normes individuelles sont dérivables des principes généraux. La plupart des normes individuelles sont donc orientées dans la même direction. Un modèle du droit civil devrait donc produire un comportement global plutôt homogène. Mais considérons maintenant un ensemble de normes au contenu plus flou (faisant un appel intensif à la notion d'ordre public ou laissant pouvoir discrétionnaire d'appréciation à l'Administration, comme par exemple la législation française actuelle concernant l'attribution des visa long séjour aux étrangers). L'observation des décisions individuelles produites peut faire apparaître des exceptions non dérivables des normes initiales (attribution facilitée aux ressortissants de certaines nationalités, durcie pour d'autres, facilitée pour les informaticiens, etc.) qui vont venir complexifier la structure globale du droit (et donc sa raison juridique). Au fil de sa mise en jeu, le droit va voir se modifier l'équilibre de sa raison en fonction de ses exceptions. Quelques exceptions et la raison sera considérée comme stable (clairement définissable) ; un taux d'exceptions proche du point critique et elle sera considérée comme obscure (on ne sait plus vraiment quelle est la règle, quelle est l'exception) ; un taux élevé d'exceptions et elle deviendra secondaire (on se place alors dans l'hypothèse d'un droit plutôt jurisprudentiel ou prétorien, dans lequel le courant créateur s'inverse et où les principes dérivent de leur mise en pratique). La susceptibilité de la raison juridique (propension à changer de physionomie lors de l'introduction d'une norme nouvelle) serait alors comparable à la sécurité juridique. Ce serait une mesure de prévisibilité.

L'analyse quantique se présente dans ce cadre comme un outil de gestion de la cohérence ontologique du système juridique pris dans son ensemble. Mais l'on peut également utiliser le modèle d'Ising ou ses dérivés pour se rendre compte de l'action des normes au niveau des individus.

b. *La maîtrise des individus*

Nous l'avons vu, le modèle d'Ising rend compte d'un théorème fréquemment utilisé par les sciences de la nature : *plus ses éléments sont complexes, plus le système tend vers un comportement moyen*. Tenant pour admise par le lecteur la correspondance ontologique⁴⁶⁰ entre la complexité biologique des individus et l'indétermination quantique (statistique) des spins, nous pouvons retrouver sur le graphique (cf. Annexe 1, p. 1) à droite de la température critique l'expression de ce théorème. La courbe de susceptibilité magnétique va décroissant avec la température à partir du point critique.

Ceci signifie que moins les individus ont d'influence les uns sur les autres, moins ils influent sur le comportement global du système qu'ils composent. Cette hypothèse désigne soit une population cultivée laissant s'exprimer son libre arbitre⁴⁶¹, soit une sorte de chaos social cher aux scénaristes de l'apocalypse, où chacun ne se détermine plus qu'en fonction de ses seuls intérêts⁴⁶². Dans cette hypothèse, cette perte de contrôle s'applique autant aux

⁴⁶⁰ Qui délimite drastiquement le champ des conclusions que le modèle d'Ising permet d'inférer, sans toutefois remettre en cause son pouvoir explicatif dans un cadre fixiste.

⁴⁶¹ Hypothèse proche de l'*égologie* de Castoriadis, dont l'individu choisit librement sa socialisation grâce à la complétude de son autonomie.

⁴⁶² Nous ne sommes pas très éloignés, non plus, du schéma ultra libéral. Cette proximité a été soulignée par J.-P. Dupuy, in *Introduction aux sciences sociales, op. cit.*, notamment pp. 227-223.

individus qu'à un acteur extérieur. Ce qui signifie que pour amener le système à telle ou telle orientation (le gouverner, pour appeler les choses par leur nom), il faudra exercer une influence sur un nombre croissant d'individus, une contrainte accrue.

On peut en déduire que c'est au point critique que le système est le plus simple à gouverner (très peu de contrainte est nécessaire), mais aussi le plus difficile, le système étant si instable que des ajustement constants sont nécessaires.

Une bonne stratégie serait de saisir le système au point critique, puis faire baisser sa température (renforcer la cohérence interindividuelle : faire en sorte que les individus s'imitent le plus possible les uns les autres). On mettra alors en application le théorème de Von Foerster : *plus les individus sont trivialement connectés, plus le comportement de leur groupe leur échappe*. De ce fait, ce groupe devient de plus en plus contre-intuitif pour les individus, tandis qu'il devient aisé à prévoir pour l'observateur externe.

Après ce rapide tour d'horizon sur deux modèles de comportement collectif, il peut être utile d'extrapoler l'usage qu'il pourrait en être fait dans le cadre d'une politique visant à user du droit avec un maximum de parcimonie et d'efficacité, une sorte d'*économie juridique*. Nous ferons appel à la *tragédie des communs* évoquée en introduction pour donner un exemple de gestion juridique d'une situation déstabilisée.

La tragédie des communs constitue une variante classique de la théorie des jeux, que Bousquet et al. exposent de la façon suivante : soit une ressource renouvelable (un pré), et deux exploitants (des bergers et leur troupeau). Chaque berger peut amener le nombre de bêtes qu'il souhaite sur le lieu de pâture. Quelle sera la stratégie de chaque berger ? La théorie des jeux montre que chacun tient rationnellement un raisonnement qui mène à la surexploitation, puisque celui qui se contente d'une consommation raisonnable se brime, et va dévaluer son cheptel tandis que son voisin va pouvoir profiter du surplus pour accroître le sien. D'où il résulte que sans une volonté de coordination forte des deux acteurs la ressource est condamnée à disparaître⁴⁶³. Si une telle volonté peut raisonnablement émerger au sein d'une population restreinte, dont les individus partagent des relations suffisamment étroites, la tragédie des communs trouve cependant de plus en plus d'applications au fur et à mesure de l'accroissement de la population. Une illustration contemporaine emblématique peut être trouvée dans la dévastation par leurs populations des îles de Madagascar ou Bornéo. Surexploitées par des populations toujours plus nombreuses et pratiquant traditionnellement la culture sur brûlis, les forêts de ces îles, aux essences souvent uniques au monde, ont été détruites en quelques années par des incendies non maîtrisés. Le ravinement des sols par les moussons a fait le reste. Pourtant ces accidents ne devaient rien à la fatalité. Des politiques cohérentes auraient pu permettre aux populations de gérer raisonnablement leurs ressources.

Le problème de la gestion commune des ressources est en effet similaire à un autre problème de coordination très courant sous nos latitudes, celui des chauffages collectifs dans les copropriétés. Quand le budget de chauffage fait l'objet d'une enveloppe globale et annuelle, le copropriétaire parcimonieux va être pénalisé car il paiera comme s'il avait une consommation normale, tandis que le copropriétaire dispendieux sera gagnant, puisqu'il

⁴⁶³ Sur l'exposé d'une simulation informatique (système multi-agents) de cette théorie et ses implications économiques, cf. François BOUSQUET et al., *Tragedy of the commons, game theory and spatial simulation of complex systems*, Serveur RED&S, 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/viabilit/bdplw.htm>.

paiera une prestation en-dessous de sa valeur. Ici également l'équilibre de Nash (chaque joueur optimise ses gains) mène le système à sa perte. L'équilibre de Pareto à long terme (meilleure situation pour tous dans le cadre d'un jeu répété) est le plus improbable, puisqu'il nécessite une coordination simultanée de tous les acteurs, et un maintien de cette coordination. On dit alors que le système ne tend pas à être *Pareto-optimal*.

Dans ces cas de figure, la régulation juridique est indispensable, au moins pour amener les joueurs à se coordonner. Celle-ci peut prendre plusieurs tournures :

- (1) imposer des prix égaux et fixes (on prend le nombre d'acteurs et l'on divise en parts égales, ou selon tel ou tel barème) ;
- (2) laisser les joueurs ajuster leurs comportements hors de toute contrainte. Une seule règle : chacun pour soi ;
- (3) imposer aux joueurs d'adapter leur stratégie au regard des autres acteurs ;
- (4) imposer aux joueurs d'adapter leur stratégie au regard des contraintes globales résultant des caractéristiques de la ressource ;
- (5) tout autre système arbitraire (exemple : un forfait fixe pour chaque joueur, puis un impôt complémentaire, etc.).

On montre aisément que les solutions (1) et (2) ne sont pas Pareto-optimales. Les exemples précédents l'ont montré. Soit la collectivisation institue une masse dont la présence ressentie comme intangible déresponsabilise totalement les individus (cas du chauffage collectif), soit au contraire le laisser-faire aboutit à une course au rendement économique, ce qui aboutit au même résultat⁴⁶⁴.

De manière générale, tout système qui avantage la surconsommation tend vers le déséquilibre. Le mécanisme du marché n'étant plus suffisant, il est nécessaire d'injecter une

⁴⁶⁴ On peut, pour la rigueur de la démonstration, permuter les stratégies (type collectiviste ou libérale) dans les exemples précédents. On aboutira à une situation similaire, bien que parfois plus subtile. L'agronomie en URSS, par exemple, a débouché sur des résultats nuancés. Parfois d'incontestables réussites, parfois une destruction massive des ressources ; la planification économique vient ici brouiller les résultats du modèle. On montre cependant que ce modèle ne tend pas vers l'équilibre Pareto-optimal car il ne tient pas compte de la capacité de renouvellement des ressources. Dans les cas où cette dimension est prise en compte, le modèle n'est plus optimal sur le plan juridique cette fois-ci, car il impose autoritairement à chacun une production ou une consommation donnée, sans tenir compte des besoins individuels (la norme est calquée sur une moyenne). Nous montrerons qu'il existe des moyens plus adéquats car moins contraignants, de diriger une production ou une consommation.

Le libéralisme appliqué au chauffage collectif aboutit à des résultats similaires : soit la disparition pure et simple du système (passage au chauffage individuel, et donc manque à gagner sur le plan des économies d'échelle), soit le même type de comportement surconsommateur, puisque le coût global est supporté par la masse des copropriétaires. Chacun a donc intérêt à plus consommer que la moyenne. La moindre norme (ou la non-norme) n'est donc pas suffisante pour assurer un équilibre basé sur le simple équilibre de marché. Ou si un équilibre finit par être trouvé (les copropriétaires ne pouvant consommer indéfiniment de l'énergie), celui-ci n'est optimal ni économiquement (la consommation individuelle est élevée) ni socialement (les économes sont poussés à la consommation par les dépensiers, ce qui occasionne des tensions interindividuelles).

norme qui corrige le mécanisme d'ajustement individuel et permet ainsi au marché de jouer de nouveau son rôle organisateur⁴⁶⁵.

La solution (5) résulte fréquemment d'un compromis politique. Elle n'est pas extrêmement intéressante puisqu'elle cumule les inconvénients des solutions (1) et (2), mais son mérite est d'apaiser les tensions sociales en application d'un principe souvent utilisé pour régler judiciairement les conflits aux termes duquel c'est en faisant l'unanimité contre soi que l'on réconcilie chacun avec l'autre⁴⁶⁶.

Il en ressort que les solutions que l'on peut considérer comme juridiquement optimales (au sens de notre théorème n°9, c'est-à-dire en vertu duquel le meilleur ordre est obtenu grâce à la meilleure régulation) sont les solutions (3) et (4). La solution (3) est une application de la théorie de la main invisible d'A. Smith : elle consiste à obliger chaque acteur à se regarder dans l'œil des autres et à éviter de les contrarier, ce qui assure une bonne paix sociale. En revanche, elle ne garantit pas la viabilité de l'ordre social qui en résulte, car si les individus se mettent d'accord pour surexploiter malgré tout leur ressource naturelle ou laisser augmenter leur consommation de chauffage, ce qui peut arriver pour des raisons diverses, le système peut là encore être amené à disparaître. Nous en déduisons donc notre Théorème n°10 (*Equilibre de viabilité*) : la société la plus viable est celle qui altère le moins le potentiel d'action des individus au regard des ressources naturelles disponibles.

Ceci revient à imaginer le moyen de préserver ou augmenter dans le temps le champ des possibles des individus sur le plan des ressources et des libertés. Par exemple, l'exploitation d'une ressource renouvelable dans la limite de sa renouvelabilité maintient le champ des possibles de l'individu dans le temps. En revanche, l'exploitation d'une ressource non renouvelable (comme les énergies fossiles) nécessite d'inventer constamment des moyens de pallier son épuisement, pour que l'on puisse considérer cette exploitation comme acceptable.

Enfin, la solution (4) constitue notre optimal juridique. En effet, si nous reprenons nos exemples précédents, cette solution consisterait à poser des compteurs d'eau chaude dans les appartements, ou à instaurer un système de prix sur les pâturages, de sorte que les bergers devraient payer pour faire paître leurs bêtes (puis se redistribuer ensuite à égalité le capital obtenu). L'intervention juridique se limite alors à une simple règle procédurale. Chaque sujet de droit reste libre de déterminer ses modalités d'application. Celui qui veut consommer beaucoup d'eau chaude en paie le prix, tandis que le berger qui possède un troupeau important compensera par sa contribution la perte d'exploitation qu'il occasionne aux autres⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Cette combinaison taxis - nomos constitue l'axe central de la doctrine qu'Hayek développe in *Droit, législation, liberté*, T. 1 s., *op. cit.*

⁴⁶⁶ Cf. les effets globaux du *double bind*, p. 269.

⁴⁶⁷ On pourrait objecter qu'un tel système pourrait au contraire tirer la production à la baisse, dans la mesure où un berger peut préférer ménager sa peine et recevoir les compensations financières de ses collègues plus zélés. Réciproquement, un berger dynamique peut trouver injuste d'avoir à verser une partie du produit de son labeur à des collègues plus dilettantes. Ces frustrations engendreraient encore frictions et conflits.

Le modèle de la tragédie des communs n'est pas très clair sur ce point, mais il semble admettre le principe que chaque berger soit **contraint** d'exploiter une partie du territoire défini dans le modèle, pour assurer

Conclusion partielle - La société complexe, produit spontané d'interactions simples, requiert l'usage d'un régulateur juridique adéquat

Certains dirigeants politiques adoptent fréquemment la démarche de contraindre leurs assujettis à un régime intellectuel drastique, de manière à forger de toute pièce une pensée unique. Cette méthode est fort prisée des dictatures, mais l'on peut parfois se poser la question de savoir si le dictateur gouverne ou s'il s'immobilise.

Selon le modèle d'Ising, en effet, un système dont tous les éléments sont corrélés se fige. Il ne possède plus aucune souplesse. De sorte qu'il est ensuite très difficile de le faire évoluer. Il devient ingouvernable. Le dictateur, certes, s'en soucie peu puisqu'il a réalisé son objectif : ordonner ses assujettis autour de son unique personne. Mais c'est courir le risque de devoir, soit recourir à toujours plus de répression pour contrer des tendances centrifuges de plus en plus dures (p. ex. : le Chili sous Pinochet), soit n'avoir plus qu'à gérer une répression « raisonnablement violente », voire se reposer sur la seule inertie d'une bureaucratie étatique omnipotente (p. ex. : Cuba).

Le dictateur se retrouve en toute hypothèse pris dans un piège assez singulier : il lui est impossible de modifier substantiellement son rôle. Il est condamné à être dictateur à vie ou s'effacer. En effet, relâcher la pression répressive reviendrait à libérer les forces contestataires, ce qui risquerait de provoquer sa chute. Le *double bind* instaure une figure que Dupuy nomme celle du *modèle-obstacle*. Nous verrons en partie seconde que cette forme particulière de *double bind* concerne surtout les organisations « apprenantes ». Le dictateur « apprend » à son peuple une certaine organisation centrée autour de sa personne, et selon un certain modèle généralement violent. Par suite l'administration, modelée selon une idéologie répressive, acquiert une rationalité qui lui interdit de penser la paix civile autrement qu'en termes de conflit potentiel (l'ennemi est à l'intérieur).

Aussi chez les dirigeants, nombreux sont les partisans de la *pensée unique* (au sens de l'érection en dogme d'un principe quelconque censé résoudre tous les problèmes)⁴⁶⁸. Quant à

sa subsistance. Ce facteur serait de nature à amoindrir de telles tensions, qui sinon seraient vives (elles le sont en France dans le domaine du travail : les travailleurs ont l'impression de payer des chômeurs à ne rien faire ; sur la nécessité d'un dialogue permanent pour rétablir une compréhension mutuelle dans ce cadre de conflit latent, on peut consulter B. TARDIEU, *De l'impasse à la réciprocité : comment forger l'alliance entre les plus démunis et la société*, Document du Conseil Scientifique MCX, 1999, <http://www.mcxapc.org/conseil/tardieu1.htm>).

⁴⁶⁸ La pensée unique est dénoncée dans de nombreux domaines. En matière théologique par exemple : « Il [Eugen Drewermann] considère même celui-ci [le dogme] comme la représentation d'une idéologie de violence où " ce qui doit servir à interpréter la foi est devenu une fin en soi ". Tout cet attirail répressif ne servant, au bout du compte, qu'à normaliser la pensée au profit d'une approche autoritaire des "mystères" de la foi. Et cela au détriment d'une écoute bienveillante de l'autre. » Rémy HEBDING, « Le salut, la grâce et la thérapie, Drewermann l'imprécauteur », *Le Monde diplomatique*, Juillet 1997, page 24.

Sur le plan politique, certains pensent qu'à l'heure actuelle un mode de pensée nivelé commence à s'étendre de manière dictatoriale sur le monde : celui de l'argent, au service d'une seule classe de personnes : celles qui ont de l'argent. « Facile à détecter, reprise docilement par les grands "partis de gouvernement", clonée en cent langues par le phénomène de la mondialisation, cette nouvelle orthodoxie cherche à soumettre tous les gouvernements de la planète à "la seule politique possible": celle qui a le consentement des riches. » commente Serge HALIMI, in « Face au journalisme de marché, encourager la dissidence », *Le Monde diplomatique*, Juin 1997, page 17 ; et d'ajouter : « Inversement l'"archaïsme" serait toujours incarné par l'Etat "providence", l'Etat tout court (sauf s'il se replie sur ses fonctions "régaliennes" de bras armé de la sécurité et

notre modèle, il apporte une réponse nuancée. Nous avons énoncé dans le théorème n°11 (Principe de moindre mutation juridique), que la meilleure régulation juridique est celle qui nécessite le moins d'ajustements normatifs dans le temps. Mais cette régulation n'est concevable comme meilleure que si elle satisfait aux autres théorèmes, notamment celui de moindre contrainte. On ne saurait donc inclure la répression dictatoriale dans la catégorie des régulations souhaitables, même si en termes de stabilité normative elle peut représenter certains caractères d'« optimalité »⁴⁶⁹.

La simplification au niveau global pouvant se révéler dangereuse, une solution peut être recherchée au niveau local. C'est la démarche que suggère la méthode légistique, qui implique notamment la *pesée des intérêts*. Il s'agit d'analyser, au niveau individuel ou groupal, les intérêts en présence et en éventuel conflit. L'originalité de cette légistique est son caractère dynamique, tourné vers la cognition et l'action, dans une optique utilitariste qui n'est pas sans points communs avec notre recherche d'une régulation satisfaisante⁴⁷⁰.

Il convient à ce stade qu'une régulation satisfaisante peut ne pas avoir pour objet unique la suppression des conflits. Au contraire, il peut être parfois nécessaire d'en susciter.

Section 2 - Un outil paradoxal de régulation : le conflit

Quand un conflit semble impossible à résorber tant il est depuis longtemps présent au sein du système social, il peut s'avérer efficace de l'augmenter, de manière à amener ce système à trouver un nouvel équilibre.

Pour réguler une société d'automates, il suffit de les programmer avec des règles qui les rendent mutuellement compatibles : rouler à droite des routes, donner la priorité aux automates venant sur leur droite, diviser un objet que désirent plusieurs automates en autant de parts qu'il y a de postulants, ou organiser des tours de rôle pour sa jouissance, etc. Imaginer une telle régulation est relativement aisé, dès lors que les automates ont par définition les mêmes réactions et le même programme (ils génèrent des inférences dites « monotones » : à une même prémisse correspond toujours la même conclusion). Les choses se compliquent quand il s'agit de sociétés humaines. Même si nous avons vu que l'on peut résumer l'homme autonome à ses trois fonctions principales (se maintenir, se relier, se (re)produire)⁴⁷¹, nous

de la propriété), les syndicats (qui ne représenteraient plus que des "intérêts catégoriels"), la nation (fourrier du "nationalisme") et le peuple (toujours ivre de "populisme"). »

Plus généralement, la *pensée unique* consiste en la croyance en une sorte de fatalité de la puissance des marchés, ne reposant guère que sur la quête illimitée du profit individuel, et la remise en cause des institutions basées sur la solidarité groupale. La pensée unique, nommée par certains *pensée inique*, est considérée comme une résultante de la mondialisation, bien qu'elle en soit peut-être également le fondement (cf. Ignacio RAMONET, « Les régimes globalitaires », in *Le Monde diplomatique*, Janvier 1997, page 1).

⁴⁶⁹ Au sens que nous avons proposé pour ce terme, à savoir son adéquation avec les fins de conservations individuelles et globales définies par le modèle. Il s'agit d'une extension de la notion de décision *satisficing* selon H.A. Simon.

⁴⁷⁰ On pourra notamment se référer aux travaux de C.-A. Morand et de l'université de Genève. P. ex. Morand dir., *Légistique formelle et matérielle*, op. cit.

⁴⁷¹ Cf. *supra* p. 107.

avons également constaté que les jeux de miroir de sa connaissance et de son intelligence stratégique peuvent produire une grande variété de comportement.

Sur le plan global, cette non-monotonie est à l'origine d'effets pervers⁴⁷², qui se traduisent par l'obtention du résultat inverse de celui initialement recherché.

Aussi n'est-il pas surprenant de recourir à des stratégies de second degré, qui provoqueront l'effet pervers pour amener, au final, à l'effet souhaité. C'est le rôle du conflit artificiel (§1). L'effet obtenu est similaire à celui que produit un conflit spontané (§2), à la différence près que correctement utilisé, le premier peut se révéler plus économe en contrainte.

§1. Le conflit artificiel : diviser pour régner

La régulation par la discorde est un classique de la science politique. Elle joue sur un effet de système : la nécessité de coordination provoquée, tout en s'exposant à un autre effet de système : l'instabilité chronique.

La solution remonte à l'antiquité : quand on est moins fort que les autres, autant les inciter à s'affronter entre eux ; une fois affaiblis, ils reconnaîtront la nécessité d'amener au pouvoir un seul et unique chef, celui qui ne veut de mal à personne, et que personne ne craint. Partant, on peut instaurer un régime de régulation basé sur un mécanisme inverse de celui de la schismogénèse : **c'est en faisant l'unanimité pour soi par sa neutralité qu'on devient l'incorruptible intermédiaire pour réconcilier l'un avec l'autre**. Il ne s'agit plus ici de se constituer en image communément négative, pour que les belligérants s'aperçoivent qu'ils ont des points communs. Il s'agit, une fois exacerbées les différences, de se poser en image du terrain d'entente autrefois introuvable (ce terrain d'entente étant d'autant plus communément accepté que l'on se crée l'image d'une personne qui ne concurrence personne pour le pouvoir).

C'est ainsi que le désordre existant ou provoqué peut amener au pouvoir celui que personne n'attend. Et réciproquement, c'est celui qui se croit attendu car il est le plus fort qui soulève réprobations et rébellions⁴⁷³.

⁴⁷² Pour une description des mécanismes fondamentaux, cf. p. 354.

⁴⁷³ Machiavel explique ainsi que certains peuples soient aisés à conquérir et à garder dans le royaume : ce sont ceux qui ont l'habitude d'obéir à un seul chef. Pour conquérir ces peuples, il suffit de tuer le chef. « *Aussi qui attaque le Turc doit penser qu'il va trouver tout le monde uni, et il convient qu'il compte plus sur ses propres forces que sur les désordres d'autrui. Mais si on le vainc et le met en déroute en rase campagne de telle façon qu'il ne puisse refaire ses armées, on n'a plus rien à redouter d'autre que la lignée du prince : celle-ci éteinte, il ne reste personne qu'il y ait lieu de craindre, les autres n'ayant point de crédit auprès des populations ; et de même que le vainqueur, avant la victoire, ne pouvait espérer en eux, de même il ne doit, après elle, rien craindre d'eux.*

Le contraire arrive avec les royaumes gouvernés comme la France; car c'est avec facilité qu'on y peut entrer, en gagnant quelque baron du royaume, car toujours on trouve des mécontents et des gens qui souhaitent des changements ces gens-là, pour les raisons qu'on a dites, peuvent t'ouvrir le chemin de ce pays pour te faciliter la victoire. Et celle-ci, ensuite, lorsque tu cherches à te maintenir, entraîne après elle d'infinies difficultés tant avec ceux qui t'ont aidé qu'avec ceux que tu as soumis ; et il ne te suffit pas d'éteindre la lignée

Cependant, et malgré ces quelques accidents ponctuels, la division pour régner s'apparente davantage à la réduction scientifique : on affaiblit par division les problèmes pour pouvoir les résoudre uns à uns. Ce faisant, on réalise une régulation de la complexité par un schéma simple.

1. « Diviser simple » pour affaiblir

Dominer une masse plus forte que soi est possible si l'on parvient à la dresser contre elle-même ; on réalise une sorte de médiation inversée.

La sociologie juridique considère traditionnellement le conflit comme un domaine à part entière. Outre le fait qu'il justifie la norme, le conflit se présente comme une sorte d'impondérable, qui modèle les conceptions (Max Weber) et structure le social (Marx). Et de fait, quand le conflit ne naît pas spontanément des interactions individuelles, il est souvent sciemment provoqué.

Le mécanisme fondamental est invariant, et basé sur le fait qu'une masse n'a d'importance que si elle est cohérente. Rappelons ici la distinction entre marché walrasien et keynésien. Le spéculateur selon Walras se réfère au seul marché, autrement dit en un lieu unique de comparaison et d'évaluation vis-à-vis de ses semblables. Tandis que le spéculateur keynésien se contente d'observer ses voisins et de se déterminer en fonction de ce qu'il interprète de leur comportement. Dupuy a montré que le passage brusque de l'un à l'autre fait perdre à la foule sa cohérence⁴⁷⁴. Freud avait en effet émis l'hypothèse que la foule, fascinée par l'attraction libidieuse envers le leader, adoptait une cohérence basée sur une « vérité » externe, autrement dit sur un référent que chacun considérait comme extérieur à la foule, et qui ainsi lui servait d'attracteur. Cet effet d'attraction permet, mimesis aidant, de faire adopter à peu près n'importe quel comportement. Ainsi, G. Le Bon relève : « chez une foule, tout sentiment, tout acte est contagieux, et contagieux à ce point que l'individu sacrifie très facilement son intérêt personnel à l'intérêt collectif. »⁴⁷⁵. Et c'est à la dialectique de l'identification et de la libido qu'a recours Freud pour rendre compte de la « contagion affective » qui fait que « la charge affective des individus s'intensifie par induction réciproque : on se trouve comme poussé et contraint à imiter les autres, à se mettre à l'unisson avec les autres »⁴⁷⁶. Il se produit dans ce cas pour l'individu le même effet d'autosuggestion que celui qui anime les médiums faisant tourner les tables : la mise en scène et la position des mains font que l'individu participe involontairement, et de manière désordonnée, à un mouvement collectif coordonné. Chacun imprime un mouvement circulaire à ses mains, tout en restant en contact avec celles de son voisin. De sorte que l'on pousse l'objet en le croyant poussé. C'est ainsi que la croyance globale en un tiers médiateur se renforce. Si le tiers anime chacun qui semble animé par le tiers, c'est que ce tiers existe bel et

du prince, car il reste les seigneurs, qui se mettent à la tête de nouveaux changements ; et ne les pouvant ni contenir ni exterminer, tu perds ce pays à la première occasion qui survient. » MACHIAVEL, Le prince, GF-Flammarion, pp. 82-83.

⁴⁷⁴ « De l'économie considérée comme théorie de la foule », in J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales, op.cit.*, pp. 197-209.

⁴⁷⁵ Gustave LE BON, *La psychologie des foules*, Paris, 1895, cité in Dupuy, *idem*.

⁴⁷⁶ Freud, *Essais de psychanalyse*, Petite bibliothèque Payot, trad. S. Jankélévitch, p. 101-102.

bien. Et le tiers de se trouver ainsi renforcé. On peut voir ici une des raisons qui forcent ledit tiers à se constituer en pur objet de son propre amour. Les autres ne l'aiment que parce qu'il s'aime lui-même (s'il en allait différemment, il aimerait un tiers et serait *ipso facto* réintégré dans la masse). « *Par un effet étrange mais explicable du lien qui les unit, les masses ne sont pas disposées à reconnaître qu'elles ont renoncé à ce que le meneur garde intacte et qui devient leur point de mire ; justement l'amour de soi (...) Tous les meneurs symbolisent ce paradoxe de la présence d'un individu antisocial au sommet de la société. Car quiconque manque de narcissisme manque aussi de pouvoir.* »⁴⁷⁷

Pour détruire ce type d'effet de masse, il est donc nécessaire soit de mettre à bas le tiers (substitution au chef, tyrannicide, ce qui va amener les prétendants à la succession à s'affronter les uns les autres), soit d'en montrer à la masse l'inexistence (la révélation de la nudité du Roi n'est cependant pas toujours la bienvenue, si aucune alternative crédible n'est suggérée parallèlement). Enfin, l'on peut ré-endogénéiser le tiers, c'est-à-dire laisser accroire à chacun qu'il pourrait occuper la place virtuelle de chef. Quand l'organisation dans laquelle il s'agit de faire régner l'ordre est étendue, l'œuvre de division est atteinte quand chaque velléitaire reçoit une part de pouvoir qui le satisfait.

Mais cette vieille « recette » a elle aussi ses limites, car la systémique a montré qu'elle ne faisait guère qu'effacer un ordre au profit d'un autre, plus complexe celui-ci.

C'est en effet privée de tout repère et cédant à la panique « *qu'une foule ressemble le plus à une foule* » ; « *la masse prend au moment où elle se désintègre* »⁴⁷⁸. Il n'est pas ici question de repli narcissique. Chacun, faute de tiers externe ne se replie pas sur lui-même. Il prend appui sur la masse des autres, qui acquiert alors une dimension quasi autonome. En se croyant guidé on guide soi-même. Le résultat est une immense débâcle où semble régner le chacun pour soi, mais qui extérieurement semble guidée par une grande cohérence interne.

En effet, les individus complexes sont capables d'adapter leurs stratégies en fonction des circonstances, et quand ils y parviennent tous au même moment la directive voulue simplifiante se révèle être un redoutable principe complexificateur. A l'inverse, provoquer la division des individus peut aboutir à ressouder leurs liens, ce qui constitue une des méthodes les plus paradoxales de gouvernance.

2. « Diviser complexe » pour renforcer

A l'inverse de la division simple, la division provoquée complexe permet de s'affranchir du difficile rôle de la médiation ; on amène simplement les parties à trouver spontanément leur terrain d'entente.

La figure qui suit résulte directement du caractère fondamentalement paradoxal du régulateur juridique, posé comme tiers médiateur : pour unir chacun, il est nécessaire de faire l'unanimité contre soi⁴⁷⁹. Ainsi, plus les normes sont contraignantes pour tous, plus elles amènent les sujets à se considérer comme victimes, ce qui constitue une amorce de terrain

⁴⁷⁷ S. Moscovici, cité in Dupuy, *op. cit.* p. 201.

⁴⁷⁸ *Idem.*

⁴⁷⁹ Ainsi qu'il a été vu p. 269.

d'entente dans la mesure où chacun sait s'unir contre la dictature commune.

Cette figure constitue la seconde grande stratégie de régulation, après celle consistant à diviser les opposition pour les réduire par une régulation plus forte. Il s'agit ici d'imposer une division pour susciter la résurgence des éléments de concorde qui avaient été occultés par un cercle de vengeance mimétique. Comme l'énonce J.-L. Le Moigne, on complexifie le problème pour en simplifier la solution⁴⁸⁰.

On peut en déduire la « loi » suivante : quand un organisme régulateur doit imposer une norme à des individus complexes, il doit soit diviser les individus de sorte que leur contestation s'affaiblisse, soit multiplier les relations et les problèmes entre les individus de sorte qu'ils ne considèrent plus que la solution du conflit passe par l'obtention d'une seule victoire considérée comme définitive.

R. Boudon va plus loin, en posant le désordre comme une sorte de mal nécessaire qui stimule à chaque instant les forces de cohésion du social. Dans ces conditions, il devient impossible de réduire le mécontentement collectif à la somme des mécontentements individuels, car ceux-ci peuvent résulter de la conscience d'un fonctionnement normal aussi bien qu'anormal de la structure. Ainsi « *les variations des causes du mécontentement semblent ainsi n'avoir aucune influence sur les variations des manifestations du mécontentement.* »⁴⁸¹. Reste également à tenir compte de la toujours possible intervention de l'erreur, l'action sans finalité ou l'action pour une finalité que l'on a *cru* juste. Le paradigme rationnel (logico-déductif) butte là encore sur l'une de ses limites. Car si l'on admet qu'un comportement n'est pas pleinement déterminé par la rationalité, « *cette hypothèse [que l'agent est pleinement rationnel] est non seulement réductrice mais stérilisante. Elle conduit à mal résoudre des problèmes qui ne se posent pas. C'est en pratique cette réduction de la téléologie à la causalité qui a souvent limité les capacités de la Modélisation Analytique au seul traitement des problèmes compliqués : des problèmes fermés, dont on peut connaître les lois causales* »⁴⁸².

H. A. Simon a proposé de nommer ce phénomène *rationalité limitée* (bounded rationality). Ce terme ne signifie pas que les individus possèdent une rationalité déficiente - encore que le cas de figure soit possible - mais plutôt que, compte tenu d'un contexte donné, ils ne possèdent pas les informations nécessaires pour résoudre un problème d'une manière qui soit qualifiable de rationnelle. Il serait donc plus juste, systématiquement parlant, d'affirmer que les sujets de droit possèdent une rationalité aléatoire, et qu'une politique normative doit se fonder sur des critères autres qui ne ressortissent pas de l'évidence pure. Adopter une autre méthode serait selon R. Boudon, tomber dans « *le piège du réalisme, auquel Simmel a consacré un livre*⁴⁸³, [qui] consiste à interpréter comme des propriétés des choses ce qui n'est que schéma d'intelligibilité, à confondre forme et réalité, ou - pour reprendre la célèbre

⁴⁸⁰ A l'appui de cet énoncé, cf. l'exemple qu'il fournit d'un conflit dans une banque américaine, note 458, p. 210).

⁴⁸¹ Raymond Boudon, *La place du désordre*, op. cit. p. 83.

⁴⁸² J.-L. Le Moigne, *La modélisation des systèmes complexes*, op. cit., p. 68.

⁴⁸³ *Die Probleme der Geschichtsphilosophie*, Munich, Duncker und Humblot, 3^e éd. , 1907, 5^e éd. 1923.

*formule hégélienne - à assimiler le « rationnel » au « réel ».*⁴⁸⁴ ; autrement dit, à considérer le construit comme du donné. La même critique peut être adressé au réalisme juridique dans la distinction qu'il opère entre droit et non droit : si le rationnel peut être admis comme raisonnable (Aarnio), il ne saurait à lui seul sous-tendre l'intégralité des significations de l'objet droit. Tout dans le droit n'est pas rationnel, même s'il est utile de faire appel à la raison dans un but d'explication⁴⁸⁵. En l'occurrence, et ce constat sera confirmé par la théorie des catastrophes étudiée au paragraphe suivant, **il est parfois préférable d'injecter du désordre dans un système complexe pour le réordonner.**⁴⁸⁶

C'est aussi par sa participation au maintien de l'unité globale que le désordre apparaît comme une nécessité pour le maintien de l'ordre au sein du système social : sans lui et la menace perpétuelle qu'il fait peser sur une cohésion fragile, la vigilance des sujets s'éteindrait et le pouvoir aurait tôt fait de se figer en des rites, que le premier choc exogène sérieux pourrait faire voler en éclats. Nous avons montré que le système juridique repose tout entier sur un paradoxe : sa réalisation parfaite implique la disparition de son objet (la paix universelle réalisée, le droit n'aurait plus de raison d'être). La nécessité systémique d'un désordre préventif, maîtrisé, nous amène à en déduire l'existence d'un double lien positif qui lie le droit et le désordre social qu'il est censé combattre ; une sorte de contrat social caché. Le droit a « besoin » du désordre pour continuer à se justifier, mais le désordre a lui aussi « besoin » du droit pour exister, car en tant qu'objet construit il peut être anéanti par convention.

Il faut en déduire **la nécessité d'une marge irréductible d'inefficacité juridique.** Puisqu'un minimum de désordre est nécessaire quoiqu'il advienne, le droit est assuré de perdurer envers et contre le paradoxe qui mine son axiomatique. Il peut rester paradoxal, puisque son objet est lui-même paradoxal : la société a besoin d'ordre dans son désordre, et de désordre dans son ordre, sans quoi elle détruit ses capacités d'évolution et d'adaptation, et se fige. On peut élever cette conclusion en loi : tant que les hommes seront différents les uns des autres, une bonne régulation sera conçue comme celle qui maintient un désordre local de manière à assurer une maîtrise du désordre global. Rappelons la théorie des greffes développée par Arnaud : c'est la métaphore du *vaccin* que nous pouvons utiliser. La raison juridique se prémunit contre le désordre de grande ampleur par injection continue de désordre de faible ampleur⁴⁸⁷. La métaphore peut trouver d'importants prolongements, puisqu'à l'instar des substances actives, le désordre habituel peut engendrer chez l'organisation qui s'en sert un

⁴⁸⁴ R. Boudon, *op. cit.*, pp. 230-231.

⁴⁸⁵ Cf. *idem* pp. 231 s. pour un développement touchant les sciences en général. Nous trouvons ici la confirmation de l'hypothèse que nous émettions en distinguant la synchronie de la diachronie : les courants réaliste ou positiviste sont satisfaisants pour expliquer l'instant, quand le constructivisme est nécessaire pour rendre compte des instants dans la durée.

⁴⁸⁶ Le conflit suscite d'ailleurs en lui-même un rapport différent à la norme, qui prend alors une tournure moins technocratique, plus pragmatique. « *Il ne s'agit plus tant de faire triompher l'un ou l'autre de ces intérêts, que de susciter une négociation, une concertation. Ceci exerce une influence sur le raisonnement mis en œuvre pour régler le conflit : il faudra chercher les « rationalités régulatrices (...) en amont des normes édictées, dans l'affrontement permanent des intérêts et des valeurs* » (Y. Tanguy, *Le règlement des conflits en matière d'urbanisme*, Paris, LGDJ, 1979, p. 222). » (DETS, *op. cit.*, p. 311).

⁴⁸⁷ A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne, op. cit.*

véritable effet d'accoutumance. Celui-ci a pour nom ritualisation, et il se traduit par la réification des objets et des processus : le Mal, le Diable, l'Injustice... En parallèle, les institutions judiciaires procèdent d'un mécanisme identique. Comme le réalisme sociologique wébérien, qui présente les objets dont la causalité est perdue comme des objets réels, la Justice peut revêtir des prérogatives de réalité dans la doctrine juridique. Ainsi l'on parle d'une « bonne justice », qu'il serait « contraire à la justice de... ». Aussi certaines velléités de retour au fondement subjectif et humain de ces concepts se font-elles régulièrement jour⁴⁸⁸.

Conclusion partielle : ambivalence du conflit

Nous avons vu que le conflit provoqué n'est pas nécessairement synonyme de désintégration sociale, soit qu'il annonce un ordre nouveau, soit qu'il introduise dans les rapports sociaux assez de « jeu »⁴⁸⁹, de souplesse, pour que l'ordre ancien puisse être adapté aux nécessités émergentes sans être totalement remis en cause. Mais il peut aussi s'avérer être un redoutable outil de pouvoir, car il peut être utilisé pour détourner l'attention des sujets de droit en masquant les véritables causes de leur mauvaises conditions⁴⁹⁰.

Son utilisation recourt parfois à l'incitation au conflit spontané, plus discrète et qui peut réaliser néanmoins les mêmes desseins implicites.

§2. Le conflit spontané : rupture et ordre nouveau

Les systèmes complexes ne connaissent pas de ruptures simples. Ces dernières se produisent généralement de manière brusque et difficilement prévisible, parce que plusieurs paramètres entrent simultanément en ligne de compte. Néanmoins, ces soubresauts peuvent constituer, pour les sujets de droit un besoin de stabilité, le prologue à une recombinaison stabilisatrice de leur corpus normatif.

Les théories du chaos, très en vogue au début des années 1990, ont montré les limites

⁴⁸⁸ Cf. p. ex. Natacha SADOON, « La double médiatisation dans l'« affaire OM-Valenciennes », *Revue Droit et Société* n° 26, Paris, LGDJ, 1994, notamment « Une Justice qui cherche à renouveler son image », p. 40 s.

⁴⁸⁹ F. Ost et M. van de Kerchove ont montré l'utilité de faire ainsi appel à la polysémie du mot « jeu ». « *il ne fait pas de doute qu'un tel paradigme introduise également un certain « jeu » dans le sérieux, en ce sens que l'idée de jeu introduit une certaine relativité là où paraît régner l'absolu, du mouvement là où l'on conçoit souvent de l'immobilité, de la pluralité où l'on prétendrait tout réduire à l'unité.* » François OST, Michel van de KERCHOVE, « Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit ? », *Revue Droit et Société* n° 17/18, Paris, LGDJ, 1991, p. 204.

⁴⁹⁰ Semblant avoir tiré les leçons du séisme social de 1968 (exposées par R. Boudon, *La place du désordre, op. cit.*), le chômage semble désormais faire figure de pacificateur social, pour le plus grand profit du patronat : « *les analyses mésestiment le fait que pour le grand patronat le chômage n'est pas un problème, mais une solution qui permet de peser sur les salaires, d'aggraver les conditions du travail et d'endiguer les conflits sociaux. Ces analyses font également le silence sur les conceptions économiques dominantes qui considèrent qu'un « taux de chômage naturel » existerait, fixé en 1997 à 9%, en France, par M. Dominique Strauss-Kahn...* » (Jacques NIKONOFF, « Haro sur les chômeurs », *Le Monde diplomatique*, n° 556, Juillet 2000, p. 32). Cette assertion ne fait que recouper un phénomène que les économistes ont baptisé du nom neutre de « tensions inflationnistes », et qui postule que passé un certain taux de croissance/chômage, les revendications sociales tendent à s'accroître, diminuant alors le rendement du capital.

des méthodes classiques pour la prévision du comportement des systèmes sociaux, qui sont par essence complexes. Nous les avons déjà évoquées, elles tiennent à ce que faute d'une connaissance absolument parfaite des paramètres d'un système, celui-ci, même s'il est régi de manière intégralement mécanique, peut être imprévisible (sauf s'il est intégrable).

La leçon de l'effet papillon a porté, et les modélisateurs tentent désormais davantage d'anticiper les comportements des systèmes avec une marge d'erreur raisonnable. Pour cela ils font appel aux concepts de tendances lourdes, d'éléments récurrents et d'attracteurs. Ils font également usage d'outils mathématiques comme la théorie des catastrophes du mathématicien R. Thom (1), dont les travaux en mathématiques topologiques se sont révélés d'une grande versatilité. Néanmoins, la mathématisation d'une société régulée par un droit nécessiterait l'apport d'autres outils, car un ensemble d'individus complexes possède des caractéristiques qui le font différer de ses homologues mécaniques. Il possède des caractéristiques de pseudo-autonomie qui lui confèrent un comportement plus inertiel, même si ses évolutions peuvent sembler contre-intuitives à ses sujets (2).

1. La théorie des catastrophes

La théorie des catastrophes a été créée par le mathématicien R. Thom, et permet de rendre compte de l'évolutivité de nombreux systèmes. Son apport majeur est de montrer que le passage d'un point stable à un autre passe parfois par la rupture.

Au cours de ces trois dernières décennies, les paradigmes du changement non linéaire ont suscité de nombreux développements de la topologie, la branche des mathématiques qui se consacre à étudier comment les formes peuvent être étirées et déformées dans un espace qui se comporte comme du caoutchouc. En topologie, les lignes droites peuvent être infléchies en courbes, les cercles pincés en triangle ou étirés pour former des carrés. Néanmoins, topologiquement, tout n'est pas modifiable. Les intersections de droites, par exemple, restent des intersections. Une intersection est « invariante », elle ne peut être détruite quelle que soit la manière dont les lignes sont tordues. Le nombre de trous percés dans un objet est également invariant en topologie, ce qui implique qu'une boule peut être transformée topologiquement en une crêpe ou en un cube, mais jamais en un beignet.

Dans les années soixante, aux débuts de la théorie du chaos, le mathématicien Stephen Smale comprit que la topologie pouvait être utilisée pour représenter des systèmes dynamiques. En courbant, tordant et repliant une forme topologique, il est possible de représenter l'évolution d'un système. En transformant topologiquement une forme en une autre, il est possible de comparer des systèmes dynamiques très différents. Smale décida d'étudier topologiquement un système à doublement de période découvert en 1927 par un ingénieur danois, Balthasar van der Pol. Celui-ci avait utilisé une boucle de rétroaction électrique pour traduire les oscillations d'un courant électrique en tonalités de la même fréquence sur un téléphone. De manière inexplicable, Van der Pol découvrit que lorsqu'il augmentait le courant dans sa boucle électrique, les tonalités sautaient vers des multiples de plus en plus petits de la fréquence. Des bouffées de bruit, de chaos s'intercalaient entre chaque bond. Van der Pol avait rencontré l'intermittence dans les itérations de la rétroaction. Mais il ne comprit pas les implications de ce qu'il avait entendu et ignora tout simplement le « bruit » (qui était en fait créé par l'attraction conflictuelle entre la fréquence la plus haute et la plus basse) qu'il considéra comme un « phénomène secondaire ».

Smale décida de modéliser topologiquement l'oscillateur de Van der Pol. Au lieu

d'essayer de suivre la trajectoire de ce système dynamique complexe dans l'espace des phases, Smale partit de l'hypothèse que l'espace des phases s'étirait et se repliait au fur et à mesure que le système évoluait dans la zone frontière entre les attracteurs de la fréquence la plus haute et de la plus basse. Le résultat est appelé le fer à cheval de Smale.

Imaginons un rectangle que l'on écrase et étire pour le transformer en une barre. Plions cette barre pour lui donner la forme d'un fer à cheval et intégrons-la dans un rectangle. Ensuite, étirons, écrasons et plions ce rectangle à l'intérieur d'un autre fer à cheval et répétons indéfiniment ce processus. Smale découvrit là ce qui arrive lorsqu'un système subit un doublement de période vers le chaos.

Le mathématicien français René Thom utilisa une autre sorte de pli topologique pour décrire le changement non linéaire dans lequel des systèmes subissent des transitions brusques et discontinues d'un état à un autre. Thom étudia des systèmes entraînés vers un changement soudain et radical par des forces extérieures plutôt que par leurs propres oscillations internes. La transformation brusque d'un grain de maïs en un pop-corn, l'effondrement d'un pilier de pont à cause d'une charge excédentaire d'une livre, la transformation spectaculaire de l'eau en glace à 0° C, ou en vapeur à 100° C, le clignotement d'un interrupteur lumineux illustrent tous ce que Thom appelle des « catastrophes ».

Selon Thom, tous ces changements brusques peuvent être classés topologiquement comme appartenant à une des sept « catastrophes élémentaires ». Chaque catastrophe met en jeu des plis dans l'espace des phases où le système évolue. Les plis sont créés par les « variables de contrôle » du système, c'est-à-dire les éléments externes qui dictent le comportement du système.

La première forme de catastrophe de Thom est simplement baptisée « pli »⁴⁹¹.

Soit un ballon gonflé. La variable de contrôle intervenant dans ce changement est la pression d'air puisque son augmentation ou sa diminution altère la dynamique du ballon.

Au fur et à mesure que la pression d'air augmente dans le ballon, le système approche du bord du pli catastrophe. S'il est poussé trop loin, le système bute contre le pli. Passé le « pli

⁴⁹¹ Le pli fait partie de la catégories des catastrophes généralisées dont Thom donne la définition suivante : « Supposons que pour tout $t < 0$, un attracteur c d'une dynamique fibre règne sans partage sur un domaine D de l'espace et que pour $t = 0$, sous l'effet de variations de paramètres externes ou internes, l'attracteur c cesse d'être attracteur exclusif ; les trajectoires libérées de l'attraction de c vont alors vers d'autres attracteurs, par exemple un attracteur c_1 . Dans le domaine D vont alors apparaître, en général sous forme très fine et irrégulière, des plages de régime c_1 ; ces plages vont ensuite en se réunissant et se simplifiant dans leur structure topologique, jusqu'à l'établissement d'un nouveau régime d'équilibre global. Ce type de phénomènes, que nous appellerons catastrophes généralisées, se présente dans de nombreuses circonstances en nature animée et inanimée. Leur aspect topologique peut être fort varié ; nous allons ici en donner une classification qualitative grossière ; le point important est la codimension des nuclei de la nouvelle phase c_1 . De manière formelle, ce qui caractérise une catastrophe généralisée, c'est la destruction d'une symétrie ou d'une homogénéité ; qu'un domaine dont la dynamique locale était invariante sous l'action d'un pseudo-groupe G cesse de l'être, nous aurons alors une catastrophe généralisée. », R. THOM, *Stabilité structurelle et morphogénèse*, Paris, Interditions, 1977, pp. 101-102.

Parmi les autres catastrophes généralisées, Thom distingue les catastrophes à grumeaux, à bulles, laminaires et filamenteuses, à paramètre spatial. D'autres formes sont obtenues par superposition ou combinaison.

catastrophe », le ballon éclate et le système disparaît. Bien que le pli catastrophe soit de loin la plus simple des sept catastrophes universelles du catalogue établi par Thom, sa description peut s'appliquer à des phénomènes aussi complexes qu'un arc-en-ciel, une onde de choc et un avion supersonique. Tout système dominé par un seul facteur ou une seule variable de contrôle peut être représenté sur cette « carte » topologique.

Lorsque le nombre de variables de contrôle passe de un à deux, une seconde « carte » des catastrophes entre en jeu. Nous sommes alors en présence d'un système pouvant être poussé dans deux directions différentes. Par conséquent, la « carte » topologique de ce que Thom appelle la « catastrophe de bifurcation » comprend deux dimensions qui peuvent être représentées par une feuille de papier déformée de sorte qu'un pli apparaisse. On peut décrire les variables de contrôle ou les influences importantes subies par le système comme s'il était poussé sur la surface pliée du papier.

Par exemple l'attitude d'un chien. Le biologiste Konrad Lorenz prétendait que les facteurs dominants du comportement d'un chien, autrement dit ses variables de contrôle, sont la colère et la peur. Grâce à la catastrophe de bifurcation de Thom, il est possible de visualiser comment l'action de la colère et de la peur pourrait transformer subitement le comportement d'un chien.

Supposez qu'un autre chien s'approche du nôtre. Lorsqu'il aperçoit l'intrus, notre chien devient enragé et se met d'abord à japper, aboyer et grogner de manière menaçante. Que se passe-t-il alors si le chien qui s'approche est beaucoup plus gros que le nôtre? Notre chien commence à ressentir un peu de crainte et son « point de comportement » est poussé vers la gauche (de la confiance vers la méfiance). Il reste néanmoins toujours dans la région supérieure du pli catastrophe, celle correspondant à un comportement agressif. Jusque là, pour le spectateur, rien n'a changé. Le chien continue à aboyer et à grogner.

Ensuite, au fur et à mesure qu'augmente sa peur, son point de comportement se rapproche de plus en plus du pli catastrophe, même s'il ne cesse d'aboyer.

Enfin, il atteint le bord même du pli. A cet endroit, la plus infime variation d'une des variables de contrôle (colère et peur) pourrait le faire basculer de l'autre côté. Il suffit que le gros chien fasse un seul pas de plus pour que notre chien bascule dans une « quatrième dimension » mentale ; il quitte tout à fait la surface supérieure de l'espace de comportement et réapparaît au bas du pli dans un comportement totalement nouveau - la fuite.

L'étude topologique de Thom illustre de manière spectaculaire qu'une petite variation de la colère ou de la peur occupant l'esprit d'un chien n'entraînera généralement qu'une différence de comportement imperceptible, jusqu'à un seuil critique où se produira un changement très brusque d'attitude.

Nous pourrions remplacer la réaction du chien par le krach de la bourse ou la réaction d'un pilier de pont fortement sollicité. Le théorème des catastrophes de Thom démontre que, chaque fois qu'un système peut être décrit à l'aide d'une seule variable de comportement influencée par deux variables de contrôle, c'est-à-dire deux influences importantes, il peut alors être représenté par la catastrophe de bifurcation. Ce pli catastrophe peut servir à décrire un état maniaco-dépressif, une vague qui vient se briser, les émeutes dans les prisons, les lasers, l'écoulement des polymères, les symétries des cristaux ou les processus de prise de décisions. Les systèmes non linéaires décrits par la théorie des catastrophes de Thom sont stables pendant la majeure partie de leur existence. Ce n'est que lorsqu'ils s'aventurent à proximité d'un de ces plis catastrophe qu'ils subissent des changements discontinus. La description des catastrophes de Thom donne un aperçu de la manière dont des systèmes apparemment stables peuvent subitement se transformer. Les systèmes dynamiques non linéaires, qu'ils soient chaotiques ou stables, sont à ce point complexes qu'ils sont imprévisibles dans le détail, indivisibles ; l'influence la plus minime peut provoquer un

changement impressionnant (par exemple, la plus infime nuance peut faire passer le chien de l'agression à la fuite ou inversement). Néanmoins, Thom a découvert un moyen de représenter de tels systèmes en tant que tout, en utilisant la mesure qualitative des plis topologiques.

La capacité à comparer les changements non linéaires qui surviennent dans des systèmes largement différents est le principal intérêt de la théorie de Thom. C'est également celui de la mesure qualitative appelée nombre de Lyapunov, du nom du scientifique soviétique qui en est le père. Le nombre de Lyapunov permet la comparaison des nuages, de l'activité électrique du cerveau et de la turbulence des rivières en fonction de leurs degrés d'ordre et de désordre.

Il mesure donc la vitesse à laquelle sont détruites les corrélations du système ainsi que celle à laquelle peuvent s'étendre les effets d'une petite perturbation. Une mesure similaire décrit les changements des « informations » du système. Ainsi, on pourrait, par exemple, introduire dans un ordinateur les positions relatives de toutes les voitures sur l'autoroute et les contrôler de minute en minute. Ces informations définissent l'écoulement général du trafic. S'il est régulier, les voitures de chaque voie restent approximativement à la même distance les unes des autres et les informations varient à peine ou régulièrement. En revanche, pendant l'heure de pointe, elles oscillent de manière brutale. Les scientifiques disent alors que les informations initiales sont « perdues » bien qu'il soit plus approprié de les considérer comme transformées.

Applicabilité au droit de la théorie des catastrophes

Comme tout modèle mathématique, la théorie des catastrophes souffre du défaut de ne rendre compte que du comportements d'individus monotones, c'est-à-dire répondant toujours de manière identique aux stimuli. Prétendre prédire l'évolution topologique d'un système au moyen de la théorie des catastrophes reviendrait d'une manière ou d'une autre à postuler que les individus d'une société donnée se comportent de manière intrinsèquement répétitive. Reprenons l'exemple du chien. Le chien de Lorenz commenté par Thom semble bien réel. Sa réaction face à un autre chien et son changement brutal de comportement sont tout à fait convaincants. Mais faisons rencontrer ces deux chiens plusieurs fois de suite ; autrement dit, passons du jeu à un coup au jeu répété. Il est fort probable que se déclencheront des phénomènes d'accoutumance qui modifieront considérablement le comportement de l'animal observé. Il sera alors nécessaire de constituer une sorte de métareprésentation topologique, topologie d'une topologie.

S'il est empiriquement constaté que la répétition des expériences suscite une certaine homogénéité des comportements, il semble toutefois présomptueux de prétendre les modéliser topologiquement avec précision au niveau individuel. En revanche, sur le temps long et à un niveau de globalité élevé, il devrait être possible de déterminer des profils d'évolution topologique permettant d'évaluer avec une imprécision raisonnable l'état d'un système. Nous avons précédemment proposé une mesure de la température sociale. Cette mesure, purement théorique, reflète un état global qui ne se rapporte à aucun individu particulier, mais éclaire néanmoins le modélisateur sur le comportement du système qu'il étudie. L'hypothèse de Durkheim trouve ici ses expressions numériques. L'hypostase de l'objet se traduit en courbes et plis topologiques ; sa fiabilité est faible, mais elle n'est pas nulle, car elle repose sur le fait que les erreurs provoquées par des individus toujours imprévisibles sont absorbées par le comportement moyen de la masse, dont la vitesse de mutation est bien plus lente.

Les mathématiques nous autorisent à raisonner aux frontières de l'infini. Les systèmes vivants montrent que leur traduction en termes rationnels débouche, à l'infini, sur

l'irrationnel. La modélisation complexe représente cette troisième voie qui consiste à rendre compte humblement, à tâtons, par heuristiques et non plus par algorithmes, aux moyens de méthodes dont on sait qu'elles contiennent une marge d'erreur, et que cette erreur fait partie du réel aussi légitimement que la vérité, puisqu'une petite perturbation peut faire basculer le système de l'une vers l'autre.

Que faut-il en déduire quant à la régulation juridique :

- qu'aucune vérité n'est jamais posée, mais toujours construite. Et par conséquent, toujours contingente aux conditions qui ont conditionné son émergence ;
- qu'aucune norme ne contient de clé universelle de la régulation sociale. Tout est toujours à reconstruire ; que pour qu'une norme éternellement valide soit concevable, il faudrait qu'elle contienne les termes de sa propre contradiction ;
- qu'un ensemble d'individus totalement indéterminés peut présenter l'apparence d'une entité déterminée, et recevoir une représentation déterministe approximative satisfaisante au regard de l'usage que l'on entend en faire ;
- que même si un individu, ou son groupe, sont déterminés, leur comportement sera toujours assez inconnaissable pour qu'ils se sentent libres⁴⁹² ;
- qu'une analyse topologique des sociétés modernes constituerait une méthode intéressante pour évaluer l'impact des normes nouvelles.

C'est par une pratique empirique de la théorie des catastrophes que se déroulent les révolutions réussies.

2. L'ordre nouveau, produit du désordre ancien

La faculté des organisations à reconstruire leur ordre interne à partir du désordre passé est une caractéristique des systèmes pseudo-autonomes et complexes qui se basent sur l'anticipation.

Nous venons d'évoquer la façon dont une mathématique peut rendre compte des évolutions et des ruptures. Il est maintenant nécessaire d'évoquer la manière dont cette représentation peut trouver une correspondance au niveau des sociétés juridiquement régulées.

Quelles sont les conditions nécessaires pour qu'un changement intervienne dans un ordre social ? A l'origine, nous l'avons vu, se trouve un mécontentement, l'expression plus ou moins consciente d'un manque. Les individus perçoivent un décalage entre le réel qu'ils perçoivent et celui qu'ils souhaitent. Ils explorent le champ des possibles et élaborent des stratégies d'actions pour recomposer l'ordre global.

⁴⁹² « On pourrait calculer la conduite future d'un homme avec autant de certitude qu'une éclipse de lune ou de soleil et cependant soutenir en même temps que l'homme est libre. » Kant, *Critique de la raison pratique*.

A partir de là, soit il leur apparaît qu'une évolution est concevable, et le changement social n'est plus qu'une question de négociations, de conflit de pouvoirs et d'intérêts, soit cette évolution semble impossible compte tenu des structures sociales et mentales actuelles. Ainsi en 1917 en Russie, il ne semblait pas possible de concilier une structure politique reposant sur un Etat, représentatif d'un peuple souverain, avec l'ancien régime tsariste, celui-ci ayant par trop verrouillé ses positions. Les mêmes causes avaient produit les mêmes effets en 1789 en France. Faute d'avoir pu négocier avec le pouvoir royal, le Tiers-Etat n'avait comme autre solution que d'imaginer un nouveau système politique ne reposant plus sur le Roi.

En termes morphogénétiques, on peut analyser cette situation de la manière suivante : les individus qui vivent en société exécutent au quotidien leurs actions en tenant compte des niveaux hiérarchiques et des délégations de pouvoir qui sont en vigueur à cet instant. Il en résulte qu'ils enregistrent un certain nombre de valeurs (les variables), qu'ils appliquent selon un processus déterminé (les fonctions)⁴⁹³. En se basant sur la téléonomie du système social (non pas ses fins réelles mais ses fins apparentes, cf. introduction), on peut en tracer une carte topologique, qui représente les différents états que prendra le système social si l'on en change les variables. Ce système pourra présenter des trous ou des bassins d'attraction. On percevra alors même intuitivement certaines impossibilités. Si l'on représente par exemple une carte topologique d'un système social donné, sous la forme d'un plan représentant deux variables, d'une part l'écart des richesses personnelles et d'autre part la répartition de cette disparité, il apparaîtra qu'une répartition homogène devient très improbable dans un système de type libéral (justice commutative), tout comme une répartition inégale est rendu improbable dans un système de répartition (justice distributive). Or le choix d'un tel système ou d'un compromis entre ces deux extrêmes, n'est pas qu'une affaire de contexte et de circonstance. Les mécanismes individuels d'habitude engendrent des figures qui résistent ensuite à leur propre volonté de changement. La stabilité structurelle devient alors un handicap qui impose du passé de faire table rase.

D'où il faut déduire qu'une régulation juridique adéquate ne saurait se reposer sur la propriété de stabilité que l'on tend à lui conférer en la tenant pour nécessaire. Bien au contraire, une régulation stable doit contenir en elle-même le mécanisme de sa propre déstabilisation. Une régulation juridique est toujours une régulation ad hoc. Elle est pertinente dans un contexte téléologique et téléonomique donné. Ce contexte évoluant par l'effet même de son action, la norme ancienne ne peut que s'adapter spontanément ou, dans les cas extrêmes, disparaître. Face à ces tensions évolutionnistes, les systèmes judiciaires ont mis en avant la mobilité (pays d'analytical jurisprudence) ou la stabilité (pays de tradition codifiée).

L'apport de la systémique à la théorie de la régulation juridique apparaît ici dans une optique de gestion de l'ordre social à long terme. Il devient possible d'envisager les effets pervers, ou la simple perte d'effet d'une régulation ad hoc en rendant explicite, puis en modifiant les circonstances qui ont motivé l'émergence de cette régulation (alternance de majorité politique, par exemple). La norme dont les effets se prolongent quels que soient les

⁴⁹³ Par exemple : l'Etat détermine le taux de la TVA ; la variable est constituée du taux, la fonction représente l'acte de détermination. Chaque agent du système social est dès lors supposé connaître le nouveau taux. Par la suite, les individus, ayant pris connaissance de la variable *taux*, vont agir, c'est-à-dire appliquer cette variable à d'autres fonctions qui leur sont propres, et qui vont conditionner leurs décisions. Compte tenu de la TVA, vais-je acheter une maison, une voiture, un livre, etc...

altérations de son contexte pourra être considérée comme adéquate pour penser une régulation optimisée du social⁴⁹⁴.

Il faut en effet tenir compte des tendances déstabilisatrices engendrées par les anticipations rationnelles suscitées par le comportement des sujets de droit. Reprenant la méthode d'Hayek, considérons la société comme un marché : les investisseurs font des placements qui se révèlent à la longue fructueux ou déficitaires ; ils cherchent à anticiper au mieux l'évolution globale, de manière à faire les placements les plus intéressants. Mais aucun d'eux ne possède une connaissance parfaite du marché. Walras et Keynes ont donné de ce phénomène deux descriptions qui rendent compte de deux phénomènes distincts.

Le marché dit walrasien est un modèle pleinement rationnel. Chaque investisseur fait des anticipations sur la valeur future d'un titre en fonction des performances réelles ou supposées de l'entreprise qui a émis ce titre. Plus l'investisseur est informé rapidement, et complètement, meilleurs sont ses placements et ses anticipations, et plus le marché tend à réguler l'économie par le simple jeu de l'offre et de la demande. On en déduit que sur un marché totalement transparent, où l'information est immédiate, complète et consistante⁴⁹⁵, le droit peut limiter son champ d'action au maintien de ces conditions de transparence. Une politique économique quelconque, faute de demande intrinsèque, est alors arbitraire et relève du choix social (comme la classique question de la répartition des richesses). Sur le plan temporel, une information immédiate (temps 0) confère au marché une grande neutralité, puisque la valeur est immédiatement ajustée en fonction de l'offre et de la demande. Le temps de l'économie est alors calqué sur celui de la production (et de l'émission des informations, c'est-à-dire au moins une fois par an, lors de la publication des bilans).

Mais nous avons posé (le modèle doit correspondre autant que possible à la pratique) que cette situation ne se réalise jamais.

L'information :

- est toujours partielle : l'économie couvre un champ si vaste qu'aucun expert ne peut avoir une vue exhaustive et immédiate du marché,
- est rarement immédiate : quand des dirigeants ne retardent pas sciemment de mauvais résultats, ils peuvent recourir à d'autres techniques comme reporter dans un bilan des promesses d'achat ou y regrouper des livraisons théoriquement étalées sur plusieurs exercices ; de plus, la distance et l'isolement rendent parfois les communications difficiles,
- est parfois fausse : malgré l'intervention des commissaires aux comptes, des bilans peuvent être falsifiés ; de fausses rumeurs peuvent être émises (cet acte est un délit

⁴⁹⁴ Cette conséquence est appelée implicitement par la mise en oeuvre d'un concept comme celui d'*Etat acceptable*, tel que défini par L. Parini (*La politique d'asile en Suisse. Une perspective systémique, op. cit.*). La recherche d'une définition d'une entité représentative et consensuelle fait appel à des fondamentaux susceptibles de résister au temps car ils se basent sur une intégration forte de la partie et du tout (p. 143 s. et conclusion). Ce qui peut mettre l'Etat en porte-à-faux face à certaines tensions schismogénétiques (cf. p. 270).

⁴⁹⁵ Ces termes sont employés dans leur sens systémique.

soumis au contrôle de la COB) ; des actes de bourse agressifs (achats ou ventes en masse de certains titres) peuvent porter les autres investisseurs à croire à la mauvaise santé d'un titre, etc.,

- est parfois artificiellement retardée ou avancée : l'anticipation juste étant synonyme de gains, il peut être tentant pour les détenteurs d'informations de faire jouer ce privilège, ce qui aboutit à intervenir artificiellement sur la temporalité du marché en le ralentissant artificiellement (par une fausse anticipation). Cet acte constitue le délit d'initié et constitue une double menace pour la régulation du marché : détourner sa répartition automatique des richesses, et provoquer des cycles de crise⁴⁹⁶.

Sur ce plan, le législateur intervient par l'intermédiaire de la Commission des Opérations de Bourse (COB), et une législation a été mise en place pour assurer la transparence de l'information. Cette législation ne prétend pas pour autant réguler le marché, mais au contraire instituer ce dernier dans ce rôle. C'est pourquoi le droit financier présente souvent un caractère plus procédural que de direction globale, laissant libre cours aux crises boursières. Ces crises présentent des caractéristiques qui les font échapper à l'emprise du juridique de façon quasi structurelle. Keynes en donne une explication : soit l'information est en continuelle carence, soit elle est si transparente qu'elle contrecarre le principal objet des investisseurs, qui est de capter la meilleure information avant les autres : ceux-ci vont donc (rationnellement...) agir de façon à la rendre opaque.

Pour donner à l'information la consistance et la complétude qui leur manquent pour prendre leur décision, ou parce que ce moyen est moins onéreux, les investisseurs vont alors observer ce que font les autres. On fera ainsi confiance à Untel ou Untel, réputés pour leurs performances ou leur spécialité dans tel ou tel domaine. Le juriste est alors placé devant un choix de politique économique. Car si un marché walrasien est structurellement stable et stabilisant (son mode de régulation est exogène, c'est-à-dire que son point de repère est la situation des entreprises, qui sont des entités concrètes), le marché keynésien est, au contraire, totalement instable : ses acteurs, pressés par leur compétition, s'imitent les uns les autres, les titres perdant sous l'effet de la spéculation toute prise avec les réalités du marché.

Le mécanisme est le suivant, et repose au départ uniquement sur la confiance :

J'achète des titres d'une société X parce que j'ai, pour une raison quelconque, la certitude qu'il monteront. Mon voisin me sait un investisseur avisé et, m'imitant, achète d'autres titres de cette société. Sous l'effet de la demande, les actions de la société X se valorisent, alors que cette société n'a pas forcément connu de changement notable d'activité. Résultat : je ne puis qu'être satisfait, car mon action a bien augmenté, comme je l'avais prévu, et mon voisin est également conforté dans la bonne estime qu'il me tient.

Dans ce cas de figure (qui n'a rien d'un cas d'école, cf. l'exemple des *start-up* en note 223), on voit que l'investisseur initial a en quelque sorte donné un signal de départ pour un cercle vertueux. Les autres investisseurs ont fait confiance au premier, puis vu dans le résultat positif qui s'en est suivi la confirmation de leur choix. Ce mécanisme est bien connu des boursiers sous le nom de **prophéties autoréalisatrices** (*self-fulfilling prophecies*). On note qu'un ordre (*équilibre*, selon la terminologie des économistes) s'est **construit**

⁴⁹⁶ Serge DIEBOLT et Jean-Marc DURRIEU, *Viabilité et concurrence - étude de deux modes opposés de régulation complexe en économie et en droit*, 1996, in serveur Droit et Société, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/diebolt/diebolt2.htm>, notamment p. 18.

autour d'un **accord tacite**⁴⁹⁷, le jeu consistant à pouvoir rester le plus longtemps possible au-dessus des cours du marché, avant les réajustements.

Car vient l'heure des bilans. S'il s'avère que l'entreprise X a fait des résultats décevants, la distance qui sépare la valeur en bourse du titre de sa valeur réelle devient brutalement *connaissance commune*. Le cercle s'inverse alors, tout le monde veut vendre, personne ne veut plus acheter, et le titre peut chuter en dessous même de son coût réel (ce qui ne dure pas, mais les réajustements peuvent parfois prendre un certain temps). Car symétriquement, une fausse mauvaise nouvelle devenue *connaissance commune* et autoréalisée peut maintenir durablement un titre en-dessous de son cours.

On constate qu'au vu de ce mécanisme, toutes les réactions du marché peuvent être exacerbées par la moindre nouvelle, si infime fût-elle. Et l'histoire de la Bourse est riche d'illustrations de cette figure que nous avons développée dans notre partie consacrée à l'étude de la mimesis et l'agrégation (p. 138)⁴⁹⁸.

On le voit ici, ce n'est pas tant le mélange dans une économie de marché entre modèle walrasien et keynésien qui perturbe son équilibre, mais les réajustements brutaux que suscitent le passage de l'un à l'autre. Entre accélération et récession, crise de confiance et volonté du profit rapide, la marge d'intervention semble étroite pour la matière juridique :

- d'une part, les marchés tendent globalement à se comporter de façon cyclique. La rationalité prudentielle s'efface peu à peu devant les perspectives de profit à court terme, celles-ci s'autonomisent en s'autoréalisant, jusqu'à ce que le rationnel (profit au plus court terme) devienne déraisonnable (émergence de la conscience de son inviabilité à long terme). La prudence s'autonomise alors à son tour dans son rôle destructeur (équilibre de Nash : cf. la défection dans le dilemme du prisonnier) et les valeurs se réajustent à la baisse, jusqu'à ce que les perspectives court terme reprennent le dessus sur le long terme, et ainsi de suite. Pour la matière juridique, il ressort que le marché, à défaut d'une véritable maturité (les crises laissent des blessures parfois profondes), possède néanmoins les qualités d'adaptabilité nécessaire à sa pérennisation. Le temps du marché peut se voir comme un conflit

⁴⁹⁷ Une information fautive devient *connaissance commune*, ce qui la fait passer pour vraie.

⁴⁹⁸ La plus célèbre est la panique de 1929, qui ravagea l'économie mondiale à partir de la Bourse de Wall Street. L'emballage vertigineux du système de crédit américain ne reposait que sur la confiance ; à une certaine hauteur tout devait s'effondrer, mais personne ne voulait le savoir. C'était parti de rien : une petite banque anglaise avait fait faillite, les cours des actions avaient légèrement fléchi. Soudain, le monde de la finance se rappela que les actions *pouvaient* baisser, depuis des années ils en avaient perdu l'habitude. Le mercredi 23 octobre 1929, certains éprouvèrent le besoin de sacrifier à la prudence et vendirent leurs titres les plus incertains, mais ce faisant ils donnaient le signal : le lendemain jeudi, une panique générale se propage, tout le monde veut vendre et il n'y a plus d'acheteur, les cours s'effondrent, en 104 minutes 10 milliards de dollars s'évanouissent en fumée. On connaît la suite. Ce cataclysme poussa les milieux boursiers à trouver des astuces pour que ce genre de chose ne se reproduise jamais, et ils en trouvèrent. L'une d'entre elles était simple : puisque les humains étaient faillibles, il suffisait de les remplacer par des ordinateurs, imperméables à la panique. Les *program tradings* marchèrent bien jusqu'au 19 octobre 1987 : une conjonction d'événements inquiétants pour les boursiers fit baisser les cours, rien de catastrophique, mais de nombreuses baisses tombèrent au-dessous du seuil auquel les ordinateurs avaient été programmés pour vendre leurs actions automatiquement. Résultat : tous les ordinateurs lancèrent en même temps leurs ordres de vente, et l'effet fut pire que la panique. Ce jour-là, le Dow Jones enregistra la plus forte baisse de son histoire en une journée, pire qu'en 1929. Le krach de 1987 fut le plus grave depuis la grande crise. L'histoire ne se répète pas, mais il lui arrive de bégayer : le vendredi 13 octobre 1989, baisse des cours à cause des junk bonds. Disciplinés, les ordinateurs recommencèrent comme en 1987, mais cette fois-ci les boursiers ont prévu le scénario : ils coupent l'électricité. Mais l'histoire continue, ironique et implacable : malgré deux coupures d'électricité, la panique humaine prit le relais et la chute se répercuta sur tous les marchés du monde, moins grave qu'en 1987 mais tout de même significative.

continuellement alterné de temps long et de temps court, et l'on a vu que le cyclique ainsi produit tend à engendrer l'auto-organisé (et réciproquement).

- d'autre part, le droit ne peut altérer la structure du marché sans risquer de détruire ses bornes supérieures ou inférieures. Dans le modèle qui nous sert ici d'exemple, temps long et temps court sont deux composantes dialogiques du temps cyclique : le temps court est défini par opposition au temps long, lui-même défini par opposition au temps court. Leur combinaison dynamique donne un temps cyclique, localement instable mais globalement stable. Ce qui signifie qu'un comportement au jour le jour considéré comme erratique va présenter à la longue des régularités, ou au moins ce que l'on nomme un espace d'états fini : les valeurs que pourront prendre des titres cotés en bourse, par exemple, seront limitées par un plafond et un plancher, et oscilleront entre ces valeurs selon une courbe nommée *cycle limite*. En l'occurrence, les valeurs de ce cycle seront déterminées par les interactions réciproques des temps court et long, sachant que l'un ne peut annihiler totalement l'autre⁴⁹⁹. Toute altération d'un composant se répercute alors immédiatement sur la structure. Si par exemple, une loi alourdit brusquement les taxes sur les plus-values des placements à court terme, le marché devrait tendre à se recentrer sur des valeurs plus stables, perdant ainsi de son adaptabilité par l'allongement de ses temps de réactions aux sollicitations extérieures. Or à l'heure de la mondialisation des échanges, les marchés soumis à la compétition mondiale ont besoin de flexibilité. Ce qui fait que tout marché dont l'évolution est trop lente tend à pâtir d'une crise de confiance des investisseurs.

En conclusion, on retiendra qu'une foule laissée à elle-même peut trouver spontanément les mécanismes de son ordonnancement, dès lors qu'elle y trouve un intérêt commun⁵⁰⁰. Mais dans le cas d'un marché, cet intérêt n'englobe pas le groupe comme fin en soi : il est possible de jouer seul contre tous, ce qui engendre des effets de cycles et de crises. Les plus faibles sont alors éliminés. Mais si ce mécanisme peut se concevoir dans une optique économique, il est inacceptable à l'échelle de la société (dont la solidarité est tout de même une composante principale). D'où la nécessité d'un tiers régulateur, de nature transcendante ou étatique (autotranscendante) et d'un bras séculier : la justice. Les règles initiales peuvent être simples, mais le temps va rapidement les rendre complexes.

Conclusion du Titre 1 : Au niveau social, la complexité contient l'ordre

Nous avons étudié au long de ce premier Titre comment des individus peuvent être amenés à créer du droit. Nous avons proposé un modèle où l'environnement représente un facteur clé puisqu'il détermine au premier chef la nature et la hauteur des sacrifices que ces individus devront consentir pour que le groupe se maintienne (cette nécessité constituant l'hypothèse fondatrice du modèle). Pour comprendre comment ces sacrifices perçus nécessaires vont se traduire en normes contraignantes, nous avons été amenés de dépasser les limites paradigmatiques du positivisme juridique, pour le combiner avec divers paradigmes

⁴⁹⁹ Il ne sera pas tenu compte, dans cet exemple, d'autres temps cycliques qui peuvent se surajouter, comme par exemple la gestion de ressources renouvelables (récoltes, élevage), qui complexifient le modèle initial.

⁵⁰⁰ Ce constat est un des piliers de la pensée libérale.

transdisciplinaires comme la schismogenèse, le *double bind* ou les exposants critiques. Nous pouvons dès lors mieux appréhender les correspondances qui existent entre la manière dont les individus perçoivent les contraintes externes, et les structures socio-juridiques qu'ils composent en conséquence. Ces correspondances ont des effets bien réels : si l'on ne les appréhende pas dans toute leur dimension complexe, elles peuvent engendrer des effets considérés comme pervers ou déboucher sur des *double binds* destructeurs. La répression locale court-termiste débouche sur une spirale de violence à long terme peut parfois déboucher sur la destruction du système : la violence révolutionnaire ou la dislocation. Ce paradoxe bride l'effet de la répression, et rend utopique la conception d'une règle efficiente au moyen d'outils simples, utilisant un paradigme de la rationalité dont nous avons montré l'incomplétude.

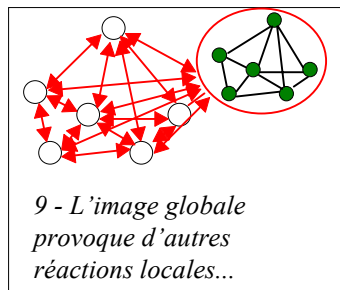
Pour s'en convaincre, nous avons utilisé un modèle de physique quantique dans une optique métaphorique, pour montrer comment un ensemble d'individus serait susceptible de se comporter selon la portée et la vigueur de ses contradictions internes. Nous avons vu que contre toute attente, la progression linéaire d'un paramètre entraîne une réponse non linéaire du réseau d'individus, et ce malgré nos hypothèses très restrictives concernant la complexité desdits individus. Nous en avons déduit qu'il restait encore beaucoup à apprendre des comportements des systèmes dynamiques, même non complexes. Une meilleure connaissance de leurs mécanismes serait d'une grande utilité, car nous avons ensuite étudié comment et pourquoi l'organisation nécessitait un certain désordre pour pouvoir se maintenir ; bien connaître la dynamique peut être intéressant si l'on cherche à évaluer l'intensité et la durée du désordre « nécessaire ». Nous plaçons ce terme entre guillemets car cette nécessité est contingente : elle dépend de choix collectifs à une période donnée. Soit que les dirigeants l'estiment nécessaires, soit que la configuration sociale elle-même la produise spontanément, par effet de système.

Tout se passe dès lors comme si la répression juridique ne faisait qu'exacerber la violence, au lieu de la contenir. Effet singulier puisque cette violence du groupe vise en principe à réduire à néant la violence individuelle. Comment expliquer cet autre paradoxe ? On ne peut se contenter de prétendre de manière simpliste que les décideurs politiques et les magistrats font preuve de myopie et sont incapables d'entrevoir les conséquences de leurs décisions. Mais il y a une autre explication. Nous avons vu que les simples interactions peuvent engendrer des structures complexes. Rien n'interdit dès lors de penser que si ces structures rétroagissent sur les individus qui les ont créées mais qu'elles régulent, il soit probable que ces structures complexes engendrent à leur tour des effets complexes. On pourrait ainsi expliquer comment selon une tournure ambivalente chère à J.-P. Dupuy, **la répression contient la violence** (dans le double sens où elle l'inclut et lui fait barrage).

C'est suivant ce schéma dialogique que nous poserons que la complexité des individus *contient* l'ordre social : leur complexité leur permet de trouver en eux-mêmes les bases de leurs accords et en même temps, de leurs désaccords. Ce qui peut sembler n'être qu'une aporie indépassable recèle de fait un principe morphogénétique fondateur. C'est par sa mise en œuvre répétée dans le cercle complexe des alliances et des ruptures qu'il fera émerger la composition du social ordonné. Et c'est alors qu'au milieu de cet ordre spontané interviendra l'objet Droit comme élément complexificateur.

Titre 2 - L'ordre juridique, producteur de complexité

Si le Droit est produit de manière complexe, son application le sera également. En résulteront des figures sociales présentant l'aspect d'un métaniveau de complexité, ce qui pourra les faire ressembler à des objets simples.



Si la pratique des ordres spontanés a pu constituer l'ordinaire des sociétés primitives en des temps reculés, il est toutefois fort probable que cet « état de nature » a pu ne pas donner entière satisfaction. Faute d'un ordre conventionnel, rien n'empêche en effet le déchaînement des passions et de la violence... en théorie du moins.

Rappelons dès à présent que la complexité fondatrice de notre modèle nous interdit des conclusions aussi hâtives. De fait, nous verrons qu'à certaines conditions, l'égoïsme peut se révéler être un excellent liant social, et qu'à l'inverse l'amour total du prochain constitue une violence au second degré, un danger qui mine l'ordre social en rongant l'équilibre psychique des individus.

Aussi, puisque l'individu est complexe, se pose pour le groupe le problème d'assurer en son sein le développement harmonieux d'êtres fondamentalement paradoxaux, opaques et uniques. Le Droit est conçu comme un corpus de solutions. Or quand le problème posé est complexe, la solution trouvée tend également à être complexe. C'est du moins ainsi qu'un corpus fait de normes agrégées tend à être perçu et appliqué, faute d'un effort préalable de conceptualisation. Ceci qui a pour effet de complexifier l'ordre social par un effet de feedback (Chapitre 1). Cette complexification est toujours perçue mais rarement désirée. Il n'en faut souvent pas plus pour conférer à l'objet Droit l'apparence d'un être autonome, ou du moins dirons-nous, pseudo-autonome car sa finalité lui reste fondamentalement exogène. Ce qui ne l'empêche toutefois pas de bénéficier d'une marge difficilement réductible d'incontrôlabilité (Chapitre 2). Cette marge d'erreur, nous le verrons, n'aurait toutefois pas davantage à être réduite ni supprimée : elle se nomme de fait *liberté*.

Chapitre 1 - L'ordre juridique producteur de complexité dans les interactions sociales

Puisqu'il se présente pragmatiquement comme une utopie dont les clés échappent infiniment à la raison, l'ordre engendre des comportements de plus en plus sophistiqués qui opacifient encore davantage la totalité sociale. A vouloir simplifier les rapports humains, on les complexifie.

Nombre de penseurs, philosophes ou juristes, estiment que l'ordre ne peut être maintenu que par une volonté. Il faut vouloir l'ordre⁵⁰¹. La volonté rationnelle s'oppose à l'état de nature, évoqué par Hobbes, dans lequel l'homme laisse libre court à ses mauvais penchants. L'homme laissé à lui-même est égoïste et cruel, si bien que trop de liberté tue la liberté. Pour nombre de philosophes des Lumières comme Hume, Locke, Spinoza, Montesquieu, Hobbes, Smith, Tocqueville, revient en filigrane la même question essentielle : l'homme est-il fondamentalement bon ou mauvais ? De la réponse dépendra directement la conception de la forme politique et de son mode de régulation le plus apte à faire coexister pacifiquement des individus simultanément égoïstes et généreux.

La position de certains, parfois hautement complexe, fait ressortir le caractère hautement improbable de l'emprise totale et durable d'une seule volonté sur un ensemble entier d'individus autonomes. Les individus autonomes forment un groupe qui a, lui aussi, une certaine autonomie. Cette conception a connu d'importants développements en sciences politiques mais aussi en économie politique ; de Smith et la théorie de la *main invisible* à Hayek et le rôle qu'il donne au marché. Pour certaines de ces théories il n'est point nécessaire de limiter arbitrairement la liberté, celle-ci s'ajustant elle-même pour contenir ses propres excès. Ce courant de pensée connaît de nos jours un engouement chez les penseurs néolibéraux. L'effondrement du bloc communiste au début des années quatre-vingts dix a marqué la fin de ce système comme alternative à la conception d'une société humaine basée sur l'économie de marché. Le phénomène induit, nommé globalisation, n'a fait qu'amplifier le processus. Le paradigme conquérant s'est imposé comme le seul valide, au sens où il est le plus économiquement efficace. Les droits économiques français et européens en sont clairement marqués, l'un veillant à assurer le bon fonctionnement des institutions économiques, l'autre assurant le strict respect d'une concurrence au sein des Etats membres.

Au-delà de la conjecture politique, la pensée libérale a reçu le soutien de poids des sciences dites exactes, grâce aux progrès de la modélisation et des simulations sur ordinateur. On sait désormais que, même en l'absence de volonté « supérieure » ou globale, un ensemble d'individus simples peut avoir un comportement (infiniment) complexe. Cette complexité perçue produit bien souvent chez l'observateur l'impression d'une volition sous-jacente, mais ce ne serait là qu'illusion. Ainsi peu à peu, la science sape les fondements transcendants des

⁵⁰¹ A.-J. Arnaud, citant Hayek, relève les traces d'un tel scepticisme des juristes à l'égard par exemples des théories auto-organisatrices du marché : « *Il est vrai que la démonstration par les économistes du fait que le marché engendre un ordre spontané a été regardé, par la plupart des juristes, avec méfiance et presque comme un mythe* » (F. Hayek, *op. cit.*, T. 1, p. 136) et d'ajouter : « *c'est qu'il est étranger à leur formation de concevoir que « l'objectif politique dans une société d'hommes libres [puisse être non pas] un maximum de résultats connus d'avance, mais seulement un ordre abstrait* ». *Ce qui surprend le plus, c'est que « des règles abstraites de juste conduite ne [puissent] qu'ouvrir des chances, et non déterminer des résultats particuliers (op. cit. p. 151)* ».

sociétés post-modernes. Les modèles qu'elle produit décrivent de manière de plus en plus réaliste nos comportements collectifs.

Si l'on accepte le postulat qu'un droit est produit par des individus, constituant ainsi un ordre conventionnel, on s'impose, quel que soit son mode de production (naturaliste, positiviste, réaliste), de tenir compte d'une dimension, la « psyché » des individus. La psyché est « *le nom donné à l'individu concret en tant qu'il est une unité organisée capable de recueillir de l'information sur le monde, et la traiter* » (Vullierme, 1989, p. 223). L'individu, terreau du droit, se voit restituer sa dimension complexe, alors que nous montrions au chapitre précédent que dans la durée cette complexité pouvait recevoir des représentations relativement simples. Mais cette simplicité n'est qu'un leurre, puisqu'elle résulte du fait que la complexité des éléments d'un ensemble donne à cet ensemble des caractéristiques **moyennes**, qu'on ne peut dériver de celles des parties. Ce n'est pas parce que l'on a affaire à un objet descriptible que l'on peut pour autant l'expliquer. D'où l'impression constante d'un manque de connaissance et de maîtrise des individus sur leurs constructions collectives, avec pour conséquences injustice et insécurité.

C'est en 1948 que von Neumann a exposé, sous forme de conjecture, une explication de ce paradoxe. Selon lui, si l'on veut décrire une machine simple, il est plus simple de décrire son comportement que de la décrire elle-même. En revanche, au-delà d'un certain seuil de complexité, il devient plus simple de décrire (ou concevoir) le fonctionnement de la machine que de décrire exhaustivement son comportement⁵⁰².

Reprenons la distinction adoptée au chapitre précédent entre l'avant et l'après droit. Le droit étant produit d'une décision, les individus commencent par construire leur représentation d'un problème. Ensuite, ils élaborent leurs plans et prennent une décision. Lors de la première phase, les individus sont confrontés à une difficulté de construire leur représentation, puisque leur société se présente à eux comme un objet toujours déjà là et complexe (Section 1). Cette complexité, dès lors, pourrait tendre à se propager aux plans élaborés et aux décisions adoptées, nuisant à leur applicabilité. Il faut donc simplifier. Illusion trompeuse : une décision arbitrairement simplifiée devient inadaptée aux besoins d'un environnement complexe. Cette fausse simplicité se révèle être « surcomplexité », et ne fait qu'accroître en les déplaçant de niveaux les problèmes qu'elle entendait résoudre (Section 2).

Section 1 - Le droit créé : un produit perçu complexe au fonctionnement simple

Comme les jeux de miroirs du savoir du sujet cogitant, la complexité du groupe peut n'être due qu'au jeu simple mais répété de ses composantes et de leurs reliances.

⁵⁰² Von Neumann travaillait sur les ordinateurs, qui sont des machines capables d'engendrer des objets infiniment plus complexes qu'eux-mêmes. La raison en est que ce sont des machines travaillant récursivement (elles effectuent un petit nombre d'opérations un grand nombre de fois sur le même objet), produisant un objet qui n'est pas récursif (chacun est unique, mais peut être obtenu d'une infinité de manières). Von Neumann en a déduit qu'une ontologie à la fois non substantialiste (non vitaliste) et non réductionniste est cohérente. Il a profondément influencé la pensée américaine contemporaine : les chercheurs espèrent ainsi pouvoir simuler la vie avec un simple ordinateur. Sur les implications de cette démarche au niveau de la théorie des choix rationnels, cf. notre Titre II et J.-P. Dupuy, *Le sacrifice et l'envie*, op. cit., pp. 248 s.

Une foule n'est accessible qu'à des émotions, elle est incapable d'une attitude d'esprit objective.

Jules Payot, La conquête du bonheur

Les facteurs et raisons qui amènent les individus à élaborer des solutions juridiques constitue un domaine que la science du droit positif considère comme externe. Dans la représentation classique de la méthodologie juridique, le droit doit être appliqué à des situations de fait qui lui préexistent. L'orientation de cette mise en œuvre est une affaire de choix politique, que le juriste est par la suite chargé de concrétiser⁵⁰³. La distinction entre faits et normes aboutit à la ségrégation des sciences juridiques et des sciences chargées en propre d'étudier les faits.

Nous avons, à l'instar de Ihering chez les juristes et Gurvitch chez les sociologues, remis en cause l'adéquation d'une telle distinction dans le cadre de l'étude d'un phénomène diachronique, où les relations de causalité s'enchevêtrent entre faits et droits au fil du temps.

Au début de leur processus de décision, nous l'avons montré avec Simon et Hume, les individus sont amenés à construire leur représentation du réel, dont ils dissocient le côté perçu du côté souhaité. Ils « construisent » leur besoin, bien plus que ce besoin ne s'impose à eux. Mais quand un problème social se présente aux individus, il apparaît bien souvent comme le produit d'un grand nombre d'actions et de paramètres entremêlés qui ne sont pas toujours explicites : l'objet est perçu comme étant complexe (§1). On pourrait être tenté d'en imputer la responsabilité au manque de transparence. Mais de fait, nous verrons que même si nous construisons un modèle dans lequel l'information est pleine et entière entre des individus tous aptes à la recevoir et la traiter, il en résultera des effets de compositions sociaux qui deviendront malgré tout complexes (§2). En dépit de sa grande simplicité le bouclage, mécanisme fondamental des interrelations, produit des résultats qui deviennent très rapidement imprévisibles.

§1. Complexité perçue de l'objet Droit

Dans une étude consacrée à l'organisation d'actions collectives dans deux villes d'Argentine, D. Mosovich Pont-Lezica montre que les considérations économiques ne sont pas les seules à être prises en compte par des agents rationnels⁵⁰⁴. Le contexte local et global joue également un rôle fondamental. Confrontés à un manque continu de moyens collectifs, les habitants d'agglomérations argentines ont adressé aux pouvoirs publics des pétitions et ont organisé un mode de gestion local de leurs besoins en créant un important tissu d'associations de quartier. L'étude, qui s'étale sur vingt années, avait en outre pour but d'étudier quelles sont les conditions qui amènent des individus à se regrouper et agir ensemble. Le système argentin favorise de telles actions, puisque si un service (eau, gaz, électricité) est réclamé par plus de

⁵⁰³ « Pour l'élaboration des textes, il faut d'abord des choix politiques et techniques que l'on définit en ayant recours à des sciences diverses comme l'histoire, la sociologie et l'anthropologie juridique, l'analyse économique du droit, le droit comparé, l'informatique juridique, la statistique... », « Méthodologie juridique », in *Dictionnaire Encyclopédique...*, op. cit., p. 375.

⁵⁰⁴ Diana MOSOVICH PONT-LEZICA - Actions collectives dans un environnement instable : les rapports population/autorités locales dans deux villes argentines, 1965-1985., *Cahiers du CIRESS*, nouvelle éd. n°1, Univ. de Toulouse, 1995, pp. 63-87.

50 % de la population s'exprimant par voie de pétition, il est déclaré d'intérêt public et sa réalisation entreprise, dans la mesure de ses moyens et ses intérêts politiques, par l'Etat.

Il ressort de cette étude que malgré ce taux uniforme de 50 %, les individus peuvent avoir, selon leur voisinage, de plus ou moins grandes difficultés pour déclencher des actions collectives. L'individu reçoit donc l'influence de son entourage immédiat quand il construit la représentation de son problème. Plus il conçoit d'inégalités dans son entourage, plus il est motivé⁵⁰⁵. Ensuite jouait la dimension politique des associations elles-mêmes. La nature de leurs revendications dépendait de leur orientation, ainsi que leur plus ou moins grande capacité à s'entendre entre elles⁵⁰⁶. Autre facteur, la plus ou moins grande démocratisation du régime en place. L'Argentine a connu des fluctuations nationales qui ont profondément conditionné les demandes au niveau local : on revendique davantage sous un régime démocratique. La construction d'un problème social représente pour les individus et le modélisateur la nécessité d'établir une connaissance à multiples échelles⁵⁰⁷.

La réalité sociale se présente donc comme un objet complexe, mais en va-t-il de même du droit qui la régule ?

⁵⁰⁵ « On peut conclure que, du moment qu'à Godoy Cruz il n'y avait pas de grandes inégalités par rapport à la fourniture de biens collectifs urbains, les habitants n'ont pas été motivés à s'engager dans des actions collectives pour redresser des situations d'injustice, et que donc, à Godoy Cruz, les associations de quartier semblent avoir eu, en plus du rôle d'intermédiaires entre les habitants et les autorités publiques, un rôle social similaire à celui d'un club. », *idem*, p. 84.

⁵⁰⁶ « On a observé que les rapports entre les membres des associations de quartier dépendaient largement du contexte politique local et de son influence sur les politiques sociales mises en oeuvre par chaque gouvernement à l'échelle nationale ou provinciale. » *idem*, p. 83.

⁵⁰⁷ « Bien que le plus souvent, les résidents des quartiers agissent en tant qu'acteurs rationnels, les constats qu'on a fait à partir d'hypothèses encadrées dans la théorie du choix social indiquent que des conditions non strictement économiques entrent dans le calcul d'efficacité des individus. On a vérifié empiriquement que les motivations à agir collectivement ne sont pas seulement basées soit sur l'intérêt strictement personnel, soit sur l'intérêt du groupe. D'autres facteurs interviennent notamment les conditions du contexte politique local et national, les conditions internes des groupes et la disponibilité des ressources pèsent sur le choix des individus à agir collectivement. Ces constats enrichissent la portée de ladite théorie. » *idem*, p. 85.

Selon certains points de vue, la réponse serait positive. Selon Murray Gell-Mann⁵⁰⁸ : « *Il s'avère que les systèmes adaptatifs [comme les êtres humains] ont une tendance générale à générer d'autres systèmes analogues [adaptatifs, donc complexes]. Ainsi, l'évolution peut-elle conduire à une solution « instinctive » d'une problème que rencontre un organisme, mais elle peut également produire suffisamment d'intelligence pour qu'un organisme résolve un problème similaire par l'apprentissage.* ». En établissant un lien entre l'apprentissage et l'évolution, Gell-Mann souligne que notre forme est le produit de nos actes, tout comme nos actes résultent de notre forme. L'apprentissage et l'adaptation sont des propriétés qui nous permettent de survivre, nous les produisons et en sommes le produit.

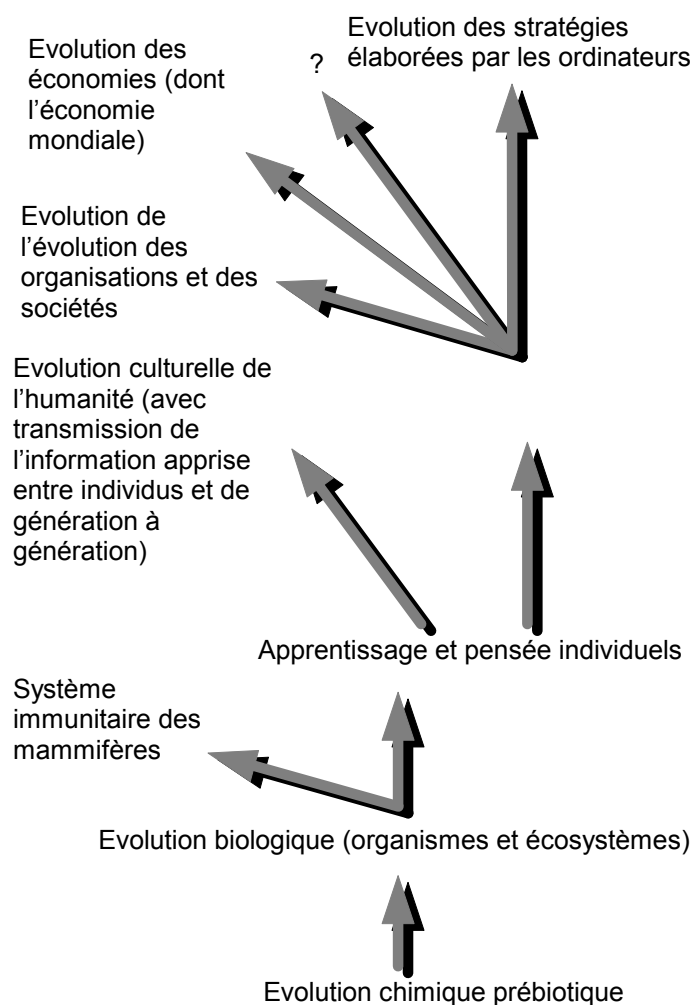


Figure 12 - Quelques-uns des systèmes adaptatifs complexes terrestres (Gell-Mann 1995)

De là à conclure que les systèmes sociaux que nous échafaudons possèdent des propriétés similaires, il n'y a qu'un pas que ce scientifique n'hésite pas à franchir. Et pour une raison simple : nous projetons dans nos construits notre expérience, c'est-à-dire ni plus ni moins que le produit de notre apprentissage et de notre adaptation. En somme, dans la mesure où nos objets sont le fruit de notre intellect, ils ne peuvent qu'en porter la marque⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ *Le quark et le jaguar, op. cit.*, pp. 36 s.

⁵⁰⁹ A l'appui de l'argumentation de Gell-Mann, on peut évoquer le fait que **nous ne connaissons que ce qui nous est connaissable**. Par conséquent, nous ne construirions volontairement que **ce que nous pouvons vouloir construire**, ce qui implique qu'hormis nos construits involontaires, tout ce qui émane de notre intellect en serait le reflet. Résumons : la cognition détermine l'action sur laquelle se portera de nouveau la cognition, et ainsi de suite. Or nous ne pouvons connaître, ou construire une représentation, que de ce qui s'offre à notre cognition. Par exemple la forme systémique : « *si une chose n'est un phénomène en général qu'en tant qu'elle est aperçue par une pensée qui est elle-même un système, un phénomène n'est vraiment conçu comme un système que si la pensée reconnaît par surcroît qu'il est analogue à elle. Elle identifie en lui sa propre circularité ; elle voit que les règles d'organisation auxquelles il obéit sont de même nature que celles auxquelles elle est elle-même soumise en tant que système et que, s'il paraît produire ses propres règles d'organisation comme s'il était un phénomène de pensée, il faut bien admettre qu'elle ne se reconnaît en lui que parce qu'elle-*

Sur la complexité du droit, construit complexe

Ceci expliquerait pourquoi dans la perspective américaine, l'hypothèse de la complexité du droit, construit humain, est plus postulée que démontrée⁵¹⁰ (au mieux étayée par l'hypothèse que sa stabilité fait présumer un mode d'émergence complexe). Alors que le paradigme latino-européen⁵¹¹ rend plus « naturellement » compte de la complexification parallèle du droit et du social. L'un et l'autre, en s'organisant mutuellement, s'enrichissent de leur complexité respective. Mais encore une fois, il serait imprudent d'avancer plus avant dans l'analogie. Judith Schlanger estime, dans son travail sur l'organicisme : « *Les équivalences minutieuses entre la vie biologique et la vie sociale, telles que les dessinent Schöffle, Lilienfeld, Worms, voire Spencer, ces rapprochements terme à terme ne sont pas le support de l'analogie, mais son écume* »⁵¹². Revenons donc à l'origine : le droit est un artefact. Plus complexe qu'un artefact ordinaire (car organisé autant qu'organisant), il n'est cependant pas totalement comparable à un organisme, dans la mesure où il ne saurait exister sans le social qu'il surplombe. Ce qui ne permet pas non plus d'écarter totalement le paradigme organiciste⁵¹³, qui garde un important impact métaphorique.

Mais par ailleurs, ce sont bel et bien deux conceptions différentes de la complexité qui s'offrent au modélisateur de phénomènes socio-juridiques ; les conséquences n'en sont pas négligeables, puisque ce sont aussi deux conceptions logiques et deux univers métaphoriques qui sont mis à contribution. Le droit peut être considéré comme complexe au sens organiciste, mais aussi au sens cybernétique du terme, c'est-à-dire un artefact produit par des êtres complexes. Les conséquences sont importantes pour la science juridique : la régulation juridique ne s'adresse pas à une population homogène d'individus, mais à un complexe de

même produit circulairement ses propres règles. Autrement dit, un phénomène en général est toujours en quelque manière formé par la pensée ; mais un phénomène qui se présente en outre comme un système est le produit d'une pensée qui se réfléchit en lui en tant que productrice de soi-même. L'hétérogénéité qui sépare ordinairement l'objet naturel pris dans le réseau des causes efficientes, de la pensée prise dans le réseau des finalités, est alors supprimée. L'objet-système, parce qu'il ne se réduit pas aux causalités efficientes, paraît se penser lui-même ; et il est l'occasion pour la pensée de découvrir qu'elle est pour lui-même un phénomène circulaire qui trouve dans l'objet-système sa plus adéquate expression - à ceci près qu'elle devient encore, s'il est possible, plus circulaire que lui, en s'engageant dans la reconnaissance de sa circularité. » J.-L. Vullierme, op. cit., p.42-43.

⁵¹⁰ Comme se voit postulée la correspondance entre la dimension quantique, réductible, et celle de l'adaptation complexe du vivant. En ce sens, cf. la critique qu'en donne Jean-Louis Le Moigne sur <http://www.mcxapc.org/lectures/11-11.htm>.

⁵¹¹ Il est ici fait référence au courant de pensée influencée par les sciences du vivant que par celles des automates déterministes, et dont les principaux représentants émanent majoritairement d'Europe et d'Amérique latine (comme F. Varela, H. Maturana, E. Morin, J.-L. Le Moigne, H. Atlan, J.-P. Dupuy, J. Piaget, J.-B. Grize...).

⁵¹² J. SCHLANGER, *Les métaphores de l'organisme*, Paris, Vrin, 1971, p.35, cité in Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF, Coll. Communication et complexité, 1994, p.40.

⁵¹³ « Sa vertu [à l'organicisme] est dans la prescience que l'organisation vitale ne peut être comprise selon la même logique que celle de la machine artificielle, et que l'originalité logique de l'organisme se traduit par la complémentarité de termes qui, selon la logique classique, sont antagonistes, répulsifs, contradictoires. (...) L'organisme est aussi une machine dans le sens où ce terme signifie totalité organisée, mais d'un type différent de celui des machines artificielles, l'alternative au réductionnisme n'est pas dans un principe vital, mais dans une réalité organisationnelle vivante. » (E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, op. cit. p. 41).

liaisons engendrant métaconnaissances et non-connaissances (1). Faute de transparence, l'application à cet ensemble complexe des règles simples issues du paradigme de la commande a pour effet de renforcer la complexité globale (2).

1. Non-dit, réseaux et superstructure

Une société peut être décrite comme un réseau de relations complexes, tout autant basée sur le dit que sur le non-dit. On dit ce qu'il faut croire, on tait ce qu'il faut savoir. La régulation juridique, superposée à cet ordre implicite, peut alors voir son objet explicite détourné.

a. Opacité discriminante et évitement du désordre

Qui détient l'information marchande fixe librement sa valeur. Aussi le corporatisme est-il consubstantiel de la notion de prix. Les couches les plus aisées d'une population peuvent ainsi avoir avantage à protéger leur aisance par le non-dit. Plus généralement, tout avantage économique fait fréquemment l'objet d'une dissimulation d'autant plus complice que peu nombreux sont ses bénéficiaires. En résultent des compositions sociales dont rend mieux compte l'implicite que l'explicite. Et la justice de l'explicite sert parfois involontairement l'iniquité de l'implicite.

L'appréciation intersubjective des inégalités est un facteur récurrent de désintégration sociale. Le regard admiratif de l'autre peut soudainement se muer en envie destructrice : l'approbation maximale d'autrui n'est guère éloignée de la haine envieuse.

Ainsi pour éviter toute appréciation ambiguë, le plus simple est de développer sa richesse à l'écart des regards importuns. Dans leur article *Les riches, terra incognita des statistiques*⁵¹⁴, A. Bihl et R. Pferrerkoehn exposent les caractéristiques de la répartition moderne des richesses. « *Richesse abstraite, reposant sur l'accumulation des titres de propriété sur le capital, elle est aussi une richesse anonyme, qui se cache aisément dans le secret comptes en banque, des portefeuilles financiers et des coffres-forts, de plus en plus souvent localisés à l'étranger* ». A la volatilité de la richesse s'ajoute celle des comportements sociaux : « *En se soustrayant aux regards des moins fortunés, les riches tentent de se mettre à l'abri de leurs critiques, en parole et en actes. Et, dans la mesure où ils exercent un pouvoir dans notre société, ils possèdent aussi les moyens de préserver leur anonymat, voire d'écarter d'éventuels regards indiscrets et importuns*⁵¹⁵. »

Les avantages de la dissimulation sont incontestables. En effet, si « *la source de toute richesse est le travail social, la fortune tient aujourd'hui dans la capacité, socialement légitimée, par la possession de droits de propriété, d'accaparer une part suffisante du produit du travail pour se dispenser soi-même de travailler*. » Et les enquêtes d'écorner quelque peu le mythe de l'entrepreneur méritant : « *... il serait intéressant de distinguer parmi ces indépendants fortunés la proportion de chefs d'entreprise : on verrait alors que la fortune repose moins en définitive sur les revenus de son propre travail que sur ceux tirés du travail d'autrui. En un mot : sur l'exploitation*. » La recette semble donc simple : s'enrichir est non seulement toléré, mais valorisé, tant que se trouve évité le piège de l'ostentation. Elle se clôt

⁵¹⁴ In *Le Monde diplomatique*, Mai 1999, p.15.

⁵¹⁵ Sur les difficultés qu'il y a à étudier la richesse, cf. Michel PINAON et Monique CHARLOT-PINAON, *Voyage en grande bourgeoisie. Journal d'enquête*, PUF, 1997.

avec l'extériorisation des capitaux, banalisée par la mondialisation des marchés financiers. S'enrichir au profit des autres devient non seulement admissible, mais encore recommandé, dès lors que les autres sont situés en-dehors des frontières nationales. Et le destin de la nation de se confondre alors avec celui de ses investisseurs, ce qui autorise une certaine tolérance des services fiscaux, dès lors que l'individu et la collectivité y trouvent conjointement leur compte : «... si l'on connaît quelquefois au franc près les revenus des plus pauvres, l'incertitude sur ceux des riches peut être de l'ordre de la dizaine, voire de la centaine de millions ! ».

A cette mobilité correspond la volatilité du support de la richesse. Plus l'on est riche, plus l'on a intérêt à opter pour des supports mobiles et aisément occultables, ce qui évite des tensions sociales. Selon les mêmes auteurs, « *alors que la résidence principale représente en moyenne 42 % du montant des patrimoines ordinaires, elle ne constitue plus qu'une part minimale (14 %) des grandes fortunes composées pour l'essentiel (55 %) d'actifs financiers. (...) Pour les titulaires de grande fortune, l'objet et l'enjeu de l'accumulation patrimoniale est (...) d'accumuler des droits de propriété sur la richesse sociale, autrement dit en définitive sur le travail d'autrui...* ».

Une fois ce patrimoine accumulé, le risque est grand cependant de voir apparaître dans l'œil des autres l'envie destructrice, au lieu de l'admiration initialement recherchée. Tout se passe en fait comme s'il existait une marge de tolérance entre les disparités sociales, qui s'amenuise au fur et à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie. Autrement dit, plus l'on serait proche du sommet de la pyramide, plus l'on éprouverait le besoin de ne fréquenter que des personnes que l'on sait proche de ses propres paradigmes, donc potentiellement non envieuses *a priori*. L'accomplissement d'une œuvre de différenciation sociale consiste là encore en une homogénéisation, au sein de laquelle vont pouvoir se développer d'autres sous-tendances différenciatrices, et ainsi de suite de manière quasi fractale.

Au sein de l'ordre juridique, dit et non-dit se traduisent par des tensions complexifiantes. De par les phénomènes d'accumulation et de disparités qu'autorisent les stratifications sociales, on voit apparaître des phénomènes de violences collectives qui semblent irréductibles à toute forme de répression⁵¹⁶. Et pour cause, du fait du non-dit, il est très difficile d'exprimer le problème de fond qui engendre le malaise social. On retrouve cette difficulté dans la tentative d'attribuer une répartition précise entre justice commutative et distributive. Bien souvent l'une est employée pour compenser l'autre. Ainsi le droit français, face à un code civil qui opte pour un mécanisme commutatif (illustré par le principe

⁵¹⁶ Cette forme de domination a reçu le nom de *violence économique*. « *Veut-on justifier les violences de groupes professionnels désemparés, comme les marins-pêcheurs et les paysans? Faut-il simplement constater que la violence économique, exercée par quelques grands décideurs (et souvent des spéculateurs) qui n'ont aucun besoin de descendre dans la rue, inspire à ses victimes la tentation de recourir à la violence physique, tellement facile à condamner? Quel casuiste libéral osera blâmer la seconde tout en acceptant la première?* » Claude JULIEN, « Ces "élites" qui règnent sur des masses de chômeurs », *Le Monde diplomatique*, Avril 1993, p. 8 ; aux Etats-Unis « *Dans le Nord, il est vrai, la moitié des Noirs sont englués dans une pauvreté sans espoir - et ils ne sont pas les seuls dans ce cas (1). La campagne de M. Jackson contre "la violence économique" des grandes entreprises et en faveur d'investissements accrus dans les infrastructures sociales (éducation, santé, logement) reprend en fait des thèmes qui sont moins ceux des années 60 que ceux des années 30, du New Deal et de la mobilisation populaire poussant à ces réformes.* » Norman BIRNBAUM, « La résurgence des valeurs de 1968 », *Le Monde diplomatique*, Août 1988, page 32.

d'autonomie de la volonté⁵¹⁷), fait correspondre un mécanisme distributif (principalement l'impôt sur le revenu et les diverses allocations sociales).

C'est essentiellement dans les rapports entre des agents plus ostensiblement disparates que sont le consommateur et le professionnel, que le principe purement commutatif du code civil s'est vu assoupli par le juge puis la loi. En est résulté un régime de réduction des distorsions de puissance économique très complexe⁵¹⁸. Ce type de régulation, grâce au non-dit, reste inapplicable aux relations entre les citoyens, dont l'opacité décisionnelle se trouve ainsi protégée. C'est grâce à ce non-dit que peuvent se développer réseaux et structures sociales.

b. *Réseaux et superstructure*

Corollairement au non-dit se développe le réseau. Celui-ci est non seulement une conséquence, mais encore une condition d'efficacité de celui-là. Occulte mais néanmoins tangible, il est le lieu d'éclosion de règles et habitus parfaitement codifiés. Sociétés dans la Société, il se reproduit selon un schéma identique, par différenciation/apparement. La superstructure désigne quant à elle les réseaux qui dominent les autres.

En optant pour un principe commutatif aménagé, le droit moderne semble basé sur le postulat que les individus forment une population relativement homogène, et que dès l'instant qu'une transaction s'effectue dans une parfaite transparence d'information, les volontés qui s'accordent forment un accord mutuellement acceptable. Le synallagmatisme serait le garant d'une paix sociale basée sur une justice de transaction. L'observation de la pratique autant que la théorie des systèmes montre que cette vision est fautive, au mieux utopique. La disparité génétique des agents est amplifiée au niveau économique et culturel, grâce au capitalisme. Le consensualisme tend vers l'inefficacité. Ce problème trouve une solution dans le non-dit et la segmentation de la population en classes ou groupes, qui se reconnaissent et parfois s'affrontent.

Mais les forces qui maintiennent les groupes au sein de la totalité sociale ne peuvent être résumées à de simples affinités, car elles sont parfois faites d'antagonisme⁵¹⁹. Aussi peut-il sembler plus judicieux de s'intéresser à la notion de lien, de *reliance*.

Ainsi que nous l'avons vu précédemment, la *reliance* est une notion délicate à définir car elle peut aussi bien relier les individus antagonistes que ceux qui sont opposés mais complémentaires ; tout est question de stratégie ou de tactique. D'une manière générale, elle désigne cependant tout lien interindividuel susceptible d'influer sur une décision ou une conception menant à une décision, pour chaque membre du réseau. On peut être tenté d'y voir

⁵¹⁷ Cf. A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale...*, *op. cit.*, p. 96 s.

⁵¹⁸ Sur ces relations d'influence entre deux droits aux logiques divergentes, cf. Nathalie BRUNETTI, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, Serveur RED&S, 1993, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/brunetti.htm>.

⁵¹⁹ « La force qui assure l'intégrité des groupes reste entièrement à élucider. Ce n'est pas l'attraction amicale qui la crée, puisque tout membre d'un groupe peut avoir ses pires ennemis à l'intérieur de son groupe et ses meilleurs amis au-dehors, sans pour autant changer d'appartenance. L'affaire est du reste compliquée par l'impossibilité où nous sommes de voir un groupe social se former entièrement *ab ovo*. Dans notre expérience, les liens sociaux sont toujours précédés d'autres liens sociaux, et la répartition politique — bien qu'elle évolue perpétuellement — est à chaque moment donnée. » (J.-L. Vullierme, *op. cit.*, p. 222).

une analogie avec la notion de corrélation des molécules, à cette exception que cette reliance produit parfois une influence, parfois non. Le signal est ignoré, ou mal interprété par un des maillons de la chaîne.

On peut donc avancer que ce n'est donc pas tant l'influence qui provoque la correspondance des décisions individuelles avec le réseau, que l'affinité⁵²⁰. Sans même qu'il soit nécessaire que son appartenance soit clairement affirmée, l'individu adoptera un comportement qui le rendra reconnaissable et reconnu des autres membres du réseau. La sociologie a identifié un certain nombre de ces codes de reconnaissance : code vestimentaire, code comportemental, ainsi que différents signes extérieurs symptomatiques d'une différence, que ne reconnaissent que les membres du réseau.

La différence entre la problématique du réseau et celle du groupe réside dans le fait que le réseau possède des dimensions spatiales et temporelles ; ce sont des dimensions que la notion de groupe occulte. Le réseau, de par son étendue ou sa configuration, est porteur de propriétés. Une analogie avec les transports est significative. On peut comparer les différents modes de transport en termes de groupe. On obtient un certain pourcentage, réparti entre la route, les chemins de fer, l'avion. Mais pour comprendre la plus ou moins bonne adéquation de la répartition obtenue, il est nécessaire de faire appel à une représentation tridimensionnelle qui implique la notion de réseau⁵²¹. La configuration des relations analysées ne se résume plus en une simple analogie, mais en une analogie dans l'hétérogénéité. Autrement dit, le réseau possède la régularité qui permet d'identifier les mêmes au milieu de tous les autres ; la représentation en réseau respecte l'unité dans la diversité.

C'est pourquoi ce mode de représentation est adapté aux sociétés modernes. Craignant à chaque instant de susciter l'envie, chaque membre d'un réseau se contente de communiquer par signes entendus selon un code de valeurs communes qui émerge de la même manière qu'émerge le langage. Tout y est caché, codé, indéchiffrable pour qui n'en fait pas déjà partie. C'est pourquoi le réseau est invisible au droit ; et c'est pourquoi les réseaux influents politiquement rencontrent fréquemment une hostilité marquée du lieu qui centralise le pouvoir⁵²². En dehors du fait qu'ils sont socialement influents, il est quasiment impossible de réguler les réseaux. Ceux-ci agissent dans un état de quasi-impunité⁵²³.

⁵²⁰ Les enseignants p. ex., peuvent former un corpus transfrontalier qui, confronté aux mêmes contraintes, va s'agréger sans nécessairement prendre des décisions homogènes. Cf. en ce sens R. ALAPURO, « Continuités et discontinuités des réseaux d'enseignants à Helsinki et Paris », in M. GRIBAUDI dir., *op. cit.* p. 121 s.

⁵²¹ Pour une analyse fractale de l'adéquation du réseau ferroviaire parisien, cf. P. FRANKHAUSER, « Fractales, tissus urbains et réseaux de transports », in Gilbert ABRAHAM-FROIS dir., *La dynamique chaotique*, Revue d'économie politique n°2/3, Paris, Sirey, 1994, notamment p. 452 s.

⁵²² Citons en France les sectes, les lobbies, la franc-maçonnerie (soit dit sans aucune intention d'amalgame).

⁵²³ L'Ordre des avocats a parfois tenté de percer certains réseaux. Certains avocats s'inféodent à des structures informelles et affairistes, auxquelles ils reversent certaines sommes en échange de garanties quant à la qualité et aux potentialités de leur clientèle. Il s'est avéré que malgré l'étendue des pouvoirs de l'Ordre, celui-ci se trouvait dans l'impossibilité de suivre à la trace les mouvements de fonds de ces organisations. Le combat pour la transparence n'a donc pas été gagné, et fait l'objet de communiqués réguliers dans le Bulletin du Bâtonnier du Barreau de Paris.

Les réseaux peuvent prendre des formes très variées, allant du groupe d'amis qui se sont rencontrés lors de leur scolarité à des entités pluricentennaires possédant usages et cérémoniels. Certains se font et se défont en quelques jours, d'autres durent plus longtemps que des Etats. Leur forme aussi, varie à l'infini. Certains réseaux n'ont aucune forme précise, ils sont en quelque sorte immanents à certaines habitudes ou certaines conditions sociales.

La superstructure forme un réseau informel. Si notre modèle est appliqué à la société moderne, nous verrons apparaître une forme de vie sociale variée et segmentée. Se connectant par affinités, les individus s'identifient au moyen de codes. Le niveau de vie sociale est une forme de code. Le mécanisme est alors inverse de celui de la spécularité. Ne sachant pas ce que pense l'autre, on se rapproche de lui parce que l'on suppose qu'il pense certaines choses, ce que certains indices codés nous laissent accroire. L'agrégation constitue ainsi le complément de la spécularité infructueuse. On peut aboutir ainsi, comme dans la société moderne, à des mécanismes d'auto-protection. Le réseau tend à se perpétuer car il est sécurisant. On tente d'en éloigner les intrus et de favoriser le renouvellement de générations que l'on sait acquises à la cause du réseau ; pour ce faire, se constitue un faisceau convergent de pratiques⁵²⁴, plus ou moins conscientes, qu'il est très difficile de réguler car elles sont opaques⁵²⁵.

Les normes positives s'appliquent à des situations identifiées, sans entrer dans le détail des éléments qui conditionnent les décisions individuelles, au nom du respect du principe du consensualisme. Dans le cas de l'embauche, par exemple, faut-il condamner un employeur parce qu'il préfère embaucher des travailleurs d'un certain profil, qui exclut les personnes d'origine étrangère ? Les associations tentent souvent de montrer qu'à niveau de qualification égal, un travailleur maghrébin ou noir aura beaucoup plus de difficultés pour trouver un poste de cadre. Certains employeurs n'en disconviennent pas, mais arguent souvent de bonne foi que s'ils n'y verraient eux, aucun inconvénient à employer un salarié de couleur, c'est en revanche la clientèle qui pourrait s'en offusquer. De sorte que le débat autour de la discrimination à l'embauche débouche rapidement sur le procès d'une discrimination raciale ambiante⁵²⁶.

Ainsi, par agrégation et rapprochements, la société se stratifie. La couche supérieure de cette organisation de réseaux est constituée d'un réseau qui domine tous les autres, et que

⁵²⁴ « C'est un phénomène sournois, qui mine la société. Une réalité occultée, qui n'est ni mesurée ni mesurable. Un mal dont les auteurs ne sont pas toujours conscients, mais les victimes toujours meurtries. A ce jour, en France, la couleur de la peau ou la consonance du nom influent souvent sur les chances de réussir à l'école, de trouver un emploi et un logement. » Christine GARIN, Marie-Pierre SUBTIL et Sylvia ZAPPI, « Les discriminations nourrissent le malaise des jeunes issus de l'immigration », LE MONDE, vendredi 17 décembre 1999 ; ce phénomène s'impose comme un constat plus que comme une réelle volonté organisée. Mais ce constat est en lui-même ré-organisateur : « Il ne s'agit plus là d'actes de haine explicites posés par des acteurs conscients, mais de phénomènes générés de façon aveugle par des processus en oeuvre au sein de certaines organisations dont aucun membre n'a l'impression d'agir individuellement de façon raciste. » (idem).

⁵²⁵ « Les réponses pénales restent nécessaires mais s'avèrent très peu efficaces, car elles supposent des preuves très difficiles à apporter. Les pratiques de « testing » popularisées par SOS-Racisme, désormais acceptées par les juges, ont permis de montrer que certaines boîtes de nuit étaient fermées aux « bronzés ». » (ibid.).

⁵²⁶ Nasser NEGROUCHE, « Discrimination raciale à la française - changer de prénom pour trouver un emploi », *Le Monde diplomatique*, Mars 2000, p. 7.

nous nommerons « superstructure ». Dans la société contemporaine, cette superstructure désigne les personnes à très haut revenus dont le capital a atteint une masse critique qui fait de lui un revenu en soi, et dont le rapport travail/revenu est sans commune mesure avec celui des salariés qui se trouvent en bas de la « pyramide sociale ». Leurs réseaux sont de différents types, mondains, affairistes ou maffieux⁵²⁷. Quoiqu'il en soit, ils constituent des entités transnationales qui outrepassent le pouvoir des Etats. De nos jours toute personne, pourvu qu'elle possède un patrimoine suffisant, peut aisément faire jouer la concurrence fiscale et sociale entre les Etats, qui se disputeront ses faveurs pour dynamiser leur économie locale⁵²⁸. C'est ainsi qu'il existe une catégorie de personnes qui échappent de facto à toute régulation économique, et dont l'existence fait converger vers elles une part importante du fruit du travail du reste de la population mondiale⁵²⁹.

Pour cette population privilégiée, le meilleur Etat est celui qui gère dans la paix les disparités au sein de son groupe, et sait assurer une gestion collective la plus économique possible (c'est-à-dire la moins lourde, fiscalement parlant).

Cette superstructure remet en cause la vision rousseauiste du contrat social, voire celle de notre modèle. Car il part, comme celui de Rousseau, du postulat que chaque individu est relativement comparable à son prochain (ce qui est une réalité sur le plan de l'égalité des droits), et n'a d'autre solution que d'appartenir volontairement au groupe ou de s'en exclure. Dans ces conditions, les modalités de la règle de droit peuvent être clairement définies : on ressortit d'un certain régime juridique, ou non. Les individus qui appartiennent à la superstructure ont la possibilité de ne faire partie d'aucune de ces catégories, ou des deux en même temps. Ils sont à la fois citoyens d'un pays et du monde. Partant, ils peuvent jouer à leur avantage des disparités de régimes sociaux entre les Etats⁵³⁰. Pour déterminer leur stratégie d'investissement, l'efficacité d'un Etat peut s'apprécier selon un ratio : la productivité de la main-d'œuvre par rapport à l'agitation politique du pays.

Ces personnes étaient initialement des personnes morales : les multinationales. Leur progression était lente et surveillée. Mais le développement d'Internet et l'émergence d'une Europe financière ont vu s'accélérer les fusions entre entreprises et émerger de nouvelles stratégies. Les sociétés ne raisonnent plus tant pays par pays que produit par produit. Un produit est vendu dans un grand nombre d'Etats (de l'Union Européenne, par exemple) de la

⁵²⁷ Pour un portrait détaillé de ces nouvelles formes de hiérarchies sociales que certains nomme *hyperbourgeoisie*, cf. Denis DUCLOS, « Une nouvelle classe : l'hyperbourgeoisie », in *Penser le XXIe Siècle*, Manière de voir n°52, Ed. spéciale du *Monde diplomatique*, juillet-août 2000, pp. 22-27.

⁵²⁸ En matière fiscale, la France possède une réputation d'Etat contraignant. Le ministère des Finances reste d'année en année particulièrement « évasif » sur le montant de l'évasion fiscale qui en résulte au profit de la Suisse ou de Monaco.

⁵²⁹ Ces personnes sont pour la plupart des citoyens américains. On estime en 2000 qu'à peu près 80 % des richesses de la planète sont détenues par 2 % de la population de cette même planète, dont plus de 50 % sont nord-américains (<http://www.etatsgeneraux.org>).

⁵³⁰ Cette question est fréquemment soulevée quand il s'agit de combattre le crime organisé ou les paradis fiscaux, mais se heurte souvent au mur du silence des intérêts bien compris. Cf. p. ex. Ingrid CARLBERG, « L'opaque transparence de l'Union européenne », *Le Monde diplomatique*, Juin 1997, p. 32 ; mais aussi, sur la couverture technique d'une fiscalité complaisante (compétition interétatique aidant) : Christian DE BRIE « Une fiscalité au service des privilégiés », *Le Monde diplomatique*, Janvier 1995, pp. 14,15.

même manière et par un même service, dirigé par une même personne. Cette répartition permet d'optimiser le cycle de production et de distribution. Car sachant jouer au mieux de leurs intérêts selon les Etats, ces sociétés mènent une stratégie qui leur est propre et qui échappe à quasiment tout contrôle. Leurs dirigeants constituent la première classe de *gouvernants sans frontières*.

Ce bref panorama montre à quel point une régulation sociale globale et universelle semble difficile à concevoir. Mais le système économique basé sur le capitalisme n'a réussi à s'affranchir de la tutelle des Etats qu'en s'étendant au-delà des Etats. Il occupe désormais le monde, et ne peut donc s'étendre au-delà. Ainsi il n'est pas inconcevable qu'une régulation mondiale soit suscitée par son pire antagonisme : le libéralisme. A moins que celui-ci ne trouve le moyen pour limiter ses propres excès et offrir, à l'image de l'*Etat acceptable* de Lorena Parini, un libéralisme acceptable. L'avenir le dira ; ce qui est certain, c'est que tant que ce système reposera sur une règle du jeu quelle qu'elle soit, il reposera sur du droit.

Nous avons vu que l'opacité savamment entretenue du social vis-à-vis de lui-même participe grandement de sa perception comme objet complexe. Mais divers autres facteurs concourent à accroître encore cette complexité.

2. L'accroissement de la complexité

L'opacité des compositions sociales constitue un obstacle à leur régulation. Des règles trop circonstancielles peuvent engendrer des effets pervers qui viennent renforcer la complexité de la situation.

Nous avons vu au point précédent que le silence et le lien sont des composantes essentielles de la complexité sociale. En ce qui concerne les liens, les sociologues s'accordent à penser que la multiplication de relations interpersonnelles se traduit par une modification des comportements et une complexification du tissu social⁵³¹. Dans ce cas de figure, notre modèle nous ouvre deux possibilités : au sein d'un processus continu les individus modifient leurs règles, puis les règles modifiées rétroagissent sur les individus ; se forment ainsi deux sources possibles de complexité.

La première est constituée des normes et de leur structure, puisque nous avons vu qu'un système juridique peut porter en lui l'empreinte de son passé (cf. p. 119), ce qui le rend susceptible de porter la mémoire de la complexité des sociétés qui l'ont formé (a.).

La seconde est constituée des individus, qui recevant un système porteur d'une complexité qui les précède, peuvent lui obéir ou le mimer et accroître par ce biais leur complexité propre (b.).

Rien ne s'opposerait en théorie à un accroissement infini de la complexité, si l'on ne trouvait dans les deux cas des tendances entropiques, tendant à une réduction de la différence. Sur le plan légistique la leçon est : toute norme insuffisamment élaborée engendre sa déviance à un niveau supérieur et rend la régulation à venir plus délicate encore. Faut-il voir dans cette

⁵³¹ Le réseau accroît les possibilités de ses agents (information, mobilité...) et engendre ainsi sa propre nécessité. Cf. en ce sens Pierre LEVY, *L'intelligence collective ; pour une anthropologie du cyberspace*, Paris, Ed. de la Découverte, 1994. 244 pages.

tendance systémique de notre modèle un argument pour rendre compte de l'actuelle inflation législative ?

a. *La règle juridique, connaissance actionnable temporalisée*

La règle de droit possède trois dimensions : cognitive, active, temporelle. Ces trois dimensions se dédoublent, car la norme s'exprime aussi par ses silences, sa structure, son passé. Ces caractéristiques, typiques du corpus normatif, le rendent capable de se complexifier.

Selon Austin, une norme constitue un commandement. On distingue donc la norme et la connaissance de cette norme. Cette connaissance débouche sur une action conforme à l'ordre tel qu'il est voulu par la norme (faute de quoi nous encourons une sanction). Hart considérerait cependant ce modèle comme trop simple, car il ne rendait pas compte par exemple, de ce qui émanait d'une autorité légitime et ce qui n'en émanait pas. Aussi proposait-il une distinction entre règles primaires (les commandements) et secondaires (les règles d'édiction desdits commandements). Cette controverse a eu pour effet d'occulter un détail : on peut considérer que la norme constitue en elle-même une connaissance.

Pour affirmer qu'une norme constitue une connaissance, il faut se placer sur un plan cognitiviste assez particulier. Selon l'acception philosophique du concept de connaissance, celui-ci désigne une représentation, vraie ou fautive, d'un état donné du réel. Cette représentation étant trop statique, des cognitivistes en ont proposé une variante : la *connaissance actionnable*⁵³². On considère le processus de décision dans son ensemble. Au début on a un certain état du monde, qui engendre une décision, qui débouche sur une action. La connaissance actionnable constitue ce qui déclenche cette prise de décision. Bien que cette conception soit source de certaines ambiguïtés⁵³³, elle permet de rendre compte de l'apport

⁵³² « *Connaissance Actionnable. Le néologisme, nul n'en disconvient, n'est pas très heureux. Il est formé par l'anglo-saxon "actionable knowledge" (D.C Schön, 1983) et sa définition n'est pas aisée à stabiliser, surtout si on tient le qualificatif "actionnable" pour un discriminant : peut-on concevoir des connaissances non-actionnables ? Une fois encore la contrainte logique formelle qui veut que "Non X" soit le "contraire sémantique de X" (ou son "opposé"), au lieu d'être tenu pour un des "différents plausibles de X", complique singulièrement l'interprétation (ce n'est pas la logique formelle en soi qui impose cette contrainte, c'est l'usage que l'on en fait, les logiciens professionnels étant souvent les premiers à donner le mauvais exemple!).* » J.-L. LE MOIGNE, *Peut-on ne pas délibérer ?*, Document de l'atelier MCX n°2, <http://www.mcxapc.org/ateliers/2/jlm1.htm>, 1999.

⁵³³ Selon J. Miermont « *Si l'on considère que la connaissance est une action intériorisée, qui ne se traduit pas nécessairement par un comportement observable par un tiers, le terme de "connaissances actionnables" renvoie à ce que S. Freud décrivait sous le terme de pensées préconscientes, relativement facilement accessibles à l'introspection ; il s'agit alors des processus secondaires de la pensée, caractérisés par le principe de contradiction, la comparaison des représentations par identité de pensée, l'énergie liée qui circonscrit l'investissement affectif à des représentations précises, l'absence de censure.*

Les connaissances "non actionnables" renvoient alors à deux ordres de phénomènes :

— *les processus primaires de la pensée, caractéristiques du système inconscient, régis par le principe de non contradiction entre représentations opposées, l'énergie libre qui tend à la décharge affective, l'enchaînement associatif par identité de perceptions (résonances plus ou moins diffuses), et l'importance des mécanismes de censure ;*

— *les connaissances qui ne sont pas nécessairement "déjà-là", et qui réclament le recours à des*

d'information que constitue la connaissance d'un ordre.

On peut vérifier qu'une règle de droit constitue bien une connaissance actionnable. Reprenons la définition d'Austin. Une règle constitue un commandement. Elle entre en vigueur dès sa promulgation. Cette promulgation emporte la présomption qu'elle est connue de tous (en vertu de l'adage *nullus censetur ignorare legem*). Or des milliers de normes sont ignorées du public, ce qui est une source fréquente de litiges pour la société et de revenus pour les professionnels du droit. On observe donc une modification du comportement des individus, selon qu'ils connaissent ou non la norme. Dans ce cas c'est non seulement la connaissance de la norme, mais également la norme elle-même qui influent sur le comportement. Le sujet de droit connaît la norme impersonnelle, sait qu'elle s'applique à lui et quelles conséquences il doit en tirer.

Dans une perspective praxéologique, la connaissance actionnable consiste en une conjonction d'un impératif et de la connaissance de cet impératif.

Cette perspective praxéologique pose un problème aux dimensions multiples : celui du temps. Le processus décisionnel s'étendant par définition dans la durée, la question du temps ne se pose plus uniquement au niveau de l'application de la loi dans le temps. Cette question est primordiale, bien sûr, puisqu'elle détermine l'applicabilité de la règle⁵³⁴. Mais la question du temps concerne également l'étendue de l'action voulue et/ou constatée de la norme juridique. Selon M. Bessin⁵³⁵, la norme possède ainsi plusieurs temporalités. Celle, juridique, de son applicabilité ; celle, concrète, de son application concrète ; celle, abstraite, de l'impact qu'elle produit sur l'ensemble social qu'elle régule. Ces temporalités possèdent plusieurs dimensions. Certaines tendances lourdes relèvent du temps long (comme celui des institutions, où les processus décisionnels sont longs), d'autres du temps court. On relève ainsi de nombreux décalages entre les attentes des justiciables et les lenteurs de la justice.

Cet auteur pense néanmoins que ce décalage recèle des aspects positifs. Il apaise certaines tensions : le temps, l'oubli, la lassitude peuvent venir à bout d'un *double bind* mimétique. Le travail de réconciliation du juge s'en trouve facilité, même si cet auxiliaire que constitue le temps est vécu comme une contrainte par les justiciables. Plus dangereuse semble être l'accélération que provoque l'engorgement des tribunaux. Le juge débordé prenant moins le temps de la réflexion, ses décisions deviennent plus circonstanciées et de moindre portée, quand on n'aboutira pas même à une justice expéditive⁵³⁶.

raisonnements prospectifs : abductions, hypothèses, analogies, essais-erreurs, comparaisons, sauts conceptuels. » Jacques MIERMONT, *Jusqu'où pouvons-nous délibérer en situation complexe ?*, Document de l'atelier MCX n°2, <http://www.mcxapc.org/ateliers/2/jlm1.htm>, 1999.

⁵³⁴ Sur ces questions, on peut consulter notamment Jacques HÉRON, « Le temps et la norme », in *Penser la norme, Approches juridiques et philosophiques*, Publication de l'université de Rennes, 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/nomos4.htm>.

⁵³⁵ Marc BESSIN, « La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique », *Revue Droit et Société*, n°39, Paris, LGDJ, 1998, pp. 331-343.

⁵³⁶ L'urgence devient permanente (*idem*, p. 338 s.) et elle devient une forme plus réactive que cognitive d'administration de la justice par le juge (Bernard BRUNET, « Le traitement en temps réel : la Justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale », *Revue Droit et Société* n°38, Paris, LGDJ, 1998, p. 91-107).

En résumé, la norme constitue une action globale dans la durée car elle suscite l'émergence de stratégies qui se conçoivent et s'exécutent elles aussi dans la durée⁵³⁷. Aussi pour réguler une société à long terme, on peut imaginer une norme à court terme dont les effets vont se prolonger longtemps, ou au contraire une norme de courte durée de vie, mais dont les effets (l'empreinte sur le système) seront étendus dans le temps. En ce sens, une loi comme la loi Weil sur l'avortement constitue un cas d'école. Même si nous avons vu *supra* qu'elle était relativement peu appliquée en 2000, faute de moyens et de volonté du corps médical, elle a néanmoins produit de très importantes mutations sociales, puisque les femmes qui avortent ne sont plus aussi marginalisées qu'elles l'étaient auparavant. Le droit à l'avortement est désormais considéré comme une liberté fondamentale de la femme, ce qui dépasse de très loin l'effet explicitement affiché par une loi initialement conçue comme provisoire.

Le droit possède donc une action dans le temps. Cette temporalité lui est souvent donnée comme propre, et procédant d'une logique qui dépend étroitement d'un savoir issu d'une longue pratique. Le temps du droit n'est pas le temps du justiciable, et nombre de juristes pense qu'il est bon pour l'exercice de la justice qu'il en soit ainsi⁵³⁸. Aussi de nombreux décalages. Ce point doit être souligné, car il constitue un facteur important de distanciation entre le droit et les justiciables, distanciation sciemment entretenue pour favoriser le caractère supérieur et intangible de la justice. Il sera par la suite montré que cette ritualisation participe du comportement pseudo-autonome du système juridique.

On peut encore distinguer deux modes d'action pour le droit. Le premier est naturel et immédiat : il s'agit de la prescription contenue dans chaque norme en vertu de laquelle chacun ajuste son comportement. Le second est beaucoup plus médiat et d'un usage beaucoup plus restreint, souvent limité aux juristes. Il s'agit de la structure des normes. Leur organisation hiérarchisée - nous avons évoqué à cet égard les représentations classiques de Kelsen et de Hart - permet au juriste de dégager des informations supplémentaires, qui pourront être utilisées pour trancher les cas difficiles, élaborer une argumentation ou simplement faciliter la transmission de son savoir. Nous développerons en détail cet autre élément important de la pseudo-autonomie du droit dans la seconde partie. Ce que l'on nommait autrefois la *ratio juris* et qu'Arnaud a remis au goût du jour sous la notion de *raison juridique* constitue une

⁵³⁷ La dimension temporelle (temps court, temps long) peut également servir d'étalon pour comparer l'évolution des différents systèmes, notamment juridique et social. En ce sens, Nikolas Roos propose de distinguer, au niveau du droit, entre temps interne et temps externe. Cette distinction a pour effet de permettre des comparaisons d'efficacité basées sur l'observation de la correspondance entre les objectifs d'une loi et sa plus ou moins bonne mise en pratique. Pour une application de cette méthode au droit pénal, cf. « On Crime and Time », François OST & Mark van HOECKE dir., *Temps et Droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, (Bruylant), 1998 pp. 385-424.

⁵³⁸ « les magistrats eux-mêmes illustrent ce constat général quand, à l'inverse de l'idée commune suivant laquelle leur fonction de mise en oeuvre du droit devrait les inciter à préférer l'instantanéité, ils valorisent fortement la lenteur comme une sorte d'attribut nécessaire pour un accomplissement noble de leur mission : lenteur de la pratique elle-même, lenteur nécessaire de l'adaptation de la Justice au changement social [« il semble qu'il est propre à ce rythme d'être lent pour s'accorder à celui de l'évolution »]... jusqu'à cultiver un sentiment d'intemporalité et à vanter les mérites du statu quo seuls propres à assurer le respect à l'égard de la Justice, sa « grandeur ». » Jacques COMMAILLE, « La régulation des temporalités juridiques par le social et le politique », in Ost & Van Hoecke, *op. cit.* ; <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/comail4.htm>. L'auteur donne par ailleurs de très nombreux autres exemples de décalage entre le temps de la justice et celui des justiciables.

information complexe, sorte de structure téléonomique d'informations téléologiques.

La connaissance juridique est en effet téléologique. Elle est orientée par une fin. Cette fin n'est pas toujours atteignable (ex : la paix dans le monde), mais elle donne des directives globales dont les effets seront tangibles. Nous pouvons ainsi distinguer plusieurs dimensions dans une norme. Prenons la norme : *tous les voleurs doivent être punis*. Nous pouvons en tirer les dimensions suivantes, toutes susceptibles de former une structure avec les normes voisines :

- *dimension axiologique* : si un acte qualifié vol est commis, son auteur sera puni ;
- *dimension téléologique* : préserver l'ordre social en supprimant le facteur désordonnant que constitue l'atteinte à la propriété individuelle ;
- *dimension téléonomique* : assurer un taux de vols acceptable en mettant en jeu une vengeance par l'intermédiaire de la force publique (fonction curative et préventive) ;
- *dimension temporelle interne* : il s'agit de la durée de validité de la loi. Depuis sa promulgation jusqu'à son abrogation ou son obsolescence.
- *dimension temporelle externe* : recoupe les précédentes, et dérive de leur combinaison. Sera d'autant plus importante que le signal répressif (écart entre perception de l'infraction et perception de la sanction) sera fort⁵³⁹. De nombreux auteurs traitent indirectement de cette dimension à travers la notion d'effectivité. Par exemple, la notion d'*efficience* constitue une combinaison de la téléologie de la norme et son effectivité⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Cette dimension est le lieu privilégié des effets pervers et des contre-effets. Un exercice démesuré de la force légitime (Max Weber) fait perdre à celle-ci toute légitimité, et donc toute efficacité. Comme il a déjà été évoqué, on peut proposer une définition de la *répression adéquate* en combinant les différentes dimensions de la norme : force, téléologie, téléonomie, durée.

⁵⁴⁰ La combinaison de ces dimensions permet de combiner les différentes doctrines juridiques (au lieu de les opposer) autour de la notion de validité. « *En premier lieu, le droit est aux prises, en tant que système, à ses propres règles de fonctionnement. Nous trouvons ici la question de la légalité formelle (...). En deuxième lieu, le droit est interrogé par des métarègles de nature axiologique. Il ne peut suffire que le droit soit, encore faut-il qu'il soit acceptable au regard de certaines règles éthiques. Enfin, le droit n'est pas un système créé pour la beauté du geste, il est nécessairement confronté à la réalité sociale, au monde dans lequel et sur lequel il doit agir. Ce dernier souci relève d'analyses de type sociologique. Nous nous trouvons donc face aux trois fondements classiques de la théorie du droit : le jusnaturalisme, le positivisme et le réalisme.* » (Cristophe MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°40, Bruxelles, Ed. univ. de St. Louis, 1998, p. 116.

On peut se permettre, au moyen d'un modèle constructiviste comme celui que nous avons développé, de combiner plus étroitement encore ces différentes théories, pour ne le rattacher qu'à l'application de notre premier théorème : *l'ordre juridique se compose pour réguler adéquatement l'ordre social qui le recompose*. On évite le recours aux métarègles morales par un simple calcul emprunté à la systémique. On justifie ainsi qu'une société égalitaire est plus efficiente qu'une société qui brime des minorités ; une société basée sur l'inégalité doit sans cesse combattre les forces de dissension qu'elle engendre elle-même. A l'opposé, l'ordre social capable de se maintenir sans faire appel à l'inégalitarisme est celui qui présente a priori le moins de tensions internes.

Ces différentes dimensions sont le résultat d'un mode d'action complexe et pluriel de la norme, qui dépasse le cadre classique de la distinction entre être et devoir-être. Car il appert qu'il semble réducteur de considérer la norme dans sa seule dimension immédiate : un ordre personnel impératif. Le corpus normatif cache des formes plus subtiles. Nous avons évoqué le fait que sa structure pouvait en soi receler une information : autrement dit, la structure constitue les normes autant que les normes constituent une structure.

Pour illustrer ce propos, on peut faire appel à la programmation informatique connexionniste. Un programme informatique classique sépare clairement deux types de données : les variables et le code. Le code constitue le programme, les variables représentant ce qui fluctue en fonction du code. Imaginons un programme de gestion d'emploi du temps : le programme est établi de manière à alerter l'utilisateur s'il a un rendez-vous dans une heure. Nous pouvons donc établir qu'il y a deux éléments bien distincts : le programme (de type : s'il y a un rendez-vous et si l'heure courante se situe une heure avant, alors activer un message d'alerte), et les variables (heure courante, heure du rendez-vous 1, heure du rendez-vous 2,...). Dans notre exemple le programme surveille l'heure et donne l'alerte en temps utile.

La méthode de programmation connexionniste (ou *neuromimétique*) obéit à un schéma complètement autre : des cellules sont réparties en réseau. Chacune de ces cellules (appelée *nœud*) renvoie à d'autres cellules d'un niveau supérieur. On représente ainsi les cellules en une sorte de mille-feuilles, chacune étant connectée à ses voisines supérieures et inférieures. Chaque cellule possède une petite mémoire, qui stocke deux informations : les cellules les plus visitées en haut et celles le plus visitées en bas. Cet amoncellement de cellules forme un *réseau connexionniste*. Initialement, ce réseau ne possède aucune information, et n'est capable d'en traiter aucune. Il faut donc lui faire subir une phase d'*apprentissage*. Celle-ci consiste à introduire dans le réseau une *entrée*, une *sortie*, et à le laisser effectuer la conjonction entre les deux⁵⁴¹. Ainsi, la structure du réseau se modifie à chaque apprentissage. Le réseau connaissant « sait » à quelle entrée doit correspondre quelle sortie⁵⁴².

La notion de réseau connaissant véhiculée par les modèles neuromimétiques a constitué une petite révolution pour les techniques classiques de programmation informatique. Auparavant, on distinguait soigneusement le programme (le code) et les données qu'il traitait (les variables). Les variables changeaient ; le code, lui, restait figé, déterminé par le programmeur. Aussi un programme ne pouvait-il rien « apprendre », sauf s'il avait été programmé pour cela. Mais en toute hypothèse on se référait inmanquablement au programme initial (le *noyau*). Ces programmes sont dits algorithmiques, car ils utilisent des algorithmes, c'est-à-dire les solutions que les programmeurs ont trouvées pour résoudre leur problème. L'exemple typique de ces programmes est constitué par une variante du virus informatique, nommé le *ver*.

Le ver est un programme. Son programmeur lui a enseigné quelques techniques de

⁵⁴¹ Cette phase est nommée *retropropagation*.

⁵⁴² Pour un exemple d'application à la recherche de décisions jurisprudentielles, cf. V. MAYER-BLIMONT, « Les modèles connexionnistes et le processus décisionnel : l'exemple des cours suprêmes nord-américains », in *L'écriture du droit... face aux technologies de l'information*, Paris, Diderot, 1996, pp. 469-497.

base pour s'introduire sur des ordinateurs (à travers, la plupart du temps, des réseaux informatiques comme Internet). Mais bien souvent, le ver ne se contente pas de ces algorithmes. Il apprend, au sens propre, à améliorer ses performances. Il cherche les moyens les plus efficaces de pénétrer dans les systèmes, collecte des mots-clé, et enrichit ainsi une base de connaissances qui va croître à mesure que le ver acquiert de l'expérience (ce qui est à l'origine du terme *ver*. Le ver s'allonge à mesure qu'il avance). Contrairement au virus, dont la tâche est d'infecter, c'est-à-dire de mettre à mal le système dans lequel il se trouve, le ver se contente d'exister et de se multiplier. Sa présence est bien souvent inoffensive, mais sa prolifération peut perturber un réseau. En 1988, un programmeur de talent nommé RTM (Robert Tappan Morris Junior), a quasiment paralysé l'intégralité du réseau Internet grâce à un ver qu'il avait programmé, et qui utilisait un bug au niveau de la sécurité du FTP (protocole qui permet de faire circuler les fichiers). A cette époque Internet n'avait pas l'envergure mondiale que nous lui connaissons, et cette affaire est restée l'apanage de spécialistes ; elle reste néanmoins exemplaire sur le plan de l'outil.

Le ver de RTM junior était un programme extrêmement ingénieux, qui passait son temps à chercher les failles dans les systèmes informatiques au sein desquels il se trouvait. Quasiment indétectable (il prenait la physionomie d'un banal interpréteur de commandes), il s'installait dans un système, en faisait sauter une à une toutes les clés, puis les communiquait au reste de ses congénères qui ainsi grossissaient, et s'enrichissaient du savoir de leurs homonymes. Une fois qu'il avait accédé à des niveaux intéressants, le ver se connectait à d'autres ordinateurs, qui faisaient confiance à la machine « infectée », s'introduisait en eux et recommençait son patient travail d'explorateur.

Qu'est-il arrivé au réseau ? En soi les vers n'avaient guère d'autre finalité que de se multiplier. Mais à force de communiquer entre eux, de mobiliser des ressources informatiques pour effectuer leurs recherches, ils ont littéralement asphyxié Internet. De sorte que toutes les machines étant occupées à traiter les informations du ver, le réseau s'est bloqué, et il a fallu plusieurs jours pour le tirer de sa paralysie⁵⁴³.

⁵⁴³ La documentation papier concernant cette affaire est très parcellaire. Mais l'affaire RTM est restée emblématique dans la culture des *hackers* et des pirates. Extrait d'un fanzine trouvé sur le Net : « *De la Une du New York Times aux journaux télévisés diffusés aux heures de grande écoute, tous les médias ont retenu du 3 novembre 1988 l'arrivée d'un virus qui a paralysé pendant plusieurs jours la quasi totalité des centres de calcul universitaires et de recherche des Etats-Unis. L'auteur Robert Tappan Morris a été condamné par le tribunal de Syracuse USA à 400 heures de " service communautaire ", à trois ans de surveillance judiciaire et à 10 000 dollars d'amende. C'est la diffusion fulgurante du virus qui constitue la caractéristique la plus étonnante de l'action du " ver " de Robert T. Morris. Les premiers signes de l'épidémie sont apparus presque simultanément sur les côtes Est et Ouest. A une demi-heure d'intervalle, le Massachusetts Institute of Technology (MIT) et la Rand Corporation se trouvaient infectés, le 2 novembre 1988 vers dix-huit heures. Le lendemain, des centaines de Vax, des stations Sun ainsi que d'autres machines fonctionnant sous Unix étaient elles aussi touchées. Les opérateurs relevaient des temps de réponse fortement dégradés, leurs machines étant surchargées de travail par l'exécution simultanée d'une multitude de tâches qui renaissaient spontanément en dépit des efforts visant à les éliminer. Pire, une machine arrêtée puis redémarrée se trouvait instantanément contaminée. En tout cas, l'importance du fuck up provoquée par Robert T. Morris en ce " jeudi noir " a démontré que, contrairement à ce que l'ont pense, les minis et moyens systèmes fonctionnant sous Unix ne sont pas plus à l'abri des " épidémies informatiques " que les micro-ordinateurs.*

Internet, le réseau attaqué, relie entre elles toutes les universités américaines et des milliers de sites. Son premier rôle reste l'acheminement du courrier électronique des enseignants, des chercheurs et même des étudiants, ce qui représente une population de plusieurs millions d'utilisateurs. Le même réseau autorise le transfert

Hormis ces effets, le ver constitue une parfaite illustration du système allopoïétique, néanmoins doté d'un comportement autopoïétique. Le ver de RTM, doté d'une programmation initiale, se comportait ensuite de manière totalement autonome. Il utilisait les heuristiques qui lui avaient été apprises, mais il enrichissait également son savoir. Quand il avait détecté une nouvelle méthode, il l'ajoutait à sa base et se dédoublait. Une copie de lui-même était transmise à la machine qu'il venait de forcer. Son noyau de programmation était codé, ce qui le rendait difficilement détectable. La plupart du temps, les virus ordinaires comportent une petite séquence de code qui amorce le décryptage. Cette petite séquence reste fixe, car elle comporte les instructions essentielles pour que l'ordinateur puisse exécuter le reste du code ; un peu comme si un livre édité en langage crypté comportait une page de garde exposant la clé de décryptage : cette page intelligible constitue le point commun de tous les virus. Aussi est-elle nommée *signature*, car c'est par cette petite séquence initiale d'informations que l'on reconnaît le programme.

Cependant, les virus et les vers récents ont réussi à contourner ce problème. Leur code initial est lui aussi capable de changer. Le ver de RTM était un des premiers à posséder cette qualité. Aussi ces programmes, vers ou virus, sont-ils nommés *mutants*. Ils sont capables de reformuler l'intégralité de leur propre code, de manière à produire de différentes manières le même résultat final, mais de façon tout à fait aléatoire, donc impossible à prédire. C'est un peu comme si un être vivant pouvait modifier son code génétique, et les modalités d'interprétation de ce code, de manière à se cloner indéfiniment.

Il n'existe pas de protection absolue contre les virus mutants. Ils sont a priori indétectables, puisqu'ils sont capables de changer à volonté de forme. En revanche, ils accomplissent souvent un nombre limité de tâches plus ou moins agressives : détruire des données, du matériel, se reproduire ou afficher divers messages. Aussi est-ce par leurs effets qu'ils se font repérer. Les anti-virus performants procèdent de deux façons : un module surveille les signatures des virus qui lui sont connues : il scanne régulièrement les fichiers de l'ordinateur à la recherche des séquences de code suspectes. Un autre module surveille les opérations de l'ordinateur. Quand il détecte une activité particulière (tentative d'accès à des

de fichiers et l'ouverture de sessions " console " sur des machines distantes. Sitôt l'attaque détectée, les meilleurs chercheurs d'outre-Atlantique se sont empressés de la combattre. Il leur a fallu deux jours pour démonter le mécanisme du ver. Un programme composé d'une centaine de lignes de C couplé à deux fichiers " objet " (l'un propre aux serveurs Vax et l'autre aux stations Sun) constituaient le vecteur d'infection. Aussitôt entré dans un ordinateur, le " Morris worm " établissait la liste des autres machines connectées au même noeud du réseau et consacrait alors toutes les ressources de la machine nouvellement conquise à la contamination des autres postes.

Un des processus de l'attaque consistait en une routine de craquage des " mots de passe ", remarquable pour sa vitesse. C'est à cette tâche que le ver dépensait la plus grande partie du temps de travail des machines colonisées.

*Pour se défendre, le ver maintenait son propre code sous forme crypté. Et pour décourager les tentatives visant à le désassembler, il changeait régulièrement de numéro de processus se rendant plus difficile à déceler. Malgré tout, l'infection restait somme toute bénigne puisqu'elle ne détruisait aucune donnée. Pour mémoire, notons que le père de l'étudiant facétieux compte parmi les plus grands experts américains de la sécurité informatique. Nul doute que R.T Morris suive le même chemin. Il est à noter que les responsables de la sécurité ont su tirer les leçons de la mésaventure. Dix ans après, une infection de cette envergure ne semble plus possible. » (d'après Sciences et Avenir n° 525 ; <http://www.pyrofireak.org/txt/zine1.html>) ; de manière plus générale, un article de *Pour la science* traite des virus et vers informatiques sur <http://www.pourlascience.com/numeros/pls-243/art-4.htm>.*

zones protégées, par exemple), il donne l'alerte à l'utilisateur, qui peut alors s'interroger sur ce qui se passe dans sa machine, donner son feu vert ou au contraire mettre en quarantaine les fichiers identifiés.

Les programmes informatiques, virus ou vers, constituent la forme la plus achevée de simulation de systèmes pseudo-autonomes. Leur « code génétique » (noyau) a beau avoir été déterminé initialement par le programmeur, ils sont néanmoins capables de le modifier totalement au fil de leur expérience. La notion de code informatique se confond alors avec celle de structure des données. La programmation classique distingue soigneusement ces deux notions, alors qu'elles n'en font en réalité qu'une. Pour un système pseudo-autonome comme le virus ou le ver mutants, le code **est** la structure, la structure **est** le code⁵⁴⁴. C'est l'accumulation des connaissances qui permet à celles-ci de s'articuler, formant à son tour une métaconnaissance (connaissance sur les connaissances), qui permettra au système global d'améliorer ses performances cognitives.

Le programme mutant constitue une excellente métaphore pour le corpus juris. Il a été créé pour réaliser certaines fins, et en cheminant vers la réalisation de cette fin il s'adapte et se modifie. Nous verrons en seconde partie quelles conséquences sont à inférer d'une telle propriété d'adaptation. Nous nous intéressons simplement ici aux traits principaux des connaissances actionnables que sont les normes juridiques. Celui sur lequel il semble particulièrement important d'insister est la dimension pleinement opératoire de la structure normative. La place d'un concept au sein de la hiérarchie normative (normes primaires ou statiques), détermine en soi les conditions d'interprétation de cette norme, et par ce même fait son pouvoir en tant que connaissance actionnable.

b. La règle juridique, connaissance réorganisante

Le droit (ré)organise le social. Ou plus précisément, la connaissance commune du droit engendre une organisation sociale perçue ordonnée.

Pour J.-L. Vullierme, l'immédiateté et la réciprocité des interactions entre l'individu et le groupe ne fait aucun doute. Plus loin, ces objets d'étude peuvent être présentés comme des systèmes en interaction constante ; cette interaction est de type complexe : « *La psychologie sociale qui structure ainsi les sociétés (et parvient à faire souvent obstacle à la force physique) est pour une part un phénomène émergent qui apparaît quand des psychés individuelles se rencontrent ; pour une autre part, elle est le processus primordial de leur constitution. Les psychés ne sont ni des atomes préconstitués, ni des « monades sans fenêtres » harmonisées par quelque principe transcendant. Elles ne préexistent pas à l'interaction sociale qui elle-même ne se réduit pas à être leur simple somme. Aucun agent ne décide au sens propre ni de la forme de la société, ni de sa place en son sein.* »⁵⁴⁵

Se basant sur le modèle communicationnel d'Habermas, B. Dupret⁵⁴⁶ montre que les

⁵⁴⁴ En ce sens, cf. Patricia SIGNORILE, *L'idée de réseau comme métaphore du savoir : L'intelligence connectique*, Internet, Document MCX, 1998, <http://www.mcxapc.org/ateliers/21/doc1.htm>

⁵⁴⁵ J.-L. VULLIERME, *op. cit.*, p.223-224.

⁵⁴⁶ B. DUPRET, « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *op. cit.*, pp. 595-603.

normes ont une action structurante et typologisante sur le social. La notion de hiérarchie et de type s'étend alors, depuis le monde des idées vers celui des faits. En déterminant des catégories pour les individus et en les hiérarchisant, la norme que se réapproprient les individus devient une réalité : les individus réalisent la fiction qu'ils ont instaurée. Cette conception serait presque identique à la théorie structuraliste formulée par Cl. Levi-Strauss, qui établissait selon un principe identique un lien entre structure sociale et structure du langage, à une différence près, mais dont les conséquences sont essentielles. Cette différence, c'est qu'il n'y a pas un phénomène en surplomb qui structure l'autre, les deux interfèrent réciproquement, ce qui leur permet une relative autonomie. De ce fait, tant le social que le droit sont partiellement sources d'eux-mêmes. « *Quant à la règle, elle prétend codifier les comportements et, ce faisant, elle fait « passer à l'état objectif »⁵⁴⁷ les classifications et catégories qu'elle prétend déduire du social et qu'en fait elle lui impute. On perçoit le passage qui s'opère quand, de la norme à la règle, on passe de « schèmes maîtrisés à l'état pratique » à la « constitution d'une grammaire », c'est-à-dire à une « mise en ordre symbolique », avec ce que cela a pour effets de reproduction/imitation, d'officialisation/homologation et de formalisation. Ce dernier effet est particulièrement important, dans la mesure où il fait passer d'une situation de forte indétermination à une situation claire faite de frontières nettes et tranchées »⁵⁴⁸.*

Dans la durée, il devient délicat d'affirmer que le droit est une connaissance réorganisante, puisqu'il est lui-même, de par son action, réorganisé. Le paradigme cartésien de la commande et de la détermination se trouve non seulement pris en défaut, mais peut même se révéler source de paralogisme. Nous l'avons en effet montré, le renforcement d'une politique identitaire peut s'avérer à long terme plus destructeur que mainteneur de cette identité. Il est erroné de penser que l'on peut diriger sans contre-effet un système complexe avec des règles simplement linéaires, puisque celles-ci ne sont pas à même d'intégrer simultanément les dimensions court et long terme de leur action : elles sont incapables d'adaptabilité. Toute tentative de catégorisation, de séparation, de délimitation rigide se double à un métaniveau d'un phénomène réciproque d'amalgame, de réunion, de fusion ; au fil du temps, ce métaniveau fait sens pour le niveau de base, et devient le facteur désordonnant que l'on avait cru anéantir. Les sociologues disent que l'organisation (sociale ou sociétale) a « appris » la régulation, qu'elle a généré les antidotes, les ruses stratégiques pour faire échec à l'argument d'autorité, et le vider de son sens⁵⁴⁹.

Il faut également admettre que la traditionnelle conception moniste de la création du

⁵⁴⁷ P. BOURDIEU, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 41 s.

⁵⁴⁸ B. DUPRET, *op. cit.*, p. 600.

⁵⁴⁹ En ce sens, cf. Raymond BOUDON, *La place du désordre*, Paris, PUF Coll. Quadrige, 1998, 245 p. in fine, celui-ci répond sans ambiguïté à la question qui peut légitimement se poser : *puisque l'effet immédiat et linéaire se double d'un effet pervers complexe, pourquoi continue-t-on de « raisonner simple » ?* : « *La ténacité de l'illusion réaliste ... [consistant à prétendre que tout ce qui est réel est rationnel, et réciproquement - Hegel] réside dans le fait qu'elle est un mécanisme essentiel de la formation des idéologies* ». Affirmation à mettre en perspective avec F. Michaud « Le positivisme comme idéologie » (chapitre 4), in GRZEGORCZYCK Christophe, MICHAUD Françoise et TROPER Michel, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ (Coll. Story Scientia), 1993.

droit constitue un paradigme insuffisant pour rendre compte des ses relations avec le social⁵⁵⁰.

L'organisation du social par le droit comporte également des « antidotes », ou facteurs atténuant ses effets. On peut citer le silence (ou le non-dit, que nous avons évoqué p. 242), la désuétude du contexte (une norme émerge compte tenu d'un contexte donné, selon la théorie de la *structure ouverte* de Hart. Aussi une norme tombe-t-elle en désuétude non parce que l'on ne l'applique plus, mais parce que le contexte ne nécessite plus son application). D'une manière plus générale, la perte d'*effectivité* d'un système juridique peut procéder de causes très diverses⁵⁵¹.

Ces points ont été abondamment débattus par la doctrine, et il n'est pas nécessaire de s'y attarder sans risquer d'avoir à démontrer des tautologies. Ce qui est important à ce stade de notre étude, c'est d'insister sur une particularité de notre modèle, qui s'avérera capitale pour la suite de notre étude. Il est courant de présenter le droit comme un *corpus juris* doté d'une existence propre, sur laquelle peuvent se porter des énoncés vérifiables (telle norme *est* ou *n'est pas*). Cette représentation n'est cependant pas compatible avec l'étape 9 de notre modèle. Celle-ci postule en effet que les assujettis, une fois la norme reçue, modifient leurs comportements. Ce modèle est valable si la réception de la norme est immédiate et universelle. Mais, nous l'avons vu dans la critique de la portée métaphorique du modèle d'Ising, ce n'est pratiquement jamais le cas. Les assujettis possèdent du droit une vision parcellaire, et la plupart du temps se contentent de s'imiter les uns les autres, compensant leurs manques de connaissance par des heuristiques de bon sens. Ainsi le droit est plus ou moins bien connu des justiciables, et également des praticiens, qui ont à son égard des conceptions parfois différentes.

De sorte qu'avec ce type de connaissance parcellaire, le droit se scinde en plusieurs dimensions cognitives. Une dimension globale que personne ne connaît a priori, et une myriade de dimensions plus localisées sur lesquelles peuvent se porter des études en termes de groupes, de réseaux, de cultures. Ainsi présentées, on comprend mieux pourquoi ces disparités cognitives peuvent susciter un grand nombre de représentations sociologiques, quant il s'agit par exemple d'étudier l'*effectivité* d'une norme⁵⁵².

Il n'existe donc non pas un mais des droits. Le Droit livresque, les droits que conçoivent chaque assujetti, et une multitude d'autres qui résultent des interactions des individus (ce qu'A.-J. Arnaud regroupe sous les catégories de *conçus* et *vécus juridiques*)⁵⁵³. La représentation morphogénétique de notre modèle semble dans ces conditions bien

⁵⁵⁰ Une démonstration est apportée en ce sens par Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, « Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail », *Revue Droit et Société* n° 27, Paris, LGDJ, 1994.

⁵⁵¹ Cf. par exemple, Henri THÉVENAZ « Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen », *Revue Droit et Société* n°4, Paris, LGDJ, 1986, p. 541.

⁵⁵² Pierre LASCOURMES et Evelyne SERVERIN proposent au moins trois façons de considérer l'écart des comportements par rapport aux normes : écart (normatif), effectivité (sociologique), efficacité (économique). Cf. « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Revue Droit et Société* n°2, Paris, LGDJ, 1986, p. 127 s. ; cf. également Mincke 1988, *op. cit.*

⁵⁵³ Cf. *Critique de la raison juridique, op. cit.*

simpliste. Il semble donc plus pertinent, quand on évoque le droit au niveau d'une société, de faire appel au paradigme de la *cognition collective*⁵⁵⁴. La construction du droit doit être considérée comme la coconstruction d'une pluralité de conceptions répondant à des fins plus ou moins convergentes. En ce sens, le modèle que nous proposons en introduction peut sembler quelque peu simplifié, voire simpliste. Nous avons néanmoins préféré conserver à ce modèle une certaine pureté, pour les besoins de la clarté de notre exposé.

Ainsi que nous venons de le voir, les figures d'une société juridiquement régulée peuvent présenter une variété de formes qui leur confère une complexité apparente, rendant ardue la tâche du modélisateur désireux de construire des modèles d'anticipation viables. Principal responsable : le fait que les relations de causalités ne sont pas uniques, mais doubles, et fonctionnent en bouclage⁵⁵⁵. Ce simple doublement de liaison ne double pas le nombre de comportements possibles du système, mais peut le subdiviser à l'infini.

On apprend aux jeunes avocats qu'auparavant un praticien généraliste expérimenté pouvait se contenter d'utiliser quelques centaines de règles, qu'aujourd'hui il lui fallait en connaître plusieurs milliers et qu'au rythme actuel d'inflation normative, plusieurs dizaines de milliers seraient nécessaires. Qu'en conséquence, la spécialisation des juristes se présente comme un phénomène quasi inéluctable. Les modèles complexes nous incitent cependant à penser que la situation n'est peut-être pas irréversible : un système qui se complexifie offre toujours au modélisateur qui prend le temps de l'observer l'occasion d'exercer son intelligence stratégique pour l'ordonner sans le réduire ; ceci est au moins vrai pour un système juridique, et nous verrons plus avant dans quelle mesure.

Conclusion partielle : régler ou dérégler ?

Nous avons vu qu'une organisation sociale peut reposer sur des bases opaques mises en place par des groupes et réseaux d'individus dans le but de protéger leurs intérêts. Une société peut ainsi être fractionnée par des cloisons invisibles qu'il devient difficile de réguler, dans la mesure où par définition le silence est de mise. Sans une approche globale, l'application pure et simple de la prohibition aboutit fréquemment à l'effet inverse de ce qui était recherché : le réseau se clandestinise, se réorganise et se fractionne ; au final, la réorganisation du social induite par la norme aboutit à une situation encore plus difficile à réguler. La métaphore de l'être biologique autonome est ici d'une grande utilité, et l'on peut réutiliser notre modèle en créant un sous-modèle (un modèle dans le modèle, en quelque sorte). Bien qu'à échelle plus réduite, le mécanisme fondateur est identique : motivés par la poursuite d'un intérêt commun, des individus s'agrègent et se relient de manière plus ou moins volontaire et structurée, de la même manière que des formes biologiques peuvent apparaître quand un potentiel énergétique est présent (lumière solaire, par exemple) ; se

⁵⁵⁴ Par exemple P. Lévy, *L'intelligence collective, op. cit.*, sur l'émergence d'une culture du cyberspace ; Lerbet 1998 *op. cit.*, sur les relations complexes cognition/communications ; également E. Morin, *Connaissance de la connaissance, op. cit.* sur la coconstruction complexe de la connaissance ; sur la simulation informatique d'une connaissance globale, cf. Jacques FERBER, *Les systèmes multi-agents. Vers une intelligence collective*, Paris, Interéditions, 1995, 522 p. De manière plus générique, de très nombreuses études se trouvent dans la bibliographie J.-L. Le Moigne et sur le site MCX <http://www.mcxapc.org>.

⁵⁵⁵ Rappelons que selon notre modèle simplifié, l'individu est déterminé par lui-même et par ce qui l'environne, ce qui subdivise ses liaisons causales en au moins deux catégories.

constitue une entité plus ou moins visible de ses propres membres. Si l'on porte atteinte à cette entité sans altérer le potentiel, la forme peut se recomposer en fonction des nouvelles contraintes, tout comme les végétaux s'adaptent aux sols, à leurs voisins et à la faune pour continuer de survivre.

Ainsi, il est apparu que l'on ne pouvait traiter par la simple pénalisation un problème comme celui de la drogue. Toute attaque des réseaux par les forces de police ne faisaient au contraire que renforcer le potentiel et ses effets pervers, renforçant ainsi le réseau (en l'occurrence, le potentiel est un ensemble formé conjointement d'une demande initiée par un malaise existentiel et ensuite auto-entretenu, et d'une offre particulièrement attractive car génératrice de gros revenus, d'autant plus importants que la sanction pénale est lourde). Une action légistique tendant à juguler efficacement les stupéfiants se devait donc d'étendre la régulation du phénomène à l'ensemble de ses dimensions, à savoir les campagnes de prévention, les traitements de substitution, la répression du trafic et éventuellement (mais ce point est encore en discussion), la légalisation de certaines formes banalisées (les drogues douces), ou au contraire l'extension de l'arsenal répressif à la totalité du circuit économique, qui s'étend alors du producteur au consommateur final, ce qui nécessite une transnationalisation de l'action pénale⁵⁵⁶.

Trancher au niveau local aboutit à complexifier la déviance au niveau global. C'est par ce biais que la complexité de la totalité sociale représentée par notre modèle se trouve enrichie. On peut s'étonner que, bien que connus de longue date, ces effets soient toujours aussi difficiles à maîtriser. Une explication par le cloisonnement disciplinaire ne suffit pas. Les praticiens du droit sont depuis longtemps conscients de l'aspect multidimensionnel d'un problème comme celui des stupéfiants⁵⁵⁷. On peut invoquer en premier chef l'opacité de certaines informations stratégiques, comme nous venons de l'évoquer. Mais nous pouvons également mettre en avant une conséquence induite par la structure de notre modèle : sa non-linéarité, autrement dit, le bouclage de ses circuits informationnels.

§2. Simplicité de fonctionnement : l'irréversible bouclage

Quand les relations causales sont simples, c'est-à-dire linéaires, la multiplication des liens n'aboutit qu'à une « simple » complication. Dans une structure hiérarchique, où chacun obéit à son supérieur, la diversité des configurations donne une combinaison des comportements possibles relativement simple à anticiper. De plus, on identifie aisément le comportement déviant, puisque c'est celui qui contrevient aux dogmes hiérarchiquement

⁵⁵⁶ En ce sens, cf. Wanda de LEMOS CAPELLER « La transnationalisation du champ pénal : réflexions sur les mutations du crime et du contrôle », *Revue Droit et Société* n°35, Paris, LGDJ, 1997, pp. 61-77 ; pour contrer le durcissement des législations locales, les producteurs ont adopté une structure transnationale. En réaction, le droit tend également à se transnationaliser, mais c'est par contre-coup une politique répressive et sécuritaire qui se globalise, avec les risques de blocage qu'elle comporte ; l'auteur rappelle *in fine* que l'arme répressive est l'instrument favori des superstructures pour contrer le contrôle démocratique sur leurs activités...

⁵⁵⁷ En témoignent le caractère transdisciplinaire des rapports en la matière. Par exemple, ceux du CETEL (Centre d'Étude, de Technique et d'Évaluation Législatives) de Genève, faisant autorité en la matière ; *Notice d'information du CETEL*, n° 32, février 1994, p. 11-19. Les études du CETEL s'étendent au niveau européen voire mondial, et incluent une évaluation du problème de la drogue dans ses aspects aussi bien sociologique que juridique, économique, médical et psychiatrique.

déterminés. Ce mécanisme est particulièrement typique de la pyramide normative kelsénienne et de ses relations d'imputation.

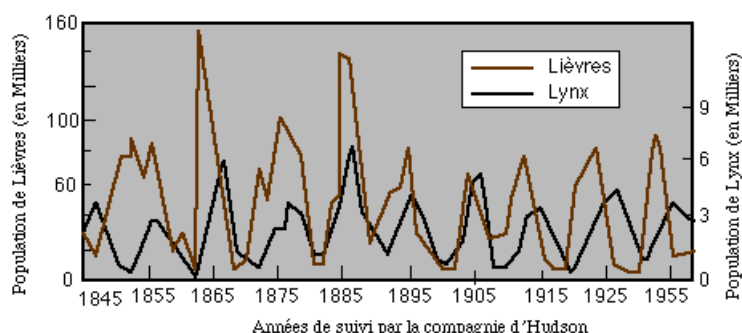
Mais les choses se complexifient dès lors que l'on autorise des relations réciproques. Il n'est plus alors question de hiérarchie, puisque chacun détermine causalement l'autre. Il n'y a plus qu'un ensemble dont le comportement devient difficilement prévisible. Un exemple académique est celui dit du modèle « prédateur-proie ». Dans la nature, les prédateurs dévorent les proies. La relation semble linéaire, du même type que celle d'une structure hiérarchique. Les chercheurs ont cependant montré que cette représentation était tout à fait insuffisante quand il s'agissait d'étudier l'évolution d'une population. En effet, imaginons qu'une population de prédateurs dévore la moitié de la population de proies qu'elle a à sa disposition. L'année suivante, si le taux de reproduction de proies est insuffisant, les prédateurs, qui entre-temps se seront multipliés, stimulés par l'abondance initiale, vont devoir faire face à une situation de pénurie. Dès lors, leur population diminuera, permettant à celle des proies de se reconstituer, et ainsi de suite.

On pourrait penser qu'un équilibre va finalement être trouvé. La simulation, confirmée par l'expérimentation, ont montré qu'il n'en était rien. Ce simple modèle peut produire des configurations stables, certes, mais également des oscillations, voire des périodes de crises durables, qui atteignent presque les limites du domaine de viabilité du modèle⁵⁵⁸.

Le bouclage entre deux éléments qui se déterminent mutuellement est nommé *rétroaction*. Les rétroactions sont omniprésentes dans notre modèle, et elles constituent l'explication principale de la complexité de son comportement. Nous donnerons un aperçu des principales, en suivant la chronologie du modèle de la décision complexe sur lequel repose l'architecture des construits collectifs⁵⁵⁹.

Le sujet cogitant voit émerger une différence entre son réel perçu et son réel voulu. Les premiers mouvements de rétroaction concernent donc sa connaissance de celle de son environnement naturel et groupal (1), que nous distinguerons des rétroactions qui s'appliquent à d'autres sujets cogitants (2).

⁵⁵⁸ Certains modèles donnent des résultats comme :



Résultat obtenu sur une simulation de population de lièvres - lynx. Source : <http://www.crdp.ac-grenoble.fr/imel/delahaye/predateur/Predateur.html>.

⁵⁵⁹ En soulignant encore une fois le caractère réducteur d'une telle séparation, qui n'est motivée que par les besoins de l'exposé.

Nous verrons, par la diversité des figures obtenues, qu'un mécanisme simple de bouclage irréversible constitue une représentation particulièrement crédible de la complexité sociale.

1. Bouclage de la connaissance : le *Common Knowledge* et l'Autre

L'acquisition de la connaissance d'une totalité dont on se sait partie constitue une figure de bouclage qui peut déboucher sur des comportements rationnellement stables et autorégulateurs. Mais le moindre écart à une transparence fait retomber dans l'incertitude de l'indécidabilité.

Le bouclage caractérise majoritairement les relations du droit et du social. Habermas en a proposé un modèle basé sur la communication interindividuelle, et dont les implications sont nombreuses. On en conclut que le discours juridique, par exemple, peut n'être soumis qu'à une rationalité contingente. Le discours que l'on considère comme le meilleur est celui qui obéit dans sa totalité à la logique. Mais Habermas suggère qu'il n'y a pas une seule logique. On peut concevoir une multitude de logiques *ad hoc*. La question de la rationalité se réfère donc à un contexte systématique de prétention à la validité⁵⁶⁰. Le discours juridique apparaît formé par le bouclage de niveaux individuels (les différentes cognitions) et sociaux (processus communicationnel), ce qui permet de relever que c'est aussi bien le sujet qui l'agence que les conditions sociales qui suscitent et assurent son développement⁵⁶¹.

Le bouclage entre ces différents niveaux achève de rendre opérationnel ce modèle, dont le fonctionnement est identique à celui que nous avons proposé. « *On peut donc parler du droit comme d'un système symbolique, dont le propre est d'assurer une représentation signifiante du réel permettant l'action sociale des individus. Cette médiation est structurée, en ce sens qu'elle est déterminée par les structures sociales (dont elle s'autonomise partiellement — autopoïèse relative), et structurante, dans la mesure où une situation, dès lors qu'elle est conçue comme réelle, exerce en tant que telle, dans ses conséquences, une influence sur le réel. Elle est structurée parce qu'elle se fonde largement sur un réservoir de connaissances accumulées, mais elle est aussi structurante parce que relativement autonome.* »⁵⁶².

Mais le bouclage peut également s'opérer entre les individus. Le mécanisme le plus immédiat de ce bouclage est la mimesis. On peut par exemple mimer l'action des autres ; mais l'on peut également mimer leur raisonnement. Si celui-ci est spéculaire (on réfléchit en se plaçant à la place de l'autre), il fera émerger des figures d'une extrême complication.

Un des paradoxes chers à Lacan⁵⁶³ illustre parfaitement ce propos. L'action se passe sur une île, dont la population est constituée de couples mariés. Certains maris sont trompés par leur femme : ils sont, de tous les habitants, les seuls à ne pas le savoir. De fait, il y a exactement

⁵⁶⁰ Bjarne MELKEVIC, « Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit », *Les Cahiers du Droit*, vol. 31, n° 3, 1990.

⁵⁶¹ G. VIGNAUX, « Argumentation et discours de la norme », *Langages*, n° 53, 1979, p. 69.

⁵⁶² Baudoin DUPRET, « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *Revue Droit et Société*, n° 34, Paris, LGDJ, 1996, p. 594.

⁵⁶³ Ce récit est extrait de J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales*, op. cit., p.55 s.

trois maris trompés. Une rigide coutume de l'île veut que si un homme a connaissance de la tromperie de sa femme, il la répudie le jour même, à minuit sonnant. Un missionnaire étranger vient de faire un séjour dans l'île. Il a eu le temps d'en étudier les mœurs. Le jour de son départ, il fait un discours d'adieu devant la population rassemblée, qu'il conclut par ces mots : « Très chers amis, j'ai le pénible devoir de vous révéler ceci : il y a dans cette île au moins un mari trompé ». Et il s'en va définitivement. Le jour s'écoule puis un deuxième, sans qu'aucun incident notable ne vienne troubler la vie paisible de l'île. Cependant, au terme du troisième jour, les trois maris trompés répudient simultanément leur femme respective. Que s'est-il passé ?

La solution réside dans un petit raisonnement logique et spéculaire, que chacun tient simultanément.

« Supposons qu'il n'y ait qu'un seul mari trompé. Regardant autour de lui, il ne voit que des hommes qui devraient (s'ils savaient) se féliciter de la fidélité de leur compagne. Or le missionnaire vient d'affirmer qu'il y a dans l'île au moins un mari trompé (il n'y a pas lieu, par hypothèse, de mettre sa parole en doute). Le malheureux découvre que ce ne peut être que lui. Le soir même il répudie sa femme (en toute rigueur il faudrait démontrer que les autres maris, voyant cela, en déduisent que leur femme leur est fidèle).

Supposons maintenant qu'il y a deux maris trompés. Chacun d'eux tient le raisonnement suivant. Supposons que ma femme me soit fidèle. Il n'y a dans cette hypothèse, qu'un seul mari trompé, Untel, dont je connais le triste état. Je me mets à sa place, et raisonne comme il peut le faire : je tombe sur le raisonnement de l'alinéa précédent. Untel devrait donc répudier sa femme le premier soir, à minuit. J'attends jusque là et vois qu'il ne se passe rien (l'auteur de ces lignes : il ne se passe rien, puisque Untel est dans une position strictement similaire). J'en déduis que ma prémisse est fautive, et donc que ma femme me trompe. Le lendemain soir, je la répudie et n'éprouve aucun étonnement à ce que Untel fasse de même.

Par récurrence, on démontre la règle suivante : homme marié, j'observe autour de moi n maris trompés. J'attends minuit du nième jour. S'il ne se passe rien, j'en déduis que ma femme me trompe et je la répudie le lendemain. Si au contraire les n maris trompés répudient leur femme, je suis assuré de la fidélité de la mienne. »⁵⁶⁴.

Ce petit problème d'apparence assez simple cache des mécanismes récursifs aux conséquences imbriquées particulièrement complexes et inattendues. Il montre en effet **comment un ordre peut se construire autour d'une fiction commune**, presque à la manière d'un malentendu. Car si l'on suit la chronologie des faits, on peut relever un premier problème : *puisque le prêtre ne dit rien que personne ne sache déjà, pourquoi se passe-t-il quelque chose ?* Tout le monde est au courant qu'il y a des maris trompés dans l'île. Le contenu informatif du message du prêtre semble donc nul. Et pourtant, c'est à partir de sa déclaration que se déclenchent les raisonnements spéculaires et que les femmes sont répudiées. Il y a donc bien une information, mais laquelle, et à qui est-elle destinée ? R. J. Aumann a suggéré : à l'Autre, en l'occurrence la totalité sociale autonome⁵⁶⁵. C'est une métaphore qui désigne ici le point de départ des relations spéculaires. Je sais A, mais j'apprends que désormais les autres savent A, **tous** les autres. La figure de généralité se transforme immédiatement en totalité (donc de *Common Knowledge* (CK)), dès que l'information est devenue globale.

Passons maintenant de l'information à l'organisation. Tant que chacun se croyait seul

⁵⁶⁴ *Idem*, p. 56.

⁵⁶⁵ R. J. AUMANN, « Correlated Equilibrium as an expression of bayesian rationality », *Econometrica*, 55 (1), 1987, p. 1-18.

(ou quasiment) détenteur de sa connaissance, il n'avait aucune possibilité d'être certain de sa propre situation : il ne sait pas qu'il sait. C'est la révélation que tous détiennent cette même connaissance qui rend celle-ci complète : il peut alors calculer, en fonction des jours, s'il fait ou non partie de la catégorie des maris trompés. Sur le plan de l'ordre social, on peut dire qu'un équilibre peut se trouver si une connaissance est **publique**, mais **non partagée**. Ainsi en est-il de la fable du roi nu. L'empereur est nu, mais nul ne peut (ou ne veut) y croire, et se croit victime d'hallucination. Un petit garçon énonce la vérité à haute voix et fait éclater l'ordre précédent.

On peut ainsi construire toute sorte de fictions organisatrices, tant qu'est respectée la loi du silence quant à leur caractère de fiction même. C'est son caractère unanime qui objectivise toute connaissance, quelle que puisse être par ailleurs sa validité. Ce cercle devient vertueux quand l'individu, observant autour de lui, voit que ses voisins croient la même chose que lui, ce qui va renforcer sa conviction, qui peut ainsi renforcer la conviction des autres, et ainsi de suite. Mais qu'un trouble-fête vienne à énoncer publiquement même le simple mécanisme de ce savoir (par l'énonciation d'une théorie, par exemple), et c'est de nouveau l'indécision, ou en tout cas la démythification qui prévaut. Comme le notait Bourdieu, en citant l'exemple de cet ouvrier kabyle qui proclamait la convertibilité du repas traditionnel de fin de travaux en argent, qu'il réclamait à la place : il ne faisait que « *trahir le mieux et le plus mal gardé des secrets, puisque tout le monde en a la garde* »⁵⁶⁶.

On peut néanmoins adresser une critique à Aumann. Dans l'anecdote des maris trompés, il est difficile d'affirmer que c'est bien à un « autre » sujet (l'Autre, de fait) que s'adresse le message à partir duquel l'ordre va se construire. J.-M. Lasry a proposé un début de formalisation du CK (mécanisme de *common knowledge*, savoir commun auquel il est fait référence *supra*)⁵⁶⁷. Selon lui on peut proposer la logique suivante :

On définit un opérateur de connaissance K par quatre axiomes, sachant qu'à toute proposition P, on fait correspondre une nouvelle proposition KP.

$$(1) KP \Rightarrow P$$

$$(2) KP \Rightarrow KKP$$

$$(3) K(P \text{ et } Q) \Rightarrow KP \text{ et } KQ$$

$$(4) \text{Non } KP \Rightarrow K(\text{Non } KP)$$

Ce dernier axiome est éminemment critiquable ; il postule que la non connaissance entraîne la connaissance de la non connaissance. Si l'on peut concevoir une telle affirmation dans un monde où il n'y a que connaissance ou non connaissance, il n'en va pas de même dans les hypothèses que nous avons fixées pour notre modèle, où le sujet peut croire, imaginer voire mentir. Mais on peut également de surcroît montrer que cet axiome n'est pas acceptable dans le cadre du problème des maris trompés.

⁵⁶⁶ P. BOURDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève, Droz, 1972, p. 230.

⁵⁶⁷ J.-M. LASRY, « Le Common Knowledge », *Ornicar*, n°30, juillet-septembre 1984, p. 75-93.

Reprenons la connaissance commune qui fonde le jeu des spécularités organisantes. Le problème tel qu'il est narré laisse entendre que les maris savent qu'il y a d'autres maris trompés. La subtilité de la narration est d'attirer l'attention vers ce point, en reléguant l'autre, capital, au second plan : un protocole veut qu'il soit possible de dégager une conclusion à partir de l'observation sur une certaine durée. On sait en commun qu'il y a un mari trompé par jour, mais on ne sait pas combien de jours sont sus des autres. Le savoir commun se divise donc en une partie réellement commune, le raisonnement ; et une autre partie qu'il appartient à chacun de déterminer sur ce qu'il croit que les autres pensent : le nombre de jours. Autrement dit chacun sait, mais faute de signal il ne sait pas quand il pourra commencer à compter les jours. Le message du missionnaire contient un ordre caché, un signal occulte ; il constitue un point de départ implicitement convenu.

On ne pourrait donc affirmer que la non connaissance implique la connaissance de la non connaissance : les maris trompés *croient*,⁵⁶⁸ avant le départ du missionnaire, que leurs épouses leur sont fidèles, et cette historiette aurait pu ne représenter guère plus qu'un plaisant exercice intellectuel.

Mais l'on peut également présenter une lecture à un degré supérieur, qui fait resurgir l'Autre. Car s'il n'est pragmatiquement admissible que dans des conditions restreintes, le quatrième axiome reste l'élément clé de la construction d'un savoir collectif basé sur l'exclusion du non savoir. A vouloir instaurer un savoir complet et cartésien (donc formalisable à la manière de J.-M. Lasry), en « écrasant » ses dimensions réflexives et temporelles, on est immanquablement amené à instituer un être fictif qui vient pallier l'incomplétude du système symbolique.

R. J. Aumann et J.-P. Dupuy n'hésitent pas à identifier cette fiction au sujet du *Common Knowledge*, être global. « *Il est immédiat qu'il ne coïncide avec aucun des sujets de base, c'est donc un être fictif, en supplément, dont la principale caractéristique est de savoir P si et seulement si P est CK. Lorsque l'arbitre dit publiquement P et le rend par là même CK, c'est donc au sujet du CK qu'il s'adresse.* »⁵⁶⁹ On peut proposer une autre interprétation, basée sur la distinction que nous avons posée entre connaissance externe et connaissance réflexive : l'arbitre s'adresse au savoir réflexif de chacun, qui ajuste ainsi la connaissance qu'il porte sur l'autre (de manière spéculaire, en l'occurrence). L'arbitre n'est autre ici qu'un arbitre de synchronisation, dont le message possède un contenu ; simplement ce contenu est inaccessible à une représentation du savoir qui se réfère à l'opérateur binaire de type aristotélien. Il n'y aurait donc pas tant insuffisance de la théorie que de son formalisme.

Où mène, dès lors, un tel formalisme ? A un paradoxe, symptôme patent de paralogisme, qui va s'attacher à ce sujet d'un tout qui est également un rien. « *Tout se passe comme si la spécularité infinie faisait de la collectivité un sujet connaissant* », poursuit J.-P.

⁵⁶⁸ Ou pour être plus précis, il croient qu'ils savent (cf. Tableau 2 - Connaissance et méta-connaissance, p. 104). Lorsque le prêtre émet son signal, leur métasavoir se modifie : il savent qu'ils croient. Une fois les deux jours écoulés, tous savent qu'ils savent. Le *common knowledge* présente ici une particularité : il abrite deux dimensions, dont l'une occulte l'autre. Le savoir spéculaire (connaissance de la connaissance de l'autre) occulte le savoir réflexif (connaissance de sa propre connaissance). Le jeu du problème de Lacan consiste à faire porter l'attention sur le savoir spéculaire, alors que c'est bel et bien au savoir réflexif que le message s'adresse.

⁵⁶⁹ J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales*, op. cit., p. 92.

Dupuy, tout en reconnaissant que ce mouvement d'auto-extériorisation « s'appuie sur une dose massive d'extériorité : l'arbitre, les règles, la scansion du temps. Il suffit de la réduire pour que le raisonnement standard s'abîme, une fois de plus, dans l'autoréfutation »⁵⁷⁰. Et de déduire la radicale incomplétude du paradigme de la rationalité, car sa perfection ne pourrait s'atteindre qu'à l'horizon de l'infini du savoir. Qu'une imperfection même infime entache ce dernier, ou grippe le mécanisme de sa production, et c'est le retour à l'indécidabilité.

Mieux vaut se contenter plus humblement du paradigme de la rationalité limitée de Simon, et admettre que le raisonnable est plus efficace que le rationnel. Mais que se passe-t-il alors ? Amené à « injecter » du rationnel dans du raisonnable, nous faisons surgir un être nécessaire et surnuméraire, que l'on peut attribuer à la totalité (faute de pouvoir lui donner une autre base). En comblant l'incomplétude du paradigme rationnel, on crée un être supplémentaire, immanent.

Les enseignements tirés de cette figure ne sont pas négligeables. Il en ressort que face à la complexité d'un savoir temporalisé, réflexif et spéculaire, l'homme qui actionne une rationalité limitée façonne ipso facto un objet immanent. Ainsi, c'est par l'application d'une méthode rigoureuse et voulue exempte d'arbitraire et de superstition que l'homme consacre le plus sûrement les figures virtuelles qu'il prétend combattre. Car nous l'avons vu, il n'y a que peu de chemin entre l'immanence de la nature des choses et la transcendance jusnaturaliste. Là aussi se situe probablement le point focal du débat entre positivistes et néopositivistes. La place vide laissée par une rationalité pure incomplète, c'est la norme fondamentale ; l'objet immanent postulant à l'occupation de cette place, c'est la morale conçue par la tradition anglo-saxonne⁵⁷¹ ; l'objet transcendant dont le fonctionnement est plus opaque, c'est la morale basée sur des fondements religieux, le mythe, le rite, la répétition machinale.

Que devient, dans ces conditions, le vœu exprimé par les juristes d'une prévisibilité des décisions et des comportements basée sur la rationalité. Faut-il renoncer à la sécurité juridique ? A. Aarnio suggère que s'il est nécessaire d'introduire une dimension morale à un système rationnel qui ne saurait par définition se suffire à lui-même, cet appel à la morale peut en revanche réconcilier rationalité et efficacité. Il n'est plus nécessaire de faire appel à la raison de chacun en toute circonstance, ni même à un bon sens qui pourrait être tenu en échec par une information incomplète. Un dosage soigneux de droit et de morale assure aux décisions une efficacité satisfaisante. On rejoint ici la rationalité limitée de Simon. Gewirth étendra ce principe dans son **PCG (Principe de Cohérence Générique)** dans l'optique de l'universaliser.

La méthode d'argumentation de Gewirth, qu'il appelle « *rationalisme apodictique complet* »⁵⁷², conduit au PCG de la manière suivante : « *Pour un tel rationalisme (le rationalisme apodictique complet), non seulement la forme mais aussi le contenu des*

⁵⁷⁰ *Idem.*

⁵⁷¹ Rawls, Dworkin, Raz, Mc Cormick ; dans la pensée continentale, Ross, Aarnio, Scarpelli et les principaux courants néopositivistes et réalistes. Certains auteurs y voient une équivalence avec la volonté générale selon Rousseau (comme D. Beyleveld et R. Bronsword, « Les implications de la théorie du droit naturel en sociologie du droit », *Revue Droit et Société* n°13, 1989, p. 390).

⁵⁷² A. GEWIRTH, « The Future of Ethics : the Moral Powers of Reason », *Nous*, Vol. 15, 1981, p. 29.

principes moraux et des jugements sont logiquement nécessaires. Les contenus en question sont constitués par les traits spécifiques de l'action, des traits qui appartiennent nécessairement à toute action et à toute action réussie en général. L'analyse conceptuelle de l'action les dévoile et il est démontré qu'ils supposent certaines prétentions à des droits de la part de tous les agents. Le principe de morale suprême est dérivé de l'application à ces prétentions à des droits, de la forme logique de cohérence, parce qu'il découle de cette application que tout agent, sous peine de contradiction, doit admettre que tous les autres agents ont, tout comme lui-même, des droits aux traits spécifiques de l'action, à savoir la liberté et le bien-être. Cette généralisation implique le Principe de Cohérence Générique [à savoir : « Agis conformément aux droits propres de tes partenaires aussi bien que de toi-même] »⁵⁷³.

Cette figure du PCG constitue une autre forme d'émergence, par le bouclage des sujets de droit entre eux. Le mécanisme est assez similaire à celui imaginé par A. Smith, avec la généralisation du principe de *sympathie*, dont nous étudierons *infra* les avantages et les limites. D. Beyleveld et R. Bronsword décrivent le mode opératoire du PCG en trois étapes : « **Au premier stade**, il [Gewirth] argumente qu'un agent doit admettre qu'il agit en vue d'une fin, qu'il doit estimer que ses buts particuliers sont « bons », et qu'il doit considérer que les conditions essentielles à son activité – sa liberté et son bien-être – sont « bonnes ». Ceci ne signifie pas que l'agent doive juger sa liberté et son bien-être comme moralement bons, mais simplement qu'il doit avoir une attitude positive à l'égard de ces conditions génériquement nécessaires à son activité. **Au second stade**, l'argument est le suivant : dès lors que l'agent doit envisager ses conditions génériques comme des biens nécessaires, il doit prétendre qu'il a un droit fort à sa liberté et à son bien-être. Il serait tout simplement auto-contradictoire pour un agent d'admettre qu'il est permis aux autres d'interférer avec ces biens. S'il faut à l'agent considérer une telle prétention à des droits comme justifiée, celle-ci n'a pas encore été universalisée comme une prétention morale. Finalement, **au troisième stade**, Gewirth avance que puisque un agent doit reconnaître que c'est son activité d'agent qui fonde sa prétention à des droits, il doit concéder que tous les agents à buts en puissance ont des droits (moraux) à la liberté et au bien-être, qu'il est lié par le PCG. »⁵⁷⁴.

Là encore, le PCG constitue l'Autre, qui devient récipiendaire des obligations morales. Mais comme ces obligations s'appliquent aux sujets (ou aux *agents*), le PCG devient investi d'une sorte d'extériorité : il devient un conçu objectif. Extérieur, car là encore on ne saurait obéir à quelque autre agent particulier sans s'aliéner. Rousseau disait : *obéir à tous c'est n'obéir à personne*. Le PCG concrétise cette forme d'extériorité. Il s'objective par la même occasion, puisque comme le souligne J.-P. Dupuy, on ne saurait sans paradoxe doter une extériorité des prédicats de la subjectivité⁵⁷⁵. La pureté de l'objet nécessite sa distanciation, mais aussi son opacité, la dissimulation de sa dimension arbitraire.

Cela veut-il dire que l'émergence d'une connaissance commune, fruit du bouclage des sujets des uns sur les autres, ne peut acquérir une certaine rationalité qu'au prix d'une irréductible et symétrique irrationalité au niveau global, que les sujets sont à jamais contraints

⁵⁷³ *Idem*.

⁵⁷⁴ D. Beyleveld et R. Bronsword, *op. cit.*, pp. 391-392.

⁵⁷⁵ J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales, op. cit.*, p. 92.

de se cacher ? Comme nous l'avons montré avec le théorème de Gödel (cf. Annexe 3), un système formel ne peut justifier logiquement ses axiomes sans que soit fait référence à un métaniveau. Ce métaniveau pour le droit, de nombreux théoriciens semblent le voir dans une forme irréductible de morale, qui sous-tend par la suite une pyramide juridique parfaitement cohérente, dont elle assure la complétude.

Nous montrerons que ce point de vue n'est tenable que si l'on ne considère le droit que comme un produit purement autoréférentiel, c'est-à-dire l'action fermée d'une communauté qui n'a comme objet et projet qu'elle-même. En revanche, si l'on déplace le projet collectif vers un élément extérieur à la communauté, on dispense le système axiomatisé de recourir à une quelconque métajustification. Si ce projet est en interaction directe avec la communauté (c'est-à-dire que les deux éléments se déterminent mutuellement), on est en butte à un paradoxe que nous avons déjà mis en lumière, tenant à ce que le système s'effondre s'il en vient à réaliser la plénitude de son projet. Pour autant, ces projets n'en gardent pas moins un intérêt certain en ce début de troisième millénaire (cf. notamment De l'inconcevable projet global : les avatars de la « régulation écologique », p. 304).

On ne saurait cependant penser un projet global tout en méconnaissant ses dimensions locales. Car ici encore, le bouclage produit des effets généraux et souvent perçus comme pervers. De même que le bouclage de la connaissance influait sur les actions collectives, le bouclage des actions peut déterminer la connaissance collective.

2. Bouclage de l'action : les stratégies de la mimesis

Les figures mimétiques, du fait de la complexité qu'engendre le bouclage rétroactif qu'elles provoquent, ont pour conséquence des stratégies individuelles et collectives complexes.

Nous avons exposé *supra* le mécanisme de la mimesis. Contrairement à la spécularité, mécanisme complexe qui engendre des figures collectives stables, la mimesis est un mécanisme simple qui engendre des figures collectives chaotiques, auxquelles vont correspondre des stratégies complexes. Socialement efficaces, elles sont cependant le symptôme d'une insuffisance du droit, car la justice globale se paie d'une injustice locale.

La figure mimétique la plus connue est la stratégie dite du *bouc émissaire*, dont R. Girard a montré l'étendue et la puissance descriptive. Elle consiste à exclure du groupe un de ses éléments ou une minorité, que l'on charge symboliquement de tous les maux du groupe (a.). Si l'on prohibe ce mécanisme contestable, la mimesis peut provoquer des figures schismogénétiques dont la régulation est, elle aussi, spécifique (b.).

a. Mimesis et bouc émissaire

Le prix de l'efficacité du droit est parfois élevé, puisqu'il peut s'agir de l'injustice. Cette situation se rencontre quand la violence mimétique débouche sur l'adoption de la stratégie dite du « bouc émissaire ».

Pour qu'il y ait le moins de mécontents possible, il faut toujours taper sur les mêmes.

Principe de logique Shadok.

René Girard a utilisé les figures mimétiques pour tenter de rendre compte de la complexité du social. S'appuyant sur ces travaux J.-P. Dupuy en a trouvé et analysé plusieurs formes secondaires. Parmi celles-ci la stratégie du *bouc émissaire* retiendra tout particulièrement notre attention, puisqu'elle illustre comment certains modes de

résolution de conflits basés sur le droit utilisent l'injustice, ce qui a permis à certains de penser comme Socrate qu'il existe une justice humaine, contingente et injuste, qui ne correspond pas à l'idée de justice à laquelle aspire l'homme.

Une illustration convaincante de l'application de ces théories peut être trouvée dans la thématique de la violence au travail, par le biais original de l'analyse girardienne⁵⁷⁶. De fait, on peut vérifier la constance du schéma suivant : deux individus, ou deux groupes qui se combattent longtemps, finissent par s'imiter mutuellement (mimétisme réciproque). Et parfois c'est un troisième personnage qui fait les frais de la réconciliation (le Bouc émissaire, ou le dindon de la farce). Ainsi, et contrairement à une conception courante, la médiation que constitue la justice pourrait n'être autre que la prise en charge par l'institution des rancœurs individuelles. On est bien loin du bras séculier qui tranche souverainement un conflit en vertu de son autorité légitime.

La fonction institutionnelle du droit se présente alors sous un jour ambivalent : la norme serait aussi bien l'expression du terrain d'entente (points communs) que du terrain de totale discorde. Et c'est par cette sorte de maïeutique négative que la norme fait sortir les antagonistes de la spirale de leur conflit : elle les met d'accord sur ce qui les sépare, à savoir elle-même. On dit souvent qu'à vouloir concilier tout un chacun on ne satisfait personne. Derrière cette fausse évidence se cache une réalité surprenante : **c'est en mécontentant tout le monde que l'on réconcilie chacun avec l'autre**⁵⁷⁷. Ce qui passe pour un effet pervers ou néfaste ne serait de fait qu'une habile stratégie de détournement de la violence individuelle mimétique et réactive⁵⁷⁸.

On note ici un trait qui départage fondamentalement la régulation juridique autoritaire de la médiation juridique, phénomène semi-consensuel. Selon E. Leroy, « *La médiation valorise la recherche de l'acteur à une solution la plus consensuelle possible, limitant en cela considérablement l'intervention de la tierce partie. Au moins dans sa forme de base, tout paraît négociable dès lors que les parties sont déterminées par le maintien ou l'approfondissement de*

⁵⁷⁶ Dans cette optique, cf. Bruno TRICOIRE, Marcelle MAUGIN, André ROBERT, *Le travail social à l'épreuve des violences modernes*, Ed. de l'Harmattan, Collection "Logiques sociales", 1993.

⁵⁷⁷ Quitte à jouer (au sens théâtral du terme) : « *Le mot grec catharsis signifie purification, purgation. Aristote utilise ce terme dans La Poétique pour désigner l'effet produit chez les spectateurs par la tragédie : « La tragédie est l'imitation d'une action vertueuse et accomplie qui, par le moyen de la crainte et de la pitié, suscite la purgation de telles passions ». Il est donc nécessaire d'en passer par la tragédie pour comprendre ce phénomène, et entrevoir comment on peut le retrouver dans la représentation judiciaire elle-même. (...) Le droit naît doublement dans la tragédie. L'idée de la naissance du droit, c'est l'idée d'une règle qui s'impose ; et nécessairement, elle s'impose contre une autre. Le droit est donc inimaginable en dehors du conflit : « Le tragique naît d'une conscience déchirée » écrit J.P. Vernant qui, se référant aux analyses de L. Gernet, ajoute que « la matière véritable de la tragédie, c'est la pensée sociale propre à la cité, spécialement la pensée juridique en plein travail d'élaboration. » (Gérard SOULIER, « Le théâtre et le procès », in *Revue Droit et Société* n° 17/18, Paris, LGDJ, 1991, p. 21)*

⁵⁷⁸ Le plus souvent, cependant, c'est à son corps défendant que l'on fait l'unanimité contre soi. Exemple récent : « *Quand des pollueurs recherchent des sites pour leurs déchets, ils privilégient les populations les plus vulnérables. Mais ce choix a eu, aux Etats-Unis, un effet inattendu : il a permis, au nom de la « justice écologique », l'ébauche d'une alliance entre divers groupes pris pour cible, parfois peu habitués à travailler ensemble (Noirs, Indiens, pauvres, écologistes, militants ouvriers).* » E. KLINENBERG, « La gauche américaine découvre la « justice écologique » » *Le Monde Diplomatique* - Février 1998 - pp. 6 et 7, <http://www.monde-diplomatique.fr/1998/02/KLINENBERG/10020.html>.

leurs relations dans le futur. Négociation, consensus et futur paraissent les mots clé de cette médiation. »⁵⁷⁹ Pour qu'il y ait une médiation possible, il faut que les acteurs aient la volonté, au moins inconsciente, de s'entendre. La plupart du temps, c'est la volonté d'éviter un procès long et coûteux qui les motive. Mais quand la médiation échoue, la régulation juridique opère comme un réajustement brutal destiné à faire obstacle à la violence mimétique. En se faisant plus violent que la violence commune, le tiers régulateur réussit là où le tiers médiateur échoue. En occultant le conflit individuel, il le relativise aux yeux de ses protagonistes. On se redécouvre alors des points communs et qui sait, des affinités. Ce prélude se développe quand réapparaît la conscience que la coopération dans un jeu pacifique répété est supérieure à la défection et au conflit. La conclusion est atteinte quand, cette conscience étant devenue savoir commun, elle amène les relations vers un équilibre stable et résistant aux chocs exogènes. La régulation juridique est accomplie.

Ainsi que l'a montré Dupuy, la condition nécessaire du fonctionnement d'une telle stratégie est son opacité⁵⁸⁰. Chacun sait qu'il est injuste et arbitraire de s'en prendre à ceux qui vous aident, mais personne ne veut l'avouer car chacun en tire un profit individuel. Pour chacun pris individuellement, le processus est juste. Pour chacun en **général**, le processus est également juste. Mais que le mécanisme caché soit révélé et tout le monde va savoir que chacun le sait. L'injustice devient globale et chacun la ressent comme telle. Il faut l'abandonner et trouver un autre moyen de régler ses conflits.

Pour éviter ce mécanisme de mise à jour, une solution consiste à en masquer la dimension téléologique. L'apprentissage du rituel obéit ainsi davantage à des règles constitutives que normatives⁵⁸¹. Elles définissent la nature même du comportement, et pas seulement la bonne manière de l'accomplir⁵⁸². Ainsi l'on peut être amené à jouer à un jeu dont on ignore les règles, voire dont on ignore qu'on les constitue par l'acte d'y jouer, ce qui peut aboutir à ignorer connaître les règles du jeu⁵⁸³.

b. Mimesis et schismogénèses

La correspondance entre mimesis et schismogénèse montre que malgré sa capacité à engendrer des figures émergentes sophistiquées, on ne peut se baser entièrement sur l'imitation pour concevoir une régulation juridique efficiente, sauf à admettre qu'elle aura toujours des manifestations cachées qui échapperont au scientifique.

La mimesis est une figure aux facettes aussi multiples que ses conséquences. Un paramètre essentiel réside dans la rationalité des individus.

A un extrême, nous trouvons la rationalité parfaite, commune et immuable. Une société d'automates, par exemple, constitue un exemple d'un tel cas de figure. Les agents ont ici un comportement déterminé et, s'il est programmé de manière satisfaisante,

⁵⁷⁹ E. LEROY, « La médiation mode d'emploi », *Revue Droit et Société*, n°29, Paris, LGDJ, 1995.

⁵⁸⁰ Cf. notamment J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales*, op. cit., ch. 12, Totalisation et méconnaissance, pp. 235-255.

⁵⁸¹ Sur ces notions, cf. p. 130.

⁵⁸² *Idem.*, p. 193.

⁵⁸³ *Idem.*, p. 169.

déterminable⁵⁸⁴. Le global est transparent vis-à-vis du local et de l'observateur extérieur.

Mais qu'un écart minime à la rationalité illimitée se manifeste, et c'est tout ce système qui vacille dans les cycles et les comportements chaotiques. Nous avons à plusieurs reprises évoqué l'exemple des comportements des spéculateurs boursiers. Le mécanisme d'apparition des conflits au sein de la société civile est souvent similaire.

Au commencement se trouve le contact. Deux personnes convoitent le même bien, s'opposent sur une idée... Si chacun pense avoir une chance de faire valoir son point de vue, s'installe alors un cercle vicieux, car par mimesis se crée une schismogenèse symétrique. Les arguments se radicalisent. La rationalité substantive veut en effet qu'un argument soit vainqueur s'il est plus fort que son adversaire (la notion de force argumentaire s'entend ici tant de l'accumulation des arguments que de leur force persuasive⁵⁸⁵). Cette même logique de réponse mimétique et amplifiée peut déboucher sur une escalade de violence, alimentée par une autre logique : celle du point de non retour, qui est elle aussi linéaire. S'il me frappe, je réponds, en frappant plus fort. Plus nous nous frappons plus je m'affaiblis, mais plus j'ai de chance que mon adversaire également s'affaiblisse. Et si je renonce, je perds non seulement le combat face à mon adversaire mais également face à moi-même, puisqu'il devient clair que je ne suis pas capable de faire face à la situation. Je dois donc, **par amour de moi-même**, continuer jusqu'à ce qu'une issue advienne ; si je perds je n'aurai qu'à moitié perdu, puisque j'aurai sauvé la face. En termes de théorie des jeux, la répétition d'une stratégie incertaine combinée à l'irréversibilité du temps peut entraîner le joueur à adopter un comportement qui avec le recul semblera indûment risqué.

Cet enchaînement non a priori rationnel de stratégies compétitives débouche sur des figures (les schismogenèses) que G. Bateson classe en deux catégories : les symétriques et les complémentaires. La schismogenèse symétrique dénote une différenciation égalitaire et compétitive, tandis que la forme complémentaire est de nature hiérarchique. De tels changements progressifs éliminent la notion de hasard conçue par les théories de la mutation et de la sélection naturelle. Bateson est considéré comme l'un des fondateurs de la cybernétique. Pour lui, « *le remplacement de l'idée d'adaptation ou de but par la notion d'autocorrection constitue une nouvelle approche* » « *Existe-t-il alors un canal de communication tel qu'une intensification de la schismogenèse symétrique entraîne une intensification des phénomènes correctifs complémentaires ?* »⁵⁸⁶. Dans la schismogenèse, les tendances d'orientation contraire s'équilibrent dans un circuit de communication doté d'un feed-back. On est proche du schéma de réciprocité contradictoire du *double bind* que Bateson développera quelques années plus tard, mais les conséquences de la schismogenèse s'étendent à l'ensemble du tissu social. Avant Bateson, le schéma représentatif de l'évolutions des

⁵⁸⁴ Déterminable n'implique aucunement d'être aisément prévisible. La modification d'un terme d'un algorithme altère considérablement la physionomie du comportement collectif. A cet égard, cf. J. ROUCHIER, *Une modélisation du potlatch à l'aide des systèmes multi-agents*, Actes du colloque ORSTOM de Mèze, 16-19 juin 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/viabilit/rouchier.htm>.

⁵⁸⁵ Pour une distinction entre rhétorique des figures et rhétorique des conflits, qui s'assimilent à l'opposition entre rhétorique littéraire et rhétorique persuasive, cf. notamment M. MEYER et A. LEMPEREUR (dir.), *Figures et conflits rhétoriques*, Bruxelles, Éd. de l'ULB, 1990, 262 p. ; également Ch. PERELMAN, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Institut de Sociologie, 1970.

⁵⁸⁶ ENCYCLOPAEDIA UNIVERSALIS, Ed. CD-ROM 1999, au mot-clé « Bateson ».

sociétés et des civilisations était de type darwinien ; avec ses travaux sur le *Naven*⁵⁸⁷, on conçoit que la stabilité des groupes soit le produit d'un mécanisme de correction automatique agissant au niveau de la relation des individus (les deux formes de schismogénèse).

Cette conception a été critiquée par Houseman et Severi⁵⁸⁸. Selon eux, le paradigme Batesonien souffre d'insuffisances, car la morphogénèse du groupe serait en quelque sorte la résultante de l'action mécanique et aveugle de ses individus. Aux notions définies par Bateson (eidos, ethos, fonction pragmatique, enchaînement de circuits cybernétiques autocorrectifs), ils proposent d'ajouter les notions de condensation, forme, métamorphose, transformation du réseau de relations, construction d'une modalité d'action originale. Selon eux, les schismogénèses ne sont pas contraires et simultanées mais plutôt **imbriquées**, l'une **contenant** (au sens dialogique) nécessairement l'autre⁵⁸⁹. Nous retrouvons alors le terrain familier de la hiérarchie enchevêtrée, et des liens simultanés de l'individuel à la totalité tels que nous les exposons dans notre modèle.

Les conséquences de cette conception entrecroisée de la schismogénèse sont importantes dans une optique d'explication du mécanisme de construction identitaire. Quand il s'agit de réguler un ensemble social par la maîtrise des tendances destructrices des individus, deux stratégies sont possibles :

- instaurer un *double bind* contradictoire contraignant les individus à nier ou à réprimer ces tendances (mécanisme classique qualification/sanction de la norme juridique),
- exacerber ces tendances au moyen d'un *rituel*, de manière à susciter la production de leur antidote (la volonté de sortir du cercle de la vengeance).

Dans la conception du groupe de Bateson, c'est l'articulation des schismogénèses qui permet le maintien de la totalité sociale, mais on ne sait pas vraiment d'où provient ce mécanisme. Selon Houseman et Severi, l'imbrication des schismogénèses résulte de la conjonction de l'autonomie de l'individu (entendue comme sa conscience de la nécessité de son maintien) et de celle de la totalité sociale. Mais cette dernière n'est pas perçue directement. Elle est masquée par l'opacité téléologique du rituel. Dupuy a montré que c'est parce que le rituel est opaque sur le plan de ces nécessités que sa fonction régulatoire est possible⁵⁹⁰. Chacun actionne la règle normative sans le savoir en se croyant actionné par elle.

⁵⁸⁷ Les *naven* sont des rituels célébrés par les Latmul pour honorer les premiers exploits d'un enfant ; ils vont du meurtre d'un animal ou d'un étranger à des actions plus pacifiques comme jouer du tambour ou de la flûte ou, pour une fille, attraper un poisson ou faire des galettes de sagou. « *A cette occasion, les frères de la mère, vêtus de vieilles jupes de fibre, parodiaient la féminité, tandis que les soeurs du père, parées de beaux atours masculins, se pavanaient, ayant à la main le bâtonnet à chaux (pour chiquer le betel) de leur mari et le frappant sur une boîte pour produire un bruit caractéristique qui exprime l'autorité et la fierté du mâle.* » (Epilogue 1936).

⁵⁸⁸ Houseman & Severi, *Naven ou le donner à voir*, *op. cit.*

⁵⁸⁹ « *Le travestissement caricatural est constituée d'une rivalité entre formes distinctes, c'est-à-dire d'une compétition symétrique dans l'exacerbation complémentaire des différences.* » (*op. cit.* note J. Miermont, , Site MCX-APC, *loc. cit.*).

⁵⁹⁰ J.-P. Dupuy, *Introduction aux sciences sociales*, *op. cit.*, ch. 12, p. 235 s.

Mais que l'arbitraire du rituel soit révélé et c'est tout son pouvoir qui disparaît, car il y a peu de chances que quiconque ait confiance en un jeu dont il sait que personne n'y participe sincèrement⁵⁹¹. Tandis que si chacun accepte sans spécularité ni faux semblant la règle constitutive (ou secondaire, ou dynamique), celle-ci peut produire **les mêmes effets qu'une règle normative** (ou primaire, ou statique). En effet, la norme classique résorbe les conflits individuels en leur opposant une force supérieure (quitte à engendrer des résistances et des effets pervers) ; tandis que le rituel produit les mêmes effets, simplement en amenant les conflits individuels à être communément considérés comme marginaux au regard des nécessités collectives⁵⁹², et en rétablissant les liens entre l'individu et la société, car le mécanisme de la vengeance mimétique est essentiellement narcissique, et provoque un repli sur soi-même⁵⁹³.

⁵⁹¹ J. Miermont suggère une interprétation alternative basée sur le paradigme de l'autoprotection. « *le rituel prescrit, de manière tacite, un style d'échange qui rend son commentaire verbal caduc, inapproprié, interdit (au sens étymologique du terme). Il est frappant de voir combien les ethnologues mettent un point d'honneur à ne pouvoir définir, de manière définitive, la fonction (ou les fonctions) du rituel. Interpréter un rituel, c'est en quelque sorte le trahir nécessairement, puisqu'il semble générer une polysémie qui doit rester implicite.* ». Ainsi même la plus apparemment linéaire des normes, puisque le rituel constitue une action répétée non intentionnelle et quasiment automatique, cacherait une dimension dialogique !

On peut émettre quelques réserves quant à cette interprétation. S'il est indiscutable que le rituel emporte des effets quasiment similaires à ceux des règles dialogiques, lui en attribuer l'origine causale relève de la métonymie. En effet, on montre sans problème qu'une population d'individus simples (des robots, par exemple) ne peuvent s'autoréguler au simple moyen de règles rituelles : imaginons une population de robots qui se déplacent dans un lieu donné dans toutes les directions, et dont il devient nécessaire de réguler la circulation afin d'éviter leurs collisions. Un rituel purement procédural de type *naven* se bornera à leur prescrire de s'échanger des messages, sans préciser lesquels ; il faudra donc que les programmeurs aient pensé à intégrer au logiciel du robot des instructions ad hoc pour que celui-ci puisse utiliser un tel rituel.

Autrement dit, la régulation procédurale d'une population non complexe passe par l'injonction d'une vérité externe. Tandis qu'une population formée d'individus complexes n'en aura pas besoin : les individus complexes savent trouver en eux-mêmes les ressources leur permettant d'inventer leur compatibilité mutuelle. Le rituel se présente comme un vecteur d'expression de cette capacité inventive.

⁵⁹² « *"Le double lien est un rapport à deux termes, tandis que l'interaction rituelle ne saurait l'être. Dans ce rituel tout rapport duel est exclu puisqu'un troisième terme de la relation est toujours présent : la communauté spectatrice, représentante d'une tradition au nom de laquelle le rite est accompli." Alors que dans le rituel, les interactions entre participants s'expriment au travers de comportements conventionnels non intentionnels, qui transcendent le contexte relationnel immédiat, les messages échangés dans le double lien relèvent d'une intentionnalité consciente ou inconsciente. Le rituel prescrit des séquences d'actes indépendamment de leurs intentions personnelles, au nom d'une tradition assumée et imposée. Le double bind correspond à un piège où la position des protagonistes reste non déterminable dans un système de communication circulaire et clos, là où le rituel permet un repérage identificatoire des personnes et de leur position, dans une séquence orientée et non circulaire de comportement public.* » (Houseman & Severi 1994, *op. cit.* note J. Miermont, Site MCX-APC, *loc. cit.*).

⁵⁹³ « *Dans l'observation et le traitement des dysfonctionnements schizophréniques, j'ai cru remarquer que le démantèlement social des liens familiaux correspondait à une désintrication des schismogènes complémentaires et symétriques qui évoluent de manière disjointe, pour leur propre compte, en tout et rien.* » (*idem*). J. Miermont ajoute : « *Mais je pousserais leur critique jusqu'à une reformulation plus actuelle du double-bind : en effet, décrire un double bind comme un système d'interaction circulaire et clos, intéressant une dyade (où une n-ade) par rapport à laquelle le descripteur reste complètement extérieur revient à stigmatiser le processus pathologique sans chercher à l'atténuer ou le transformer. De fait, une action thérapeutique consiste à prescrire un rituel artificiel, où l'altérité du social - incarnée par la présence de plusieurs thérapeutes qui vont*

Le rituel réussit donc là où la norme classique échoue. Ce constat bat sérieusement en brèche l'illusion moderne selon laquelle l'individu pleinement informé atteindra la plénitude de son autonomie sociale, qui confine à l'harmonie par l'absence de la nécessité d'une intervention juridique. Car en attendant qu'une information parfaite soit non seulement disponible mais aussi assimilable, il faudra bien accepter de laisser le mécanisme éminemment mimétique du rituel assurer une part de la tâche de cohésion sociale⁵⁹⁴.

Conclusion partielle : vers une régulation par le bouclage ?

Ainsi que nous venons de le voir, les rétroactions sont autant facteurs d'ordres que de puissants désordres. Certaines doctrines prônent une régulation centralisée détruisant les rétroactions, d'autres au contraire mettent en avant leurs vertus autorégulatrices. A cet état d'avancement de notre exposé, il est impossible de trancher de manière argumentée dans un sens ou dans l'autre : les deux points de vue semblent s'équivaloir, et peuvent se combiner quasiment à l'infini.

D'un côté, les boucles de la mimesis peuvent amener une société à des comportements irrationnels voire suicidaires (la quête illimitée des richesses qui débouche sur la destruction du milieu naturel et la faillite générale, comme le montre le modèle de la « tragédie des communs ») ; la régulation qui pose un droit comme un tiers commun, organisant par la contrainte les comportements dans une direction viable, semble constituer une bonne solution. Mais de l'autre côté, c'est exposer la totalité sociale à une gestion erratique ou arbitraire. L'histoire montre les tendances à l'autonomisation (que nous aborderons au Titre 2) qui résultent d'une délégation trop importante de pouvoir, rendant celui-ci autosuffisant et incapable d'adaptation aux changements de son environnement ; la régulation par la déréglementation, qui stimule les capacités de reconstruction de problèmes et d'adaptation des sujets, semble là aussi la plus adéquate. Mais on laisse de nouveau libre cours aux tendances socialement désorganisantes des sujets, et l'on se retrouve à réinstaurer ce que l'on prétendait combattre...

Les bouclages de la connaissance et de l'action des sujets de droit fait ainsi apparaître d'autres rétroactions : celles auxquelles on peut assister, à grande échelle et sur de longues durées, entre différentes conceptions de la régulation juridique ; libérale d'une part, étatique de l'autre. Entre ces deux extrêmes, la régulation juridique moderne se trouve contrainte de chercher par tâtonnements les voies d'une régulation complexe adéquate. Considérant l'arbitraire comme inacceptable, sachant la raison incomplète, le droit postmoderne se doit de relever un défi toujours plus difficile : la régulation d'une *unitas multiplex*.

faire alliance - est branchée sur la circularité close de relations familiales qui implorent et explosent tout à la fois, de manière à tenter de "recoller les morceaux", c'est-à-dire de retrouver les contextes d'une possible symbolisation. (...) Voilà bien ce à quoi le clinicien est confronté lorsqu'il arrive à une resocialisation (le plus souvent partielle) d'un patient schizophrène ! C'est bien ce passage d'une circularité close et anhistorique à une spirale de micro-événements qui s'inscrivent comme histoire, qui se paie d'un deuil, d'une perte de l'intégrité, d'un renoncement à la pureté idéalisée de l'identité. » (ibid.).

⁵⁹⁴ Certains rituels judiciaires qui peuvent sembler désuets participent de cette même volonté d'asseoir par le formalisme l'autorité du symbolique. Sur les dangers d'une désacralisation de la fonction judiciaire, cf. Karine GRANIER et Emmanuelle MOURANCHE, « La mise en question de la fonction symbolique de la Justice dans l'« affaire du sang contaminé » » *Revue Droit et Société* n°26, Paris, LGDJ, 1994, pp. 55-62.

Section 2 - Le droit appliqué : des normes complexes pour réguler l'*Unitas multiplex*

Le droit comme l'ordre social qui en résulte sont des produits dont la complexité va croissant. N'est-ce pas une façon délibérée d'assurer une certaine forme d'ordre, consensuelle mais non nécessairement juste ? A défaut d'une métathéorie complète, une théorie complexe peut constituer une approche raisonnable pour construire une régulation acceptable.

« Lorsque la Révolution française s'empare du mot « nation », il s'agit avant tout d'opposer le Tiers État, c'est-à-dire l'immense majorité de la population, à l'ordre privilégié qu'est la noblesse. Mais cela signifie également que cette population est, pour la première fois, conçue comme un tout indifférencié; qu'il n'y a plus d'Alsaciens, de Basques, de Bretons ou de Provençaux, mais uniquement des Français. C'est le sens qu'aura la fête de la Fédération, du 14 juillet 1790, qui, malgré son nom, n'est pas destinée à « fédérer », c'est-à-dire à unir dans la diversité, mais à proclamer l'unité et l'indivisibilité de la nation française »⁵⁹⁵.

Le modèle séculaire du commandement autoritaire semble de plus en plus inacceptable pour les sociétés modernes. Sa simplicité entre en dissonance avec leur complexité. Aussi la régulation juridique, comme le souligne C.-A. Morand⁵⁹⁶, semble-t-elle irrémédiablement appelée à dépasser le paradigme de la commande (§1). Celui-ci produit sur des individus complexes formant une *unitas multiplex* plus d'effets pervers que d'ordre, car il est incapable de construire pour la société un projet commun dénué de paradoxes (§2).

§1. Dépasser le paradigme de la commande

La globalisation soulève de nombreuses questions : est-elle constitutive de progrès ? est-elle un pas vers une réduction des inégalités ? Selon notre modèle dialogique, ce mouvement peut aggraver les problèmes, s'il n'est pas recouru à un type de régulation qui dépasse le modèle hiérarchique autoritaire. En effet, une régulation autoritaire n'est parfaite que si elle est infiniment informée, rationnelle et légitime. Faute de réunir ces critères, il est préférable d'adopter une légistique complexe pour éviter la survenance des effets pervers.

Les régulations juridiques classique et moderne reposaient toujours sur un postulat : il y avait toujours une population régulée par son droit et... les autres populations. La Terre formait un ensemble polysystémique relativement cloisonné. Le droit international, dans sa diversité et son flou, constituait l'illustration parfaite du paradoxe consistant à vouloir harmoniser des systèmes fondés sur des oppositions (l'interne et l'externe)⁵⁹⁷. Les droits actuels, « constructions contre », ne peuvent se muer en « construction pour » sans voir leur cohérence interne voler en éclat ; ceci revient implicitement à remettre en cause un modèle de la régulation (souvent partiellement) autoritaire basée sur le paradigme de la commande⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ P. MAUGUÉ, *Contre l'État-Nation*, Editions Denoël, Paris, 1979. p. 46.

⁵⁹⁶ Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société n° 26, 1999, 224 p.

⁵⁹⁷ J. COMBACAU, *op. cit.*

⁵⁹⁸ Ce paradigme est utilisé par la première cybernétique. Pour un exposé appliqué aux systèmes

Comme l'a montré A.-J. Arnaud⁵⁹⁹, réguler au niveau global nécessite de « penser global », ce qui implique de trouver d'autres repères identitaires. S'il ne s'agit plus d'opposer des groupes à d'autres groupes, il est nécessaire d'inventer les stratégies qui permettront de maîtriser les pulsions antisociales. Montesquieu, puis Hayek ont proposé de substituer l'affrontement économique à l'affrontement militaire. « *L'effet naturel du commerce est de porter la paix. Deux nations qui négocient ensemble se rendent mutuellement dépendantes : si l'une a intérêt d'acheter, l'autre a intérêt de vendre ; et toutes les unions sont fondées sur des besoins mutuels* »⁶⁰⁰.

Ce modèle semble séduisant, mais sa réalisation contemporaine au niveau planétaire laisse apparaître un bilan plutôt mitigé : les échanges commerciaux facilitent la connaissance de l'autre, mais d'un autre côté ils exacerbent les envies, et donc les tensions migratoires. De plus, la globalisation est loin d'avoir jugulé les conflits, et s'il est vrai que les guerres de grande échelle ont été presque totalement supprimées, on est en droit de se demander si le mérite n'en revient pas de fait à la réussite de la stratégie de dissuasion nucléaire⁶⁰¹. La violence économique désormais symbolisée par l'impérialisme occidental s'est substituée à la violence militaire, plus qu'elle ne l'a jugulée. Il y a toujours des gagnants et des perdants, des dominants et des dominés. On est bien loin du synallagmatisme de bon aloi qui sous-tendait la pensée de Montesquieu⁶⁰².

C'est pourquoi partisans et adversaires de la globalisation font émerger peu à peu un compromis à l'avenir incertain. Pourra-t-on concilier la régulation étatique et le libre-échange, les intérêts privés et publics ? Si la solution adoptée s'avère satisfaisante, elle sera certainement dialogique et projective (1), et nécessitera des modalités de régulation adaptées à son projet particulier (2).

politiques, cf. particulièrement J.-L. Vullierme, *Le concept de système politique*, op. cit., pp. 89-120.

⁵⁹⁹ Cf. A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., auquel les passages suivants empruntent de nombreux éléments.

⁶⁰⁰ MONTESQUIEU, *Essai politique sur le commerce* (1734) cité in Albert O. HIRSCHMANN, *Les passions et les intérêts*, Paris, PUF Coll. Sociologies, 1980, p. 74.

⁶⁰¹ Bien que la fin de la bipolarisation puisse être vue comme annonciatrice d'une augmentation globale de complexité, ce qui n'est pas sans ouvrir le champ à de nouveaux conflits potentiels. « *A défaut de nouvel ordre international, nous nous trouvons donc dans un système international relâché dont le trait distinctif n'est pas tant le « désordre », terme nécessairement relatif et largement descriptif, que la tension croissante entre une dynamique de la puissance qui pousse sous la pression économique à la mondialisation et à l'intégration et une problématique du sens qui, depuis qu'elle a perdu tout soubassement téléologique, semble de plus en plus sécable, friable, errante. Ce divorce entre sens et puissance trouve son expression la plus visible et la plus forte dans le contraste entre la mondialisation accélérée des marchés et la remontée des particularismes ethniques, culturels ou régionaux.* » (Zaki LAÏDI dir., *L'ordre mondial relâché, sens et puissance après la guerre froide*, 2^{ème} éd., Coll. Références, Paris, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, 1993, p. 5).

⁶⁰² Ainsi que celle du Code civil, notamment en matière contractuelle comme évoqué *supra*.

1. Régulation ET libre-échange ? De l'art de « réguler juste »

Réguler de manière optimale consiste à faire correspondre les représentations et stratégies individuelles avec le principe d'homéostasie globale, à court et long terme.

Globalisation aidant, une opinion fréquemment émise est qu'il serait souhaitable de réguler les excès du libéralisme, les corrections brutales de marché étant souvent ressenties durement par les économies et les populations des pays qu'elles touchent. Les débats opposent souvent des arguments extrêmes se ramenant fondamentalement à la dichotomie privé/public. Souvent également, c'est l'argument d'efficacité économique sous-tendu par l'option privatiste qui prévaut⁶⁰³.

Or le libéralisme et son individualisme méthodologique ne se fondent que sur l'effet de système de **généralisation** : si chacun s'enrichit, la collectivité s'enrichit. Or aucun mécanisme n'est expressément prévu pour assurer la continuité de ce mouvement, ni garantir qu'il sera réparti de manière homogène, de sorte qu'il n'y ait que des gagnants. Il est cependant des cas de figures dans lesquels l'enrichissement de l'un s'effectue au détriment de l'autre, de la collectivité voire des générations futures. Aussi le lien établi entre la gestion des richesses et la pérennité du système socio-économique s'avère-t-il critique. A titre d'exemple, on nous utiliserons la gestion des ressources naturelles renouvelables, dont la rareté constitue paradoxalement un motif de destruction (a) ; assurer un développement viable nécessite de concevoir une régulation pour contrer les effets pervers de la rareté (b).

a. *Exposé d'un problème : le modèle ambivalent de la rareté*

Un petit modèle simple sera utilisé pour étayer notre exemple. Soit un territoire sur lequel vit une population d'individus autonomes. Ces individus exploitent les ressources du territoire par leur activité, et s'échangent les marchandises ainsi produites au moyen d'un système commercial. Celui-ci est basé sur la rareté. Plus un objet ou une marchandise est rare, plus il est cher. Les ressources naturelles exploitées sont de deux sortes : renouvelables (poissons, gibier, plantes) et non renouvelables (pétrole, gaz, minerais divers). Les individus se posent la question suivante : comment réguler les comportements individuels pour assurer dans la durée la survie sociale. L'équilibre du marché est-il suffisant ?

Si les ressources sont d'une abondance telle que plus d'une vie humaine ne suffirait pas à les épuiser, la réponse sera assurément affirmative. L'équilibre des prix suffit à faire coïncider l'offre et la demande, et à réguler les flux de production. Mais les données peuvent être plus compliquées si l'horizon d'une pénurie se rapproche⁶⁰⁴.

⁶⁰³ Comme le relève en février 2000 le *Monde diplomatique* : « Mais qui dit stratégie, désormais, dit forcément mondialisation. Rien n'échappe plus aux lois du libéralisme. Ainsi est-ce la ruée des spéculateurs sur Internet qui explique la première grande fusion de la « nouvelle économie » - entre AOL et Time Warner. Derrière le slogan des « fonds de pension à la française » se cache également l'appétit de profit des marchés financiers. La marée noire déclenchée par l'Erika serait inexplicable sans la fulgurante progression des pavillons de complaisance. Bref, c'est tout un système qu'il faut transformer, à commencer par les règles du jeu du commerce international. L'économie rejoint ici la génétique et, au-delà, la philosophie : refonder l'humanisme est bien à l'ordre du jour. ».

⁶⁰⁴ Encore faut-il pour ce faire que les individus que nous avons modélisés se donnent la peine

La réponse varie alors en fonction des ressources considérées :

- les ressources non renouvelables sont perdues une fois qu'elles sont exploitées (nous partons du principe qu'elles ne sont pas recyclables). Dans ces conditions, l'utilisation qui en est faite peut être considérée comme le produit d'un choix purement égoïste, dont la seule issue argumentable réside dans le progrès technique et l'inventivité des générations futures, dont on peut espérer qu'elles sauront se passer des ressources disparues, ou leur trouveront des substituts acceptables ; il est notable que dans le cas des ressources non renouvelables, le mécanisme économique basé sur la rareté a pour effet de stimuler l'exploitation, quel que soit le cas de figure. Si la ressource est abondante, son prix est bas et sa consommation stimulée ; si elle se fait rare, son prix s'élève, ce qui augmente la marge d'exploitation et tend à stimuler la production.
- les ressources renouvelables constituent un capital que l'on peut sur ou sous-exploiter, selon son taux de renouvellement. Là encore, la valorisation économique de la rareté peut produire un effet déstabilisateur. En effet, les stratégies économiques des individus peuvent varier selon leur conception du temps. Représentons la courbe tendancielle des profits pour une exploitation quelconque :

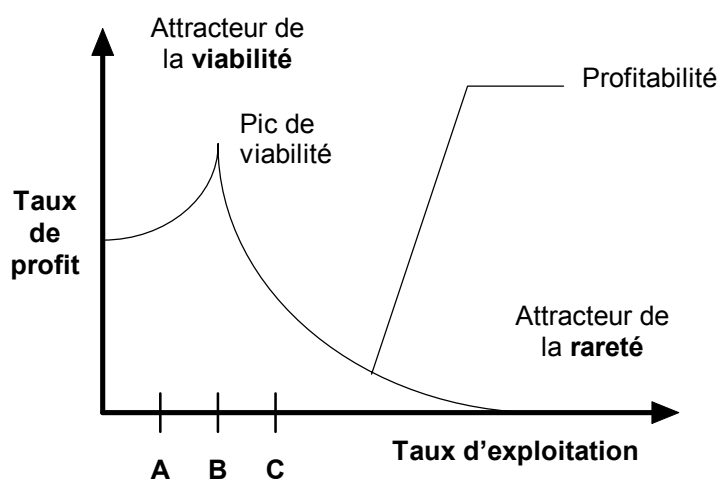


Figure 13 - Modèle en "demi-volcan" de l'exploitation des ressources renouvelables

Ce graphique montre le comportement économique du modèle, quand le système est régulé par le mécanisme de valorisation de la rareté. Si l'exploitation se situe en B, ce point correspond au taux de renouvellement, et la rentabilité de la ressource est maximale. En A la ressource est sous-exploitée et les profits sont moindres. Tandis qu'en C, la ressource surexploitée tend à diminuer, ce qui tire les profits à la baisse.

La dimension temporelle joue au niveau de la conception que se font les individus de

d'entreprendre des études prospectives en ce sens, faisant ainsi passer au premier plan l'intérêt général à long terme avant leur intérêt particulier à court terme. Il est peu vraisemblable que, compte tenu du mode heuristique humain (basé massivement sur le mode d'apprentissage essai-erreur), une telle prise de conscience basée sur une rationalité globale soit utilisée avant qu'une première (et douloureuse) expérience ait été faite des méfaits d'une politique exclusivement tournée vers le profit à court terme.

leur relation avec la ressource qu'ils exploitent. Ceux qui en dépendent directement tendent à faire coïncider leur exploitation avec le pic de viabilité ou en-deça, puisqu'ils lient leur destin à celui de leur ressource. Ils se placeront donc en B ou A. Mais s'ils considèrent leur ressource comme illimitée, ou s'ils sont insérés dans un système de division économique ou internationale du travail, ils peuvent considérer comme négligeables les considérations tenant à la préservation de la ressource, et se placer en C. Ils peuvent y être d'autant plus incités que les profits tendant à décliner, il est nécessaire de surexploiter toujours davantage la ressource, ce qui précipite son extinction⁶⁰⁵.

b. Réguler la rareté

Nous avons évoqué à plusieurs reprises le mécanisme économique de valorisation de la rareté. Celui-ci est particulièrement simple : plus une marchandise est rare, plus important est son prix. Soit qu'il faille fournir d'importants efforts pour se la procurer (conception walrasienne), soit que sa rareté excite la curiosité et donc le regard envieux des autres hommes vis-à-vis de son propriétaire (tant il est vrai que l'homme est heureux de posséder ce que les autres n'ont pas, ce qui est un mécanisme keynésien).

Ce faisant la rareté constitue un attracteur (au sens de ceux que nous étudions en Annexe 4), car elle tend à faire converger les stratégies économiques des agents vers une surexploitation des ressources naturelles. Cette avidité peut trouver certains palliatifs, notamment quand l'agent considère que son destin est lié à celui de la ressource qu'il exploite. Mais dès lors qu'une ressource est considérée comme illimitée ou substituable, la logique de maximisation du profit peut se voir remise au premier plan. La ritualisation des gestes (imitation non réfléchie des stratégies gagnantes) peut également se révéler désastreuse. Ainsi en est-il de la culture sur brûlis qui, si elle est bénéfique en-deça d'une certaine population humaine, devient totalement destructrice au-delà. La ritualisation, qui inhibe les facultés

⁶⁰⁵ Les exemples de ce type d'exploitation sauvage pullulent, surtout au « siècle dernier » (le 19^{ème}), alors que la « civilisation » n'avait pas encore « appris » à réfréner les excès du capitalisme. Petit florilège tiré de l'Encyclopedia Universalis (version CD, mot-clé Zoologie) : « *Le Pigeon migrateur (Ectopistes migratorius), qui formait d'immenses troupes en Amérique du Nord, a commencé d'être moins abondant vers 1860 ; les dernières bandes sauvages ont été observées vers 1898-1900. La Perruche de la Caroline (Conuropsis carolinensis) fut également exterminée ; elle s'est éteinte en 1914. Le grand Pingouin (Alca impennis) des îlots de l'Atlantique nord, incapable de voler, constituait une proie facile ; dès le XVI^e siècle, il commençait à diminuer, et le dernier a disparu vers 1844. L'Ara de Cuba (Ara tricolor), observé pour la première fois vers 1885, est totalement éteint actuellement. Les gigantesques Moas, ou Dinornis, de Nouvelle-Zélande ont été exterminés il y a quelque six cents ans. Le Dronte de l'île Maurice (Raphus cucullatus), le Dodo de la Réunion (Raphus solitarius) et le Solitaire de Rodriguez (Pezophaps solitarius), trois gigantesques Pigeons terrestres incapables de voler, ont été anéantis, le premier vers 1680, les deux autres aux cours du XVIII^e siècle. Le dernier Perroquet mascarin de la Réunion (Mascarinus mascarinus) vivait en captivité en 1834. Les dernières Huppées de Bourbon (Fregilupus varius) ont été capturées vers 1840. L'Émeu noir (Dromaeus novae hollandiae diemennianus), localisé dans l'île Kangourou du sud de l'Australie, était éteint dès 1876 ; les Émeus du continent australien sont en danger.*

Les îles Galapagos, célèbres par le séjour qu'y fit Darwin (1835), hébergent une faune curieuse, riche en espèces endémiques : Tortues géantes, Iguanes de grande taille (Amblyrhynchus cristatus), Manchots (Spheniscus mendiculus), Cormorans aptères (Phalacrocorax harrisi) ; elle s'est considérablement raréfiée à la suite d'hécatombes imputables à l'Homme ; plus de dix millions de Tortues auraient été sacrifiées en raison de leur viande et de la graisse qu'elles fournissaient.

Plus de 60 % de la faune aviaire des îles Hawaii est éteinte ou en voie de l'être. Le dernier Drepanis pacifica, le « Mamo » des Hawaïens, a disparu en 1898... ».

d'invention des individus, révèle les limites de son efficacité, puisque nul n'étant habilité à changer le rite, la divergence entre son contexte d'invention et les conditions actuelles de son application ne peut plus être rattrapée⁶⁰⁶.

Les raisons qui poussent les individus à se placer en A, B ou C (cf. le modèle en demi-volcan page 278) sont donc très diverses ; mais l'on peut toutefois noter que **pour un individu qui adopte un mode de gestion durable, rareté signifie appauvrissement global**. Il s'opère ainsi un renversement de tendance économique, puisque, passé le *pic de viabilité*, la rareté n'opère plus comme un attracteur, mais comme un répulsif.

Il convient à ce stade de souligner, avec P. Dumouchel, le caractère ambivalent de la notion de rareté⁶⁰⁷. Nous avons décrit la rareté comme l'axe autour duquel s'articule le mécanisme de calcul de la valeur économique. Rareté signifie donc richesse, puisque ce qui est rare est cher (dans un contexte que nous avons précisé). Mais pris au sens de l'individu, la rareté signifie chez les classiques l'absence de biens matériels, donc la pauvreté. D'où l'émergence des idéologies pré-industrielles de progrès, d'abondance, et d'enrichissement collectif. On peut néanmoins s'interroger sur la validité du raisonnement qui sous-tend cette pensée. Quand, comme le relève P. Dumouchel « *la rareté fait violence aux hommes et les force à s'affronter* », ce n'est pas vraiment d'elle qu'il s'agit, mais de la **raréfaction**⁶⁰⁸. Les hommes des Lumières découvrent un monde dont les richesses leur semblent inépuisables, et imaginent un ordre économique où la valeur marchande est basée sur la rareté des biens existants, mais où la valeur sociale est basée sur la non-rareté des biens produits. Ainsi se met en place un équilibre basé sur une course sans fin vers le productivisme.

Il n'est pas surprenant, dès lors, que ce productivisme considère avec épouvante le spectre de la raréfaction. Qu'advierait-il en effet de cette idéologie si son postulat de base s'effondrait faute de ressources ? Reprenons notre postulat quant aux individus complexes : ceux-ci apprécient ce qui leur ouvre le champ des possibles (abondance), mais sont mécontents quand celui-ci se restreint. Et dans la mesure où l'étau des contraintes environnementales se resserre, il n'est plus d'autre possibilité que de retourner le mécontentement contre soi-même, ce qui engendre malaise et conflits. Il eût peut-être été

⁶⁰⁶ Un exemple actuel et préoccupant est constitué par la forêt malgache. Comme le note l'ONE (Office National de l'Environnement, Madagascar), « *La diminution progressive du couvert forestier qui, de 24 à 28 % du territoire national en 1950, n'occupe plus aujourd'hui que 16 à 17 % de l'île. La déforestation est surtout causée par les défrichements (résultant principalement de la pratique des cultures sur brûlis ou tavy), les feux de brousse allumés par les éleveurs pour maintenir les zones de pâturages ou par d'autres personnes à diverses fins, ainsi que par l'exploitation forestière illicite en vue de satisfaire les besoins croissants en bois combustibles ou de fournir du bois d'oeuvre et de construction.* » (<http://www.madonline.com/nature/fr/enbref/problem1.htm>). Ce qui a motivé la mise en place d'un vaste programme de gestion durable de la forêt (http://www.malagasy-promotion.com/instits/doc/pol_foret.htm). Reste à savoir si ces mesures (quelque peu tardives eu égard aux dégâts enregistrés) seront réellement suivies d'effets.

⁶⁰⁷ Cf. P. DUMOUCHEL, « L'ambivalence de la rareté », in J.-P. DUPUY et P. DUMOUCHEL, *L'enfer des choses*, Paris, Seuil, 1979, pp. 137 s.

⁶⁰⁸ Ce que révèle typiquement sa phrase précédente : « *Si les biens et les ressources accessibles sont insuffisants pour satisfaire les besoins légitimes de chacun, il est inévitable qu'il en découle une certaine violence, soit une injustice, soit une violence ouverte, physique, ayant pour but d'éliminer ceux qui sont en trop.* » (*idem* p. 138). D'où vient ce concept de légitimité, si ce n'est de l'appréciation d'un équilibre antérieur, basé sur davantage de ressources disponibles ?

possible, auparavant, de tempérer la rigidité du dogme de manière à assouplir le mythe du bonheur par l'aisance et les objets, mais en l'absence de péril imminent une telle conception n'était pas envisageable.

En effet, comme le montre P. Dumouchel, son moindre mérite est de proposer une alternative à la morale traditionnelle. Quand celle-ci n'est assise que sur des traditions caractérisées par leur arbitraire, la morale du marché ne connaît aucun maître, personne n'en ayant en propre le contrôle (c'est le *postulat de complexité*. Hayek part du principe qu'un système dont on laisse s'exprimer la complexité est imprévisible et ingouvernable - on ne peut ni ne doit lui assigner un quelconque dessein - ; partant, il ne saurait y avoir privation de liberté quand le seul objet auquel se réfère l'homme est dépourvu de toute subjectivité. Celui qui se soumet au marché est donc optimalement libre)⁶⁰⁹.

Cette vision simplifiante nécessite toutefois d'être tempérée, voire entièrement remodelée. Car si la rareté est un fait objectif, sa transposition en valeur marchande est quant à elle entièrement subjective. De plus, le dénuement n'est pas en soi facteur d'insatisfaction, sans quoi il nous serait impossible d'éprouver un quelconque sentiment de plénitude, au regard des conditions de vie somptueuses qu'ont toutes les chances de connaître nos descendants. Ce qui bien davantage accroît le mécontentement, c'est la disparité, l'écart de niveau de vie, la différence de statuts que les hommes perçoivent quand ils s'observent entre eux. Une Chinoise confiait en 1997 à un journaliste occidental qu'avant l'intrusion de la logique de marché, tout le monde était pauvre, l'on mangeait à sa fin et cette vie simple amenait au premier plan des valeurs humaines positives qui ont vite été oubliées, une fois consacrée la seule loi de l'argent⁶¹⁰. De même, une étude menée auprès d'enfants russes a montré qu'un nivellement arbitraire du statut économique d'une population n'inhibe nullement l'émergence d'autres modes plus subtils de différenciation⁶¹¹. La rareté n'est donc pas un facteur de désordre en soi, mais en fonction de la signification que l'on entend lui conférer⁶¹². C'est à ce niveau que la mimesis révèle son potentiel conflictuel, car faute de mécanisme correcteur elle tend à creuser les inégalités.

L'imitation de l'autre est un mécanisme complexe, qui peut connaître plusieurs variantes aux effets divers. Si chacun poursuit comme l'autre la quête illimitée des richesses (hypothèse d'Hayek), il ne fait que renoncer à toute appréciation décisionnelle et se comporte

⁶⁰⁹ « Il y a là une double dialectique, qui ferme l'économie à toutes les objections que peut lui adresser la morale traditionnelle, en même temps qu'elle expulse cette morale hors du domaine de l'efficacité sociale. Le rôle politique de l'économie, assurer l'ordre par la prise en charge du problème de la rareté, cause de violence, fonde la valeur morale de l'économie et ruine l'efficacité sociale de la morale traditionnelle. » (idem p. 142).

⁶¹⁰ Cette interview d'une Shanghaïenne a été diffusée dans une émission Théma d'Arte consacrée à la Chine dont je n'ai pas retrouvé les références.

⁶¹¹ Chantal KOURILSKY-AUGEVEN dir., *L'image du droit en Russie et en France : socialisation juridique et modèle culturel*, Collection Droit et Société n°18, Paris, LGDJ, 1996.

⁶¹² « Nulle quantité de biens et de ressources disponibles, nulle parcimonie de la nature de définit la rareté. La rareté est construite dans le tissu des relations interpersonnelles. La structuration de l'espace social permet ou ne permet pas l'apparition de cet objet : la rareté. Mais cet objet est purement social. La rareté n'existe pas ailleurs que dans le réseau d'échanges intersubjectifs qui l'a fait naître. La rareté est une organisation sociale et rien d'autre. » (P. Dumouchel, *op. cit.*, p. 164).

mécaniquement ; les inégalités n'ont pas de limite. En revanche l'imitation peut être menée dans un cadre dialogique, à savoir que l'individu prend la décision de calquer son attitude sur celle des autres. Cette imitation, qui situe l'individu dans son contexte et en fonction de ses fins, produit des structures sociales complexes car certaines valeurs morales peuvent jouer le rôle d'attracteur, même si leur fondement reste mal défini (exemple : j'imité Untel car je pense qu'Untel agit de manière *juste*). Enfin, l'imitation peut inclure un mécanisme spéculaire, ce qui la rend autostabilisante (exemple du principe de sympathie selon Smith : j'imité Untel car il agit de sorte d'être approuvé par les autres, dont moi-même).

La rareté érigée en valeur sociale présente également un autre inconvénient : elle devient indispensable au ciment social. Partant, si elle n'est pas constatée, elle devient provoquée : les hommes ont besoin du besoin⁶¹³.

D'où l'on peut conclure qu'une « bonne régulation » consiste à imposer (ou faire admettre) le pic de viabilité comme but à atteindre, ce qui nécessite d'inventer un *attracteur de viabilité*. Diverses pistes sont possibles pour ajuster la norme dans cette perspective.

- consacrer l'utilité : la norme peut servir à promouvoir ce qui est socialement utile ; ainsi la rareté serait tempéré par un facteur supplémentaire : ne serait valorisé que ce qui serait rare et utile. Dans cette perspective, les deux notions pourraient se neutraliser, une ressource trop rare perdant ipso facto de son utilité⁶¹⁴. Resterait à punir les seuls comportements antisociaux⁶¹⁵.
- consacrer la durabilité : on observe depuis quelques années une prise de conscience des industriels et du grand public. Le patrimoine mondial commence à être perçu comme épuisable. Aussi a-t-on vu émerger des normes et une certaine valorisation du recyclage industriel. Ce mouvement tend non pas à valoriser la durabilité du produit, mais des matériaux qui le composent. Selon certains, cependant, ce mouvement n'est que la résultante d'une sensibilisation du grand public aux problèmes environnementaux, qui amène celui-ci à accepter de payer plus cher un produit écologiquement neutre. C'est donc au niveau du consommateur final que s'opère le renversement du raisonnement économique, qui se répercute en amont. D'où l'on déduit que des individus suffisamment acculturés rendent les normes coercitives superflues, ce qui revient à énoncer tautologiquement qu'une norme est

⁶¹³ « C'est le jeu mimétique de la convergence des désirs et de la divergence des rivalités qui permet de construire un ensemble de biens et de ressources insuffisant pour satisfaire aux besoins et aux désirs de tous, et néanmoins indépendant de la quantité réelle de biens et de ressources disponibles. » (*idem*, p. 194).

⁶¹⁴ Cette version de l'utilitarisme s'inscrit dans le courant doctrinal de Bentham et Mill, en ce qu'elle s'articule autour d'une finalité tendue vers le bonheur humain. Ainsi, toute exploitation d'une ressource qui hypothéquerait le champ des possibles des générations à venir pourrait être considérée comme devant être dévalorisée.

⁶¹⁵ Mill, à la suite de Smith, précise qu'il resterait au droit une fonction curative, la fonction préventive étant assurée par le contrôle social spontané : « Mill estimait que si l'on acceptait la perspective utilitariste en donnant à chaque individu la meilleure possibilité de développer ses capacités et son individualité, la société n'aurait plus à interdire que le comportement qui causerait un préjudice matériel à autrui (the « harm » principle), et ne s'octroierait pas le droit d'interdire le comportement de ses citoyens que la majorité jugerait déplorable selon ses valeurs, sans pouvoir dire que ce comportement est matériellement nuisible. » DETSD, *op. cit.*, p. 631.

inutile si l'on n'a pas besoin d'elle.

- consacrer la rareté dans un sens dialogique : il est enfin possible de réunir les deux notions précédentes de durabilité et d'utilité en une notion d'*utilité durable*. On montre qu'une norme qui axe la valeur économique sur cette notion tend spontanément à une gestion optimale des ressources, puisque les agents projettent sans cesse dans l'avenir le résultat de leurs actions présentes et passées, en tenant compte de leurs intérêts propres mais aussi de ceux de leurs successeurs. De telles notions sont depuis longtemps au cœur de nombreux débats à l'échelon européen et mondial (depuis la Conférence de Rio en 1992), mais le paradigme de la rareté semble difficile à remettre en cause, malgré son ambivalence.

Une autre possibilité a été mise en avant par O. Barrière à propos de la gestion des ressources au Sahel. Cette région, particulièrement aride, constitue de fait un laboratoire pour valider des scénarios de gestion durable de ressources limitées. A titre de solution, il est proposé de recourir à un processus de concertation et de responsabilisation multipartite sur plusieurs niveaux décisionnels, de manière à faire coïncider les visions et objectifs individuels et globaux (principe de *coviabilité*)⁶¹⁶. Pour ce faire, l'auteur suggère d'écarter du domaine foncier le principe de la gestion privée des ressources, car en situation de ressource raréfiée la gestion privée amène les individus à privilégier leur survie au détriment de l'environnement, et à en précipiter la destruction, même s'ils savent leur conduite suicidaire à terme. Comme alternative, il est suggéré de restituer la propriété foncière à la collectivité, et d'instituer l'homme en gardien d'un patrimoine qu'il peut exploiter pour vivre, mais doit également conserver⁶¹⁷. La propriété de la terre se décompose ainsi en droits d'usus et de fructus classiques, mais assortis d'obligations tendant vers un développement durable auquel chacun est censé consentir par nécessité. En droit français, cela correspondrait à un retrait de l'abusus des éléments de la propriété foncière.

Bien qu'elle constitue une solution élégante et réaliste au problème de la gestion collective des ressources rares, sa mise en place peut se concevoir au Sahel pour plusieurs raisons. Non seulement le besoin de trouver une solution se fait pressant du fait de la dégradation avancée de l'environnement, mais de plus, le passage à une gestion collective correspond à une tradition d'intégration de l'homme dans son milieu⁶¹⁸. Les conditions de ce passage semblent moins favorables dans les pays développés, au sein desquels les principes du

⁶¹⁶ « Cette voie en anthropologie juridique de l'environnement originale aboutit à une construction endogène axée sur la gestion patrimoniale des ressources naturelles renouvelables. Elle propose de se substituer au modèle propriétaire qui confine actuellement le Mali dans une impasse, générée par la coexistence d'un droit étatique inapplicable (par trop étranger aux logiques locales) et d'un droit traditionnel inadapté (mais légitime), et de dégager une dynamique juridico-institutionnelle répondant aux aspirations d'une politique de décentralisation. » Olivier BARRIÈRE, *Gestion des ressources naturelles renouvelables et conservation des écosystèmes au Sahel : le foncier-environnement*, Thèse de doctorat, Paris I, 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/docs/fao.pdf>, p. 11.

⁶¹⁷ On notera qu'en conjoignant ainsi localité et globalité, cette solution apporte une réponse définitive au paradoxe de la *tragédie des communs* (cf. *supra*, p. 212 s.). Chaque individu doit en effet agir en pensant son action **pour** son unité **dans** la totalité, ce qui fait tendre le système vers un comportement viable.

⁶¹⁸ O. BARRIÈRE, *op. cit.*, notamment Titre I - Chapitres 1 et 2 (Un droit endogène des rapports de l'homme à la terre - Un droit endogène environnemental).

consensualisme et de la propriété ont forgé une culture solidement individualiste⁶¹⁹. Le passage à une gestion collectiviste durable représente dès lors une profonde révolution, qui touche à l'essence même du concept de propriété. Compte tenu des principes que nous avons évoqués à propos de la coévolution du droit-société, il est fort peu probable d'assister sans de puissantes pressions exogènes à un tel bouleversement. C'est pourquoi il importe de rechercher si des approches moins radicales, comme les normes complexes, ne pourraient pas produire des effets approchants.

Pour atteindre les buts qu'elle se fixe, une régulation basée sur le paradigme complexe met en œuvre de nombreuses dimensions. Nous pouvons prendre comme base l'analyse légistique proposée par J.-D. Delley⁶²⁰, pour qui l'expression d'un problème « *ne constitue pas une base suffisante pour décider de légiférer et pour concevoir une législation efficace. Le problème n'est pas défini* »⁶²¹. Il faut de surcroît s'interroger sur :

- **la nature** : en quoi consiste le problème ? *Une attente sociale est bien souvent localisée, car les acteurs n'ont qu'une vision limitée des enjeux ; en ce sens, une bonne pédagogie des contraintes globales, faisant appel aux consciences individuelles, vaut souvent mieux qu'une régulation autoritaire.*
- **les causes** : à quoi faut-il attribuer le problème ? Dans quelles conditions est-il apparu et quelles en sont les causes ? *La déconstruction qualitative d'une situation perçue complexe consiste à émettre des hypothèses quant à la connaissance située dans son contexte local, global et temporel. C'est ici que l'on peut faire appel à la simulation basée sur la modélisation systémique pour valider certains arguments, sachant qu'une connaissance imparfaite des faits ne produit des inférences satisfaisantes que si celles-ci sont également imparfaitement rationnelles.*
- **la durée** : le problème est-il durable ou temporaire ?
- **la dynamique** : peut-on observer une évolution du problème (cycles, régularité, aggravation) ? *de même que pour la question de la durée, l'évaluation projective des impacts d'une norme tiendra compte de la présence de la norme elle-même. De ce fait, une norme doit pouvoir englober dans ses modalités les produits de sa propre action.*

⁶¹⁹ Par un subtil argument consistant à faire de la propriété un élément intangible de l'homme (ce que nul n'a réellement envie de contester), le Code civil peut, sous couvert d'humanisme, préserver et perpétuer un élément de constante discorde entre les hommes. « *à la veille de la Révolution française, le Droit était individualiste. Au niveau de la réalisation des normes, cela signifiait que les personnes juridiques étaient égales, que le droit de propriété était absolu, que la liberté de contracter était totale* » (A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale...*, *op. cit.*, p. 10). Ainsi entendu le principe d'égalité semble indiscutable, mais nous avons montré qu'au fil de l'évolution du système d'échanges, il favorise la concentration des richesses (par effet mécanique du capitalisme). Or **c'est la disparité qui crée la tension**, bien plus que l'éventuelle non-possession. Les hommes s'observant mutuellement pour évaluer leurs situations respectives, l'égalité en droit proclamée par le Code se révèle en définitive être un édifice cautionnant implicitement les abus de puissance économique.

⁶²⁰ J.-D. Delley, « Penser la loi... », *op. cit.*, p. 88.

⁶²¹ *Idem.*

- **milieux touchés** : qui est touché par le problème et de quelle manière, directement ou indirectement ? *Cette question vise à pouvoir éviter de balkaniser davantage le milieu social, en créant de nouveaux statuts ciblés qui accroîtraient le processus de différenciation identitaire*⁶²².
- **conséquences** : que se passerait-il en cas de non-intervention pour les milieux directement touchés et pour les autres ? *Autrement dit, quels sont les besoins réglementaires locaux et globaux ? Et que deviendront-ils une fois la norme appliquée ? Seront-ils jugulés ou trouveront-ils d'autres modes d'expression ?*

Comme le relève J.-D. Delley, les actions concrètes des instances régulatrices négligent fréquemment de recourir aux méthodes de la légistique pour déterminer les problèmes à résoudre. Or nous avons vu combien la représentation d'un problème est déterminante pour la solution que l'on escompte lui apporter. Ainsi en est-il du débat classique entre les tenants et les opposants du libre-échange. Par-delà les théories sophistiquées de l'école d'Hayek, il ne s'agit guère que de consacrer un modèle de domination économique, auxquels s'opposent des arguments qui débouchent souvent sur des formes de domination politique. Les partisans de l'égoïsme méthodologique affrontent les tenants de la totalité souveraine⁶²³.

Située non pas au centre mais au-dessus, la pensée complexe, dialogique par essence, conjoint ces deux tendances autour d'un **projet** commun. C'est toute la régulation normative qui s'en trouve influencée, car son objet se décentre. Il ne s'agit plus de ramener l'individu vers des comportements qui sont définis comme justes au titre d'une vérité externalisée. La régulation complexe consisterait plutôt à mettre en avant le projet commun pour que chacun puisse déterminer, dans son contexte et en fonction de sa connaissance, si sa conduite est ou non conforme à la réalisation d'un tel projet. C'est toute la norme qui est à réécrire. Bien souvent elle est très développée dans ses dimensions substantives (axiomatiques) et procédurales. Seule la téléonomie reste plus ou moins occulte. La norme complexe, au contraire, remet en avant une téléologie explicitée de la norme. Celle-ci ne dit alors plus « *tous les voleurs doivent être punis* », mais « *celui qui ne fait pas en sorte que l'autre ne subisse pas de préjudice matériel sera puni* » (ce qui revient à dire « *le vol menace l'ordre social* », étant entendu que l'atteinte à l'ordre social doit être punie ou évitée).

⁶²² Au sens de J.-D. Delley il s'agit simplement d' « *identifier les milieux qui souffrent de la situation* ». Nous avons montré à travers la théorie des contre-effets normatifs que si les mesures sont susceptibles de provoquer un réflexe de différenciation sociale, il convient de leur préférer des mesures plus procédurales, mais plus globales.

⁶²³ Margaret Thatcher confie dans *Les chemins du pouvoir* : « *Ce ne fut qu'au milieu des années 70, quand les œuvres de Hayek figurèrent en haut de la liste des lectures que me donna Keith Joseph [conseiller économique de M. Thatcher], que je saisis réellement les idées qu'il avançait. C'est alors seulement que je considérais ses arguments du point de vue du type d'Etat cher aux conservateurs - un gouvernement limité, sous le règne de la loi - plutôt que du point de vue du type d'Etat à éviter - un Etat socialiste où les bureaucrates gouvernent sans frein. A ce stade, c'étaient les critiques, selon moi irréfutables, du socialisme contenues dans La Route de la servitude qui avaient un impact.* » (Margaret THATCHER, *Les chemins du pouvoir*, Mémoires, tome 2, Albin Michel, 1995, pp. 55-56), cité par Charles-André UDRY « Von Hayek : des postulats largement diffusés ; un pèlerin prosélyte », 1996, http://www.fastnet.ch/PAGE2/p2_neolib_udry.html#1. ; sur les tendances impérialistes du droit occidental, cf. DETSD, *op. cit.*, « Perspectives occidentales et non occidentales du droit » pp. 409-413.

Le recours à ce type de norme est cependant extrêmement rare, car depuis la Révolution, la loi, expression de la volonté générale, est censée être logiquement complète et cohérente. Point donc n'est besoin d'en expliciter les fins qui sont toutes par essence tournées vers la réalisation du bonheur collectif (Rousseau). De plus, même si les normes téléologiques (qui ne sont exprimées qu'en raison des objectifs qu'elles s'assignent) sont d'excellents outils de régulation, elles laissent au juge une marge d'interprétation souvent jugée inacceptable.

Il pourrait cependant en être différemment, car une norme téléologique comme notre théorème n°7 (*La société la plus désirable est celle dans laquelle chacun serait pareillement heureux s'il était à la place de l'autre* ; il est à noter qu'il s'agit d'une norme procédurale pure, puisque seule la procédure spéculaire est imposée) pourrait très bien conjointement réguler et libre-échange. Cette norme n'est autre que l'expression du principe de sympathie selon Smith, qui suffit à assurer le bon fonctionnement de la *main invisible*. Le marché n'est même plus nécessaire, l'ordre social se trouve spontanément puisque chacun n'agit que sous le contrôle et l'approbation de l'autre. La régulation nécessaire se résume ainsi à une seule norme, le reste du contrôle étant soumis au social lui-même.

Néanmoins, ce type de régulation n'est pas réellement concevable, les hommes n'ayant pas nécessairement au quotidien le temps ni les capacités de s'observer continuellement et avec précision dans l'œil des autres. Bien souvent le préjugé sert de substitut à la culture, le rite à l'action réfléchie, l'intérêt immédiat et concret à un bonheur collectif intangible. Le régulateur législatif et judiciaire doit donc trouver des substituts à l'imperfection cognitive des agents qu'il régule, ce qui nécessite le recours à une théorie plus complexe.

2. Une théorie complexe pour l'Unitas Multiplex

La globalisation met en exergue le paradoxe consistant à imposer des normes que tous savent nécessaires mais dont personne ne veut. Les juristes peuvent proposer plusieurs modèles de régulation commune, mais dont aucun ne s'affranchit de ce paradoxe de la norme fondamentale. Une théorie des normes pour réguler un objet complexe doit donc avant tout se concevoir comme une théorie des normes complexes.

La régulation du multiple en tant qu'unité et dans le respect de sa diversité soulève de nombreuses difficultés car par construction la norme possède un effet « normalisateur », c'est-à-dire qu'elle tend fréquemment à niveler les comportements. Nous avons montré que ce nivellement engendre par contre-effet un accroissement de la complexité des problèmes. Autrement dit, ce ne serait pas en nivelant la diversité que l'on ordonne durablement le multiple. L'Europe fut le théâtre d'un certain nombre de ces tentatives (ius commune, Corpus Juris Canonici, Code Napoléon...), qui ont toutes abouti à l'éclatement et, au final, à la complexification des régimes juridiques et des situations géopolitiques⁶²⁴.

C'est que « *cette unification portait en elle les germes de son paradoxe : le morcellement. Soutenus par Rome, dont ils étaient le bras séculier, les princes firent régner l'ordre nouveau sur le territoire qu'ils contrôlaient. De là à s'approprier l'espace et à*

⁶²⁴ A.-J. ARNAUD montre que ces tentatives ont émaillé, et sous de très nombreuses formes, l'histoire européenne. Cf. « Leçon 2 : Le droit, de l'universalisme à la globalisation dans l'histoire de la pensée juridique occidentale », in *Entre modernité et mondialisation, op. cit.*, notamment pp. 63-72.

chercher à l'accroître, il n'y avait pas loin. Ainsi se renforcèrent les Etats-nations. »⁶²⁵

Comment éviter le paradoxe ? Une communauté d'Etats est similaire à une communauté d'êtres autonomes : c'est une *unitas multiplex*. Tel un organisme vivant qui s'immunise au fil des maladies dont il guérit, les tentatives de régulation autoritaires de cet ensemble semblent vouées à lui faire engendrer des figures toujours plus complexes et difficiles à contrôler. La régulation d'un *unitas multiplex* se doit d'être *ad hoc* ; défi difficile à relever car la complexité du régulateur doit être à la hauteur de celle de l'objet régulé. Or un régulateur n'est aisément ni prévisible ni maîtrisable, ce qui lui vaut fréquemment la méfiance des instances gouvernantes. Cet antagonisme se retrouve en France exprimé dans le conflit de légitimité qui oppose le législateur et le juge, au regard du problème de la création des normes.

a. *Le juge contre le législateur : qui crée le droit ?*

En France, seules les instances politiques sont en théorie autorisées à organiser la création normative. En pratique le pouvoir judiciaire constitue une seconde source. Mais son statut incertain le contraint à des avancées tâtonnantes.

« Dieu nous garde de l'équité des parlements » (adage). La notion d'équité pâtit en France, depuis les Lumières et la Révolution, d'un relatif manque de confiance de la part des juristes, qui lui préfèrent un mode de rédaction beaucoup plus axiomatisé.

Au cours de son élaboration, la loi doit se conformer aux normes qui lui sont supérieures. Il s'agit en France de la Constitution et des textes internationaux. Son axiomatique est ainsi conditionnée par des objectifs clairement fixés en amont. A l'inverse, la décision judiciaire qui tranche un cas que ne régit aucun texte précis donne lieu à une véritable création normative. Le mécanisme discursif se trouve alors inversé. Ce n'est plus la loi qui découle des objectifs fixés, ce sont les objectifs qui sont corrigés et redéfinis de par une interprétation extensive de la loi. Pour ce faire, la notion à contenu variable d'*équité* constitue un moyen particulièrement souple d'ajuster le droit aux faits⁶²⁶. La notion d'équité ne subit pas de contrôle de par un concept qui lui serait supérieur⁶²⁷ car elle est expressément conçue pour assurer la complétude axiomatique du système juridique⁶²⁸.

C'est donc un outil puissant qu'il faut manipuler avec précaution. Si le juge anglais a

⁶²⁵ *Idem* p. 72.

⁶²⁶ « Ce qui est demandé au juge, c'est de prendre appui sur un texte, de fonder sa décision en droit ; le juge parviendra à concilier les exigences de l'équité et de la loi en se réglant, entre deux interprétations possibles, non pas sur celle qui est généralement la plus proche du texte, mais sur celle qui est la plus vraie en l'espèce. (...) au lieu de partir de la règle de droit pour descendre à l'espèce, il remontera de l'espèce à une règle de droit qui permettra d'habiller l'équité de son nécessaire vêtement juridique pour qu'elle puisse ressortir son efficacité (jus non a regula sumatur sed a jure quod est regula fiat) » ROLAND et BOYER, *op. cit.*, p. 169 ; ce mode de construction normative est consacrée par l'école anglo-saxonne de la *legal jurisprudence*.

⁶²⁷ *Aequitas lucet per se* (L'équité brille d'elle-même), *cit.* in A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation... Entre modernité et mondialisation*, *op. cit.*, p. 107.

⁶²⁸ *Aequitas nihil aliud est quam lex scripto praetermisit* (L'équité n'est autre chose que ce que la loi n'a pas couché par écrit), *idem*.

toujours su faire preuve d'une prudence qui lui a valu de disposer encore de nos jours du pouvoir de dire l'*equity*⁶²⁹, il n'en alla pas de même des parlements qui, plus occupés d'agitation politique que de science juridique, perdirent le prestige moral qui leur permettait de se placer *supra legem*. Abuser de l'équité en faisait ressortir la dimension potentiellement arbitraire, chose inconcevable pour un système juridique reposant sur un fondement naturel ou divin. De plus, abuser de l'équité revenait à abuser du pouvoir, qui fut donc remis tout entier par la Révolution à la loi, élevée en culte, puis conforté par le Code Napoléon et l'École de l'exégèse⁶³⁰.

Or la loi n'était pas assez parfaite pour répondre à tous les cas de figure. Il fallait donc un principe permettant au juge de « colmater les brèches » en attendant qu'un système juridique cohérent, consistant et complet soit mis au point. L'équité ne figurant plus qu'à titre anecdotique dans les textes⁶³¹, elle ne put être réutilisée que de manière implicite, et acquit une dimension secrète qui constitue pour certains sa « véritable dimension »⁶³².

La globalisation des échanges risque cependant de remettre l'équité au premier plan. En effet, contrairement au droit international qui en dernier recours autorise la Cour internationale de justice à statuer *ex aequo et bono*, l'équité ne s'affranchit pas de tout fondement textuel. Elle se présente donc comme un outil raisonnablement puissant, efficace et contrôlable pour l'édification d'un droit commun - rappelons que sa flexibilité fait de l'équité un outil de pouvoir dont tout législateur tend à se défier. De plus, comme le souligne Hayek, il est illusoire de croire que la norme peut réguler de manière satisfaisante le social dans sa complexité (donc, que les hommes sont pleinement maîtres de leur destin) ; il serait, toujours selon Hayek bien plus efficace que le droit se contente d'assurer la transparence permettant à la société de se réguler elle-même sur le modèle du marché. C'est sur cette base, comme le montre A.-J. Arnaud à la suite d'une lecture serrée d'Hayek, que ce dernier va proposer le modèle d'une société « autorégulée ». Mais cette autorégulation n'en est pas réellement une, puisqu'elle passe par le biais d'une *juste conduite* qui sert de fait, de repère. Or, et nous revenons ici au concept d'équité, tout concept ainsi médiatisé sert à faire correspondre les construits passés et présents, sans que soit fait référence à une action projective. Ce qui permet à Arnaud⁶³³ d'établir un parallèle surprenant montrant que la conception de la justice d'Hayek n'est guère éloignée de celle de Domat. Le juge occupe une place centrale, ainsi que le concept d'équité, présenté non pas comme un mécanisme autorisant tous les arbitraires, mais au contraire comme un principe de cohérence, qui gouverne à toute décision judiciaire de s'inscrire harmonieusement dans le corpus juris qui la précède⁶³⁴.

⁶²⁹ Certains aménagements ont tout de même été réalisés, puisque seule la Haute Cour peut invoquer l'*equity*, dans certaines espèces civiles ou commerciales (tutelle, legs, sociétés, trusts...).

⁶³⁰ A.-J. ARNAUD, *ENTRE MODERNITÉ ET MONDIALISATION...*, *op. cit.*, pp. 112-118.

⁶³¹ LAURENT et BOYER (*op. cit.*) en relève une dizaine de mentions dans l'entièreté des codes civil et de procédure civile ; elle est essentiellement dévolue à l'attribution de sommes d'argent : prestation compensatoire, dommages et intérêts, dépens judiciaires.

⁶³² *Idem*, p. 169.

⁶³³ A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation...*, *op. cit.* pp. 127-129.

⁶³⁴ La comparaison trouve cependant ses limites, puisque Domat fonde sa doctrine sur le droit naturel,

Les théories de Hayek ont eu de grandes répercussions outre-Atlantique et dans le monde anglo-saxon en général, dont le système judiciaire est fondamentalement basé sur le précédent, et laisse donc plus de champ aux notions prétorienne. De plus, nombre de penseurs néolibéraux considèrent que le meilleur ordre est celui qui est régi par le moins de contrainte, donc le moins de régulation étatique⁶³⁵. Mais les conclusions qu'ils en tirent méritent que l'on s'y attarde, car comme le relève Arnaud, « *point d'égalité, donc, à attendre d'une société d'hommes libres [selon Hayek] ; seulement l'équité résultant d'une application identique à tous des règles de conduite abstraites identiques* »⁶³⁶. Ceci n'a rien de surprenant, quand on sait que l'égalité est un équilibre que n'atteint qu'épisodiquement le marché. De fait, l'égalitarisme constitue une valeur artificielle qui fausse l'équilibre du marché, ce que condamne Hayek car celui-ci ne peut plus jouer son rôle de régulateur. Et de fait, nous montrerons *infra* qu'effectivement, cette intervention d'une valeur externe semble appeler toujours plus de régulation pour son maintien.

Mais ce qui semble inacceptable à Dupuy dans la doctrine d'Hayek, c'est - entre autres - que celui-ci garde soigneusement en retrait un présupposé gênant, mais sur lequel repose l'intégralité de son système : celui de la perfection de l'information. En effet, pour que le marché puisse jouer pleinement son rôle de régulateur, il est nécessaire que les individus disposent simultanément et sans erreur d'interprétation d'une information cohérente, consistante et complète. Nous avons montré précédemment (p. 197 s.) qu'une telle information relève de l'utopie, même si son existence aurait pour conséquence intéressante de rendre la société pleinement rationnelle (ceci ne signifiant pas pour autant qu'elle serait pleinement prévisible). C'est pour cette raison également que la grande majorité des normes du droit boursier tend à assurer la sincérité et l'exactitude des informations fournies par les entreprises au marché. Toute asymétrie, toute falsification ou occultation d'information a pour effet de fausser le mécanisme d'ajustement spontané, et peut générer de grands profits pour l'initié qui sait utiliser une information connue de lui seul.

Or, pour des raisons tenant à son étendue, sa structure présente et son histoire, aucune société moderne ne peut prétendre pouvoir offrir à ses citoyens une information immédiate, complète et exacte sur sa situation au quotidien. C'est pourquoi se forment des groupes, des réseaux, des affinités qui modèlent les Etats et influent considérablement sur les vécus et les conçus individuels, amenant chaque Etat à recourir à des solutions individuelles pour réguler ses tensions. Les individus, par le biais de l'identification que leur confère leur groupe, leur réseau ou leur nation, peuvent s'abstenir de se constituer une information continue de leur ensemble. Le rattachement groupal se présente comme un raccourci intellectuel destiné à composer avec la complexité perçue du social.

Par quelle définition de l'équité, dès lors, pourrait-on dans ces conditions prétendre assurer une égalité des chances qui placerait chacun dans une situation où il aurait, selon ses

de sorte que « *les attentes d'équité se trouvent inscrites dans la loi naturelle, raison naturelle qui gouverne tous les hommes, qui n'est autre que la loi divine gravée au cœur des individus. Hayek est d'un tout autre avis : « ce qui a rendu les hommes bons, ce n'est ni la nature ni la raison, mais la tradition.* » (idem).

⁶³⁵ Comme le concept d'Etat minimal de Rorty ou Nozick, Robert NOZICK, *Anarchie, État et Utopie*, trad. française, Paris, PUF, 1988. Ce que recoupe partiellement notre théorème n°4 (Principe de moindre contrainte juridique), qui cependant ne fait pas obstacle à toute notion de projet social.

⁶³⁶ A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation...*, *op. cit.*, p. 136.

mérites, autant de chance de devenir technicien de surface que milliardaire de l'industrie ? Comment un juge pourrait-il nier que sous couvert d'équité, des hommes vivent dans notre société aux dépens d'autres hommes ? Nous avons proposé un théorème qui pourrait servir de fondement à une définition de l'équité. Il s'agit du théorème n° 9, qui se présente comme la combinaison de plusieurs autres, tous spéculaires. On peut le reformuler ainsi (d'une manière qui le fasse fort ressembler, d'ailleurs, à ce qui résulterait de l'application du concept de sympathie selon Smith) : *l'équité est le point d'équilibre atteint par deux individus qui ne se sentiraient pas défavorisés s'ils se trouvaient à la place l'un de l'autre*. Ce type d'équité, à la fois procédurale et substantielle, possède des points communs avec celle du Code civil⁶³⁷, tout en étant compatible avec celle d'Hayek en ce sens qu'aucune intervention extérieure n'est nécessaire pour assurer l'équilibre que trouve spontanément le système. Et pourtant, il y a peu de chances qu'une société libérale au sens d'Hayek puisse répondre à une telle définition de l'équité.

Néanmoins, et quels que soient leurs mérites, des principes directement issus de la doctrine d'Hayek ont démontré leur capacité à engendrer des ordres sociaux viables. D'où il ressort que des concepts juridiques peuvent être utilisés comme principes d'ordre. Cet énoncé n'est pas trivial, car il implique que si, comme le préconisent les libéraux, le législateur étatique est peu à peu mis en retrait, c'est la source occulte de création normative - le juge - qui se trouvera *ipso facto* remis au premier plan. Cette conception, très inspirée de la tradition judiciaire anglo-saxonne, est actuellement dominante sur la scène internationale. Non seulement car elle est portée par des pays qui sont économiquement et politiquement influents, mais également car le paradoxe chronique du droit international se trouve écarté. Rappelons rapidement que ce paradoxe se trouve principalement exprimé par le principe de réciprocité qui régit la quasi-totalité des conventions internationales. Aux termes de ce principe, chaque Etat ne se lie, de fait, que parce qu'il le veut bien. S'il n'applique pas la réciprocité à son ou ses partenaires, ceux-ci ne sont plus contraints par leur accord et la convention devient caduque. Aussi la force contraignante de telles conventions ne repose-t-elle, de fait, que sur la bonne volonté des signataires ; il en résulte une impuissance tendancielle du droit international à répondre aux grands défis de la modernité⁶³⁸. Ayant ainsi perdu sa crédibilité, le concept d'Etat ne semble plus globalisable⁶³⁹. Enfin, le processus diplomatique étant particulièrement lent, il semblait plus efficace de confier à une juridiction internationale la charge de réguler les transactions commerciales, dont le besoin de rapidité est notoire. C'est ainsi qu'une société d'hommes « libres » (au sens de Hayek) pourrait se constituer et s'autoréguler au niveau global, uniquement guidés par des règles de justice dont le juge se fait le gardien⁶⁴⁰.

Mais la question se pose alors de la manière dont le juge pourra ou devra manipuler

⁶³⁷ *Idem*, p. 142.

⁶³⁸ Droits de l'homme, de la femme, de l'enfant, problèmes de gestion des ressources terrestres, naturelles et humaines...

⁶³⁹ Il se voit de plus en plus relayé, suppléé voire supplanté par des organisations transnationales à caractère économique, social ou militaire. Cf. A.-J. ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la mondialisation », *op. cit.*, pp. 13-23.

⁶⁴⁰ Cf. notamment Hayek, T. 2, pp. 109 s.

l'outil puissant que constitue la *juris dictio*. Cette préoccupation est particulièrement importante dans les pays de codification, où juridiquement le principe général fait davantage autorité que le précédent. Car par un mécanisme typique d'effet pervers systémique que n'aurait pas manqué de souligner Hayek, le pouvoir du juge s'est en effet considérablement accru. Historiquement, les rédacteurs du Code entendaient soumettre le juge à l'exégèse de la loi. La seule volonté acceptable était celle de la loi, expression de la volonté générale. Nous avons montré précédemment ce qu'il advint de ce système : la loi n'étant pas dépourvue de lacunes, il fut de plus en plus nécessaire d'y adjoindre des aménagements, afin de faire face aux besoins émergeant rapidement d'une société en pleine révolution industrielle. Le juge vint ainsi, peu à peu, se substituer au législateur dans la définition de concepts juridiques toujours plus étendus, tout en adoptant une prudente attitude officielle de retrait. Car cette élaboration normative s'effectue toujours dans le respect de l'esprit et la lettre du corpus normatif préexistant. Ne sont édictés que des principes qui *l'auraient très certainement été* si le législateur les avait lui-même promulgués, puisqu'ils découlent d'un ensemble légal préexistant. Le juge, en statuant *praeter legem*, crée sans créer.

Cet équilibre rhétorique pourrait constituer une figure originale d'une forme de *coévolution* typiquement juridique. Reprenant le concept de *raison juridique* formulé par Arnaud, il en ressortirait que coévolve tout droit qui régule le social et évolue avec lui tout en restant inchangé quant à sa raison juridique. Un exemple illustrera cette formulation quelque peu abstraite. On a coutume de présenter les droits de la concurrence et de la consommation comme des faisceaux de notions qui initialement devaient prolonger le droit des contrats, mais qui en définitive en ont altéré la structure. « *Insensiblement et au-delà des évolutions politiques, le tentaculaire droit de la concurrence ne cesse de renforcer son emprise sur la théorie générale du contrat* »⁶⁴¹. Les notions de professionnel et de novice, d'information, d'abus de puissance dominante ou économique, n'étaient absolument pas prévues par le Code civil, pour lequel seul compte l'accord des parties. Considérée au niveau théorique, cette emprise n'est peut-être pas si étendue qu'il y paraît.

Certains auteurs ont en effet mis en avant le caractère implicite des mécanismes d'échange que sont l'autonomie de la volonté et le consensualisme. C'est au nom de ces principes de libre échange que le Code civil va instaurer des règles presque purement procédurales. La téléonomie reste implicite : le profit mutuel⁶⁴². Les préconditions également : une certaine homogénéité des cocontractants⁶⁴³, qui les prédispose pleinement à échanger dans des conditions qui rendent la règle satisfaisante. Or il est de nos jours de nombreux cas dans lesquels l'information qui conditionne la transaction peut être retenue, falsifiée ou annihilée par l'un des cocontractants ; soit qu'il en soit l'unique détenteur (le professionnel), soit qu'il la rende inutile car il est seul contractant possible pour une prestation donnée (position dominante). En ce sens, la jurisprudence qui a forgé le droit de la consommation ou de la concurrence peut se présenter in globo comme un alourdissement des présomptions en faveur

⁶⁴¹ J. Mestre, R.T.D.Civ. 1986-2, p. 305.

⁶⁴² « *les suites doivent normalement profiter à tous les joueurs en présence. (...) si tels rapports devaient être dommageables pour l'un d'eux, il faudrait faire intervenir une sorte de différentiel susceptible de rétablir la partie dont la bonne marche est ainsi menacée* » A.-J. ARNAUD, *ESSAI D'ANALYSE STRUCTURALE...*, op. cit., p. 98.

⁶⁴³ Le « jeu » rejette ceux de ses joueurs qui ne seraient pas en mesure de conférer au jeu son efficacité dans la régulation des échanges de biens : le vagabond, l'étranger, l'absent. Cf. *idem*, p. 60-64.

des parties les plus défavorisées, ce qui tend à conforter le droit des contrats dans ses positions initiales, bien loin de le modifier. On ne fait guère qu'explicitier ce qui était naguère implicite⁶⁴⁴.

Cette révolution qui n'en est pas une illustre la position toujours délicate qu'occupe le juge dans l'équilibre toujours instable qui préside l'arbitrage des valeurs juridiques et sociales. Trop en avance sur son temps, et on le dit avide de pouvoir ; trop en arrière et il passe pour un réactionnaire. Pour **coévoluer**, le juge doit constamment arbitrer en fonction des déterminations que relevait G. Timsit : la loi, la perception commune du problème et l'état du droit antérieur. De tels moyens se justifient par la réalisation d'une seule fin : la préservation d'un ordre social dans le respect de certaines modalités. Ainsi en est-il en France, de la paix bourgeoise maintenue par le Code civil.

Mais le juge peut être plus que cela. Même si l'urgence le contraint à un mode de prise de décision plus réactif que cognitif⁶⁴⁵, sa proximité des justiciables fait de lui un puissant acteur de la coévolution juridique. Car quand le juge adapte le droit, quand il statue *praeter legem*, il ne réalise rien d'autre qu'une coévolution tâtonnante, ce qui en fait d'authentiques sources implicites du droit⁶⁴⁶. Le terme « implicite » est ici plus opportun que « occulte », car il est patent que les magistrats sont amenés à prendre des décisions qui résultent d'une délégation manifeste d'appréciation de la part du législateur (ce qui recoupe tous les domaines d'*appréciation souveraine*). L'existence d'une telle délégation se trouve dans la nécessité d'admettre une certaine souplesse au niveau de l'axiomatique juridique. Nous avons montré qu'un droit totalement axiomatique, c'est-à-dire susceptible d'une décision automatique, devait être parfait : consistant, cohérent et complet, au regard d'une information immédiate, transparente et totale qu'il posséderait du corps social qu'il prétend réguler. Faute d'une telle information, l'ensemble axiomatique doit posséder suffisamment de souplesse (que nous nommerons *complexité requise*), à défaut de laquelle les réactions des sujets de droit risquent de se durcir, faisant entrer le système dans un *double bind répressif*.

Aussi, dans la mesure où le syllogisme reste l'instrument argumentatif privilégié, le corpus normatif doit-il agrémenter son axiomatique de différentes variantes, rendant ses normes plus ou moins complexes.

⁶⁴⁴ Pour une analyse comparée du droit de la concurrence et du droit des contrats, cf. N. BRUNETTI, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, op. cit.

⁶⁴⁵ « La fin des procédures d'urgence ne serait-elle pas d'empêcher de penser ensemble le marché et l'exclusion ? » B. BRUNET, *Le traitement en temps réel : la Justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale*, op. cit., p. 98 s.

⁶⁴⁶ « Les tribunaux sont maîtres de l'application du Droit, puisqu'ils ont le pouvoir de substituer leur propre appréciation des règles juridiques à celles de tous les autres sujets de Droit et de la leur imposer. Seul le Droit qu'ils reconnaissent peut ainsi non seulement être effectif, mais être reconnu comme définitivement valable. La disposition par le juge de ce pouvoir dans les espèces particulières inclut de facto le pouvoir pour l'organisation judiciaire dans son ensemble de fixer le contenu du Droit » M. VIRALLY, cité in S. BELAID 1974, op. cit., pp. 294-295.

b. *Théorie complexe des normes*

La typologie usuelle des normes est principalement axée autour de leur source. Or, un modèle basé sur la morphogenèse impose une analyse basée sur des techniques légistiques différentes, qui mettent en avant le mode d'action de la norme.

Une norme est, dans les théories classiques, couramment identifiée à sa source : nationale, communautaire, internationale ; privées, publiques ou mixtes. Identifier la source d'une norme permet d'en inférer la validité, la légitimité, l'étendue et la portée⁶⁴⁷. Or nous avons relevé l'insuffisance d'une telle conception au regard des besoins de notre modèle, qui fait appel à une conception fondamentalement évolutionniste. Car si l'on ne relève l'existence d'une norme qu'une fois celle-ci adoptée par sa source, on perd tous les liens de causalité qui ont contribué à la prise de décision de ladite source. Or, nous avons axé notre modèle sur l'analyse de la décision, au niveau individuel et collectif. Nous devons donc faire appel à d'autres paradigmes.

Plusieurs disciplines connexes peuvent être mises à contribution : la linguistique, la légistique, l'intelligence artificielle et les sciences cognitives. Pour celles-ci en effet, la nature de la source décisionnelle importe peu au regard de son processus heuristique. Et c'est précisément sur ce plan que peut s'opérer la jonction avec notre modèle, que nous avons basé sur la décision complexe.

Au sein de ce modèle, rappelons-le, les unités qui symbolisent les individus sont des entités jouissant d'autonomie décisionnelle, qui communiquent entre elles en s'envoyant des messages. Au sein d'un processus de prise de décision normative, nous pouvons proposer le modèle suivant, basé sur la distinction que nous avons proposée entre savoir et croyance.

1 - un décideur émet un message de type déontique (une norme) car il *croit* que celui-ci va être reçu, interprété et exécuté par son destinataire

2 - le destinataire reçoit le message et l'interprète et l'exécute selon les circonstances qui font partie de son environnement et de sa structure cognitive propres⁶⁴⁸.

3 - le décideur constate la réception de sa norme et, selon la correspondance des résultats obtenus avec ses objectifs, la modifie ou non selon la réception qu'il anticipera, et ainsi de suite...

Or, comme nous l'avons vu à propos de la temporalisation des normes, celles-ci sont, hormis les rares cas de lois à durée expressément limitée, par essence pérennes⁶⁴⁹. Aussi en est-il un certain nombre qui tombent en désuétude, mais qui ne disparaissent pas pour autant du *corpus juris*, ce qui explique partiellement sa propension à l'extension. Le corps social réagissant de plus en plus rapidement au *corpus juris*, celui-ci se voit contraint de suivre le

⁶⁴⁷ Cf. à cet égard la typologie dressée in Laurence BOY, *Les normes*, site Internet Droit et Société, 1998, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/boy1.htm>.

⁶⁴⁸ « *On the balance of reasons, he ought to do it* » (J. Raz).

⁶⁴⁹ Mais pas pour autant éternelles. L'article 28 de la Constitution Française stipule en effet le principe qu'un « *peuple ne peut assujettir à ses lois les générations futures* ».

rythme des mutations imposées par la mondialisation et le développement des communications⁶⁵⁰. Mais il est un autre puissant facteur d'inflation législative : l'illusion d'une contrôlabilité du corps social par la norme. Pris de vitesse par des phénomènes qui semblent de plus en plus hors de son contrôle, le pouvoir politique tend à réglementer de manière toujours plus détaillée la vie publique, au risque de tomber dans le piège de la technicité juridique (la rédaction d'un droit pointilliste) ou d'engendrer un droit comportant des contradictions⁶⁵¹. Aussi les décisions émergent-elles, non plus des décideurs classiques, mais des sujets de droit eux-mêmes. Cette réalité fait peur, car ce n'est plus à la logique d'un décideur que l'on a affaire, mais à plusieurs. D'où l'inquiétude de certains juristes quant à la prévisibilité de leur matière⁶⁵².

D'où l'utilité d'imposer des normes versatiles, c'est-à-dire capables de prévoir leur propre exécution ou inexécution voire leur disparition, quelles que soient les circonstances. Cette versatilité remet profondément en cause la conception syllogistique des normes. Dans la conception classique la norme *tous les voleurs doivent être punis* se décompose de manière syllogistique : *X est un voleur*, d'où découle *X doit être puni*. Or cet énoncé ne fait pas ressortir la téléonomie de cet énoncé (*l'absence d'atteinte à la propriété renforce l'ordre social*). Ce qui vaut à cette conception de nombreuses critiques⁶⁵³, et l'on a pu proposer

⁶⁵⁰ Facteur important de cette accélération communicationnelle : le réseau Internet. En ce sens cf. A.-J. Arnaud, *Entre modernité et globalisation, op. cit.*, pp. 25-27.

⁶⁵¹ Le droit français des étrangers, par exemple, maintient sous un statut juridique contradictoire une certaine catégorie de personnes, les *sans papiers*. Ce statut « impossible » constitue une aberration juridique : l'éloignement du territoire constitue la sanction normale de l'absence de titre de séjour en règle. Lors de l'adoption des lois dites *Pasqua*, certaines personnes qui résidaient déjà en France ont vu rejetée leur demande de renouvellement de titre de séjour et se sont retrouvées en situation irrégulière. Cependant, au regard de cette même loi et compte tenu des engagements internationaux de la France, ces personnes ne peuvent être éloignées du territoire. Depuis la circulaire du 24 juin 1997, dite « circulaire Chevènement », des régularisations ont été accordées, mais depuis la fin de sa période de vigueur, les étrangers résidant en France qui n'ont pas été régularisés sont considérées comme irréguliers... sans pouvoir non plus être éloignés du territoire. (pour une information complète sur le droit des étrangers en France, cf. le site SOS-Net : <http://sos-net.eu.org/etrangers/>).

⁶⁵² « Si l'efficacité apparaît comme la vertu première des nouvelles formes de régulation des conflits, la prévisibilité en revanche est celle qui semble la moins assurée, en ces domaines où l'on observe tout à la fois l'affaiblissement de la hiérarchie par le recours à des formes consensuelles et non imposées (formes d'évitement du juge civil ou pénal ou encore, en matière administrative, multiplication des avis, recommandations ou opinions, sans valeur contraignante, et développement des déontologies professionnelles) et l'absence de cohérence d'ensemble que révèle, par exemple en droit communautaire, la multiplication de formes nouvelles de régulation ni uniformisées, ni harmonisées. A l'horizon, renaît la vieille peur du désordre dans la production des normes et de l'arbitraire dans leur application. » (Mireille DELMAS-MARTY, *Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits*, site Internet Droit et Société, 1997) ; sauf à concevoir la complexité normative selon une logique dépassant la logique aristotélicienne : « A moins précisément de distinguer unification et harmonisation et d'admettre que l'on peut renoncer à celle-là sans pour autant abandonner celle-ci. C'est en somme l'apprentissage du multiple. Le multiple n'impose pas de renoncer dans tous les cas à la logique juridique traditionnelle, qui reste pertinente lorsque la norme posée est suffisamment précise (réglementation au sens traditionnel du terme). » (idem).

⁶⁵³ Notamment outre-Atlantique. En ce sens, cf. la « critique de la modélisation syllogistique » : Sébastien MCEVOY, « La question de l'arrêt : le cas de l'argumentation dans le droit », *Lire le droit : langue, texte, cognition*, Coll. Droit et Société n°3, Paris, LGDJ, 1992, pp. 178-191. « Les propositions, dans le syllogisme, doivent être posées : en revanche, l'argumentation en droit, comme dans le quotidien, est souvent en partie implicite. L'enthymème, concept aristotélicien, traduit, selon une définition, la théorie que l'argumentation ne diffère du syllogisme que par son caractère elliptique : le terme est alors synonyme de

l'application de certaines alternatives⁶⁵⁴. Il est nécessaire de prendre une certaine distance par rapport aux paradigmes usuels : la morphogenèse engendre ses besoins propres car il ne s'agit plus d'une analyse quantitative, mais qualitative. Nous l'avons énoncé, et il est important de souligner ce point : l'analyse quantitative détermine ce qui à un instant précis ressortit des normes et ce qui n'en ressortit pas. L'analyse qualitative s'attache quant à elle à l'étude d'un autre objet : dans la mesure où ce qui est important n'est pas le produit de la décision (*ceci est ou n'est pas norme*), mais les facteurs qui ont motivé cette décision (*à raison de tel fait ou de telle norme, ceci sera ou ne sera pas norme*), un certain nombre de dichotomies classiques perdent partiellement leur pertinence.

D. de Béchillon en relève trois, qu'il présente comme « *les plus structurantes de la rationalité juridique moderne* »⁶⁵⁵ :

1. *Le prescriptif et le descriptif sont irréductiblement disjoints* ; nous avons montré, en prenant pour exemple la critique de l'interprétation de la loi de Hume (p. 119), que cette distinction, utile dans un cadre synchronique, se brouillait dans un cadre diachronique. Un fait peut en effet se révéler lourd de conséquences sur le plan du droit (réciproquement, l'absence de faits peut également produire des conséquences juridiques : la disparition des chevaux comme moyen de transport a provoqué le tarissement et la désuétude des réglementations concernant les crottins).
2. *Au sein des normes prescriptives, la recommandation et le commandement ne se confondent pas* ; en termes évolutionnistes (ou morphogénétiques) cet énoncé peut également être pris en défaut, si par exemple une recommandation est tellement suivie d'effets que tout le monde la considère comme un commandement de fait, et la décrit ainsi au point que l'on perd le souvenir qu'à l'origine il s'agissait d'une simple recommandation⁶⁵⁶.

sylogisme tronqué » (*idem* p. 179). Néanmoins, sans l'expression de leur téléonomie implicite, de tels termes restent encore fondamentalement ambigus. On peut toutefois utiliser la logique aristotélicienne par le biais de la contraposition, pour faire ressortir leur intention cachée. En effet, il suffit de traduire en termes de logique du premier ordre un énoncé linguistique, et d'y appliquer la contraposition logique. Si le résultat qui en est inféré semble étrange, c'est que l'on est en présence d'un énoncé implicite.

Rappel : $A \Rightarrow B$ est une implication

$B \Rightarrow A$ est la *réciproque*.

$\text{non-}B \Rightarrow \text{non-}A$ est la *contraposée*

Pour des illustrations concrètes de l'application de cet outil logique à la rhétorique juridique, cf. Serge DIEBOLT, *Bridging the gap between human and computer languages - Using logic to detect implicit arguments*, Actes de la conférence franco-américaine *Artificial Intelligence and Law*, Syracuse (N.Y., USA), Avril 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/diebolt4.htm> (version française).

⁶⁵⁴ Par exemple la logique trivalente, floue ou autoépistémique. Pour une application de ces logiques au droit, cf. Diebolt 1994, *op. cit.*

⁶⁵⁵ D. de Béchillon 1997, *op. cit.*, p. 217.

⁶⁵⁶ Cette question n'est pas théorique. Par exemple, la question est fréquemment posée concernant le pouvoir des experts auprès des tribunaux judiciaires. En théorie l'avis de l'expert ne lie pas le juge ; en pratique,

3. *L'existence du commandement engage une partition binaire du licite et de l'illicite et se résume finalement en ses termes.* A cette conception nous pouvons opposer, selon la même démarche que Raz, la distinction entre l'utile et l'inutile au niveau de l'individu. Ainsi du tableau suivant, basé sur un calcul utilitariste :

CALCUL	ESTIMATION	ACTION
$I+I < 2$	<i>Proximité de l'autre = - ressources ou + danger</i>	<i>Compétition</i>
$I+I = 2$	<i>Maintien</i>	<i>Coexistence</i>
$I+I > 2$	<i>Proximité de l'autre = + ressources ou - danger</i>	<i>Coopération</i>

Rousseau disait : *que les chasseurs s'associent et ils pourront traquer le cerf, quand un chasseur isolé ne prendra que des lapins.* La conscience que la coopération engendre un bénéfice personnel supérieur aux sacrifices de proximité est le ciment des relations sociales⁶⁵⁷. Précisons que cet utilitarisme se doit d'être encadré par une perspective constructiviste complexe, qui nous autorisera des stratégies plus subtiles (comme la notion de sacrifice) en fonction de buts plus globaux que pourra par la suite se fixer l'individu.

Ces précisions liminaires définies, nous pouvons désormais proposer une autre typologie des normes. Bien qu'elle soit sommaire - nous en donnerons une critique in fine -, nous pourrions néanmoins faire grâce à elle face à de nombreuses difficultés que nous pose la régulation d'un ensemble d'éléments complexes sur le long terme. Pour en rendre compte, nous utiliserons de nouveau à titre de comparaison les langages de programmation informatique.

En informatique, la programmation classique fait appel à une distinction qui n'est pas sans évoquer celle de l'être et du devoir-être : la *donnée* et le *code*. Le code est un instruction (addition, soustraction, p. ex.) la donnée est une valeur numérique, qui symbolise tout type de donnée réelle : image, son, et bien sûr nombre⁶⁵⁸. Ainsi fondamentalement, un ordinateur exécute une séquence d'instructions qui lui permettent de manipuler des données. Excepté dans certains cas de programmations connexionnistes, la donnée est ainsi séparée du code.

les jugements suivent de très près les conclusions d'expertises, ce qui non seulement facilite leur motivation, mais de plus les rend difficilement cassables. De surcroît, elles permettent parfois au juge de cautionner un état de fait relativement consensuel entre les parties. Par exemple en droit du travail : cf. Pierre-Paul van GEHUCHTEN, « Intérêt de l'entreprise, expertise et contrôle juridictionnel », *Revue Droit et Société* n° 6, Paris, LGDJ, 1987, p. 215-232 ; également Ch. RESTIER-MELLERAY, « Experts et expertise scientifique. Le cas de la France », *Revue française de science politique*, vol. 40, n° 4, 1990 ; P.-P. DIVET, P. KEMP et G. THILL, « Le rôle social de l'expert et de l'expertise », *Esprit*, n° 10, 1980, p. 55-67 ; D. MEMMI, *Les gardiens du corps. Dix ans de magistère bioéthique*, Paris, EHESS, 1996, chap. 9 : « Les précautions du censeur » ; CRESAL (éd.), *Les raisons de l'action publique entre expertise et débat*, Paris, L'Harmattan, 1993 ; O. HENRY, « Entre savoir et pouvoir. Les professionnels de l'expertise et du conseil », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 95, 1992, p. 37-54 ; J. CHEVALLIER, « L'entrée en expertise », *Politix*, n° 36, 1996, p. 33-50.

⁶⁵⁷ Le raisonnement inverse est aussi valide : si nous n'avons pas intérêts à nous associer, nous agissons pour notre compte. Ce type d'association, que connaissent de nombreuses espèces animales, est considéré comme le préalable indispensable à une division du travail, qui constitue une étape plus évoluée.

⁶⁵⁸ Prenons l'exemple simple d'un programme consistant à afficher l'heure. Nous pourrions utiliser deux données, le minutes et les secondes (qui sont appelées *variables*). Puis par le biais d'une séquence de codes adéquats, nous donnerons à l'ordinateur instruction d'incrémenter la variable des secondes toutes les secondes (les ordinateurs possèdent une horloge interne qui permet cette opération). D'autres instructions permettront de calculer les minutes, et d'autres encore l'affichage à l'écran du résultat.

Il en est de même pour les normes. Nous avons vu *supra* que celles-ci constituent des *connaissances actionnables*. A ce titre, nous pouvons en distinguer deux sortes : ce que nous nommerons les *normes procédurales* et les *normes substantives*. Cette distinction n'est pas sans rappeler les règles de fond et les règles de forme, tout comme elle évoque la distinction qu'opère Simon entre rationalité substantive et procédurale ; de fait il s'agit d'en faire une synthèse.

- La norme procédurale pourrait s'assimiler à une règle de fond, à ceci près qu'une règle de fond est dotée d'une téléonomie au moins implicite (par exemple : les règles de forme tendant au respect du contradictoire ont toutes pour point commun de concourir à l'émergence de la vérité et au respect des droits de la défense). Une norme procédurale peut être entendue dans un sens plus large, comme **une simple règle définissant un processus**, mais sans dimension téléologique particulière. C'est ainsi qu'il est possible de ranger le rite (répétition d'actes dans un contexte rigide et sans but apparent) dans le champ des normes procédurales - que l'on pourrait nommer *procédurales pures*. En termes informatiques les normes procédurales sont assimilables à du code, car elles influent sur le comportement ; elles déterminent des *processus*.
- La norme substantive est proche de la règle de fond. Elle sert, quant à elle, à déterminer les valeurs. Par exemple, la norme fixant à 19,6% le taux de TVA. Ou celle déterminant le taux du ressort de grande instance à 50.000 francs. Ce sont des normes qui ne fixent que des *valeurs* (les variables, selon notre métaphore informatique).

En pratique, on retrouve peu de normes substantives ou procédurales à leur état brut. Les deux dimensions sont fréquemment entremêlées, ne serait-ce qu'au sein de la hiérarchie normative. Par exemple, les articles 1384 et s. du Code civil qui déterminent la responsabilité sans faute constituent une norme procédurale. Elle détermine un processus, qui va à son tour en déterminer d'autres (évaluation du préjudice), qui parfois fixeront des valeurs (taux d'indemnisation), parfois d'autres processus (responsabilité de l'assureur).

Le génie du droit consiste en ce savoir immanent qu'à l'instar de la programmation connexionniste, **processus et valeurs sont intimement liés**. Enoncer le principe que le dernier mot revient toujours à l'accusé est une manière de présenter les arguments en sa faveur, ce qui influe nécessairement sur la teneur du jugement⁶⁵⁹.

L'intérêt de cette distinction se situe au niveau de l'évaluation des chances de pérennité d'une norme. En règle générale, **une norme procédurale est plus pérenne qu'une norme substantive**. La raison en est que même si sa pertinence vis-à-vis du contexte décline, il est toujours possible d'agir sur les valeurs qu'elle ne manquera pas d'influencer. C'est parce qu'il contient un grand nombre de normes procédurales que l'on peut expliquer la grande stabilité du Code civil français, notamment en ses articles de normes procédurales pures⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ Les juristes romains avaient déjà remarqué que l'argumentation qui marque le plus l'esprit du public est celle qui a été apportée par le dernier orateur.

⁶⁶⁰ A.-J. Arnaud a donné des principaux d'entre eux une représentation graphique dans son *Analyse structurale du Code civil français*, *op. cit.* Ces articles sont restés inchangés car à de rares exceptions près, il a

Sur le plan pratique, les normes procédurales ont montré leur efficacité. Encore faut-il, pour être tout-à-fait rigoureux, ajouter une distinction entre celles qui sont dotées ou non de fins, explicites ou non.

La plupart des normes énoncées dans les démocraties modernes sont mêlées de procéduralité et de substance. On s'assure ainsi un pilotage étendu du processus décisionnel au niveau judiciaire, puisque le juge se trouve encadré au niveau formel et matériel. D'où résulte une rigidité de l'appareil normatif qui explique en partie l'accroissement de la complexité du couple droit-société. Mais nous trouvons ici aussi l'explication de la raison pour laquelle, comme le relevait J. Miermont (cf. p. 274), le rituel réussit là où la norme classique échoue. Nous entrevoyons ici une raison tout-à-fait systémique : le rituel constitue une norme procédurale pure. Le choix de la substance des messages est laissé à la discrétion des individus complexes. Ils sont ainsi libres de fixer des valeurs ou d'autres processus qui rendront possible le maintien de la communauté. C'est en provoquant la rencontre et l'échange que le rituel, sorte de médiateur impersonnel et transcendant, permet l'émergence de la compréhension.

Mais il convient que toute norme, si procédurale soit-elle, est créée dans l'optique de réaliser au moins une fin. Ce type d'approche basé sur la légistique permet donc d'assurer l'adéquation des tactiques normatives avec les stratégies globales, même si celles-ci sont sous-tendues par un projet commun paradoxal. Celui-ci, en effet, s'impose rarement comme allant de soi.

Conclusion partielle : la commande, un paradigme de domination

Les stratèges du maintien de l'ordre social ont longtemps invoqué la commande autoritaire et hiérarchique comme unique moyen de régulation. Pire, nous avons vu que les hommes tendent, pour plus d'efficacité, à se cacher à eux-mêmes la nature consensuelle des normes qu'ils ont eux-mêmes instaurées.

Transposée dans les termes politiques qui ont cours de nos jours, la commande s'assimile au droit porté en avant par les partisans de la mondialisation et de la libéralisation des échanges, opposés tenants d'une régulation non plus autoritaire, mais plus fondamentalement respectueuse de l'Individu. Ce sont des revendications du développement de l'un en accord avec le multiple, autrement dit des revendications de complexité⁶⁶¹.

toujours été possible, pour les adapter, de fixer des règles plus spécifiques, mêlant parfois procédure et substantivité, pour contrer leurs éventuels excès.

⁶⁶¹ Cette complexité présentes de nombreuses facettes : « *Après avoir obtenu les droits politiques, puis les droits sociaux, les citoyens réclament une nouvelle génération de droits, cette fois collectifs : droit à la paix, droit à une économie solidaire, droit à une nature préservée, droit d'accès aux biens communs de l'humanité, droit à l'information, droit au développement des peuples...* » (*Penser le XXIe Siècle*, Manière de voir n°52, Ed. spéciale du *Monde diplomatique*, juillet-août 2000).

§2. Affronter le paradoxe du projet commun : unifier pour re-différencier

S'il n'est pas guidé par des contraintes unanimement acceptées, un projet commun est un objet condamné à être paradoxal.

Comment pourrait-il y avoir un bien commun ? Ce mot se contredit lui-même.

Ce qui peut être commun n'a toujours que peu de valeur.

Nietzsche, *Par-delà le bien et le mal*

Le modèle du *melting pot* américain fut pendant longtemps considéré comme l'exemple parfait d'un projet commun, qui agrégeait indistinctement les races et les cultures. Mais les termes en restaient flous : l'opportunité, la conquête de vastes espaces vierges, consacraient de fait l'exacerbation de toutes les ambitions personnelles et tous les rêves de puissance. C'est ainsi que l'ensemble pouvait se constituer, de par la focalisation de toutes les énergies individuelles. L'*unitas multiplex* constitua le fondement mythique du rêve américain. Mais l'espace vierge n'est pas indéfiniment extensible. Que se passa-t-il quand tout le territoire fut occupé ? De fédératrice qu'elle était, l'*unitas multiplex* devint différenciatrice. Et le mythe de l'individualisme exacerbé, qui avait si longtemps uni ces hommes, est désormais en train de les diviser⁶⁶². Le modèle d'intégration sociale devient parangon de ségrégation économique.

La trajectoire de l'*unitas multiplex* américaine met en lumière les différents facteurs qu'il faut prendre en compte pour la régulation des ensembles complexes : l'histoire et la flèche irréversible du temps, la rationalité et les mémoires individuelles et collectives, le rôle de l'environnement. Si les nombreux et violents soubresauts de l'histoire européenne y ont fait émerger la conscience d'une nécessaire unification⁶⁶³, le mouvement semble inverse outre-Atlantique. L'Amérique tend plus que jamais, globalisation aidant, à promouvoir son modèle économique et socioculturel, au mépris des particularismes régionaux et malgré son potentiel autodestructeur⁶⁶⁴.

Au regard d'un modèle comme celui que nous avons proposé, cette fuite en avant procède d'une double raison : d'une part, tant que le modèle américain n'est pas totalement

⁶⁶² Exemple parmi d'autres, les villes américaines se balkanisent, la fracture sociale s'élargit, les institutions publiques s'effacent. On assiste à l'émergence de villes dans les villes, cités privées régies par leur propre réglementation, usages, système de taxes, éducation, soins, et gardées par des milices elles aussi privées. « *En effet, même si la Constitution interdit toute discrimination explicitement fondée sur la race ou sur la religion, les cités privées encouragent la constitution d'habitats racialement et socialement homogènes et accroissent donc la fragmentation nationale. Déjà, l'existence de communautés protégées par des barrières (gated communities) et les projets visant à en multiplier le nombre ont dressé des quartiers les uns contre les autres, aboutissant souvent à de coûteux procès qui mettent en cause la légalité d'une telle évolution.* » Robert LOPEZ, « Un nouvel apartheid social. Hautes murailles pour villes de riches » in *Le Monde diplomatique*, Mars 1996, page 1-12.

⁶⁶³ Aidée également, il faut bien le dire, par la volonté de contrer le leadership américain. En ce sens, l'Europe aurait une unification de retard par rapport à l'Amérique. On peut néanmoins douter que cette volonté politique soit le reflet d'une réelle préoccupation des citoyens, comme en témoigne la fascination toujours vivace en Europe pour le modèle social américain (cf. I. Ramonet, « L'Amérique dans les têtes », *op. cit.*).

⁶⁶⁴ Sur les dangers du modèle d'optimisation du profit individuel à court terme, cf. notre modèle en demi-volcan présenté p. 278.

globalisé, il reste valide et agit au plus grand profit du pays qui est à sa tête, et qui n'est autre que les Etats-Unis (il s'agit de pousser à son terme la logique de la construction « contre » - 1) ; d'autre part, une fois ce modèle globalisé, il sera toujours loisible aux Etats-Unis de proposer son alternative complexe pour faire face au paradoxe de la globalité (2), rôle dans lequel ils pourront rester, de par leur situation économique, prépondérants.

1. Logique des constructions « contre », ordres désordonneurs

Le plus ancien des modèles de projet commun consiste à se grouper pour s'opposer à d'autres. La logique identitaire, en opposant l'unité interne à la diversité externe, enferme les sujets dans un cercle hermétique dont il devient quasiment impossible de sortir. La globalisation doit alors se baser sur des projets fondamentalement ambigus.

La cohésion sociale est due en grande partie à la nécessité pour une société de se défendre contre d'autres. C'est d'abord contre tous les autres hommes qu'on aime les hommes avec lesquels on vit.

Bergson,

Les deux sources de la morale et de la religion

Dans une étude consacrée au droit d'asile en Suisse, L. Parini⁶⁶⁵ montre qu'il peut être plus fructueux de faire appel aux représentations de la modélisation systémique qu'aux classiques conceptions ensemblistes identitaires pour rendre compte de l'évolution d'une société moderne dans ses rapports avec les autres. En se basant sur le mode de représentation de N. Luhmann consistant à interpréter le système politique comme système de communication, on peut proposer une grille de lecture d'une « politique des politiques d'asile ». Le droit d'asile, en effet, dépend directement de la perception des étrangers par les nationaux. L'évolution de ce droit suit souvent de peu celle de ces perceptions, variant au gré des politiques cantonales. On constate aussi la formation sociale de « résistances » à telle ou telle de ces politiques : résistances qui vont susciter de nouveaux processus d'autopoïèse transformant ces politiques et faisant émerger les systèmes de valeur

auxquels elles se réfèrent.

Face à la menace d'un désordre, le paradigme ensembliste identitaire conclut à la nécessité logique de renforcer cette identité, quitte à amplifier la xénophobie qui ne manque pas de s'ensuivre. L'utilisation des méthodes de la modélisation systémique amène L. Parini à une conclusion tout à fait opposée, car elle tient compte des effets pervers induits par répression ou le repli identitaire.

En effet, si l'on utilise le bras séculier du droit pour réduire le désordre, il est souhaitable de ne pas provoquer un contre-effet à long terme plus important que l'effet direct visé à court terme. Or en l'occurrence, la logique identitaire se présente comme une « construction contre », c'est-à-dire que l'on incite chaque agent du système social à renforcer sa différenciation de ce qui est interne et externe au groupe auquel il appartient. Dans un premier temps il est vrai, cette construction « marche ». Le groupe renforce son identité, sa cohésion. Une politique de schismogénèse symétrique (cf. développement de cette notion

⁶⁶⁵ L. PARINI, *La politique d'asile en Suisse. Une perspective systémique*, Paris, L'Harmattan, 1997, 223 p.

p. 270) est donc localement et rapidement efficiente.

Mais c'est par la suite que le paradoxe de « l'identification provoquée » se manifeste, et de manière difficilement réversible. Considéré de manière globale, le système social voit s'accroître ses différences, et donc ses dissensions internes. On peut exclure l'autre, mais on ne peut exclure l'Autre (le Grand Autre de Lacan, la société globalisée dont tout individu fait partie). Et comment réagira l'Autre au repli identitaire ? Il y a de fortes chances que l'on aboutisse à une schismogénèse mimétique selon un schéma typiquement batesonien, débouchant ainsi sur une extension du conflit social. J. Attali utilisait la métaphore énergétique en décrivant les sociétés comme rejetant l'entropie à leur extérieur ; cette métaphore est localement utile, mais trop limitée pour permettre de mener une politique à un échelon global. C'est pour accéder à un tel échelon que L. Parini propose d'introduire le concept « *d'Etat acceptable* », capable de générer des « *stratégies complexes et paradoxales* »,... conciliant des points de vue radicalement opposés en augmentant « *la variété des réponses possibles du système* » et en pensant la politique « *en terme de liens plutôt qu'en terme de disjonction* »⁶⁶⁶.

Si l'on prolonge la notion d'Etat acceptable, on est cependant amené à constater que le changement de paradigme n'implique pas nécessairement de changement de politique.

D'une part parce que les calculs des sujets nationaux sont souvent loin d'être désintéressés : on ne conçoit pas l'étranger et sa culture comme une richesse, mais comme un facteur d'appauvrissement (« ils viennent piller nos richesses »). On assimile l'autre à la société à laquelle il appartient, avec ses qualités et ses travers. L'admiration, la haine, le mépris ou l'indifférence peuvent ainsi se reporter, d'autant plus aisément que ce comportement est généralisé⁶⁶⁷. Aussi est-il difficile d'établir un lien sincère et durable entre des populations qui ne se connaissent que par globalité interposée⁶⁶⁸. La reliance proposée par la globalité n'est pas nécessairement une reliance efficace tant qu'elle n'a pas été réappropriée, internalisée, par les sujets eux-mêmes. Par exemple, l'anathème porté contre les thèses révisionnistes ou négationnistes, s'il a effectivement nivelé les discours, n'a pas pour autant fait disparaître leurs causes. D'affiché, le racisme se fait codé, implicite, rampant⁶⁶⁹. Faute d'attaquer le problème à sa racine, la prohibition n'engendre que des effets pervers.

⁶⁶⁶ *Op. cit.*, p. 202.

⁶⁶⁷ La mimesis interne produit en revanche une schismogénèse complémentaire qui renforce certains traits de caractère individuels. Par exemple, le repli sur soi. « *Ici, les gens n'expriment aucune chaleur humaine. Ni sympathie ni coup de colère. Ils sont complètement refermés sur eux-mêmes, sans capacité d'ouverture aux autres.* », dit une Française d'origine algérienne au contact de la société autrichienne, in Pierre DAUM, « Xénophobie à l'autrichienne », *Le Monde diplomatique*, octobre 1998, p. 11, <http://www.monde-diplomatique.fr/1998/10/DAUM/11214.html>.

⁶⁶⁸ Sur les résurgences récentes du racisme en France après l'embellie temporaire de la Coupe du Monde de football en 1998, et les difficultés pour juguler ce phénomène à l'échelon national, cf. p. ex. *Le Monde interactif*, 19 mars 2000, <http://www.lemonde.fr/article/0,2320,47010,00.html>.

⁶⁶⁹ Ce phénomène n'est pas limité à la France, il s'étend à l'échelon européen. « *Les observateurs de la vie sociale s'inquiètent de la montée d'un racisme plus « voilé » que « flagrant », plus complexe dans ses manifestations.* » M. LAFITTE, « Du racisme en Europe », *Le Monde diplomatique*, mars 1999, p. 31, <http://www.monde-diplomatique.fr/1999/03/LAFITTE/11800.html>.

Mais d'autre part, et c'est là une des sources du paradoxe que nous développerons *infra*, le racisme est peut-être un prix à payer pour que les inégalités ne se creusent pas trop vite au niveau mondial. Dans la mesure où la connexion interculturelle favorise les transferts de richesses et de populations au niveau mondial, la conséquence la plus prévisible d'une ouverture des frontières serait une marginalisation renforcée du tiers-monde, par un phénomène similaire à celui connu depuis Marx sous le nom de *concentration* : concentration du capital et, par voie de conséquence, des populations. Quelles en seraient alors les conséquences ? En l'état actuel des conceptions, et au vu de la facilité avec laquelle se mettent en place les réflexes xénophobes, on ne peut que prévoir une explosion d'un racisme déjà solidement implanté. Tout se passe de fait comme si la xénophobie actuelle agissait comme un vaccin lent contre une forme plus ouverte et radicale de violence future.

Les rapports dialogiques de l'amour et de la haine sont comparables à ceux des passions et des intérêts, qui agitèrent l'esprit des Lumières jusqu'à la moitié de notre siècle. Comme le note Albert O. Hirschmann, la victoire de l'un annonce le retour tonitruant de l'autre⁶⁷⁰. Mais cette alternance historique n'est pas entièrement due, comme il le prétend, à un « *manque de mémoire manifeste* » des hommes. On peut y voir le simple effet systémique de ce que J.-L. Le Moigne nomme « *l'inculture épistémologique* » des hommes de sciences, qui les mène, en vertu de la fascination qu'exerce sur eux la technique, à ignorer les recommandations de la Science, celle qui se pense en même temps qu'elle pense le monde⁶⁷¹.

Nous l'avons suggéré concernant l'unitas multiplex, une régulation voulue stable et efficiente se doit d'intégrer une dimension dialogique ; il ne s'agit plus de réprimer les passions, mais de les articuler avec les intérêts au sein d'une régulation qui, toujours, laisse le champ des possibles le plus ouvert compte tenu des contraintes environnementales.

Mais il est peu probable qu'une globalisation se fonde sur de telles bases. L'articulation dialogique se réalise déjà. D'un côté le Nord riche et le Sud pauvre. La domination coloniale fondée sur des règles iniques et la négation de la dignité des populations autochtones a fait place à une forme bien plus efficace car dissimulée, de domination. L'heure de l'indépendance est venue, mais pas celle de l'autonomie. Après avoir fait jouer à son profit le différentiel militaire, l'Occident met désormais à profit son différentiel culturel⁶⁷². La

⁶⁷⁰ « En effet, dès le triomphe de l'esprit du capitalisme - lorsque dans l'Europe relativement pacifique et sereine des années qui suivent le Congrès de Vienne tout se passe comme si celles-ci s'étaient complètement éteintes - le monde nouveau sera jugé vide, mesquin et d'un ennui accablant. (...) Or aucune de ces critiques explicites ou implicites du capitalisme ne tient compte comme il le faudrait du fait qu'hier encore le monde des passions, ce monde du « libre épanouissement » de la totalité des facultés humaines, était considéré lourd de menaces contre lesquelles il importait de se prémunir dans toute la mesure du possible. » A. O. Hirschmann, *Les passions et les intérêts*, op. cit., p. 119.

⁶⁷¹ « Puisque les conventions du réductionnisme et de la pensée disjonctive se tiennent pour justifiées par leur unique et ambitieux projet, "Ordre et Progrès", quelle autre légitimation les citoyens pouvaient-ils leur demander ? D'autant plus, observe H.A.Simon, prix Nobel d'économie, que pendant un demi-siècle, ces conventions que l'on réunit ici sous la bannière de leur famille, les positivismes, ne furent pas confrontées à de alternatives épistémologiques solidement argumentées dans les cultures modernes : faute de mieux, elles subsistaient, bien protégées dans quelques forteresses académiques. » (J.-L. Le Moigne, « Complexité et citoyenneté, science et société », op. cit.).

⁶⁷² L'Occident se fascine également à l'intérieur de lui-même, puisqu'aujourd'hui nul ou presque ne semble avoir plus d'yeux que pour la toute-puissante Amérique. A cet égard, cf. Ignacio RAMONET « Un

domination par la force a laissé la place à la domination par la fascination pour un mode de vie éminemment paradoxal : le dominé admire le dominant sans se douter, ou sans vouloir s'avouer, que pour que cette fascination soit efficiente il faut qu'il y ait un dominant et un dominé. C'est, à en croire Pierre Clastres, un signe de modernité⁶⁷³.

La spécularité, et avec elle les normes procédurales qui y font appel, se révèle donc être un mécanisme à manier avec prudence. Elle agit de fait comme un amplificateur, un outil globalisateur qui une fois mis en place, peut être quasiment impossible à supprimer puisqu'il se présente comme le pilier de l'ordre global, et que le remettre en question nécessiterait de repenser tout cet ordre d'un seul coup. Nous l'avons vu avec le modèle d'Ising, à certaines conditions de température et de pression les molécules corrélées sont extrêmement versatiles, mais si elles sont trop corrélées le système se fige.

La métaphore du modèle d'Ising est là encore utilisable comme cadre théorique d'une population d'individus spéculaires. Soit une population qui décide de gérer ses affaires (la distribution et les transferts des richesses selon deux rationalités : l'une égoïste (les individus mettent en avant leur intérêt propre dans leurs transactions), l'autre altruiste (les individus mettent en avant l'intérêt de l'autre dans leurs transactions)). Le scénario le plus probable est celui de la globalisation de l'équilibre de Nash (optimisation du gain personnel). En effet, l'individu autonome assure spontanément son existence avant de s'enquérir de ce qui l'environne. Ce n'est qu'à un niveau de conscientisation sociale plus élevé qu'il est à même d'appréhender le groupe comme valeur première. Il n'est donc pas étonnant que l'accord se fasse sur la base du plus petit dénominateur commun : l'égoïsme. Mais le modèle risque de devenir obstacle : corrélés au sein d'un réseau qui favorise l'égoïsme (celui qui joue la stratégie de Nash pénalise celui qui ne la joue pas), les individus immobilisent leurs systèmes de relations sur cet équilibre *a minima*. En termes de température, nous pourrions dire que la température métaphorique du modèle baisse. La complexité du modèle s'appauvrit (sans pour autant que la richesse des transactions soit altérée. Rappelons qu'il ne s'agit que d'harmoniser les stratégies de transactions, et non les transactions elles-mêmes).

On peut donc avancer la conjecture que quand un ordre construit est assez simple pour être largement applicable mais assez complexe pour que ses effets directs soient limités par ses effets pervers, il devient quasiment impossible d'évoluer vers un ordre plus complexe, même s'il est préférable. Tandis que la « descente » d'un ordre élaboré vers un ordre plus

délicieux despotisme », *L'amérique dans les têtes*, *Le Monde Diplomatique*, mai 2000, <http://www.monde-diplomatique.fr/2000/05/RAMONET/e3.html>.

⁶⁷³ « *Quand, dans la société primitive, l'économie se laisse repérer comme champ autonome et défini, quand l'activité de production devient travail aliéné, comptabilisé et imposé par ceux qui vont jouir des fruits de ce travail, c'est que la société n'est plus primitive, c'est qu'elle est devenue une société divisée en dominants et dominés, en maîtres et sujets, c'est qu'elle a cessé d'exorciser ce qui est destiné à la tuer : le pouvoir et le respect du pouvoir. La division majeure de la société, celle qui fonde toutes les autres, y compris sans doute la division du travail, c'est la nouvelle disposition verticale entre la base et le sommet, c'est la grande coupure politique entre détenteurs de la force, qu'elle soit guerrière ou religieuse, et assujettis à cette force.* » On peut se demander si cette présentation n'inverse pas les causes et les effets : « *La relation politique de pouvoir précède et fonde la relation économique d'exploitation. Avant d'être économique, l'aliénation est politique, le pouvoir est avant le travail, l'économique est une dérive du politique, l'émergence de l'Etat détermine l'apparition des classes.* » Pierre CLASTRES, *La société contre l'Etat, recherches d'anthropologie politique*, Paris, Ed. de minuit, 2000, 192 p.

intuitif est bien moins improbable⁶⁷⁴.

Cette conjecture pourrait constituer une explication de la permanence des Etats nation, de la difficulté de l'édification d'un droit international et des difficultés à concevoir des régulations globales. On peut à cet égard citer le cas de l'écologie.

2. De l'inconcevable projet global : les avatars de la « régulation écologique »

La gestion viable des biens planétaires soulève à elle seule tous les paradoxes de la régulation juridique. Mais en déplaçant l'enjeu global du projet de l'homme vers la préservation de son environnement, elle constitue peut-être un des seuls projets capable de libérer le droit du modèle-obstacle de l'anthropomorphisme. Reste à construire une volonté collective...

La gestion par l'homme de ses ressources naturelles pose au droit des problèmes qui relèvent du paradoxe (a). C'est pourquoi différents scénarios ont été envisagés pour tenter d'éviter une catastrophe écologique irréversible. On peut envisager un modèle fondamentaliste (b) radical, qui par ses excès peut justifier un scénario autoritaire mais éclairé (c) qui concurrence des modèles démocratiques plus mous (d).

La science a fait
de nous des dieux
avant que nous
méritions d'être
des hommes.

Jean Rostand

a. *La régulation écologique, paradoxe pour le droit*

Comme l'avait annoncé le géochimiste russe W. Vernadsky, l'homme est en peu de temps devenu une véritable « force géo-physiologique », capable de véritablement « consumer » sa planète. Plusieurs facteurs concourants amplifient ce phénomène de destruction globale et organisée : la valorisation de la rareté, le mythe du bien-être par le progrès technique, l'ignorance maintenue des conséquences scientifiques de retombées industrielles diverses, la gestion démocratique dont le temps d'action se limite à une législature⁶⁷⁵, la non visibilité de certaines retombées comme la radioactivité, la capacité de la nature à absorber des pollutions ou à ne les rendre visibles qu'après un long moment, la démographie planétaire...

Ce constat a conduit à la scission de la pensée de la régulation globale : des gens identifiés comme écologistes se sont trouvés opposés à ce que L. Dumont a nommé l'*idéologie économique*⁶⁷⁶, à savoir une conception mercantilisée de l'homme et de ses

⁶⁷⁴ Un exemple d'équilibre entièrement basé sur un altruisme méthodologique nous est fourni par P. Clastres (*op. cit.*) « les Guayaki s'interdisaient, par un système de tabous, de pouvoir s'assumer seuls, et ce dans l'unique fin de pouvoir développer l'échange, le don et le contre-don : le chasseur ne peut pas manger de son gibier, il nourrit les autres par sa chasse et se nourrit de la chasse des autres. De la même manière si la femme s'approprie le panier et l'espace du camp, tandis que l'homme se réserve l'arc et la forêt, c'est pour qu'ils inscrivent leurs expériences dans le cadre d'un régime d'échanges équilibrés qui soudent la communauté ».

⁶⁷⁵ Le « temps », c'est-à-dire l'horizon décisionnel d'un décideur, est par définition égal à la durée de son mandat électoral ; au-delà de ce dernier, tout le bénéfice d'une décision risque d'échoir à son successeur. Cette propriété favorise les décisions spectaculaires dont les effets ne se font ressentir qu'à court terme.

⁶⁷⁶ L. Dumont 1991, *op. cit.*, mais aussi *Homo aequalis, I. Genèse et Epanouissement de l'idéologie*

relations avec le monde. Selon lui, « *l'ordre civil repose sur les droits des individus, lesquels sont principalement perçus comme des producteurs. Le cycle des activités économiques, celui de la production, des échanges et de la consommation, est alors réputé indépendant tant vis-à-vis de la nature que des autres dimensions de la société* ». Ce malentendu remonte à A. Smith, conforté par l'idéologie néolibérale : de l'affirmation par l'auteur de *La richesse des nations* que les cycles des activités économiques sont distincts des autres, les économistes classiques ont cru pouvoir dériver des modèles dans lesquels les ressources naturelles sont considérées comme *surabondantes* ou *inépuisables*. La nature apparaît *inaltérable*, *indestructible* ou *impérissable*. J.-B. Say utilisait un argument tiré du droit même : les choses naturelles sont gratuites (principe de gratuité des *res nullius*), parce qu'elles ne sont ni multipliables ni épuisables⁶⁷⁷.

Il en est résulté qu'amplifiée par la montée de l'individualisme, cette idéologie s'est imposée de fait et sans concertation particulière, puisqu'elle favorisait un enrichissement généralisé et illimité.

Ce modèle ne pouvait buter que sur une limite : la disponibilité effective des ressources naturelles. A l'instar du pétrole, nous savons désormais que certaines ressources sont épuisables et disponibles en quantité limitée, et qu'ainsi leur consommation aujourd'hui privera les éventuels utilisateurs de demain. La situation est pour certains d'autant plus préoccupante qu'il apparaîtra alors clairement que certaines populations pourront subvenir à leurs besoins, tandis que d'autres connaîtront la famine : à défaut d'une fin brutale, c'est une fin dans la brutalité que risque de connaître le modèle de l'enrichissement personnel illimité fondant le libéralisme. Contre cette perspective catastrophiste rendue plausible par un certain nombre de travaux scientifiques⁶⁷⁸, de nombreux courants de pensée se sont formés : économie équitable, solidaire, bioéconomie⁶⁷⁹...

Leur objectif est de proposer des moyens destinés à restaurer l'adéquation entre les ressources et leur exploitation. « *L'approche bioéconomique ne vise pas à naturaliser les comportements humains, mais à tenir compte de leur insertion dans un contexte naturel aussi bien que social et éthique* »⁶⁸⁰.

Une démarche dont pourrait s'inspirer la théorie juridique : en séparant être et devoir-être, droit et non droit, la norme se trouve décontextualisée et incapable de faire jouer les mécanismes d'ajustement nécessaires quand les conditions qui ont présidé à son émergence sont devenues caduques. L'écologie présente au droit un enjeu majeur : la nécessité d'inclure

économique, Paris, Gallimard, 1985.

⁶⁷⁷ Cité par D. Bourg in *Les scénarios de l'écologie*, Paris, Hachette, 1999 ; ouvrage dont est tirée une grande partie de la synthèse qui suit.

⁶⁷⁸ Cf. p. ex., pour un panorama : S. FRONTIER et D. PICHOD-VIALE, *Ecosystèmes. Structure, fonctionnement, évolution*, Paris, Masson, 1993, pp. 215 s.

⁶⁷⁹ Pour un état constamment actualisé de ces problématiques en mouvement, on peut consulter un site fédérateur animé principalement par les Verts en France, à la suite des Etats Généraux de l'écologie politique : <http://www.etatsgeneraux.org>.

⁶⁸⁰ D. Bourg, *op. cit.*, p. 26 s.

dans la norme la condition de sa propre désuétude, de penser la mutation de son propre objet. C'est directement au paradoxe caché du droit, celui de sa disparition à l'horizon de sa perfection, que s'adresse la question de la place de l'homme dans son environnement naturel.

Mais quel scénario proposer pour démystifier la si confortable idéologie de l'individu autonome et suffisant, et introduire la nature comme acteur à part entière de la régulation globale ?

b. *Le modèle fondamentaliste*

La deep ecology considère la nature comme un être juridique à part entière. Position critiquée pour son négativisme anthropologique.

Une position radicale consiste à tirer la nature hors de son statut de *res nullius* et à lui conférer une existence juridique à part entière⁶⁸¹. Pour réfuter l'anthropocentrisme, l'écologie radicale se base sur quatre propositions :

- *la nature possède une valeur intrinsèque* ; soit juridiquement et économiquement, soit en elle-même, dans un sens presque transcendant puisqu'il est antérieur et dépasse celui de l'homme. Position un peu surprenante qui postule qu'une valeur est attachée à une chose avant même que quelqu'un ne l'ait énoncé, ce qui constitue un *en soi* philosophique⁶⁸².
- *il existe un ordre inhérent à la nature qui s'impose à l'homme* ; cette proposition est équivalente à la proposition de notre modèle qui lie l'homme à son environnement naturel par un lien causal, à ceci près que ce lien s'entend à double sens, dans ce modèle.
- *la nature in globo représente une valeur prééminente aux artefacts* ; cette proposition est destinée à renverser les mécanismes d'attributions de valeur économique. La destruction d'une forêt ne pourrait plus, avec ce principe, être comptabilisée comme richesse dans le calcul du PIB.
- *tous les êtres vivants sont libres et égaux en droit* ; certaines conceptions holistes de l'écologie radicale comptent également les espèces comme sujets de droit. Une position qui recoupe les notions de *communauté ethnique* et d'*humanité* reconnues par les droits de l'homme.

Selon Aldo Leopold, considéré comme le père fondateur de la *deep ecology*, « une éthique de la Terre fait passer l'*Homo sapiens* du rôle de conquérant de la communauté-terre à celui de membre et citoyen parmi d'autres de cette communauté. Elle implique le respect des autres membres, et aussi le respect de la communauté en tant que telle »⁶⁸³. Arne Naess, autre

⁶⁸¹ F. Ost l'a nommée *Nature-sujet*, par opposition à son statut antérieur de *Nature-objet*. Une position alternative à celle de *Nature-projet*. Cf. François OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », 1995, 346 p.

⁶⁸² Que ne reniera cependant pas le droit naturel, qui part du même principe en ce qui concerne les règles morales.

⁶⁸³ Cité in D. Bourg, *op. cit.*, p. 37.

figure de ce mouvement, dénonce les contradictions et les lâchetés de l'individualisme moderne et prône le « combat contre la pollution et l'épuisement des ressources, ayant comme objectif central la santé et l'opulence des populations dans les pays développés ».

Naess propose cependant des modérations à l'écologie radicale. Selon lui l'homme n'est pas *dans*, mais plutôt *avec* l'environnement. Il ne sert à rien de nier sa nature anthropocentrique, mais plutôt d'en canaliser les énergies destructrices, afin de maintenir la biodiversité (sans pour autant cautionner une éventuelle exploitation sociale au nom de cette dernière). Naess a été parmi les premiers à considérer la biosphère comme le système des systèmes et à en faire découler une éthique souvent complexe.

Selon Naess, le droit n'est pas naturel, mais déterminé et délimité par la nature. La nature fonde la société des hommes en ce qu'elle lui sert de base et de limite matérielles.

Malgré leurs bonnes intentions, on a reproché aux promoteurs de la *deep ecology* le paradoxe inhérent à leur position consistant à attribuer une personnalité juridique à un élément naturel qui par définition ne correspond pas à la définition de la personnalité, à commencer par l'intentionnalité. « *Quelle que soit la manière de tourner le problème, force est de constater que le droit est une institution humaine, destinée à s'interposer entre des individus en conflit. Les êtres naturels ne peuvent eux-mêmes et par eux-mêmes ni entamer une action en justice, ni trancher un litige, ni même, au moins pour la plupart d'entre eux, être les authentiques bénéficiaires de la satisfaction de leurs intérêts devant la justice* »⁶⁸⁴. Même Ch. Stone, qui fut le premier juriste à proposer de conférer le statut de personne juridique aux êtres naturels au cours d'un procès demeuré célèbre où il proposa de considérer les arbres comme des personnes juridiques, a fini par renoncer à ce projet. Il semblait plus efficace de parler d'objets de droit, ce qui permettait de faire référence à la propriété à l'humanité considérée dans son ensemble. On évitait de plus de dériver dans une misanthropie qui semble parfois animer certains partisans de la *deep ecology*. Celle-ci, en effet, pouvait aboutir à conclure à la futilité, voire l'inutilité de l'espèce humaine. P. W. Taylor, par exemple, affirme qu'il n'est pas moralement plus grave de tuer un homme que d'écraser un insecte ou d'arracher une plante. Pour lui, tuer un homme qui arrache une plante peut constituer un cas de légitime défense...⁶⁸⁵. On peut même légitimer l'anthropophagie.

La *deep ecology* réfute l'axiome n°1 de notre modèle, l'homéostasie globale, qui constitue une base de la régulation juridique. Ni au-dessus, ni au-dessous de la Nature, un modèle complexe peut être proposé pour construire une représentation de l'homme **avec** la Nature, celle-ci ne constituant, comme l'ont suggéré F. Ost et E. Morin, ni un sujet ni un objet, mais un projet pour l'humanité.

On rencontre alors le fameux paradoxe que Rousseau comparait à la quadrature du cercle : celui consistant à mettre la loi au-dessus de l'homme, à l'amener à s'autocontraindre. Rousseau tenta de persuader ses contemporains qu'une liberté volontairement limitée par la volonté générale est sans limites pour l'individu. Son message fut entendu à des échelons nationaux, mais ce qui pouvait fonctionner pour une politique à court terme s'est révélé

⁶⁸⁴ Alf Ross résumé par D. Bourg, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁸⁵ Cité par R. F. NASH, *The rights of Nature. A History of Environmental Ethics*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1989, p.155.

inefficace quand il s'est agi d'engager des décisions à l'échelon global et sur le long terme.

Aussi certains auteurs ont-ils proposé d'imposer par la force ce qui ne pouvait être obtenu par le consensus.

c. *Le modèle autoritaire*

On peut imposer par la norme aux hommes de tenir compte des générations futures. Cependant, le modèle du despotisme éclairé ne constituera-t-il pas un obstacle à leur propre prise en main par les générations futures ?

H. Jonas a proposé un argument se situant entre la *deep ecology* et l'idéologie économique, tout en inscrivant la politique de l'humanité dans le temps long. Cet argument a été traduit en *Principe responsabilité*⁶⁸⁶.

L'humanité reste le centre de sa propre régulation. Elle en devient même l'unique objet, récusant la régulation économique. La notion de développement durable est directement issue du *Principe responsabilité*.

Jonas rompt avec l'idéologie du progrès technique. Celui-ci est source de bien-être certes, d'inégalités souvent, mais devient surtout néfaste quand il se traduit par une destruction de la Nature. Il engendre même une dynamique suicidaire, car le consumérisme est un mouvement qui s'alimente lui-même en une fuite en avant qui fait fi des générations futures, faisant d'une jouissance paisible de nos ressources un véritable gaspillage⁶⁸⁷. D'où la maxime de Jonas, calquée sur l'impératif catégorique kantien : « *Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre* » et « *de façon que les effets de ton action ne soient pas destructeurs de la possibilité future d'une telle vie* »⁶⁸⁸.

Ce faisant, Jonas enrichit la conception de l'application de la loi dans le temps, puisqu'elle n'a plus vocation à s'appliquer qu'aux conséquences des faits passés et présentes, mais également à venir. Ce qui n'est pas sans poser quelques problèmes, car il n'est pas dit qu'en leur temps nos descendants n'aient pas trouvé la solution aux problèmes que nous sommes en train de leur poser. Nous revoyons pointer le paradoxe de Newcomb. Deux conceptions s'affrontent alors. Prenons l'exemple d'EDF, qui les a toutes deux expérimentées dans le domaine des déchets radioactifs que la France produit en grande quantité. Soit l'on considère que nos descendants sauront retraiter aisément nos déchets, et nous n'avons pas lieu de nous priver d'en produire, d'autant qu'ils réduisent notre dépendance énergétique ; soit nous tenons pour possible que ces déchets seront quasiment impossibles à retraiter, et il est de notre devoir de cesser d'en produire, ou de les rendre durablement inoffensifs. Devant les

⁶⁸⁶ H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung, Versucht einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp Taschenbuch, 1984, traduit par Jean Greisch, *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Ed. du Cerf, 1990.

⁶⁸⁷ Rappelons à titre d'exemple que les Etats-Unis, soit environ 5% de la population mondiale, consomment à eux seuls 50% des ressources énergétiques de la planète. Chiffre à mettre en relation avec le fait que les Etats-Unis prônent le consumérisme méthodologique et ultra-libéral.

⁶⁸⁸ H. Jonas, *op. cit.*, p. 63.

risques encourus par les générations futures, EDF semble passé d'une politique d'enfouissement irréversible des déchets (destruction voulue à long terme) à une politique d'enfouissement réversible, postulant donc que les générations futures trouveront un moyen de détruire ou de recycler les déchets actuellement produits⁶⁸⁹.

Jonas ne nie pas la supériorité de l'homme (à ses propres yeux) sur la Nature. Il décrit plutôt l'Homme comme un enfant qui a réussi et à qui échoit une sorte de devoir de veiller sur la sorte de Mère dont il émane. Ce qui l'amène une fois encore à un principe autoréférentiel : c'est en veillant sur sa Terre que l'homme veille sur lui-même. Cet aspect de la doctrine de Jonas porte encore un rude coup à la distinction entre être et devoir-être : si la fin de l'humanité réside en la conservation de son être, alors son être devient un devoir-être. De même notre premier théorème constitue la limite acceptable du positivisme : la norme fondamentale ne serait pas exclusion, mais **fusion** de l'être et du devoir-être. Ce n'est qu'une fois confrontée au réel que la norme se subdivise du fait, se scindant sans contradiction positiviste entre fait et droit. En ce sens, la doctrine de Jonas opère une fusion à tous les niveaux : ontologique et temporel. La fin de l'humanité s'étend à travers le temps, contraignant tout l'humain pour toujours vis-à-vis de lui-même, mais aussi vis-à-vis de la biosphère (ce qui explique que l'on ait volontiers qualifié d'autoritaire le Principe de Jonas). Jonas enfin remet en cause la distinction kantienne entre raison pure et raison pratique. Selon lui une bonne décision n'est pas nécessairement une raison théorique, logique. C'est une décision pratique qui répond au mieux et au plus long terme possible à la raison pratique.

Ce que faisant Jonas met à jour un effet particulièrement pervers de la distinction cartésienne classique : toute science basée sur la raison pure étant incapable de réflexivité⁶⁹⁰, mais ses énoncés étant vrais tant que l'on s'en tient à ses axiomes, **il est très simple de construire n'importe quel système dont les déductions seront certaines, donc crédibles, dès lors que l'on s'en tiendra sans discuter à ses axiomes fondamentaux**. Pour qu'une théorie semble complète et rationnelle, il suffit de dérouler les conséquences de ses axiomes fondateurs, en occultant son ou ses axiome(s) destructeur(s). L'axiome destructeur s'entend ici de celui qui, par sa réalisation, annihile les autres, de sorte que la somme de tous les axiomes produit une somme nulle.

Il devient clair que dans le cadre d'une idéologie économique, la pensée écologique de Jonas ou une pensée complexe comme celle de Morin sont non seulement inutiles mais également nuisibles, dans la mesure où elles mettent en lumière son axiome destructeur : la finalité du consumérisme n'est autre que la destruction des ressources qu'il utilise. La limite morale d'une vie intensément vécue, c'est la mort. La mort des autres, dit Jonas, dont nous devrions par avance nous sentir responsables⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ On notera que ces considérations sont produites sans que le principe de production de déchets soit remis en cause. Et de fait, la réversibilité ne rend le problème du retraitement ni résolu ni insoluble mais *devant être résolu...* plus tard.

⁶⁹⁰ Cf. théorème de Gödel, in Annexe 3. Une théorie ne peut assurer sa complétude sans un élément métathéorique.

⁶⁹¹ On pourrait certes objecter à Jonas que si selon lui l'être devient un devoir-être, et si notre technologie ne nous mène qu'à l'anéantissement, notre devoir-être s'éteint, puisque nos efforts ne sauveront pas nos descendants d'une mort inéluctable. Si anéantissement il doit y avoir, qu'importe réellement sa date, dès lors

Certains comme F. Ost ont reproché au *Principe responsabilité* de Jonas une tendance peu réaliste à imputer aux générations actuelles une forme de « pêché originel permanent »⁶⁹². E. Morin propose un modèle plus nuancé mais terriblement complexe pour une action efficiente : relier global et local, temps court et temps long, homme et nature, technologie et tradition⁶⁹³... un repère idéal mais trop incertain si les agents n'ont pas la faculté de gérer à chaque instant les situations complexes. Bref, l'idéal est difficile à atteindre, et de ce fait, comme le fait remarquer F. Ost, le *Principe responsabilité* risque bel et bien de s'appliquer... alors qu'il sera déjà trop tard. C'est pourquoi Jonas propose l'instauration d'une « tyrannie bienveillante » (p. 200), apte à faire durer l'humanité, même contre son gré.

Nous avons vu précédemment l'engrenage répressif qui risquait de s'ensuivre⁶⁹⁴. Après une phase de relative stabilité sous la contrainte, les tendances schismogénétiques risquent de mettre à bas le despote éclairé, et précipiter par effet de réaction les sujets soudain libérés dans des comportements excessifs et suicidaires. L'approche d'E. Morin nous suggère au contraire que c'est au cœur même des sujets qu'il faut insuffler la conscience de leurs excès, et de les limiter (« *penser le contexte et le complexe* ») ; notre modèle suggère une position similaire, par sa construction même. Les agents créent un droit pour survivre ensemble dans un milieu qui leur présente des contraintes ; le modèle suggère **que sous peine de voir voler en éclat le principe même du droit ainsi créé, la pression normative doit coévoluer avec la pression environnementale**. Cependant, nous avons également postulé que l'homme agit sur son environnement. On pourrait ainsi supposer que les deux pressions trouveront spontanément un point d'équilibre, celui-ci étant atteint quand la pression juridique devient adéquate pour maintenir stable la pression de l'environnement. Par exemple, un quota de pêche correctement fixé et respecté qui permettrait à la population de poissons de se maintenir. La science des systèmes dynamiques révèle que cet équilibre tiendrait du miracle, aucun paramètre ne garantissant a priori que ces systèmes convergent vers un attracteur (cf. Annexe 4 au sujet de cette notion). Bien au contraire, la dynamique de ces systèmes est le plus souvent de type chaotique⁶⁹⁵. Et c'est pour prévenir un tel type de chaos oscillatoire que pourrait se justifier un despote éclairé du type de celui de Jonas, pourvu d'un pouvoir exceptionnel et ad hoc.

Reste à choisir un représentant digne de confiance. Jonas, sur les pas de Rawls, propose de confier à une « élite » dont les « loyautés » et les « finalités » sont tenues secrètes (le non-dit étant une condition d'efficacité de la norme, pour contrer les anticipations autoréalisatrices ou autoréfutantes (cf. *supra*, *Non-dit, réseaux et structures*). Jonas postule

qu'elle dépasse celle de notre propre mort ?

Aucun homme public ne s'est à ma connaissance risqué à énoncer en public cet épicurisme radical, mais nul ne l'ayant dénoncé non plus, c'est par abstention qu'il se réalise au niveau mondial, au moment où ces lignes sont écrites.

⁶⁹² F. Ost qualifie le modèle de Jonas d' « herculéen », Ost 1995, *op. cit.*, p. 248.

⁶⁹³ Morin & Kern 1996, *op. cit.*, notamment chap. 5, 6 et 7.

⁶⁹⁴ Cf. entre autres les effets paradoxaux du *double bind*, p. 171.

⁶⁹⁵ En ce sens, cf. les courbes d'évolution des populations pêcheurs / poissons / prix dans le cadre d'un modèle multi-agents de simulation d'une pêcherie, in J. Lefur, *Simulating a fishery : Application to a small-scale fishery in Senegal*, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/viabilit/lefur.pdf>.

que la complexité étant, pragmatiquement, hors d'atteinte de la multitude, autant ne confier sa gestion qu'aux plus aptes. Mais se pose alors le problème de leur choix. La démocratie favorise le démagogue qui proclame l'avenir radieux, pas le brillant visionnaire qui annonce les temps difficiles. Jonas préférerait s'en tenir à l'éventualité d'une dérive à la Russe, qu'il trouvait en toute hypothèse plus salutaire sur la planète. C'était avant de découvrir que l'idéologie soviétique ne reposait elle aussi que sur les promesses du progrès et l'exploitation illimitée des richesses naturelles. La tragédie de la mer d'Aral constitue désormais une illustration criante de l'impasse de ce type d'utopie. Aujourd'hui Jonas, même s'il se méfie toujours du contrôle démocratique, reconnaît que sa théorie manque d'un mécanisme pour combattre ses propres excès.

Mis à mal dans ses modalités d'application, le Principe de Jonas a cependant le mérite d'avoir mis à l'ordre du jour la question de notre responsabilité vis-à-vis de nos descendants. Ce principe a pris une ampleur considérable dans la patrie de Jonas, l'Allemagne, où les *Grünen* ont acquis une position significative au sein du gouvernement, et exercent un pouvoir important dans l'exercice quotidien de la démocratie locale. On a ainsi pu montrer que l'écologie ne s'opposait pas nécessairement au progrès, et pouvait même constituer un antidote puissant pour contrer ses excès. Sur le plan de la théorie, le *Principe responsabilité* est le prototype d'une conception du droit tournée vers l'avenir, permettant de mettre en jeu des politiques adaptatives et souples, capables de prendre en compte un contexte évolutif et hypothétique au moment de l'élaboration de la norme. Un système juridique axiomatisé, conçu en fonction d'un contexte présent et des acquis du passé, ne peut prétendre à une régulation à long terme s'il n'inclut pas la possibilité de sa propre reformulation. A.-J. Arnaud a montré que le Code civil constituait un premier pas vers une pérennité normative, car les mécanismes qu'il instaure mettent en place des règles qui encadrent le contenu que leur donneront par la suite les joueurs⁶⁹⁶. Il a été vu par la suite que ceci ne suffisait pas à réfréner les abus de puissance économique ; sous couvert d'égalitarisme politique, la Révolution bourgeoise cautionnait l'inégalitarisme économique.

Fixer des règles de procédure ne suffit donc pas à mettre en place des régulations robustes. C'est pourquoi certains auteurs ont étudié des mécanismes de contrôle pour qu'un principe de gestion raisonnable des problèmes écologiques puisse devenir une réalité.

d. Les modèles démocratiques

Nombreux sont les scénarii qui ont été imaginés pour mettre en œuvre une gestion de la planète compatible avec les exigences du long terme. Celles-ci sont complexes, et nécessitent souvent de repenser entièrement la société. Révolution plutôt qu'évolution.

L'émergence timide des questions environnementales au sein des débats démocratiques dans les pays industrialisés ne doit pas vraiment faire illusion : il s'agit plus de défendre une qualité de vie que de remettre réellement en cause l'exploitation extensive et intensive des ressources naturelles. On peut y trouver deux grandes familles d'explication : d'une part, dans l'esprit des électeurs, l'environnement ne représente qu'un chapitre parmi le grand livre des questions que la politique se doit de régler ; d'autre part, les questions d'environnement prennent une toute autre tournure quand la préservation commence à devenir

⁶⁹⁶ A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale...*, *op. cit.*

synonyme de diminution significative de richesse individuelle⁶⁹⁷.

Dans ces conditions, il est plus que probable que les citoyens occupés de la satisfaction de leurs besoins personnels n'aient pas réellement envie de se contraindre. L'histoire montre qu'ils préfèrent laisser à leurs descendants le soin de s'adapter. Qui a gardé la mémoire, à part quelques écrits, des vastes forêts de cèdres du Liban antique ? C'est pourtant bel et bien la poursuite effrénée des intérêts conjoncturels qui les a détruites. Quand on sait les coupes claires que produisait dans les forêts de chênes françaises la construction de la Marine de Louis XIV, on peut aisément imaginer ce qu'a pu provoquer sur une terre semi-aride de celle de Xerxès, qui compta pas moins de 4200 navires (certains tendent d'ailleurs à penser que l'abattage systématique de ces forêts ne serait pas étranger à cette aridité actuelle)...

Comment empêcher, dès lors, que s'imbriquent des intérêts électoraux et économiques qui flattent le consommateur ? I. Illich propose de remettre en question la notion même de société. « *J'appelle société conviviale une société où l'outil moderne est au service de la personne intégrée à la collectivité, et non au service d'un corps de spécialistes. Conviviale est la société où l'homme contrôle l'outil* »⁶⁹⁸. Nous avons évoqué l'apport d'Illich dans la théorie des effets pervers. Tout effet produit à court terme sans considération du long terme se solde par un contre-effet. Ainsi la médecine tue (l'homme devient de plus en plus fragile face à des organismes qui sont de plus en plus résistants à sa pharmacopée), les transports font perdre du temps (on travaille de plus en plus loin de son domicile, et on perd du temps dans les embouteillages), les autoroutes augmentent la pollution (elles créent un appel de trafic qui se solde par une pollution décuplée en cas d'embouteillage)...

Illich pense, contrairement à Jonas, que le changement ne doit pas être imposé par une expertocratie, mais doit provenir d'une transformation générale des mentalités et de l'effondrement de la croyance dans les valeurs matérialistes de la société industrielle. Illich appelle de ses vœux l'avènement d'un citoyen autonome (comparable à celui de Castoriadis⁶⁹⁹), responsable et apte à faire preuve d'autolimitation⁷⁰⁰.

En effet la convivialité d'Illich s'étend à tous les niveaux : les objets, la politique, la recherche scientifique se limiteront en ce qu'ils seront « conviviaux ». Ils resteront sous contrôle de l'homme et ne deviendront pas des objets autonomes constituant une fin en soi. Une révolution spontanée sera alors en marche : « *Un événement imprévisible et probablement mineur servira de détonateur à la crise, comme la panique de Wall Street a précipité la*

⁶⁹⁷ De fait, c'est tout un modèle de développement économique qui se trouve altéré, dans des secteurs souvent ressentis comme sensibles (exemple : l'automobile). « *Si vous portez atteinte aux plaisirs de l'individu, écrivait déjà René Dubos dans son célèbre rapport de 1972, et que vous lui demandez d'amputer un revenu déjà en baisse pour affecter aux besoins de la collectivité 100 milliards de dollars supplémentaires, la tendance politique contemporaine ne laisse guère augurer que ledit citoyen vous apporte son vote reconnaissant aux prochaines élections, ni qu'il s'abstienne de se mettre en grève ou de manifester.* » (B. WARD et R. DUBOS, *Nous n'avons qu'une terre*, Paris, Denoël, 1972, p. 215).

⁶⁹⁸ Ivan ILLICH, *La convivialité*, Paris, Ed. du Seuil, 1973, p. 13.

⁶⁹⁹ Cf. notamment, Cornélius CASTORIADIS, « Pour un individu autonome », in *Manière de voir n° 52, Le Monde diplomatique*, juillet-août 2000, pp.14-17.

⁷⁰⁰ *Idem*, p. 153.

Grande Dépression (...) Ce qui est déjà évident pour quelques-uns sautera aux yeux du grand nombre : l'organisation de l'économie toute entière en vue du mieux-être [c'est-à-dire en vue de la seule accumulation des biens matériels] est l'obstacle majeur du bien-être. »⁷⁰¹. Cette convivialité de la production fait penser à « la stratégie de la godille » d'Yves Barel s'interrogeant sur la question de la finalité, « le sens du travail ». Il introduisait une réflexion tâtonnante, heuristique qu'il appelait, dialectiquement, « le travail du sens » : « plutôt que de substituer une utopie finale à une précédente utopie finale... et usée, ne pouvons-nous nous exercer à inventer des tentatives multiples, en intervenant à la fois sur nos images collectives de la rationalité et sur notre capacité à donner un sens civique à la culture, aux loisirs, à l'épanouissement de la personne, et à transformer le statut social du travail partagé et partageable, du temps de travail et du droit au revenu ? »⁷⁰²

La Révolution n'a à ce jour pas eu lieu, mais Illich a la particularité de faire appel aux capacités des agents à reformuler leurs conceptions et leurs représentations, pour prendre de nouvelles décisions raisonnables (au sens de la rationalité limitée de Simon). Mais les modalités de ce changement restent à discuter. Illich fait confiance à l'Etat pour faire passer le message, quand Gorz prône le mouvement entièrement spontané, centré uniquement sur l'individu, duquel tout doit découler. Son écologie n'est pas affaire de spécialiste, elle renvoie au « milieu qui [nous] paraît naturel parce que ses structures et son fonctionnement (...) sont accessibles à une compréhension intuitive »⁷⁰³. Comment stimuler la capacité créatrice des individus ? « Il suffit de désastres limités, annonceurs de grandes catastrophes, pour précipiter la mutation socioculturelle en cours et faire basculer des sociétés vers l'écologie politique »⁷⁰⁴. Certains ont reproché à Gorz l'utopisme de son sujet autonome et responsable, ainsi que son absence de garantie contre un retour insidieux des idéologies économiques vis-à-vis desquelles sa doctrine constitue davantage une rupture qu'une adaptation.

En revanche la pensée de P. Van Parijs s'inscrit dans une optique de continuité. Le projet qu'il propose consiste également en un dépassement des activités marchandes cautionnées par l'Etat : il s'agit ici aussi de développer les activités autonomes des individus. L'activité autonome se situe en alternative aux activités publiques et privées. Les activités autonomes ne sont régulées ni par le marché ni par l'Etat. Contrairement aux activités *autotéliques* (qui n'ont d'autre objet qu'elles-mêmes), elles ont une fin extérieure (l'écologie) mais non axée sur la rémunération. « En gros, une activité autonome est une activité que je ne suis pas payé pour faire, alors qu'une activité autotélique est une activité que je ne fais pas pour être payé »⁷⁰⁵. Une sorte de bénévolat spontané, permis par la libération du temps de travail qu'autorise le progrès technique. La mise en retrait de certaines valeurs, comme la quête illimitée du profit, pourrait rendre un sens et même participer du développement d'un

⁷⁰¹ *Idem*, p. 148.

⁷⁰² Cité par J.-L. Le Moigne à propos d'un ouvrage d'A. Gorz, in *Les Cahiers des Lectures MCX*, <http://www.mcxapc.org/lectures/6-14.htm>.

⁷⁰³ A. GORZ, « L'écologie politique entre expertocratie et autolimitation », *Actuel Marx*, n°12, Paris, PUF, 1992, p. 18.

⁷⁰⁴ *Idem*, p. 29.

⁷⁰⁵ Ph. VAN PARIJS, « Les deux écologismes », épilogue à Ph. VAN PARIJS et F. DE ROOSE, *La pensée écologiste*, Bruxelles, De Broeck Université, 1991, p. 141.

« chômage volontaire ».

L'approche de Van Parijs constitue une expression orientée vers l'économie, de la nécessité que révèle notre modèle d'injecter une nécessité extérieure pour assurer la clôture logique d'un système juridique ; réintroduire un *tiers exclu* qui n'est autre que la totalité elle-même, fondant ainsi un système réellement autonome. Nous avons suggéré que la bonne gestion de la Nature, en tant que donnée environnementale, pouvait répondre aux critères d'une telle nécessité. Reste, comme l'ont souligné Illich et Gortz, à déterminer les modalités pratiques d'un projet qui s'inscrit dans le contexte d'une société forgée par des décennies de productivisme, et dont le modèle d'opulence fascine toujours autant les individus. La conception de Van Parijs se heurte, comme notre modèle, aux réalités. Non seulement il est difficilement concevable que les nombreux laissés pour compte du productivisme se sentent tant soi peu concernés par un projet social qui ne leur offre pas de meilleures perspectives que l'actuel, mais il faudrait encore qu'ils admettent que le *mieux-être* n'est pas nécessairement la voie pour accéder au *bien-être*, ce qui contredit et réduirait à néant les dogmes sur lesquels ils se sont toujours basés. Faute de signal simple et clair, une doctrine complexe n'offre que des repères incertains, et il n'y a pas loin de l'autonomie proclamée au contrôle totalitaire⁷⁰⁶.

Sans doute faut-il, comme nous le suggère F. Ost, « *ne pas conclure* », rester « épistémologiquement vigilant » (J.-L. Le Moigne) et penser encore et toujours à trouver une solution à l'inaptitude de nos sociétés à répondre aux défis environnementaux (N. Luhmann). Sans doute la solution passe-t-elle par l'acceptation de notre propre inclination à la jouissance insouciance, et la maîtrise de cette lâcheté qui nous fait ignorer les conséquences de nos actes⁷⁰⁷. Après nous viendra bien le déluge, si vraiment nous le tenons comme une nécessité qui nous surplombe. Comment nous considéreront nos descendants, quand nous leur aurons légué une science, taillée pour nous apporter des solutions et qui n'aura été pour eux qu'une source de problèmes ? Comme des lâches peut-être, comme des égoïstes sans doute, mais peut-être aussi comme des êtres pitoyables, incapables de contrôler leurs pulsions consuméristes. Peut-être apparaîtrons-nous comme des prisonniers, ceux d'un système que nous avons nous-mêmes érigé pour nous libérer de ce que nous croyons être une servitude. Nous avons voulu par la science nous affranchir des contraintes de la Nature, sans nous rendre compte que ce modèle revenait à nous affranchir purement et simplement de la Nature, et qu'il allait ensuite se faire obstacle, nous enfermant dans une spirale de destruction. « *Les Shadoks, dans un louable souci de ranger la terre, l'ont mise sans dessus dessous...* ».

⁷⁰⁶ A. Gorz illustre ainsi comment l'allocation chômage accroît la dépendance des chômeurs. « *Un revenu qui dispense de tout travail ne tient pas compte du rapport dialectique qui lie le travail fonctionnel et les activités microsociales. Le premier libère les individus et les liens de dépendance particuliers et d'appartenance réciproque qui régissent la sphère microsociale ou privée. Celle-ci, de son côté, libère les individus de l'aliénation et des contraintes d'un travail où ils fonctionnent comme autres parmi d'autres anonymes, ne s'appartiennent pas et ne poursuivent pas leurs buts personnels propres. L'abolition des sphères microsociale et privée signifie l'enrégimentement total des individus, totalement dépossédés d'eux-mêmes. Inversement, la vie sans travail universellement échangeable et publiquement reconnu signifie pour l'individu qu'il est voué à l'inutilité et à l'inexistence publiques. La sphère des activités privées et autodéterminées, par lesquelles il affirmait sa souveraineté, devient sa prison en l'absence de toute contrainte ou obligation sociales.* » (A. GORZ, « Revenu minimum et citoyenneté. Droit au travail versus droit au revenu », *Futuribles*, n°184, février 1994, pp. 59-60.

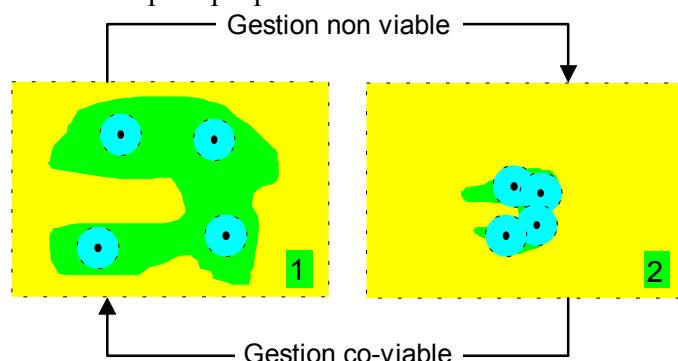
⁷⁰⁷ Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter au dossier du *Monde diplomatique* « Une planète mise à sac » (Octobre 1998).

Si l'on en croit la stratégie de la godille de Barel, l'avenir pourrait appartenir aux peuples qui ont appris à se passer de la technologie, mais aussi bien à ceux qui s'en servent à des fins de développement viable, peut-être la conscience du citoyen du Monde émergera-t-elle à l'aide d'Internet... le millénaire qui débute s'annonce comme celui des grandes décisions collectives.

Conclusion du chapitre 1 : la coviabilité comme optimalité

En introduction nous avons montré l'intérêt du paradigme de la complexité pour mener une étude compréhensive de la coévolution d'une société et de son régulateur juridique. Nous avons proposé un modèle de cette coévolution, que nous avons fait tourner, en l'affinant au cours de ce premier titre. Ce modèle nous a permis de comprendre pourquoi les sociétés modernes tendent vers une complexité accrue : non seulement elles rendent complexes leurs règles, mais ces règles produites par des individus qui tentent de contrôler une société qui les dépasse, produisent des effets pervers qui accroissent encore la complexité du social. Certes, nous avons proposé une sorte de barrière : dans la mesure où les données environnementales peuvent déterminer le noyau de viabilité d'une société humaine, ces données peuvent être considérées comme le point **au-delà duquel il n'est pas nécessaire de légiférer plus avant**. Autrement dit, moins il y a de contraintes physiques à un instant donné, moins les contraintes normatives sont nécessaires pour maintenir une société d'individus.

Ainsi l'on peut proposer le scénario suivant :



La figure ci-contre⁷⁰⁸ illustre un type de situation qui amène les individus à modifier un comportement initialement tourné vers soi-même (survie). Les individus sont symbolisés par des points noirs, l'espace nécessaire à leur survie étant représenté par le cercle clair qui les entoure. L'exemple proposé est celui de la variation des ressources

disponibles⁷⁰⁹. Les ressources (zone vert clair) se restreignent lors du passage de 1 à 2 (gestion myope optimisée au-delà du pic de viabilité), les individus sont contraints de partager l'espace et les ressources disponibles. C'est par une gestion coviable tournée vers le développement qu'ils peuvent tenter de revenir de 2 en 1.

Aux termes de ce schéma, la *contrainte nécessaire* est celle qui assure la cohésion de la communauté compte tenu des ressources disponibles. On peut alors aller plus loin et proposer un critère de *contrainte souhaitable*, qui concilie la **nécessité** avec la **durabilité** de ladite contrainte, en remettant au premier plan sa **constructibilité**. L'écologie se fait

⁷⁰⁸ Extrait de Serge DIEBOLT, *Droit et Sociétés : essai de modélisation d'un régulateur émergent*, 1996, Actes du Colloque MCX, Aix-en-Provence, <http://www.reds.msh-paris.fr/diebolt1.htm>.

⁷⁰⁹ Nous partons ici du même postulat que celui qui sous-tend la pensée des Lumières : la raréfaction des ressources engendre des conflits. A noter que symétriquement, on peut citer une augmentation de la prédation ou, en général, de tout autre danger d'origine extérieure.

anthropotechnie⁷¹⁰, et retrouve une partie de l'esprit des Lumières comme l'exprimait Montesquieu : « *Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses* »⁷¹¹.

Hayek, comme la plupart des critiques du cartésianisme, ont dénoncé le mythe de la maîtrisabilité de son destin par l'homme. Notre thèse va à la fois dans ce sens, mais aussi dans le sens inverse. Ce que nous soutenons, à la suite de Simon, Morin, Le Moigne et les tenants de la pensée complexe, c'est que **l'homme ne peut maîtriser son destin au seul moyen du paradigme de la commande**⁷¹². Non seulement il ne dispose pas des données infiniment précises exigées par la rationalité cartésienne, mais de surcroît, le but qu'il s'assignerait serait par essence paradoxal, au regard des canons de cette même rationalité. Tandis que rien ne lui interdit, soit par tâtonnements, soit au moyen de règles procédurales ou substantives appropriées, de réguler ses comportements de manière à lui ouvrir toujours plus grand le champ des possibles, ce qui constitue en soi une fin satisfaisante au regard des axiomes que nous avons posés (notamment le n°4 - Homéostasie personnelle). Nous avons ainsi pu suggérer dans la section qui précède quelques pistes de définition pour une légistique faisant appel au paradigme de la complexité, ainsi que des axiomes et théorèmes devant servir de lignes directrices à une régulation qui l'on puisse considérer comme satisfaisante. Ceci tendrait à démontrer la supériorité de l'équilibre complexe sur deux autres : l'équilibre contraint ordonné par commande arbitraire et l'équilibre spontané dépourvu de projet. La supériorité de l'équilibre complexe tient à ce qu'il conjoint les deux autres au sein d'un système totalement clos : le système terrestre (environnement, société, homme). En cela, la régulation écologique s'avère être bien plus qu'une illustration commode de cette problématique ; **elle constitue le fondement d'un véritable projet de civilisation pour un monde globalisé, dans le respect de sa diversité**. Encore faut-il cependant vouloir et pouvoir renoncer à l'identité simple de l'Etat-nation pour s'accepter mutuellement dans notre Unitas multiplex. Cette évolution semble nécessaire, mais n'est pas pour autant souhaitée. La simplicité a la vie dure, même si elle est injuste et dangereuse.

En effet, si nous considérons en accord avec les sciences cognitives, que les individus ont généralement pour stratégie de répéter les solutions qui par le passé leur ont été favorables, nous nous exposons à tomber dans les griffes des démons que stigmatisait Illich : à considérer les ressources comme inépuisables, nous nous forçons des modèles qui ne savent plus « s'adapter » aux changements de circonstance. La terrible combinaison de deux phrases de Valéry et Alain se réalise : « *Nous ne raisonnons que sur des modèles* » et « *quand dix personnes qui pensent la même chose se réunissent, elles ne pensent plus* » ; avec pour

⁷¹⁰ « *A travers la nature, c'est encore et toujours l'homme qu'il s'agit de protéger, fût-ce de lui-même lorsqu'il joue les apprentis sorciers.* », Luc FERRY, *Le Nouvel Ordre Ecologique. L'Arbre, l'Animal et l'Homme*, Ed. Grasset - Paris, 1992, p. 23.

⁷¹¹ Cette citation, extraite de *L'esprit des lois*, nécessite toutefois d'être complète, car la suite illustre bien la divergence qui sépare désormais les modèles coviables modernes du jusnaturalisme des Lumières. Montesquieu finit en effet sa phrase par : « *et, dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois ; la divinité a ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs lois, l'homme a ses lois* » (*L'esprit des lois*, I-4).

⁷¹² En ce sens, cf. J. DEMONGEOT et P. MALGRANGE (Eds), *Biologie et Economie, les apports de la modélisation*, Ed. Librairie de l'Université de Dijon, Collection de l'Institut de Mathématiques économiques (n° 34, 1988)

conséquence une myopie stratégique à long terme, qui s'appuie sur le paradoxe de la régulation écologique : *si nous savons comment gagner, égoïstement mais immédiatement, pourquoi irions-nous perdre, en sacrifiant nos profits pour un hypothétique équilibre global qui ne tiendra que si tout le monde y participe ?* Pour parachever de semer le doute, l'idéologie libérale propose un paradigme simpliste mais qui, du fait de sa simplicité, est fort bien entendu : *si chacun s'enrichit, c'est tout le monde qui y gagne*. A ce compte, chacun se sent en quelque sorte légitimé dans sa quête personnelle de richesses, quel que soit le prix de celle-ci pour les générations futures. La cigale ayant chanté tout l'été, ne se sent pas dépourvue car elle sait qu'elle ne verra pas venir la brise...

C'est pour contrer ce type d'équilibre insoutenable que les hommes s'imposent des normes. Mais comme le montre l'actuel processus de globalisation, ce mouvement est lent et présuppose une conscience sociale avancée, à défaut de laquelle il est toujours plus tentant de céder à la myopie mercantiliste. De surcroît, une fois prises en compte les menaces et les contraintes qui pèsent sur le groupe, se posent d'autres problèmes de synchronisation.

Car tout se passe de fait comme si la société des hommes, communiquant avec elle-même par l'intermédiaire de son droit, s'informait en permanence, engendrant spontanément sa propre complexité, et ce d'autant plus vite qu'elle s'avère de moins en moins capable de la maîtriser. L'échec d'une tentative de régulation planétaire des problèmes écologiques en est un cruel exemple, mais l'on connaît depuis longtemps les difficultés inhérentes au droit international⁷¹³. Le paradoxe de Rousseau, la quadrature du cercle consistant à mettre la loi au-dessus de l'homme, est plus que jamais d'actualité. Non seulement les hommes ne maîtrisent pas leurs normes au niveau national, mais cette impuissance est encore plus flagrante concernant le droit international. Tout se passe en effet, malgré les bonnes déclarations d'intention, comme s'il régnait à l'échelle de la planète une logique intangible menant les pays pauvres à enrichir toujours davantage les pays riches, et ces derniers à drainer toujours plus vite à eux les ressources de la planète. Ce phénomène, que Marx avait qualifié de concentration (et qu'il appliquait au capital) est une conséquence logique d'un système de valeur conférant toujours plus d'attrait à des artefacts toujours plus sophistiqués, de sorte que seuls ceux qui sont déjà opulents de par leurs artefacts peuvent s'offrir la technologie nécessaire pour produire d'autres artefacts qui les rendront plus riches encore...

On peut cependant objecter que le droit, dans la mesure où il n'est qu'incidemment concerné par le progrès technique, n'est pas par conséquent nécessairement appelé à reproduire la même fuite en avant. L'automobile a certes nécessité la création d'un code de la route, mais ses règles sont restées en nombre relativement stable comparé à l'explosion du nombre des véhicules et à leur perfectionnement. La technologie n'influe sur le droit que dans la mesure où elle engendre des comportements qui s'avèrent devoir être régulés. D'où vient alors l'inflation législative à laquelle assistent les sociétés développées ?

G. Puchta, en décrivant de manière visionnaire le passage du droit populaire au droit savant, résume en quelques phrases le déroulement de l'émergence normative telle que développée dans un modèle complexe. Il pose, un siècle avant Luhmann et Teubner, les jalons d'une autonomie organique du droit. « *Les règles juridiques particulières qui forment le droit*

⁷¹³ Cf. notamment cet article devenu un classique : J. COMBACAU, « Le droit international : bric à brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, T. 31, Paris, Sirey, 1986.

d'un peuple constituent entre elles un tout organique, qui s'explique tout d'abord par sa procession de l'esprit d'un peuple (der sich zwördest durch ihr Hervorgehen aus dem Geist des Volkes erklärt) dans la mesure dans laquelle l'unité de cette source s'étend à ce qui en procède. (...)

Mais alors, tout comme la langue d'un peuple repose pour la même raison sur certains principes et certaines règles, qui demeurent inexprimés en eux-mêmes, mais qui sont mis au jour pour la science et émergent alors à la conscience, ainsi en va-t-il du droit. Cependant, cette propriété du droit qui fait que ses règles se coordonnent en une totalité organique comme les membres d'un tout, lui vient aussi de sa nature, de la rationalité (Vernunftmässigkeit) qui lui est propre. (...) C'est ainsi que le droit, bien que procédant de la liberté, apparaît conditionné par la nécessité naturelle de ses objets : il est quelque chose de rationnel (es ist etwas Vernünftiges). Et c'est de là que vient l'ordre systématique que forment les règles, qui fait qu'elles se conditionnent et se présupposent mutuellement et que, de l'existence de l'une, il soit possible de conclure à celle de l'autre. (...) C'est alors la tâche de la science de reconnaître les règles juridiques dans leur ordre systématique (...) pour pouvoir suivre la généalogie des plus isolées jusqu'à leur principe et redescendre des principes à leurs dernières conséquences. (...)

C'est ainsi que la science forme la troisième source du droit et que le droit qui prend forme en elle est le Droit scientifique ou Droit des juristes. »⁷¹⁴

Puchta a presque énoncé l'organisation du droit⁷¹⁵ : l'ordre social (in)forme l'ordre juridique qui le forme. Et c'est en prolongeant le sens de sa dernière phrase que la complexité juridique prend toute sa dimension : « *la science forme la troisième source du droit* ». Puchta entend « former » dans le sens classique de « constituer ». La connaissance d'un ensemble de normes juridiques constitue une connaissance qui est elle aussi une connaissance juridique. Mais sa phrase est également valide au regard de la théorie des systèmes complexes : **la science forme le droit**. Le corpus juridique, composé de connaissances actionnables temporalisées et stables, porte l'empreinte du savoir que les individus ont de lui. Un droit que plus personne ne connaît perd toute existence. Une norme que tout le monde croit connaître acquiert une consistance dont le législateur tient souvent compte. Ainsi en acquérant une connaissance des normes on acquiert également la connaissance d'une structure, et dans le mouvement circulaire que constitue l'action de ces normes, chacun contribue à reformer la structure.

Il est certes possible d'imaginer un système juridique entièrement figé, que l'on aurait définitivement privé de toute possibilité d'évolution. Nous avons vu que le maintien artificiel d'un tel ordre peut se payer très cher en termes de répression, si ce système n'est pas conçu de manière à s'ajuster automatiquement aux besoins réglementaires qu'il gère. Au bout d'un certain temps, le prix à payer peut alors sembler intolérable, et le système s'effondrer brutalement.

Nous avons donc montré que les systèmes les plus susceptibles de pérennité sont ceux qui ouvrent suffisamment le champ de leurs possibles à leurs sujets ; ceci permet de stimuler

⁷¹⁴ G. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 7^e éd., Leipzig, 1871, t. 1, § 14 et 15, trad. A. Dufour, in *La théorie des sources du droit dans l'Ecole historique*, Archives de Philosophie du droit, t. 27, 1982, pp. 85-119).

⁷¹⁵ Cf. ce concept p. 107.

leur inventivité et leur capacité d'explorer des stratégies de régulation qu'ils pourront considérer comme acceptables. Nous avons proposé certains critères pour une telle acceptabilité : liberté, justice, bien-être. Ces critères s'articulent autour d'un mécanisme : la spécularité. Adam Smith a montré que le principe spéculaire de sympathie pouvait résoudre le problème de répartition des richesses au niveau de l'ensemble d'une société, sans adjonction de normes autoritaires. Nous avons suggéré que les critères de justice acceptable appliqués de manière spéculaire peuvent constituer un repère autour duquel un corpus normatif va s'articuler, l'ensemble constituant ainsi ce que l'on peut appeler une *justice acceptable*, en ce sens qu'elle susciterait l'ordre le plus grand possible en usant du moins de contrainte possible.

Ce type de droit pourrait être considéré comme parfait, sauf si l'on considère comme le fait une partie de la doctrine, l'adaptabilité comme un défaut. Le juriste est constamment tiraillé entre la nécessité de maîtriser une réalité fluctuante et l'attrait de la stabilité normative (que l'on nomme de façon peut-être un peu abusive *sécurité juridique*). Il semble donc parfois préférable de définir les normes sous la forme d'injonctions directes.

Chapitre 2 - L'ordre juridique, producteur de lui-même par la complexité

Au fil du titre précédent nous avons vu que le droit peut être décrit de manière crédible à l'aide d'un modèle qui le fait émerger des interactions sociales. Mais l'on ne peut le réduire à un artefact dont la définition erre au gré du bon vouloir des hommes qui le définissent. Le droit possède une vie cachée.

Notre modèle cyclique ressemble de fait à un *hypercycle* de Eigen qui décrit en biologie un réseau autocatalytique (succession de réactions qui se rebouclent sur elles-mêmes)⁷¹⁶. Chaque processus dépend de cette boucle externe et en même temps chacun la détermine aussi. Les individus constituent des globalités qui les recomposent de manière plus ou moins médiata. Le droit forme sa société, la société reforme son droit. Cette causalité circulaire peut engendrer, par effet de rétroaction, des amplifications ou des inhibitions qui confèrent au système une apparente autonomie, puisqu'aucun de ces effets n'est prévu ni souhaité.

Ces conditions sont nécessaires mais non suffisantes pour voir apparaître une figure d'autonomie : un groupe restreint possédant un ensemble normatif lui aussi restreint, peut parfaitement continuer de déterminer ses règles du jeu de manière pleine et entière, en gardant la pleine conscience de cette maîtrise. Par contre, c'est quand tout ou partie des normes ou de leur fondement téléologique commence à échapper aux individus que peuvent se mettre en place des figures d'autonomisation. Cette différenciation des figures d'individualité et de globalité, sociales et normatives, est quasiment postulée par la sociologie de la modernité tant les sociétés étudiées sont vastes et leurs règles complexes⁷¹⁷. Mais de tels phénomènes peuvent

⁷¹⁶ M. EIGEN, « Self organization of matter and the evolution of biological macromolecules », in *Naturwissenschaften*, 1971. La théorie des hypercycles permet également de donner une interprétation de la résistance des organisations au changement. Par exemple, cf. Didier CUMENAL, *Un modèle de dynamique des systèmes pour analyser et comprendre les changements d'état de l'organisation*, <http://www.enitiaa-nantes.fr/enitiaa/new/congres/cumenal.htm>.

⁷¹⁷ Quelques exemples sont relevés par E. Blankenburg dans l'ouvrage de Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft* : « La thèse de l'évolution avancée par Luhmann pose la question du moment où le droit s'est autonomisé au point de répondre aux critères de l'autocréation. Luhmann sagement n'avance pas de date mais se contente d'indiquer une série de processus de différenciation qui contribuent à l'émergence de l'autocréation. Il cite comme exemples de l'autonomisation du droit vis-à-vis du politique la dissolution de l'ordre social de l'unité familiale de base dans la Rome antique qui amena à des concepts de droit civil de propriété et d'échange, la différenciation entre droit pénal et droit civil dans l'Italie du XI^e siècle, mais aussi l'institution du " modèle de l'état de droit " sur le continent européen au XIX^e siècle. Il ne mentionne pas la disparition de la séparation des deux champs ou la réduction du champ juridique (comme on pouvait les observer par exemple dans les pays socialistes - sans doute parce que leur socialisme n'a pas survécu). Luhmann prévoit la même évolution fonctionnelle pour les hautes cultures dans lesquelles le fait de recourir au droit est considéré comme une disgrâce (pensons aux traditions se référant aux doctrines du confucianisme, dans des pays qui évitent l'institutionnalisation du droit, tels que le Japon, la Corée et aussi la Chine, voir p. 167). Bien que l'auteur souligne ailleurs que le concept d'évolution exclue toute prévision, le droit ne peut que se différencier et s'auto-alimenter toujours davantage selon les développements qu'il propose.

De nombreux signes actuels semblent confirmer cette prévision, même s'il en existe d'autres qui indiquent une incorporation du droit dans des modèles d'action antérieurs au droit, qualifiés par Luhmann de " couplages structuraux ". Le lecteur plus intéressé par le couplage du droit à l'action sociale que par l'autonomie du droit en tant qu'univers d'argumentation trouvera là aussi des renseignements intéressants dans les notes en bas de page. Les sociétés antérieures au droit et le débat relatif à la réglementation normative des sociétés

également se faire jour dans des communautés plus restreintes. Citons l'exemple classique des sociétés basées sur les rites, règles exécutées de manière automatique dont le fondement téléologique (le pourquoi) s'est perdu au fil du temps dans la mémoire collective.

Les causes de différenciation sont multiples : multiplication des membres du groupe, erreur, oubli, précipitation⁷¹⁸ mais également simplification excessive. Un vide peut alors se créer, dans une certaine mesure, dans lequel va s'exprimer une certaine forme d'autonomie des normes. Mis à distance de la société qui le forme, le droit devient source d'une partie de sa propre causalité. Mais cette source est multiple, et dire que le droit *se produit lui-même* peut s'entendre de plusieurs manières :

- à la manière de Kelsen et des positivistes, et en vertu du fait que le devoir-être ne peut dériver de l'être et que *seul le droit crée du droit*. Nous avons précédemment exposé une critique de cette interprétation de la loi de Hume (cf. p. 120), et mis en avant le paradoxe d'auto-justification⁷¹⁹ qui touche le fondement même du droit, celui de la norme fondamentale ;

*primitives sont rejetés dans une note de bas de page étrangement sélective (p. 259). L'auteur ne parvient pas non plus à proposer un classement des alternatives d'orientation par rapport au droit (p. 139). De plus, il traite les solutions de litiges dans lesquels les participants renoncent à décider qui est dans son droit uniquement parce qu'elles sont prévues par la loi (par exemple, la conciliation devant un tribunal au lieu d'un jugement). Mais ces cas ne rentrent pas dans le schéma binaire concernant ce qui est de droit et ce qui ne l'est pas. Ils sont mis en forme juridiquement par un alignement de questions binaires (comme un ordinateur qui peut traduire un système décimal en système binaire). Le résultat des codes sériels est une différenciation de degré au niveau d'une plus ou moins grande extension de la mise en forme juridique, d'un plus ou moins grand recours à la procédure, à la formalisation et à la subsumation, et donc une situation caractérisée par " plus ou moins de droit " suivant laquelle les acteurs s'orientent.(...) Luhmann contribue à montrer comment ce droit se détermine par lui-même en tant que catégorie. Il définit de ce fait le droit à partir de ses mécanismes internes. Celui qui est intéressé par le droit dans sa fonction d'ordre social (donc externe) aura tendance à le définir plutôt comme critère d'orientation de l'action sociale et à se demander dans quelle mesure le droit peut exercer un contrôle dans la société. D'un point de vue sociologique, la réponse est fournie par les limites de l'extension de la mise en forme juridique que la société impose. Le philosophe de la morale pourra ensuite s'interroger sur la légitimité du droit qui contrôle ces limites ou sur la légitimité de ces limites elles-mêmes. Mais les questions concernant la légitimité du droit suivent leur propre logique de développement puisque les éléments de réponse qu'on peut y apporter ne relèvent ni du droit ni de la sociologie. » E. Blankenburg in *Revue Droit et Société*, n° 33, Paris, LGDJ, 1996, pp. 436-437.*

⁷¹⁸ « *Quand nous agissons, très vite nos actions échappent à nos intentions, entrent dans le système d'interactions et de rétroactions de l'environnement et parfois s'éloignent totalement de la route que nous avons tracée pour elles* » E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, op. cit.

⁷¹⁹ La position de Luhmann est à cet égard parfois ambiguë, et l'on peut se demander s'il ne se considère pas la *clôture opérationnelle* de Varela comme l'équivalente d'un système juridique qui a été défini comme tel (Un jour des hommes ont dit : « ceci est droit, et ceci ne l'est pas, et ce droit déterminera par la suite ce qui sera lui et ce qui ne le sera pas » : ceci est une forme littéraire d'autoréférence). « *Luhmann expose très clairement, (...) ce qu'il entend par " autocréation " du droit. Dans cette optique particulière, le droit serait un produit tardif de l'évolution sociale. Des systèmes de normes primitifs dans lesquels la religion, la morale et la jurisprudence étaient des unités de contrôle normatif de la société ne méritent pas la dénomination de droit. Il se peut que ces systèmes aient distingué ce qui était " de droit " et " ce qui ne l'est pas " sans pour autant pouvoir séparer le binôme juste/injuste du vrai/faux. Seule cette séparation établit le droit au cœur du juridique. Il en découle qu'aucune discussion scientifique ou débat moral ne peut décider de questions juridiques. Seule peut le faire une opération juridique s'appuyant sur l'opposition entre ce qui est de droit et ce qui ne l'est pas. Savoir dans quelle mesure cette opération tient compte de preuves scientifiques ou d'arguments moraux, comment elle se laisse guider par les conséquences de la décision et de quelle manière elle interprète des notions juridiques imprécises*

- on peut comprendre que le droit est la source de lui-même, en ce sens qu'il se crée tout seul et sans la volonté de personne. Proposition qui semble absurde mais qui pourtant peut rendre compte de cas bien particuliers, notamment quand il s'avère que la forme du droit n'est réductible à la volonté d'aucun individu particulier, ni d'aucune somme des individus de la société ;
- dans la mesure où le droit est conçu comme un régulateur qui a vocation à créer de l'ordre dans le social, on peut également considérer qu'en se créant il crée spontanément ou incidemment de l'ordre social. Autrement dit, le droit serait non seulement auto-créateur, mais également auto-organisateur (auto-producteur d'une téléologie organisante, pour être précis) ;
- enfin, si l'on combine les deux propositions précédentes, on aboutit à une figure proposée par G. Teubner : « *le droit régule la société en se régulant lui-même* »⁷²⁰. Cette proposition a été contestée par J.-L. Le Moigne⁷²¹.

relève purement et simplement de la méthode.

Comme la plupart des théoriciens du droit, l'auteur projette une situation idéaltypique, dans laquelle le juge décide ce qui est de droit. " L'organisation de la juridiction serait par conséquent ce système partiel au centre duquel il y aurait le système juridique ", écrit l'auteur (p. 321). " Tous les autres systèmes partiels non judiciaires du système juridique font partie de la périphérie. " Dans la périphérie, on peut inscrire des intérêts et des revendications, des idées de justice et de légitimité qui ne deviendront du droit que lorsqu'elles pourront être traduites en opérations de validité ou de non-validité dans le droit. Les exigences de l'éthique du débat deviennent dans ce cas utopiques : elles ne sont pas soumises à une décision judiciaire, elles valent donc tout au plus comme fiction légale (p. 99).

Pour des sociologues qui désirent étudier, même à l'extérieur du centre, l'action orientée sur le droit, l'idée d'autocréation apparaît comme un privilège. Comme le musicologue peut parler de musique sans en faire, le sociologue du droit peut analyser le droit sans l'usurper. Ce n'est certes pas une question juridique que de savoir dans quelles conditions un litige est soumis au juge ; les juges pourraient, à leur tour, tirer profit du fait que les sociologues soulignent la rareté avec laquelle cela se produit. Des sociologues pourraient même se poser des questions sur la légitimation du mécanisme de sanction en observant la manière sélective avec laquelle il intervient pour des comportements différents. C'est aux socio-psychologues qu'il revient d'expliquer la conformité aux normes juridiques, tandis que les politologues peuvent étudier pourquoi l'appareil juridique fonctionne la plupart du temps sur des critères autres que ceux que le législateur avait prévus. Ce type de questionnement n'intervient pas dans les questions juridiques, mais répond à des questions sur le droit, ce qui permet de tirer des conclusions au sujet de la légitimation des décisions juridiques. Ces conclusions peuvent également être admises dans le cadre cognitif où s'effectuent les opérations juridiques. La question de savoir quelles seraient les conditions qui favoriseraient cette interpénétration est une des questions que la sociologie juridique pourrait utilement se poser. » (idem, p. 438-439).

⁷²⁰ G. Teubner, Gunter TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, (trad. de l'allemand), Paris, PUF, 1993, p. 103.

⁷²¹ En effet, elle est posée plus que démontrée, et se réfère à un auteur dont l'oeuvre n'a aucun rapport immédiat avec la science juridique. « [Teubner fait] référence au "célèbre adage" de J. Piaget : "l'intelligence organise le monde en s'organisant elle-même". Notre propre formule, ajoute aussitôt G. Teubner, "sera également paradoxale : "le droit régule la société en se régulant lui-même" (p. 103). L'appel au "célèbre adage de J. Piaget" me laisse perplexe ! (...) surtout parce que, pour J. Piaget, il ne s'agit nullement d'un adage, mais d'une conclusion (ou, au moins une hypothèse forte) solidement argumentée ("L'adage" est extrait d'une phrase de 5 lignes qui apparaît p. 311, presque au terme d'un gros travail sur "la construction du réel chez l'enfant", publié en 1937 !) ». Principal point d'achoppement entre les deux auteurs : Jean Piaget décrit comme un être autonome se construit une représentation de la réalité en agissant sur cette réalité ; aussi le parallèle proposé par Teubner, peut-il sembler quelque peu hâtif, puisque le droit n'est pas à proprement parler un être vivant. Nous

Dans le contexte de notre modèle, ces affirmations sont discutables, et se doivent d'être précisées. Il ne faudrait pas, par exemple, confondre auto-organisation juridique et auto-organisation sociale.

E. Morin a montré que pour qu'un être soit autonome, il faut qu'il renferme en lui-même son propre principe de destruction⁷²². Le droit semble bien répondre à cette exigence, puisque comme nous l'avons évoqué dans le titre précédent, sa finalité explicite est de mettre fin aux conflits individuels. Partant, son accomplissement correspond bien avec sa disparition, puisque la disparition des conflits justifie à terme la disparition du droit (de même que l'Etat finit par disparaître, selon l'utopie marxiste) ; cette fin semble inéluctable, mais la permanence des tendances antisociales de l'homme maintient ces régulateurs en place. Ainsi on admet que ce n'est pas de par son autonomie que le droit se maintient, mais parce que les sujets qui l'instituent éprouvent inlassablement le besoin d'être régulés. L'argument jusnaturaliste réapparaît en toile de fond : l'existence du droit tiendrait à la nature même de l'homme, ce qui le rendrait totalement hétéronome.

Entre l'autonomie de Teubner et l'hétéronomie jusnaturaliste, notre modèle nous permet de suggérer une voie médiane, que nous avons évoquée sous le nom de *pseudo-autonomie*. Certes le droit est bien conditionné par les besoins en régulation de ses sujets, et en cela il est définitivement hétéronome. Mais tant son mode de fonctionnement que sa pérennité d'existence font de lui une entité à part, distincte et perçue comme telle par les individus eux-mêmes. Cette distanciation, cette autotranscendance sont un caractère commun des constructions du social. Le droit, qui n'est qu'une de ces constructions, n'échappe pas à la règle, et Luhmann a mis en lumière de nombreux mécanismes qui permettent de comprendre ce phénomène. Mais il n'en garde pas moins un certain nombre de traits caractéristiques qui lui sont spécifiques, et qui tiennent d'une part à sa fonction de régulateur, d'autre part à la façon dont cette fonction est mise en œuvre.

Nous étudierons donc dans un premier chapitre comment le droit se constitue en phénomène pseudo-autonome (Section 1), puis nous montrerons en quoi la raison juridique constitue un trait particulier qui distingue le droit des autres construits sociaux, et contribue à lui conférer sa physionomie propre (Section 2). Une fois cette description achevée et ces informations recoupées avec celles du titre précédent, nous aurons une idée approchée de ce que peut être l'évolution d'un régulateur complexe.

avons proposé de parler plutôt de *pseudo-autonomie*, ce qui exclut une transposition aussi radicale, du moins sans un certain nombre de précautions épistémologiques. Fait curieux, Teubner reconnaît explicitement la nécessité de distinguer soigneusement l'autopoïèse des être vivants de celle des systèmes sociaux, qu'il qualifie de « niveau supérieur » (p. 44).

⁷²² *La Méthode Tome 1* : c'est par leur continuelle destruction et reproduction que les êtres vivants assurent l'adaptation biologique de l'espèce. Certains travaux remettent néanmoins en cause ce point de vue qui tient presque du postulat (tout comme celui de l'impossibilité d'une éternité du vivant). Certaines méduses semblent en effet posséder des propriétés qui leur assurent une sorte d'éternité. Au terme d'un cycle de vie presque complet, le corps régresse, ses cellules meurent, à l'exception d'un petit noyau, qui va se régénérer entièrement et se développer à nouveau pour donner « naissance » à un être adulte. Sur le plan cellulaire on a bien affaire à un nouvel être, mais il semble qu'à aucun moment du cycle de vie il n'y a disparition totale d'un être et apparition d'un autre. Des travaux de recherche sont en cours pour confirmer cette hypothèse.

Section 1 - L'ordre global, phénomène pseudo-autonome

C'est sa structure et son mode de fonctionnement qui confèrent au droit des caractéristiques d'être autonome. Ils le font, à maints égards, ressembler à un être vivant (§ 1). Ces propriétés ont inspiré aux penseurs libéraux et néolibéraux l'idée qu'il pourrait être possible de penser un droit entièrement autonome, qui s'adapterait spontanément aux besoins sociaux, et serait d'autant ainsi plus efficace qu'il exercerait une contrainte minimale sur les sujets. Mais ce modèle se base sur certaines conditions, qui si elles ne sont pas remplies le rendent quasiment inefficace (§ 2).

§1. Un système régulateur « vivant »

La pseudo-autonomie du système juridique a pour conséquence majeure qu'il devient extrêmement difficile de prévoir ses évolutions futures (on ne saurait toutefois postuler que ce système est définitivement imprévisible, bien au contraire). Le système juridique semble simplement obéir à une volonté, à un projet internes, tel un être vivant⁷²³. Cette difficulté engendre chez les sujets qui pensent contrôler leur propre système normatif un malaise d'autant plus concevable que le droit se présente non seulement comme un régulateur, mais comme un stabilisateur social censé faire régner la paix civile dans l'harmonie retrouvée des intérêts individuels.

Notre modèle semble suggérer qu'il vaut mieux s'accommoder de ce comportement complexe, et l'accepter non comme un effet pervers, mais comme une conséquence inévitable car quasi-inhérente au mode de régulation actuel, basé sur l'organe représentatif qu'est l'Etat et la fiction représentative qui le sous-tend : la volonté générale. Cette volonté est agie par les individus, qui considèrent conjointement leur situation face à celle du groupe dont ils sont eux-mêmes partie.

Ce double point de vue confère à la fiction juridique un double caractère, autonome et hétéronome, qui justifiera son appellation de *pseudo-autonome*. L'autonomie du système juridique est due au fait que celui-ci forme un ensemble clos, ce qui lui permet néanmoins de voir sa structure adaptée en cas de choc exogène (1). Il reste néanmoins dépendant d'un objet qui lui est extérieur, car son existence est conditionnée par celle du système social qu'il régule (2). Or s'il ne parvient pas à ordonner le social, celui-ci se désagrège et il disparaît ; s'il l'ordonne définitivement, sa présence devient inutile et il disparaît également. C'est ainsi que les systèmes juridiques et sociaux entretiennent une relation ambiguë avec le désordre, car ils le maintiennent en prétendant le réduire.

⁷²³ La même comparaison a été faite entre êtres vivants et systèmes sociaux : « *Les mêmes raisons qui font que la reproduction sociale est incomparablement plus évolutive que la reproduction biologique font aussi qu'elle est beaucoup plus indéterminée et imprévisible. La faculté de symbolisation est, dans une certaine mesure, le refus de la régularité, de l'automatisme, du choix nécessaire (et qui, par conséquent n'est plus un choix) [...] La reproduction biologique est toujours largement prédéterminée, la reproduction sociale est toujours en cours de détermination. [...] La conservation et la transmission matérielles des symbolismes s'accompagnent de leur destruction fictive, c'est-à-dire du changement de leur signification. De point d'arrivée, le symbolisme transmis devient point de départ.* » (Yves BAREL, *La reproduction sociale, systèmes vivants, invariance et changement*, Paris, Anthropos, 1973, p. 409).

Le désordre présente alors un caractère dual : un certain désordre entraîne la destruction, quand l'autre permet l'adaptation et la reconstruction. Il en est de même du flou des normes : des normes floues sont synonymes d'instabilité et d'insécurité juridique, mais un certain flou est nécessaire pour assurer l'adaptation d'un système axiomatisé à une réalité complexe⁷²⁴.

1. Une autonomie : un système clos mais adaptatif

Tout système ne peut assurer son autonomie que par la conjonction de formes simultanées et complémentaires d'ouverture et de fermeture. La physionomie globale du système se présente comme le résultat d'un équilibre entre ces différentes formes. Son imprévisibilité parachève la conviction de l'observateur en son indépendance. Reste à savoir si le système juridique remplit pleinement ces critères.

L'autonomie peut s'entendre de deux manières très différentes, et son utilisation relève parfois d'une certaine confusion.

Il y a d'une part l'autonomie scientifique, telle qu'utilisée avec rigueur par des disciplines comme le positivisme juridique. Celle-ci consiste à isoler l'objet de la science (en l'occurrence le droit) de ce qui l'entoure, de manière à en donner une description objective. Postuler le droit autonome consiste, dans cette perspective, à tracer une frontière étanche entre ce qui relève du droit et ce qui n'en relève pas⁷²⁵. A l'intérieur de cette frontière, toutefois, il sera possible de distinguer entre différentes disciplines, elles aussi autonomes. Il s'agit là d'une variété de cette autonomie ontologique.

Mais les sciences de la vie ont, d'autre part, donné de l'autonomie une acception fondamentalement différente. Un des pionniers en fut le biologiste Von Bertalanffy, qui s'intéressa à la façon dont les organismes organisaient et maintenaient leur structure. Son approche était très différente du déterminisme ontologique, car il était conscient qu'il ne suffisait pas de connaître les éléments d'un ensemble et leur interaction pour rendre compte des fonctions et opérations dont ce système ainsi formé était capable. *« étudier la croissance d'un organisme, c'est chercher à expliquer non pas comment se perpétue une structure, mais comment évolue un ensemble d'interactions entre des processus énergétiques, matériels, informatifs qui diversifient et relient cellules et tissus dans la totalité de l'organisme en train de se développer »*. Le mot système signifie alors un concept plus strictement défini : *« c'est un ensemble organisé de processus liés entre eux par un ensemble d'interactions à la fois assez cohérent et assez souple pour le rendre capable d'un certain degré d'autonomie »*⁷²⁶. L'autonomie n'est donc plus la résultante de la structure du système. Au contraire, **le système**

⁷²⁴ Le flou permet au juge de subsumer le particulier sous le général en l'absence de précision suffisante des textes (J. CARBONNIER, *Flexible droit, op. cit.*) ; le flou peut également servir l'axiomatique juridique, dans la mesure où il est mathématisable à la manière des *fuzzy sets* (Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986, pp. 330 s.).

⁷²⁵ De tels séparateurs sont l'être et le devoir-être, le droit et le non-droit, etc. De manière générale, est considéré comme autonome ce qui n'obéit qu'à ses propres lois ; c'est au second degré qu'il convient de prendre cette définition, en ce qui concerne le positivisme juridique.

⁷²⁶ Cité in J. Perrin, « Interaction des processus et complexité des techniques », *Rencontres MCX 6 - Poitiers, Futuroscope*, 9 et 10 Juin 1997, <http://www.mcxapc.org>.

voit sa structure résulter de son autonomie. Selon la description de Luhmann⁷²⁷, le droit relie ainsi ses éléments en son sein, selon un code qui lui est propre, ses règles de procédure. Mais il « n'existe » vraiment que quand il possède assez d'éléments pour engendrer, au moyen de ses éléments, leur reproduction en un « processus sans fin ». Certains auteurs, en particulier A.J. Arnaud⁷²⁸, ont dénoncé le flou de ce « seuil de complexité » et l'absence de démonstration réelle de Luhmann de l'infinité de la reproduction du droit par lui-même. Malaise appuyé par un constat : c'est sur une hypothèse purement positiviste (*seul le droit crée du droit*) que s'appuie une démonstration constructiviste (*l'autoréférence du droit fonde son autonomie*).

Aussi, bien que critiquable sur le plan ontogénétique (passage brutal d'un système simple à un système complexe)⁷²⁹, l'hypothèse de Luhmann se révèle d'une grande commodité pour donner une description de certains rapports entre le droit et son *environnement social*⁷³⁰. En effet, l'autonomie représente le point de divergence à partir duquel s'opposent les conceptions de la complexité telles qu'entendues par les sciences sociales et de la vie d'un côté, les sciences exactes de l'autre (nous avons évoqué cette distinction à de nombreuses reprises en introduction et dans le titre précédent). Il est impossible de dissocier la notion d'autonomie de celle de système : pour le positivisme, l'autonomie consacre l'isolabilité du système en tant qu'objet d'observation possédant des caractéristiques et des comportements propres. Le courant des sciences exactes considère en revanche l'autonomie comme l'ensemble des caractéristiques et comportements propres du système, certes observables isolément mais reliés causalement à l'environnement du système. Les sciences sociales et de la vie complètent cette description par l'ajout d'une condition : que **le système soit la cause de lui-même**. Nous avons soulevé la difficulté de concevoir, même mentalement, un *programme qui se programme lui-même*⁷³¹, car cette figure relève de la même classe de problème que le mouvement éternel. Ses apports sont toutefois essentiels sur le plan explicatif. S'établit un double lien entre le système et son environnement : il n'y a plus, de fait, que des systèmes qui interagissent en permanence les uns avec les autres. L'autonomie n'est plus simplement causée (ou observée), elle devient simultanément causante, active⁷³². Elle rend compte, comme nous le suggérait *supra* l'hypothèse Gaïa, du fait que l'être n'est plus uniquement le produit, mais également le producteur de son environnement. J. Piaget,

⁷²⁷ Parmi l'œuvre de Luhmann, on peut retenir particulièrement LUHMANN N., « *Die Einheit des Rechtssystems* », in *Rechtstheorie*, 14, 1983, p. 129-154 ; pour des éclairages et discussions critiques sur ces théories, il y a GARCIA AMADO J.A. « *Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann* », in *Droit et Société* 11-12, Paris, LGDJ, 1989, p. 15-52 ; *Niklas Luhmann observateur du droit*, A.J. ARNAUD et P. GUIBENTIF dir., coll. Droit et Société n°5, Paris, LGDJ, 1993.

⁷²⁸ Cf. Arnaud et Guibentif dir., *op. cit.*

⁷²⁹ Détacher le système juridique de son environnement social en fait un ensemble autonome au sens radical, impropre à accueillir les paradigmes de la seconde systémique (André-Jean ARNAUD, « Le Droit, un ensemble peu convivial », *loc. cit.*).

⁷³⁰ Ceci est une autre manière de dire que le droit est un sous-système du social. Cf. p. ex. Niklas LUHMANN, « Le droit comme système social », in *Revue Droit et Société* n° 11/12, Paris, LGDJ, 1994, pp. 53-67.

⁷³¹ Cf. notamment l'irréductible exogénéité de la programmation des virus informatiques, p. 253.

⁷³² « "Toutes choses étant causées et causantes, aidées et aidantes, médiatees et immédiates, et toutes s'entretenant par un lien insensible qui lie les plus éloignées et les plus différentes.... » (Pascal, "Pensées", 199-72-9).

traitant de l'apprentissage chez l'enfant, résumait ainsi l'émergence de la cognition en tant qu'objet actif : *l'intelligence organise le monde en s'organisant elle-même.*

Pour les besoins de notre exposé, nous prendrons comme repère l'autonomie telle que conçue par Atlan ou Varela, ainsi que les cognitivistes apparentés à Piaget et son école. C'est en effet cette conception de l'autonomie qui inspira la doctrine de Luhmann, puis notamment celle de Teubner, qui reprenant Piaget, a fondé sa conception de l'autopoïèse juridique sur le principe que « *le droit régule la société en se régulant lui-même* »⁷³³. Les prémisses de cette conclusion sont pourtant les suivantes : « *la régulation de la société par le droit s'effectue au moyen de deux mécanismes tout à fait différents qui tendent à concilier la clôture opérationnelle du droit avec son ouverture à l'environnement. Ces deux mécanismes sont l'information et l'interférence. D'un côté, le droit produit une « réalité juridique autonome », par la constitution exclusivement intrasystémique des informations. Ensuite, il se réfère dans ses opérations à cette réalité autoproduite, et n'a donc aucun contact avec l'environnement réel. D'un autre côté, le droit est réellement connecté à ses environnements sociaux en vertu de mécanismes d'interférence communs à plusieurs systèmes. Et enfin les recouvrements d'événements, de structures et de processus à l'intérieur et à l'extérieur du système juridique impliquent des contraintes réciproques de « couplage » du système juridique avec son environnement réel* »⁷³⁴. Teubner relève donc bien l'existence d'une double relation du système juridique. D'une part celle qu'il entretient avec lui-même de manière autonome, et que nous exposerons ci-après ; d'autre part, celle qui le lie à son environnement. Mais curieusement, il ne relève pas que ces relations sont motivées par l'objet même du droit, à savoir son rôle de régulation de l'ordre social. C'est sur cette finalité que nous constaterons l'hétéronomie du droit, et concluons à sa pseudo-autonomie. Teubner prend quant à lui un chemin différent. Il considérera, même implicitement, que les relations du droit avec son environnement sont de simples résultantes de son couplage, c'est-à-dire de la capacité que possède sa structure interne à déboucher sur des actions (b) tout en étant seule source de sa connaissance (a), ce que Varela a résumé sous l'appellation de *clôture opérationnelle*. Tout se ramène, dès lors, à la structure interne d'un droit considéré comme un être vivant, **causalement clos**. Nous verrons que cette position n'est tenable qu'en niant l'hétéronomie fondamentale du droit (2), ce qui s'apparente à une réduction simplifiante, voire une erreur de métaphore.

a. Fermeture sur la connaissance

Les êtres vivants déterminent ce qui va constituer leur information et ce qui leur sera indifférent. La comparaison peut dans une certaine mesure s'appliquer au droit, construit cognitif.

Tout part d'un constat : la morphogenèse du droit prend en défaut le paradigme de l'application logique de la norme imposé selon un schéma hiérarchique. Ainsi, M. Virally, s'interrogeant sur la portée réelle du principe hiérarchique, note : « *On ne saurait affirmer a priori qu'une norme ne peut en aucun cas modifier celle dont elle tire sa validité* »⁷³⁵, un point de vue révolutionnaire pour les positivistes. De même, P. Amselek conclut à propos du droit

⁷³³ Gerhard Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, op. cit., p. 103.

⁷³⁴ *Idem*.

⁷³⁵ M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960

public français : « *La réalité - c'est-à-dire, en l'espèce, la réglementation juridique des compétences normatives - est beaucoup plus complexe, plus enchevêtrée que le schéma kelsénien ne le laisse paraître : les différentes autorités publiques tirent le principe de leur compétence normative de catégories de normes juridiques les plus diverses qui ne s'articulent nullement, de ce point de vue, selon une échelle continue* ».

Mais il ne suffit pas de constater l'échec de la commande pour conclure à l'autonomie. Assimiler un ensemble normatif à un système autonome requiert la réunion d'un certain nombre de conditions. La première consiste à montrer qu'il peut se différencier de ce qui n'est pas lui, ce qui implique qu'il soit la source de son information : autrement dit, qu'il soit autoréférentiel. Pour ce faire, il suffit qu'il puisse traiter les informations en circuit fermé, et constitue un ensemble opaque pour les acteurs extérieurs⁷³⁶.

Luhmann considère que le corpus normatif que constitue le droit possède ces propriétés⁷³⁷. Pour montrer les comportements propres d'un système d'information circulaire, Varela prend l'exemple d'un anneau binaire. On peut imaginer un collier de perles, dont chaque perle peut prendre deux couleurs, blanc ou noir, et peut changer de couleur selon celle de ses voisines. Après avoir défini (arbitrairement) des règles de changement de couleur, on affecte une valeur aléatoire à chaque perle et on lance les calculs. A titre d'exemple, on peut imaginer une règle suivante, sachant que par définition chaque perle possède deux perles adjacentes : *si mes voisines sont toutes deux de la même couleur, je change de couleur*. On a ainsi défini une règle non linéaire, puisque chaque perle s'influence mutuellement à chaque pas de temps.

L'observation de l'évolution de nombreuses combinaisons aléatoires donne, selon les configurations et les règles adoptées, des résultats parfois inattendus, allant du régulier au chaotique en passant par le quasi-périodique. « *Lorsqu'il est couplé à une soupe aléatoire [sic] de 0 à 1, cet anneau particulier peut engendrer une distinction entre des sous-séquences paires et impaires. C'est une distinction qui n'est pas programmée ; elle résulte de l'histoire du couplage du système. En outre, elle crée une signification qui n'existait pas auparavant, puisque nous partions d'un univers aléatoire. A partir de ce chaos, le système peut engendrer*

⁷³⁶ Cette opacité est d'ailleurs réciproque : « *Le système politique doit donc opérer dans les mêmes conditions de non-connaissance et de non-maîtrise que les autres. Il obéit aux mêmes limitations de clôture et d'autoréférence que les autres systèmes qui constituent, pour lui, ses divers environnements. La même opacité entoure ses choix et ses actions et il n'a de faculté d'appréciation et de compréhension de son influence que celle de ses propres opérations et de son propre code. Il est tout aussi dépendant, pour une quelconque prise d'influence, des seuils d'irritabilité de ses propres systèmes senseurs et de ceux des autres. Si l'on se rappelle, dans ces conditions, que le système politique est fonctionnellement spécialisé dans la production de « décisions collectives obligatoires » (un concept que Luhmann reprend au systémisme parsonien), alors nous prenons conscience de l'acuité de la problématique de la guidabilité (Steurbarkeit) pour lui.* » Jean CLAM, note de lecture de l'ouvrage de DAMMANN Klaus, GRUNOW Dieter et JAPP Klaus P. (Hrsg.), *Die Verwaltung des politischen Systems - mit einem Gesamtverzeichnis der Veröffentlichungen Niklas Luhmanns : Neuere systemtheoretische Zugriffe auf ein altes Thema*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1994, 411 p., in *Revue Droit et Société* n° 40, 1998, p. 683.

⁷³⁷ Pour une explication détaillée de ce point de la pensée de Luhmann, on pourra se reporter au DETSD, *op. cit.* p. 50 (entrée : autonomie). Egalement Juan Antonio GARCIA AMADO, « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », *Revue Droit et Société* n° 11/12, Paris, LGDJ, 1989, pp. 15-52.

à travers sa clôture opérationnelle, une distinction inséparable de son opération »⁷³⁸.

Par rapport au paradigme de la commande simple, qui caractérisait jusqu'ici le mode de commandement hiérarchique, Varela représente le changement de paradigme induit par l'autonomie au moyen du tableau suivant :

	Systèmes hétéronomes	Systèmes autonomes
Logique fondamentale d'opération	correspondance	cohérence
type d'organisation	entrée/sortie, fonctions de transfert	clôture opérationnelle, comportements propres
mode d'interaction	un monde donné d'instructions et de représentations	un monde émergent de significations

Tableau 3 - Hétéronomie et autonomie

Circularité de l'information juridique

Sans circularité il n'y a que simplicité, et omnipotence du paradigme de la commande. Au regard des conceptions classiques de la norme, la circularité ressort donc davantage de l'accident que du calcul. En effet, l'on peut se demander dans quelle mesure le droit s'envoie des messages, et quel peut être leur type, surtout s'il est circulaire.

Si l'on intègre la logique de Luhmann, il faut accepter de voir la norme selon une double dimension. D'une part c'est un objet qui, quand il est interprété par les hommes, revêt une certaine signification (devoir, interdiction, définition...). Mais la norme possède également une signification au regard du corpus juris dans son ensemble, la même signification que peut posséder une perle au regard du collier tel que nous l'évoquions ci-dessus. Partons du principe kelsénien que *seul le droit crée du droit* (sous-entendu : pour lui-même). Prenons l'exemple d'une jurisprudence ayant valeur d'adjonction normative, c'est-à-dire précisant une définition ou créant un régime juridique : la jurisprudence créant le *vol d'usage*, que nous avons évoquée *supra*.

Elle est accueillie dans le système normatif au regard du pouvoir de l'institution qui l'a promulguée (une juridiction légalement admise pour ce faire ; sont mises à contribution les règles secondaires selon Hart). Ces règles, qui filtrent ce qui relève du droit et ce qui n'en relève pas, ne découlent pas de l'autonomie du système comme dans l'exemple de Varela, mais elles doivent être préalablement déterminées. Elles permettront cependant à Luhmann d'assimiler le comportement du système juridique à celui d'un système autonome. Une fois assimilée, la norme est accommodée, en ce qu'elle vient enrichir la catégorie *vol* d'une sous-catégorie supplémentaire : le vol d'usage. Nous assistons bien là à une modification de la structure normative, et désormais les informations qui utiliseront le corpus normatif pénal tiendront compte de cette définition nouvelle. Concrètement, la jurisprudence sur le vol

⁷³⁸ F. Varela, *Autonomie et connaissance*, op. cit., p. 219.

d'usage est venue mettre un terme à une pratique d'« emprunts » de véhicules que l'on ne savait trop comment sanctionner.

D'autres éléments viennent étayer la thèse d'une limitation à un cercle restreint des points d'émission et de réception de l'information normative. Par exemple, le contentieux constitutionnel et administratif, où l'administration se fait à la fois juge et partie. Il s'agit ici d'une acception assez large de la notion de système juridique, puisqu'il englobe les institutions judiciaires et administratives. Dans la théorie de Luhmann, rien n'interdit une telle extension, mais l'intérêt de sa démarche réside surtout en ce qu'elle permet de considérer le droit dans ses rapports avec les autres systèmes sociaux d'un point de vue purement interne et complexe. En effet, le système juridique luhmannien est fermé en ce sens qu'il identifie et rejette ce qui n'est pas lui, mais ouvert car quand il reçoit des « chocs exogènes », il est également capable de se recomposer et d'adapter sa structure. Par exemple, l'irruption d'une affaire judiciaire peut mettre à jour un besoin social auquel va répondre une adaptation de la structure normative, soit par la voie législative, soit par la jurisprudence, « *un des lieux où l'autorité de l'État [et donc également du droit] se construit, dans les mots du juge* »⁷³⁹. Cette reconstruction s'opère sans qu'une d'intervention extérieure soit nécessaire, elle n'obéit qu'à sa propre logique.

C'est ce qui explique que le système juridique se présente à tous ceux qui ne possèdent pas ses clés internes comme une *boîte noire*. Il faut accepter, selon Luhmann, « *l'inconnaissabilité de la réalité en soi* » : « *un système ne peut voir que ce qu'il peut voir ; il ne peut pas voir ce qu'il ne peut pas voir. Il ne voit pas non plus qu'il ne voit pas ce qu'il ne voit pas* ». Ainsi l'ordre juridique est contingent ; ni nécessaire ni impossible, simplement possible. Le système gère seul son existence ; toute référence au sujet devient superflue, l'ordre juridique n'est plus considéré comme une institution consensuelle. Ces thèses qui ont appelé les critiques les plus radicales et l'opposition très véhémement de Habermas et de son école contre la sociologie luhmannienne, accusée d'être une « technologie sociale » qui se prête à une légitimation détournée du capitalisme tardif.

L'autonomie du système juridique se concrétise couramment par la crainte de la toute-puissance de l'Etat. Le droit et sa voix, les institutions étatiques, sont perçus comme des entités échappant au contrôle de l'individu, citoyen et en même temps justiciable. Ainsi pour J. Caillosse : « *Le droit (...) se manifeste donc sous deux aspects : en plus d'être un système de régulation sociale appelé à un rôle accru, il agit comme un savoir décisif dans l'évolution des idées et des mentalités* »⁷⁴⁰. Pour cet auteur, le droit en tant que système de régulation sociale doit permettre « *des échanges pacifiques entre les individus et les groupes qui forment la société civile, en dotant celle-ci de moyens de défense contre l'État* ». Au regard de ce projet, il va considérer d'un œil critique l'efficacité des contrôles de la constitutionnalité de la loi et de légalité des actes administratifs, ainsi que le contrat de droit public. L'Etat est considéré comme un être autonome, possédant ses caractéristiques propres, sa propre justification existentielle.

Cette autonomie se manifeste particulièrement dans le contrat de droit public, au sein

⁷³⁹ J. CAILLOSSE, *Introduire au droit*, Paris, Montchrestien, coll. " Clefs/Politique ", 1993, p. 122, cf. note 740.

⁷⁴⁰ *Idem*, p. 75.

duquel l'Etat est considéré comme une personne à part entière. Personne morale exorbitante du droit commun et dotée de prérogatives de puissance publique, cet anthropomorphisme de l'Etat le dote de toutes les qualités et défauts d'une personne physique : intelligence, faillibilité, égoïsme, prudence, etc. Et de fait J. Caillosse, comme la plupart des chroniqueurs de droit public, montre que la confusion est souvent entretenue entre une personne physique prenant des décisions pour son propre compte et un fonctionnaire prenant une décision pour le compte, mais aussi au nom de son service⁷⁴¹. Celui qui parle au nom de l'Administration tend à s'y identifier, ou à y être identifié. A en croire ce chroniqueur, il s'agit cependant d'un mal nécessaire « *Mais que sont les objections opposées aux droits de l'homme en comparaison de celles qu'impose la négation de l'humanisme juridique ? (...) Mais faut-il rappeler que sans droits de l'homme, il n'existe que des hommes sans droits ?* »⁷⁴². Il s'agit donc, pour J. Caillosse, de maintenir les deux caractères évoqués ci-dessus pour mieux montrer, à terme, combien le droit permet de penser le politique.

Ainsi, le droit peut-il posséder une structure, une logique et une information qui lui sont propres, ce qui expliquerait ses capacités d'autonomisation et d'auto-organisation⁷⁴³.

Organisation propre et opacité de la délégation

Il peut sembler surprenant qu'un système animé de l'extérieur puisse posséder des propriétés intrinsèques tangibles. Ceci est dû à deux éléments : d'une part le droit, nous l'avons vu, forme un ensemble structuré ou du moins mentalement structurable ; d'autre part les connaissances actionnables qui y sont placées font de lui un objet actif. Nous assistons à deux manifestations symptomatiques caractérisant également les systèmes autonomes. Si nous adoptons le paradigme de l'autonomie, nous pouvons arrêter ici l'analyse. En effet, l'autonomie du système fonde sa capacité à émettre ses propres messages. Mais si nous affirmons, comme dans le cas de notre modèle, que le système n'est que pseudo-autonome, il nous faut justifier qu'un régulateur émette des signaux différents de ceux pour lesquels il a été programmé.

Nous pouvons pour ce faire utiliser le paradigme de l'organisation apprenante qui a été exposé *supra*. Une organisation, dès lors qu'elle possède une certaine plasticité et reçoit pour fonction de traiter des messages, peut si elle est modifiée altérer en retour la signification des messages qu'elle produit. En revanche, il y a une grande différence entre les messages émis par un système autonome (un cri manifestant la colère) et un système hétéronome (le cliquetis d'une soupape mal réglée). Mais il arrive souvent que nous soyons amenés, ne serait-ce que par

⁷⁴¹ L'auteur montre (p. 122-127) que le discours administratif et politique cherche « à faire croire à l'existence d'un contrat, [à] en feindre la réalité ». Cette technique comporte selon lui de nombreux avantages idéologiques, masquant en particulier les inégalités de traitement. L'entité Etat fait obstacle à la comparaison entre les justiciables.

⁷⁴² *Op. cit.* p. 147.

⁷⁴³ Cf. notamment H.A. SIMON, *Administrative Behavior. a study of the Decision-Making Processes in Administrative Organizations*. Fourth Edition, The Free Press. N.Y. 1997. 368 p., note Le Moigne <http://www.mcxapc.org/lectures/18-13.htm> « La question centrale est celle de la représentation : comment l'organisation se voit-elle elle-même (p. 328)... La structure d'une organisation est elle-même la représentation des tâches que l'organisation a été conçue pour exercer (p. 124). La formulation d'un problème est elle-même une activité de résolution de problème (p. 125)... et différentes représentations du problème produiront différentes propositions de solution.... ».

jeu, à estomper la frontière qui sépare ces deux mondes. *Objets inanimés, avez-vous donc une âme ?* disait le poète. On serait presque tenté de le croire au vu des similitudes comportementales de certaines créations humaines, comme les réseaux neuromimétiques que nous avons évoqué, ou les ordinateurs à structures massivement parallèles qui les animent.

Ces ordinateurs méritent une petite aparté, car ils conseilleront peut-être les juristes de demain. Ils sont en effet les créations les plus proches que l'homme ait jamais réalisées de son propre cerveau. Dans un ordinateur classique, il y a une unité de calcul central (le CPU *Central Processing Unit*) qui traite une à une les informations qu'il va puiser dans le programme, à la manière d'un ouvrier exécutant point par point un manuel d'instructions. Le CPU travaille avec une mémoire, où il range les informations qu'il a traitées. La mémoire contient également le programme que le CPU doit exécuter. Elle est donc un lieu de stockage et d'échange. Dans un ordinateur classique, plus le CPU est complexe et la mémoire importante, meilleures sont les performances de la machine. Chez les ordinateurs massivement parallèles, rien de tout cela. Ils ne possèdent en effet quasiment pas de mémoire. En revanche, ils contiennent une myriade de petits processeurs très simples, couplés avec une petite mémoire qui leur sert de tampon. Ici c'est le nombre des processeurs et la qualité de leurs interconnexions qui détermineront les performances de la machine : chaque processeur ne traite en effet qu'une partie infime d'information, et c'est en échangeant avec les processeurs voisins que la signification du message prend réellement forme. Etant dépourvues de mémoire, ces machines ne se programment quasiment pas. En revanche, ce sont de véritables usines à apprendre. Elles peuvent ingérer et traiter des sommes considérables de connaissances, reconnaître des formes complexes comme les photos ou des voix. On les utilise pour rechercher des empreintes digitales, retrouver des correspondances de visages pour démasquer des suspects déguisés, analyser les codes génétiques. La DST et la NSA (*National Security Agency*) pour ne citer qu'elles, font appel à ces ordinateurs pour surveiller les communications téléphoniques et par Internet au niveau de la planète (on a beaucoup parlé du réseau Echelon, le *primus inter pares*).

Les ordinateurs massivement parallèles sont des organisations apprenantes par excellence. En privilégiant l'interconnexion sur l'instruction, ils se sont montrés capables de traiter n'importe quel type de message existant. Il ne leur manque plus que l'autonomie...

Les institutions peuvent être qualifiées également d'organisations apprenantes mues par des microprocesseurs autonomes, ce qui peut les rendre quasiment indépendantes. Superposée à l'opacité naturelle d'un phénomène fonctionnant de manière bouclée, la complexité institutionnelle peut en effet résulter d'un réflexe de protection des individus qui rend opaque le processus démocratique. Il en résulte une tendance « naturelle » de toute administration à générer des normes qui l'autojustifieront, ou lui assureront tout du moins l'exercice continu d'une partie de la puissance publique⁷⁴⁴. L'administration est un cas emblématique de l'organisation qui gère conjointement sa substance et l'appréciation de son efficacité. Aussi les décisions qu'elle émet ont-elles vis-à-vis des assujettis une dimension intangible.

Il en est de même des sujets de droit vis-à-vis de leurs normes. Faute de repère objectif et consensuel d'appréciation, ils s'en remettent pleinement à des entités délégataires, qui du fait de leur tendance autonomisante amèneront le système juridique à devenir

⁷⁴⁴ « Dans les États modernes occidentaux, la structure du pouvoir politique s'est développée de telle façon qu'il y a aujourd'hui un « État-fonctionnaire ». L'administration, dans sa vie quotidienne, produit des règles, des images, des principes qui, pour le public, dévoilent et déterminent le droit comme un ordre imposé. » André J. HOEKEMA, « La production des normes juridiques par les administrations », *Revue Droit et Société* n° 27, Paris, LGDJ, 1994, p. 303.

autojustificateur⁷⁴⁵.

Mais à l'opposé de cette conception circulaire de l'information juridique, une doctrine considère que le faisceau de quasi-normes que constitue l'infra-droit étant causalement lié au droit, il serait fallacieux de prétendre que la distinction entre être et devoir-être ne découle que du devoir-être (loi de Hume, dont nous avons proposé une critique basée sur le déroulement causal diachronique *supra*, p. 120, basée sur la question : *d'où provient le devoir-être originel, source de tous les autres ?*). Nous reviendrons sur cette question en traitant de la raison juridique, qui se pose ainsi en alternative au paradigme de l'autonomie luhmannienne.

Si l'on suit néanmoins la pensée de Luhmann, il est nécessaire de compléter le concept de clôture par celui d'opération, et poser en corollaire de la fermeture de la connaissance l'ouverture sur l'action, en tant que dérivée de la connaissance.

b. Ouverture sur l'action

Le droit ne peut être réduit à une masse de connaissances structurées en pyramide. Ses éléments et leur structure sont tournés vers l'action. Leur caractère actionnable et actionné font d'eux des objets autonomes à part entière.

Il vient d'être montré que dès lors qu'il définit lui-même ce qui relève de lui-même ou ce qui n'en relève pas, le droit détermine sa propre substance et devient autoréférentiel.

Mais ceci ne fait pas du droit un objet isolé, puisqu'il a vocation à agir sur les sujets de droit. C'est ainsi que la Justice, connaissance actionnable devient un repère pour l'action et l'action une fin pour la Justice.

Le droit ainsi fondé, reste à résoudre le problème de la mise en œuvre de la règle de justice. Une théorie du jugement juridique s'avère nécessaire. Historiquement on a pu parler d'équité, de prudence. C'est Dworkin et sa métaphore de l'écriture collective qui aujourd'hui propose cette théorie⁷⁴⁶. La décision du juge est perçue comme un maillon dans la chaîne du droit ; son interprétation de la norme et des valeurs ne dérivent pas de l'arbitraire ou d'un quelconque automatisme, mais de la recherche d'une cohérence à l'intérieur du droit lui-même, des valeurs de justice et de la communauté.

On aboutit à isoler intellectuellement l'objet droit, ce qui permet de lui conférer une certaine autonomie. Mais il est nécessaire de rendre compte de la manière dont il reçoit les informations (i) et les traite en s'y adaptant (ii).

⁷⁴⁵ Par exemple « *La justice développe un savoir de plus en plus complexe dans le souci d'une représentation de l'acte auquel elle est confrontée. Or, (...) une représentation de l'acte, certes, le légitime, mais aussi, l'annule. Méconnaître l'annulation de l'acte conduit à le situer dans un système où le droit ne s'adresse qu'au droit, et où les restes négatifs de l'acte sont soumis au savoir de l'expert, et au regard de la sociologie du droit.* » Jean MAVIEL et Patrick FINO, « *Le droit à l'envers* », *Revue Droit et Société* n° 3, Paris, LGDJ, 1986, p. 261.

⁷⁴⁶ Cf. p. ex. Ronald DWORKIN, « *La chaîne du droit* », in *Revue Droit et Société* n°1, Paris, LGDJ, 1985, pp. 60-98

i. Couplage et communication

Pour rendre compte de la manière dont des systèmes autonomes interfèrent les uns avec les autres, il faut utiliser les notions de communication et de couplage.

Selon Varela « *tout système autonome est opérationnellement clos* »⁷⁴⁷. Or un système clos s'oppose à un système ouvert, c'est-à-dire qu'aucune information ne peut y pénétrer. Varela explique en effet l'autonomie d'un système par, en premier chef, sa capacité à se différencier de son environnement. Il faut donc que son information soit purement endogène, sans quoi il percevrait son information de l'extérieur, et ce serait un système commandé, semblable à n'importe quel artefact.

Mais il est indéniable que tout clos qu'il soit, un système n'en perçoit pas moins des informations en provenance de l'extérieur. Il faut donc rendre compte de ce qui permet l'échange d'information entre des systèmes qui ne se connaissent pas forcément, et peuvent constituer des boîtes noires les uns pour les autres. F. Varela a proposé la notion de *couplage*, qui rend compte de la manière dont un signal interprété est échangé entre des systèmes qui d'une part le reçoivent, l'interprètent et le traitent comme information (principe d'ordre par le bruit d'Atlan), d'autre part le renvoient à d'autres systèmes⁷⁴⁸. Le paradigme de la communication au sens de Shannon impliquait qu'il y ait un émetteur et un récepteur, et un signal qui était ipso facto considéré comme signifiant. Le paradigme du couplage implique quant à lui l'échange bilatéral de signes, qui sont ou non considérés comme signifiants de part et d'autre, ce qui est beaucoup plus réaliste au regard des sciences du vivant, car il peut être établi des corrélations entre la perturbation que représente le message et les modifications de structures de l'organisme couplé.

Exemple (simplifié) du système nerveux⁷⁴⁹ : activité en X = fonction (activité en Y), pour tout Y connecté à X. *Les activités des neurones se définissent mutuellement, et produisent un comportement propre.*

A partir de ces concepts, N. Luhmann et G. Teubner ont pu donner du droit une représentation théorique qui, de par son homomorphisme à celle de Varela, leur permettait de l'assimiler à un système autonome⁷⁵⁰. Droit et société forment des ensembles idéels clos, reliés

⁷⁴⁷ *Idem* p. 89.

⁷⁴⁸ « J'ai parlé de « couplage ». Pourquoi ai-je fait ce choix ? C'est que dans le terme « couplage », j'entends justement un **fonctionnement par modulation**, sans qu'il ne contienne de déterminant préalable, ni instruction, ni information. J'ai choisi ce terme de « couplage » parce que cette instruction, cette information, ce contenu va justement être fonction de deux éléments : le couplage et une activité interne qui, à eux deux, génèrent la capacité de « façonner », de « faire émerger », c'est-à-dire de donner des significations à ce couplage, sans qu'aucun de ces deux éléments ne contienne, en lui-même, d'information préalable. » (F. Varela, « Approche de l'intentionnalité : de l'individu aux groupes sociaux, in Jeanne MALLET dir., *L'organisation apprenante T. 1 L'action productrice de sens*, Toulouse, Presses Univ. de Provence, 1996, pp. 37-38).

⁷⁴⁹ F. Varela, *idem*, p. 216.

⁷⁵⁰ « Pour Luhmann, la clôture des systèmes autoréférentiels, non seulement n'empêche pas leur ouverture face à leur environnement, mais constitue au contraire précisément la « condition de leur ouverture ». Si le système peut être en relation avec son environnement, c'est parce que, préalablement, apparaît préordonné par le système lui-même le mode d'une telle relation. Et l'autoréférentialité ou « autopoïesis » du système consiste en cette auto-constitution continue du système lui-même à travers ses propres opérations, ce qui fait

entre eux par des canaux d'interaction à travers lesquels ils s'échangent des messages. Leur autopoïèse découle de leur interaction avec le collectif des individus régulés, ce que notre modèle qualifie quant à lui de pseudo-autopoïèse. En effet, le seul fait que le système juridique soit autoréférentiel semble suffire à Luhmann pour le qualifier ipso facto d'autopoïétique. Nous verrons dans les développements qui suivent que cette qualification est erronée. Si l'autoréférence est une condition sine qua non de l'autopoïèse, elle n'en est cependant pas l'unique cause. Il lui faut également revêtir une dimension opérationnelle.

L'opération de couplage associe donc mémoire, structure et opération. La structure mémorise les chocs exogènes en se recomposant par le biais de l'opération de couplage. Mais, souligne Varela, ces étapes ne sauraient à elles seules caractériser un système autopoïétique, ni lui conférer sa dimension opérationnelle : *« Si une voiture subit une transformation structurelle parce qu'elle frappe un arbre (...), nous ne dirons pas qu'elle se souvient de l'accident en l'emmagasinant dans sa mémoire, ni qu'elle l'a appris, en transformant son comportement à l'égard de la représentation de l'arbre. (...) La mémoire ne nécessite ni enregistrement, ni emmagasinage, parce qu'elle est l'histoire même du couplage structurel. L'apprentissage ne requiert nulle représentation, parce qu'il est la plasticité structurelle elle-même. Ce qu'un observateur veut voir, ce qu'il préfère utiliser au cours de ses descriptions symboliques, importe peu ; l'emmagasinage, la reproduction, les représentations ne sont pas des concepts opérationnels »*⁷⁵¹.

Les concepts opérationnels sont par exemple ceux qui permettent l'adaptation à l'environnement, et la coévolution avec lui.

ii. L'adaptation à l'environnement

Le système pseudo-autonome perçoit de son environnement des signaux qu'il interprète, et auxquels il s'adapte. Mais une manière de s'adapter consiste également à agir sur l'environnement pour y créer des conditions plus favorables pour sa propre adaptation. Le droit réalise cette opération de manière partiellement non intentionnelle.

Nous avons défini l'environnement comme l'ensemble des ressources/espaces disponibles, mais l'on peut, à l'instar de J.-L. Vullierme, en donner une définition plus large : *« Pour fixer le vocabulaire, nous appellerons écosystème politique la part de l'environnement général d'un système politique, formée de tous les systèmes politiques extérieurs qui sont en interaction avec lui. Nous en excluons : d'une part, l'environnement naturel, qui n'est rien d'autre que l'écosystème physique de l'écosystème politique ; d'autre part, les systèmes politiques extérieurs avec lesquels le système de référence n'entretient que des relations*

que toute opération avec l'environnement est une opération dans le système, une opération du système avec lui-même, une détermination de nouveaux éléments propres à partir de ses propres éléments. Il n'y aurait pas de référence externe sans autoréférence. Un exemple : la juridicité d'un acte ne peut s'établir qu'à l'intérieur du système juridique, sur la base d'actes juridiques antérieurs, éléments préalables de ce système ; une fois établie cette juridicité, cet acte sera un nouvel élément du système, conditionnant la juridicité des actes suivants qui se présenteront au système. » (Juan Antonio GARCIA AMADO, *loc. cit.*, p. 28).

⁷⁵¹ F. Varela, *idem*, p. 170 ; Varela, de fait, ne donne nulle part dans son oeuvre de définition de ce qu'il nomme un concept opérationnel. Celui-ci résulte simplement de l'observation de certaines propriétés d'autonomie du système autopoïétique. L'opération est ainsi ce petit quelque chose qui distingue le système vivant de l'automate sophistiqué. C'est ce qui sépare l'être auto-organisé par les choses de celui qui s'auto-organise avec les choses.

nulles ou peu significatives »⁷⁵².

Le processus d'adaptation d'un système complexe à son environnement peut être présenté de la manière suivante : le système forme un tout autonome (il faut une cohérence sous-jacente), dont le fonctionnement interne peut être inconnu de l'observateur (paradigme de la boîte noire de von Bertalanffy). Il possède une connaissance, ou une structure organisée de cellules qui assurent au système son autonomie (paradigme de la clôture opérationnelle de Varela). De plus, nous avons vu *supra* à propos des structures qu'une information peut résulter de la simple configuration d'un réseau d'éléments qui à eux seuls ne sauraient traiter l'information. Le code *est* la structure.

Ainsi, l'être autonome, composé d'une structure bouclée sur elle-même, forme une totalité capable de traiter les informations venant de ce qui n'est pas elle. Elle est ainsi capable de discriminer celles de ses informations qui lui sont internes et externes. Cette capacité de différenciation constitue la première manifestation d'identité des systèmes autopoïétiques (Atlan). Mais tout signal émis n'est pas forcément traité et interprété comme tel. Il faut que la structure soit capable de recevoir et de traiter cette information. Ce qui explique que nous ayons du mal à communiquer certaines émotions ou explications à des personnes qui n'ont pas une configuration cognitive propre à évoluer en résonance avec la nôtre (Watzlawick). G. Teubner parle quant à lui d'*interférence* entre le droit et son sujet.

Quand il perçoit un signal qu'il interprète comme une information, le système autonome peut procéder en deux temps.

1. Il agit de manière réactive, c'est-à-dire qu'il traite l'information comme un *input* et lui fait correspondre l'*output* pour lequel il s'est préalablement programmé. Ce cas de figure se rencontre le plus fréquemment au niveau des êtres vivants, qui agissent ainsi par habitude. Dans le cas des sujets de droit, il s'agit de la manière dont ceux-ci doivent réagir en recevant puis exécutant directement la norme.
2. Il peut également agir de manière cognitive, ce qui a cours quand l'information qu'il perçoit entre en dissonance avec sa structure cognitive. L'information n'est alors plus traitée de manière automatique. Elle est intégrée dans la structure, en un double mouvement d'*assimilation* puis *accommodation* que nous avons plusieurs fois évoqué (Piaget). Celle-ci se réapproprie l'information en la mémorisant, et génère une action (*output*) dont la logique n'est plus réactive mais projective. Le projet exprimé porte l'empreinte de l'expérience et des intentions de l'individu.

Les entités pseudo-autonomes comme le droit sont également capables d'actions puisqu'elles possèdent une structure (la hiérarchie des normes, ou leur liens de principe à exception, p. ex.), mais celle-ci ne peut être qualifiée d'intentionnelle si elle est engendrée de manière mécanique (par le biais d'une démocratie parfaite, par exemple). En revanche, si une personne agissant en vertu d'un pouvoir de décision délégué (dirigeant, magistrat, fonctionnaire de l'Etat) émet des décisions portant l'empreinte de ses propres intérêts ou envies, ou ceux d'un réseau ou groupe auquel elle appartient, alors il pourra être possible de prétendre que le corpus normatif revêt les apparences d'une structure autonome. Elle sera en

⁷⁵² J.-L. Vullierme, *Le concept de système politique*, op. cit., p. 441.

effet porteuse d'une partie de l'autonomie décisionnelle des individus qui l'animent.

Enfin, l'adaptation à l'environnement requiert souplesse et capacité réactive. A une situation nouvelle qui a fortement marqué ses intrants, un système souple peut répondre par des extrants qui, d'après ses états précédents, étaient hautement improbables ; et cette sortie d'extrants improbables va modifier par rétroaction⁷⁵³ la probabilité de ses extrants ultérieurs. Ross Ashby a nommé *ultrastabilité* la capacité d'un système à rester lui-même en changeant. Cette capacité de réaction fait cependant parfois l'objet de résistances ; en effet, si l'art. 4 du Code civil punit le déni de justice, il ne punit pas celui de déni de qualification judiciaire. Ceci revient à conférer indirectement au juge la capacité de ne pas juger⁷⁵⁴.

Conclusion partielle : le droit peut avoir des comportements propres

Il est essentiel de ne pas confondre un système autonome, et un système produit par d'autres systèmes autonomes. « *Un système engendré par le couplage d'unités autopoïétiques peut, à première vue, être considéré par un observateur comme un système autopoïétique dans la mesure où sa réalisation dépend de l'autopoïèse des unités qui l'intègrent. Pourtant, si ce système n'est pas défini par les relations de production des composants qui engendrent en retour ces relations, le système n'est pas un système autopoïétique et l'observateur se trompe. L'autopoïèse apparente de ce système provient des unités couplées qui le constituent, mais elle n'est pas une caractéristique intrinsèque de son organisation. L'erreur de l'observateur vient de ce que, dans son domaine d'observation, il perçoit le système des unités autopoïétiques couplées comme une unité, en des termes autres que ceux qui définissent son organisation* »⁷⁵⁵. De plus, comme le relève J.-L. Vullierme, la permanence des institutions pourrait bien être due simplement à celle des causes qui empêchent leur dissolution dans l'inutilité⁷⁵⁶.

⁷⁵³ « *Par une boucle de rétroaction directe, un système peut suppléer une carence d'incitations venant de son environnement par un processus d'auto-incitation. C'est précisément en cela que consiste la capacité d'autransformation. Les processus révolutionnaires sont ceux par lesquels l'improbable arrive. Soit dit en passant, c'est pourquoi sont si souvent démenties par les événements les prévisions technocratiques tirées du calcul de ce qui est le plus probable à un certain état du système et de la projection dans l'avenir des tendances observées dans les séquences passées d'états successifs du système.* » (J.-W. Lapierre, *L'analyse de systèmes...*, op. cit., p. 51.

⁷⁵⁴ Cette constatation ressort à la lecture de Jean-Marc LE MASSON, « La recherche de la vérité dans le procès civil », in *Revue Droit et Société* n° 38, Paris, LGDJ, 1998, pp. 21-32.

⁷⁵⁵ F. Varela, *Autonomie et connaissance*, op. cit., p. 82.

⁷⁵⁶ « *Le modélisateur (qui peut fort bien être un agent interne) est pourtant en mesure de détecter dans un système politique la présence de facteurs stabilisants ou déstabilisants qui fondent en probabilité ses anticipations (ou donnent leurs qualités à ses rétrodictions) : un événement est d'autant moins probable que les processus qui lui font obstacle sont plus redondants et inversement. C'est ainsi que la reproduction de certaines institutions est liée à une pluralité de processus relativement indépendants, dont aucun pris en particulier ne lui est indispensable, et qui sont donc redondants à cet égard. De là, il est permis de tirer que tel événement (ou série d'événements) susceptible de se produire et capable d'interrompre tel processus de stabilisation à l'exclusion des autres, est neutre pour la reproduction de l'institution. Au contraire, la redondance des processus capables de contourner l'action des stabilisateurs d'une institution, autorise à conclure à la fragilité de sa reproduction. Dans les situations où la redondance est absente ou neutralisée, tout devient possible.* » (J.-L. Vullierme, *Le concept de système politique*, op. cit. p. 532).

En revanche en ce qui concerne les systèmes autonomes, Varela relève que le paradigme classique de la cognition basé sur la « computation représentationnelle » s'efface devant une « *historicité de l'émergence de la signification, co-émergente dans et avec l'action (le faire-émerger) et non donnée a priori, ou existant dans le monde* »⁷⁵⁷. Varela a proposé pour désigner ce mouvement déjà repéré par Piaget, le concept d'**énaction**. L'énaction caractériserait ainsi les rapports du sujet avec son droit, celui-ci se présentant comme un produit d'énaction antérieure.

Ainsi il n'existe pas une, mais une infinité de pseudo-autonomies juridiques. Non seulement le droit reçoit des logiques hétérogènes émanant de la multitude des individus qui l'agissent, mais le temps de son évolution dépassant largement celui des individus, il finit par devenir, par simple effet de « bootstrapping » ou autotranscendance, une personnalité à part entière qui non seulement agit sur les individus, mais également leur échappe (en vertu du théorème de von Foerster). Le seul élément qui différencie le droit d'un système autonome réside dans son hétéronomie fondamentale : l'objet même de son existence, sa finalité.

2. Une hétéronomie : la finalité du droit

Le droit n'existe pas pour lui-même, mais pour résoudre des problèmes. La finalité du droit n'est donc pas tant la justice, concept juridique, que l'ordre, concept sociologique.

Le seul droit est celui qui sert de lien à la société, et une seule loi l'institue : cette loi qui établit selon la droite raison des obligations et des interdictions. Cicéron, De legibus, I §XV.

Pour Saint Augustin, il ne pourrait exister de société sans droit que si tous les individus éprouvaient l'amour du prochain. Cette condition étant loin d'être acquise, il est nécessaire de définir une « *vraie justice* ». Saint Augustin entendait par là une justice qui consacre l'autorité de Dieu. Proudhon préférerait se référer aux lois de l'univers. Stuart Mill se contentait d'affirmer qu'est juste ce qui est en *conformité avec la loi* ; on peut se demander, dès lors, à quelle aune apprécier la loi elle-même. H. Ahrens, quant à lui, considérerait que, les hommes ayant besoin les uns des autres, devaient « *rechercher les moyens les mieux appropriés pour se garantir chacun une sphère d'action propre et pour s'entraider dans la communauté de la vie.* »⁷⁵⁸.

On peut ainsi présenter la *régulation adéquate* comme la finalité du droit, ce qui amène une certaine conception de la Justice (a), et met à jour une particularité du droit : la structure des finalités comme élément d'ordre interne (b).

⁷⁵⁷ Jeanne MALLET « Dualité interactive et non dualité dans les organisations », in *L'organisation apprenante, op. cit.*, p. 47.

⁷⁵⁸ H. AHRENS, « Place de la justice dans la vie sociale », *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 4^e ed., Bruxelles, 1853, p. 184.

a. *De l'ordre social comme finalité : une certaine conception de la Justice*

Dans notre optique systémique la Justice est déterminée par les nécessités du maintien de l'ordre, mais conjointement, selon la conception classique, l'ordre résulte de l'application de la Justice. La Justice se présente donc comme coextensive et coévolutive du désordre social : déterminer la Justice, c'est déterminer le désordre à venir.

La conception classique de la Justice se présente, selon F. Gény, comme un mélange de donné et de construit. Le donné résulte de la « nature des choses », le construit tendant quant à lui « vers les fins suprêmes du droit ». Ces fins suprêmes constituent une finalité du droit extrêmement différente de celle que nous avons proposée, puisqu'elle recoupe : la justice, le bien commun, les droits individuels, la solidarité⁷⁵⁹. Rappelons qu'aux termes de notre modèle, le donné est constitué d'une part de tout élément qui échappe à l'emprise des hommes (les lois de la physique, p. ex.), d'autre part de toute donnée qui se présente comme un héritage du passé (une situation environnementale, sociale, juridique p. ex.), qui servira de base aux décisions à venir ; le construit quant à lui, représente tout produit de la décision humaine (dans ces conditions, le construit d'un jour peut devenir le donné du lendemain, ce que suggère la circularité finale du modèle). Ainsi les notions de justice, bien commun, droits individuels, s'apprécient non plus comme des « fins suprêmes », mais comme des moyens tendant à la réalisation d'une régulation adéquate (cf. les différents théorèmes tirés de notre modèle). Dans ces conditions, de tels moyens peuvent être adaptés et modelés au gré des circonstances, la finalité du droit résidant uniquement dans sa vocation de régulateur objectivement adéquat.

Cette conception présente donc la Justice comme un construit pur, mais non nécessairement arbitraire. Reprenons les attracteurs étranges que nous proposons les modèles physiques (cf. Annexe 4). Ils ne représentent pas des objets réels, ils sont le résultat d'une tendance spontanée de certains systèmes à présenter des régularités, à évoluer dans un espace défini dont ils ne s'écartent jamais, quel que soit leur état initial. Les attracteurs ne méritent donc pas leur nom. Ce ne sont pas des aimants qui brident un système dont le comportement serait spontanément chaotique, mais tout se passe *comme si* de tels objets existaient. Ils sont endogènes au système, et représentent des propriétés globales qui découlent de l'application de règles purement locales (interaction entre les molécules, par exemple). Il serait donc peut-être plus juste de les appeler *attirés étranges*, bien que cette formulation prête encore à confusion. Ce qu'il faut retenir, c'est que **si l'on détermine une loi reliant uns à uns les éléments d'un ensemble, celui-ci peut présenter des régularités de comportement qui sembleront objectives**. Le subjectif local peut produire de l'objectif globalisé, mais il faut faire « tourner » le système pour s'en rendre compte⁷⁶⁰.

Il n'est donc pas surprenant qu'à force de tâtonnements, les Anciens se soient aperçus que certaines règles, quand elles étaient appliquées par tous, donnaient à la société une

⁷⁵⁹ Typologie proposée par S. Goyard-Fabre et R. Sève, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Paris, PUF Coll. Questions, 1993, p. 219.

⁷⁶⁰ En l'état actuel des connaissances et en-dehors de quelques modèles d'école parfaitement connus, il n'existe pas de méthode pour prédire a priori les propriétés globales d'un système mû par des lois non linéaires, c'est-à-dire où chaque élément possède une influence réciproque sur les autres au sein de l'ensemble. On se trouve réduit à recourir à des heuristiques basées sur les régularités observées ou supposées du phénomène.

tournure qui semblait émaner *ex nihilo*. C'est probablement sur ces bases que Socrate put étayer l'hypothèse qu'il existait d'une part la justice des hommes, faite par les hommes pour les hommes, donc parfois injuste, et d'autre part un idéal de justice auquel aspire l'homme.

Cette dichotomie artificielle avait l'inconvénient de reposer sur des bases nécessairement douteuses, à moins d'être autoréférentielles, c'est-à-dire, comme nous l'avons vu précédemment, à reposer sur elles-mêmes ou une notion les exprimant d'une autre manière. Par exemple, « le règlement c'est le règlement », ou alors Socrate : « *les actions justes engendrent la justice, les actions injustes, l'injustice* » (Platon, *La République*, IV, 433c).

Aussi était-il nécessaire de relier la Justice, ou son idéal, à la nature des choses et de l'homme (en son corps ou son âme), ce qui engendrait d'autres difficultés car l'autoréférence, bien que toujours bien présente, était masquée par un autre concept. Par exemple Machiavel : « *A l'époque de leur réunion [des hommes] en société, on commença à connaître ce qui est bon et honnête, et à le distinguer de ce qui est vicieux et mauvais. On vit un homme nuire à son bienfaiteur. Deux sentiments s'élevèrent à l'instant dans tous les cœurs : la haine pour l'ingrat, l'amour pour l'homme bienfaisant. (...) chacun d'eux sentit qu'il pouvait éprouver pareille injure. Pour prévenir de tels maux, les hommes se déterminèrent à faire des lois, et à ordonner des punitions pour qui y contreviendrait. Telle fut l'origine de la justice* »⁷⁶¹. Machiavel détecte bien le mécanisme spéculaire (la possibilité que l'injure frappe chacun) qui conditionnera l'adoption d'une règle commune. En revanche, il postule comme acquis la perception que chacun se fait de la trahison du bienfaiteur. Ce faisant, il présente le droit comme le produit d'une sorte de représentation universelle que possède chacun du bien et du mal. Notre modèle contredit directement cette présentation, bien que ces effets soient immédiatement similaires. On peut en effet constater que le produit d'un ordre conventionnel (une société régulée par le droit à un instant *t*) produit dans chaque psyché une convergence d'appréciations (le bienfaiteur, le traître). Celle-ci n'est donc aucunement un donné objectif, mais **un conçu subjectif autonomisé** (c'est-à-dire, perçu comme objectif). On pense la justice découler de la nature humaine, en oubliant que cette nature humaine, nul ne la connaît vraiment, puisque nous sommes tous des produits de notre propre justice.

Nous avons émis dans notre modèle l'hypothèse rousseauiste que des individus coordonnent leurs actions quand ils perçoivent conjointement que leurs capacités propres sont insuffisantes pour accomplir l'action qu'ils projettent, tandis que le partage du produit des efforts unis sera supérieur⁷⁶². Ce type de comportement est commun à de nombreuses espèces de prédateurs. La Justice, en ce qu'elle tend à fixer ce type d'équilibre de coordination, se présente donc comme un outil préventif, destiné à contraindre ceux qui du fait de leur position avantageuse seraient tentés de quitter l'ordre conventionnel, à s'y maintenir. C'est pourquoi il faut louer le bienfaiteur (qui pourrait se lasser de redistribuer ses richesses) et punir l'ingrat (qui incite à adopter une stratégie égoïste), car on réalise ainsi un équilibre basé sur la redistribution volontaire (la redistribution évite les tensions sociales engendrées par la concentration naturelle du capital).

⁷⁶¹ Machiavel, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, livre I, chap. 2, p. 384-385.

⁷⁶² Comme vu *supra*, Ensemble les hommes traqueront le cerf, mais seuls, ils n'attraperont que des lapins (Rousseau).

Cette représentation de la Justice s'avère adaptée pour réguler une société intégrant un système de répartition inéquitable des richesses (capitaliste ou corporatisme, p. ex.). Mais il est certainement excessif de la présenter, comme le fait Machiavel, comme l'origine même de la notion de Justice. Ce serait faire découler la notion de justice d'un certain type seulement de rapport entre les hommes. On omettrait, par exemple, tout ce qui touche les rapports de type purement égoïstes et intéressés, dont nous verrons avec la théorie de la main invisible d'A. Smith qu'ils peuvent tout aussi bien ordonner un groupe social.

La substance d'une notion comme celle de Justice peut donc varier considérablement⁷⁶³, et l'on ne saurait juger de son efficacité ou sa pertinence à ses seuls effets directs. C'est pourquoi nous avons proposé le concept de *viabilité* comme étalon d'analyse. On peut, par simulation, évaluer la viabilité de telle ou telle conception de la justice au regard de contraintes initialement déterminées. Et si les normes à évaluer sont structurées et organisées les unes par rapport aux autres, la conception de la justice qu'elles véhiculent devra être appréciée en tenant compte des finalités poursuivies par chaque norme, ainsi que la manière dont elles s'articulent.

b. *D'une structure de finalités dans l'ordre juridique : une caractéristique du droit*

Au sein du corpus normatif, la convergence téléonomique constitue un critère crédible d'appréciation, d'imputation et de conformité.

Plusieurs types de structures ont été proposés pour rendre compte de la structuration théorique des normes. Nous avons notamment évoqué les hiérarchies statique et dynamique de Kelsen, ainsi que les normes primaires et secondaires de Hart. On se trouve néanmoins devant une difficulté quand il s'agit d'apprécier la conformité d'une règle à une autre, l'analyse des conditions d'édition et de validité de deux normes étant insuffisante pour déterminer si celles-ci concourent bien aux mêmes fins.

Il peut alors être utile de reprendre une distinction proposée par F. Ost et M. van de Kerchove entre systématicité formelle et matérielle. On peut selon ces auteurs, distinguer la dimension « logico-formelle » des normes, de leur dimension « axiologique ou téléologique »⁷⁶⁴. La première s'attache au caractère essentiellement logique et axiomatique des normes, et à la manière dont leurs prescriptions s'articulent logiquement (système formelle), tandis que la seconde s'attache aux finalités poursuivies par les normes (leur dimension axiologique ou téléologique : système matérielle). C'est cette dimension qui nous intéressera plus particulièrement, puisque notre modèle donne du système juridique le portrait d'un ensemble semi-axiomatique finalisé. L'ensemble est partiellement axiomatique en ce sens que, faute de complétude de la prémisse majeure, celle-ci peut être assouplie par modification des prémisses mineures. Il est également téléologique « *en ce que le droit peut être présenté, du moins pour partie, comme un « système téléologique », c'est-à-dire comme un ensemble de règles considérées comme autant de moyens destinés à réaliser des fins, que l'on peut exprimer elles-mêmes en termes d'intérêts, de valeurs ou d'enjeux sociaux. L'articulation spécifique que suppose ce type de systématicité réside ainsi non plus dans un*

⁷⁶³ Aristote, dans le livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, en relevait au moins trois espèces.

⁷⁶⁴ F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., pp. 64-105.

rapport logique de type déductif, mais dans un rapport pratique de moyen à fin. »⁷⁶⁵.

Nous adopterons donc la dimension téléologique (ou téléonomique, car nous verrons *infra* que la téléologie des normes peut être implicite, cachée ou inattendue), mais il est possible d'opérer une distinction supplémentaire. Nous avons opéré *supra*, dans notre théorie des normes complexes, une distinction entre normes substantives et procédurales (cf. p. 293 s.), en soulignant que cette distinction se complétait d'une structuration téléologique concomitante. Nous obtenons alors une analyse tridimensionnelle des normes se présentant ainsi : *pourquoi ? avec quelles valeurs ? selon quels processus ?*

Cette analyse tridimensionnelle rend non seulement compte de la hiérarchie conceptuelle des normes (les grands principes, les définitions légales, les atténuations et précisions jurisprudentielles), mais aussi de leur cohérence opérationnelle, puisque grâce à la téléologie il nous est possible de comparer les fins et moyens mis en œuvre par les normes, et d'en évaluer l'adéquation.

Nous pouvons également rendre compte, par exemple, des rapports établis entre les normes communautaires et les normes nationales. Rappelons qu'aux termes du Traité de Rome, les règlements communautaires sont d'effet direct (en ce sens qu'ils sont directement incorporés au droit positif de chaque Etat membre), tandis que les directives doivent être transposées par chaque législateur local, et le citoyen ne peut s'en prévaloir que faute par l'Etat concerné d'avoir effectué une telle transposition. Quant aux traités, le régime est encore différent, puisqu'ils font par définition partie du droit positif, et sont élaborés de manière à défendre pleinement les intérêts nationaux.

Si l'on analyse ces sources normatives de manière tridimensionnelle, on obtient le tableau suivant :

Transposition des normes communautaires en droit national			
Type de contraintes pour les Etats membres			
Type de norme	Substantive	Procédurale	Téléologique
Directive	libre	libre	certain
Règlement	certain	certain	incertain
Traités	certain sauf règlements	certain sauf règlements	certain sauf règlements

Tableau 4 - Type de contrainte pour la transposition de normes

Commentaire de ce tableau :

- La directive doit être transposée au niveau national. Par conséquent, chaque Etat

⁷⁶⁵ *Idem*, p. 100 ; il est également rappelé dans cet ouvrage le rôle de l'*Interressenjurisprudenz* que nous avons évoquée *supra*.

membre a le libre choix des valeurs et processus, pourvu que ses dispositions convergent vers la téléologie qui s'impose à lui de manière certaine.

- En revanche, le règlement est d'application directe. En théorie, toute norme d'application directe doit être claire, précise et inconditionnelle (ce que rappelle l'arrêt CJCE *Van Gend en Loos*, 05/02/1963) : la norme doit n'être assortie d'aucune condition et ne donner lieu à aucune marge d'appréciation. En revanche, dans la mesure où elle émane d'instance possédant des rationalités juridiques hétérogènes, sa correspondance avec le corpus normatif récepteur demeure incertaine⁷⁶⁶. C'est pourquoi l'on assiste parfois à des résistances locales à des normes pourtant directement applicables.
- Cette incertitude ne frappe pas les traités, ou dans une part bien moindre, puisqu'ils émanent d'instance nationales et sont par définition beaucoup plus empreints du code culturel et juridique local. Ayant valeur supralégale, ils font par essence partie du droit positif, sauf vis-à-vis des actes administratifs soumis au contrôle de légalité (comme les règlements cités au tableau), en vertu du principe dit de la « loi écran ».

Par ailleurs, l'importance de la dimension téléologique comme facteur d'intégration n'a pas échappé à la Cour de justice européenne, puisqu'elle rappelait dans un arrêt *Marleasing* du 13/11/1990 que « *le juge national doit interpréter et appliquer le droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive* ».

Il convient, au niveau théorique qui est le nôtre, de rappeler succinctement les éléments qui doivent être pris en compte pour toute analyse de conformité basée sur la convergence des finalités normatives :

- convergence des finalités affichées et implicites : nous verrons *infra* que toute norme peut contenir des finalités cachées, inavouées ou inattendues. Le contexte communautaire divergeant largement des contextes locaux, deux normes opposées sur le plan textuel pourraient parfaitement converger de manière téléonomique, sur le plan systémique ;
- convergence des finalités à court et long terme, localement et globalement : nous avons vu que les systèmes complexes engendrent des effets contraire selon que l'on se place au niveau global ou local, à temps long ou temps court. De sorte que si une norme communautaire (par essence globale) n'est pas transposée, cela peut fort bien aboutir à un résultat local conforme aux buts fixés. Ce cas de figure reste cependant théorique, la norme communautaire étant le plus souvent structurée de manière à converger localement vers l'objectif global ;
- convergence des moyens en l'absence de finalité déclarée : il arrive fréquemment que la norme communautaire n'énonce pas clairement ses finalités au nom du principe de clarté, et se contente d'édicter de manière assez technique un certain nombre de prescriptions substantives ou procédurales. Là encore, en théorie, la norme nationale peut diverger de la lettre des prescriptions européennes en

⁷⁶⁶ Pour une explication détaillée au moyen de la théorie des greffes, cf. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne, op. cit.*, pp. 237 s.

invoquant le respect de l'esprit de la norme, ce qui permet d'adapter ses prescriptions en fonction du contexte local.

Ainsi, de même que chez Ost et van de Kerchove les systématiques formelle et matérielle se conçoivent comme complémentaires et interdépendantes, il semble difficile de dissocier l'analyse substantielle, procédurale et téléologique quand il s'agit d'apprécier la conformité d'une norme.

En guise de bilan, il semble qu'une représentation tridimensionnelle de la structure normative soit la plus à même de répondre aux besoins futurs des programmeurs de systèmes d'aide à la décision juridique, car elle constitue le minimum symbolique permettant de situer dans son contexte une connaissance actionnable.

Conclusion partielle : l'hétéronomie du droit fonde sa pseudo-autonomie

Nous avons abordé dans les sections qui précèdent la manière dont le droit possède une structure partiellement circulaire ; il est capable de « traiter » de l'information au sein de sa structure, et d'adapter celle-ci aux mutations de la totalité sociale qu'il régule. Cette autonomie partielle est pour une grande part due à son statut de régulateur régulé. On définit le droit d'une certaine manière, mais cette (re)définition n'est jamais complète. De sorte que le corpus normatif voit sa totalité évoluer au gré des besoins et inspirations des diverses sources du droit. C'est par définition un outil pluriel, issu d'une myriade de volontés individuelles investies d'un plus ou moins important pouvoir d'altération sur sa substance. Mais comme, par un mouvement de réciprocité, cet outil multiple rétroagit sur les individus qui l'ont créé, il vient enrichir leurs vécus et leurs conçus, et altère leurs comportements. Ainsi le droit échappe pour partie aux hommes, et les hommes échappent pour partie au droit.

Nous avons présenté cette double incomplétude comme un paradoxe : celui de la norme, qui engendre la violence qu'elle veut réprimer ; celui des individus à la recherche d'absence de conflit, et qui pour ce faire sont obligés de se maintenir en conflit. On peut dès lors concevoir que ces paradoxes sont nécessaires au bon fonctionnement du système dans sa totalité dialogique, tout comme est nécessaire, pour la société primitive, le maintien de l'opacité de ses rites et de ses croyances. Ce serait donc en nous concevant comme irrémédiablement mauvais que nous saurons nous imposer de devenir meilleur. D'un côté le libéralisme nous enjoint de nous taire et de faire comme si tout pouvait aller bien si nous regardions dans la même direction, de l'autre le dirigisme juridique semble reposer sur un irréductible mensonge : faire croire que nous allons dans un sens, alors qu'au final nous ne faisons que tourner en rond, irrésistiblement attirés par des normes qui ne sont plus justifiées que par elles-mêmes et sont comme déifiées.

Quasiment mais jamais tout-à-fait. Car quelque distance qu'il puisse y avoir entre une norme et ses sujets, l'histoire a montré qu'aucune de ces normes n'est comparable à une loi de la nature : elle disparaît dès lors que l'on cesse d'y croire, ce qui pourrait s'apparenter à une inanition, mais également si elle épuise son objet, au moment où elle se réalise totalement. C'est en cela qu'un système normatif pseudo-autonome se distingue des êtres autonomes du monde du vivant. L'objet de la science juridique se distingue fondamentalement de celui de la science économique, qui est de rechercher un équilibre. **L'économiste cherche un équilibre de marché, le juriste un déséquilibre social raisonnablement stable.** Cette différence entraînera de nombreuses conséquences, notamment à ce point de convergence entre les deux disciplines que constitue l'économie politique.

§2. Conséquences de la pseudo-autonomie juridique

Si le droit ne peut être qualifié que de partiellement autonome, il n'en possède pas moins des qualités qui le font ressembler à un système pleinement opérationnellement clos : une certaine capacité à engendrer sa propre substance, et la résistance aux tentatives de commande directe.

Il peut être utile, pour bien comprendre les effets de la pseudo-autonomie juridique, de recadrer le modèle que nous avons proposé comme base d'étude dans notre introduction, de changer d'idéaltype en quelque sorte. Nous avons en effet mis l'accent sur les relations causales entre les acteurs du système social et judiciaire. Mais le paradigme de l'autonomie peut être mieux appréhendé par une description ensembliste. Reprenant la distinction que nous avons évoquée *supra* entre croyance et savoir, ainsi qu'un certain nombre de conclusions quant au rôle médiateur des institutions délégataires de pouvoir, nous pouvons donner des rapports entre le droit et une société la représentation suivante⁷⁶⁷ :

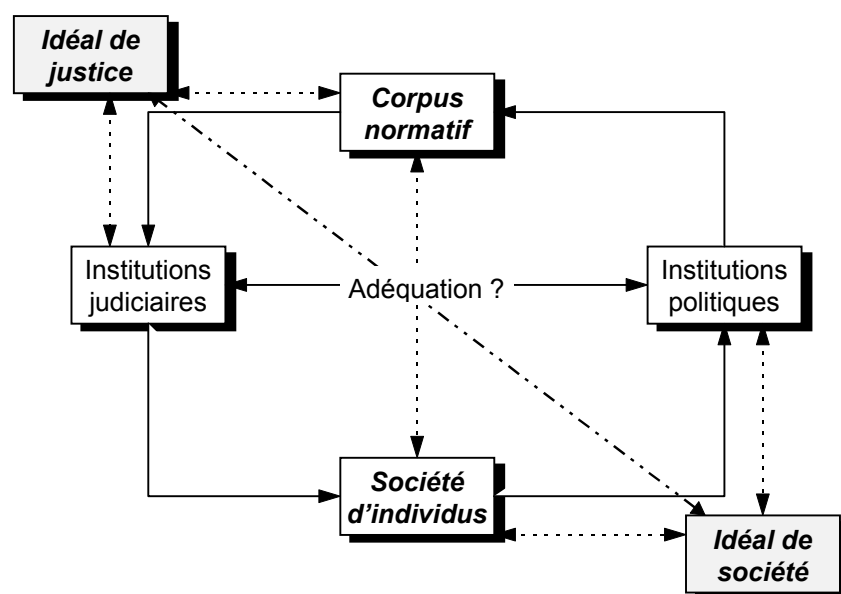


Figure 14 - Organisation d'une régulation pseudo-autonome

Il faut interpréter cette figure de la manière suivante : les individus qui composent la société et les institutions politiques qu'ils ont créées mettent en œuvre une certaine conception de la Société, un certain projet. Ce projet se traduit sur le plan normatif par le choix de définitions (que nous nommerons globalement justice). Cette conception de la justice tend vers un certain idéal, et cet idéal est supposé entrer en adéquation avec celui qui a été défini pour la société des hommes. C'est cet idéal, ainsi que le corpus juridique qui tend à sa réalisation, qu'appliquent (et pour une part, déterminent) les institutions judiciaires, en relation avec les institutions politiques. Constituent par exemple une forme de contrôle du politique sur le judiciaire les rapports annuels de la Cour de cassation, ou la détermination de l'avancement et de la carrière des magistrats. Réciproquement, l'influence du judiciaire sur le

⁷⁶⁷ Inspirée des sociologies juridiques de Merton, Gurvitch, Carbonnier et Arnaud.

politique peut être trouvée dans les orientations globales de la jurisprudence (que bien souvent la loi ne fait qu'entériner⁷⁶⁸ a posteriori).

G. Teubner affirme ainsi que le droit, système autonome, produit une vision de la réalité qui lui est propre, de sorte qu'il **façonne** cette même réalité. Nous pouvons reprendre à notre compte cette affirmation, au nom de la pseudo-autonomie. Car l'émergence de sens que nous constatons du fait de l'évolution non maîtrisée de la structure normative se traduit bel et bien par des conséquences elles aussi non maîtrisées au niveau social. La finalité du phénomène juridique *in globo* échappe au juriste, et nous pouvons faire appel, dans ce contexte, à la notion de cognition d'un système autonome, globalement inconnaissable mais néanmoins partiellement intelligible⁷⁶⁹. L'activité de connaissance et de mise en œuvre de la norme se détermine ainsi comme une activité de traitement de l'information symbolique⁷⁷⁰ : *j'agis donc je (re)définis*.

Pour Luhmann, il est possible de considérer les systèmes juridiques et sociaux de manière séparée. On distingue alors mieux les flux entrants et sortants, et les perturbations qui en résultent dans le champ étudié. Ainsi, en étudiant simultanément les perturbations qui affectent divers systèmes en mouvement simultané (comme la coévolution droit-société), on en fait émerger les tendances occultes (buts implicites, inavoués, non voulus), mais aussi les conflits potentiels (résistances, détournements, rejets). Nous retrouvons ici la théorie des greffes, mais dans une optique plus globale : le fait que chaque acteur puisse posséder un comportement autonome explique que chaque influence qu'il reçoit soit perçue par sa structure, et fasse l'objet d'une acceptation ou d'un rejet⁷⁷¹.

Cette représentation possède de nombreux avantages. En faisant ressortir les causes profondes de l'existence d'entités autonomes, elle permet de relativiser la portée des doctrines qui prônent leur disparition ou leur toute-puissance (1). De plus, c'est parce que ces entités sont pseudo-autonomes qu'elles engendrent entre elles des effets pervers (parfois nommés contre-effets - 2), comme ceux qui peuvent résulter des directives étatiques tendant à réguler autoritairement le social.

1. Le mythe de l'autorégulation : Marché contre Etat

⁷⁶⁸ Un exemple parmi d'autres : la loi de 1985 sur les accidents de la route, qui ne fit que consacrer un courant jurisprudentiel, lui-même porté par les besoins exprimés par les sujets de droit.

⁷⁶⁹ « Dès qu'il est possible d'exhiber le fondement nomique d'un phénomène, une explication téléologique consiste à mettre entre parenthèses certaines étapes intermédiaires de la chaîne causale, et à s'attarder aux structures qui intéressent particulièrement la communauté des chercheurs. C'est pourquoi Pittendrich a forgé le terme « téléonomique » afin de désigner les explications téléologiques qui supposent une structure nomique du phénomène. Ces explication téléologiques introduisent au sein de l'explication des termes finalistes, tout en reposant sur un certain réseau nomique, téléo-nomique. » (F. VARELA, *Autonomie et connaissance, op. cit.*, p. 176).

⁷⁷⁰ « Nous parvenons ainsi à la conclusion que finalité et compréhension symbolique forme un couple de concepts, symétrique du couple explication opérationnelle et prévision. Sous le terme de symbole, nous subsumons ici ses diverses formes comme message, code, information, etc. » (*idem* p. 177).

⁷⁷¹ Cf. le processus d'assimilation - accommodation de Piaget. L'information est perçue par la structure cognitive (assimilation), puis intégrée, de sorte que par empreinte la structure se recompose (accommodation).

Une société peut-elle se maintenir si son ordre n'est pas voulu ? L'affirmative est concevable, mais il n'est pas certain qu'elle soit souhaitable.

Nous avons proposé de considérer, en développant notre modèle, que l'ordre social soit la résultante des contraintes imposées par l'environnement, associées à la dynamique propre des sujets qui composent leur droit. Ce présupposé permet d'admettre l'hypothèse libérale aux termes de laquelle un droit pourrait être déterminé *a minima*, l'essentiel de la régulation sociale étant confié à un mécanisme global semblable au marché (a). Cette hypothèse a de nos jours les faveurs des pouvoirs publics, dont l'histoire a mis à rude épreuve le modèle autoritaire caractérisant la régulation étatique (b).

a. *La main invisible, ou l'ordre par la complexité*

Pour qu'un phénomène collectif soit auto-organisateur, il faut que la stratégie de chaque individu soit dialogique de manière complexe, c'est-à-dire qu'elle inclue en elle-même sa propre limite. Cette condition restreint considérablement la portée de certaines conceptions néo-libérales.

Adam Smith est considéré comme le père de l'économie politique. D'aucuns parmi les penseurs libéraux ont cru voir en son œuvre phare, *La richesse des Nations*, un vigoureux et définitif plaidoyer contre l'Etat ; d'une part parce qu'il fausse une répartition économique qui pourrait être harmonieuse⁷⁷², d'autre part parce qu'hormis certaines missions indispensables, il se révèle superflu et peut avantageusement être remplacé par des services privés⁷⁷³. Mais son apport le plus remarquable sera celui de la métaphore de la « main invisible ». Les philosophes de l'époque pensaient qu'en l'égoïsme humain résidait la cause de tous les maux de la société. Smith réussit à montrer qu'au contraire, il était parfaitement possible de baser une société sur l'égoïsme, à condition de maintenir la transparence des échanges⁷⁷⁴. En procédant par

⁷⁷² « Les restrictions de toutes sortes aux importations entraînent une mauvaise répartition du capital et une insuffisante division du travail ; les encouragements aux exportations provoquent une structure économique différente de celle qui aurait résulté du jeu des phénomènes naturels ; l'acquisition de colonies présente plus d'inconvénients que d'avantages. Un tel système est à rejeter, et la liberté laissée aux individus d'agir suivant leur propre intérêt permettra seule la meilleure utilisation des ressources productives. », *Encyclopædia Universalis*, entrée « Adam Smith ».

⁷⁷³ « Les dépenses publiques indispensables sont en petit nombre (soit, dans l'ordre, les dépenses militaires, les dépenses de justice, les dépenses relatives aux travaux publics et aux institutions d'enseignement et enfin à la dignité du souverain) et leur mode de couverture peut différer, en ce sens que, si tous doivent contribuer à certaines, les usagers doivent contribuer aux autres (par exemple pour la justice). En outre, les impôts doivent respecter quatre règles : dépendre des capacités des contribuables, éviter l'arbitraire, être perçus au moment le plus commode pour ceux qui les payent et être grevés des frais de gestion les plus faibles possible. Ainsi la réduction de la place de l'État laissera-t-elle des ressources à la disposition des individus et facilitera-t-elle la croissance. » *idem*.

⁷⁷⁴ « La remarque de Smith par laquelle il introduit sa fameuse métaphore sur la « main invisible » évoque une situation différente de la ruche de Mandeville. Adam Smith observe que ce n'est point par philanthropie que le boucher nous cède sa viande. Ce qu'il vise, c'est son intérêt, comme nous visons le nôtre. Mais lui et nous, qui croyons n'être mus que par notre intérêt individuel, nous ne nous rendons pas compte que l'échange auquel nous procédons produit des conséquences bénéfiques à la société tout entière. Ce résultat, chez Smith, à la différence de ce qui est suggéré par Mandeville, n'est pas obtenu par l'exploitation de l'un des échangistes par l'autre. Le boucher de Smith ne trompe pas son client, pas plus que ce dernier n'est en mesure d'imposer au boucher un prix qui ne permettrait pas à celui-ci de rentrer dans ses fonds. En effet, si le client peut trouver une viande de meilleure qualité à un moindre prix, il ira se fournir chez un autre boucher ; le boucher, de son côté, peut résister à la défection d'un client qui prétend lui extorquer des rabais abusifs, s'il est sûr que le « mauvais » client ne trouvera pas ailleurs la même viande à meilleur prix. À condition, évidemment,

égoïsme, les individus participaient néanmoins au bonheur commun.

J.-P. Dupuy relève cependant l'étonnement de certains commentateurs. En effet, le premier ouvrage d'importance de Smith est la *Théorie des sentiments moraux*, où Smith propose un concept ordonnateur, celui de *sympathie*. « Si l'on assimile sympathie et bienveillance, comme bon nombre de critiques, on ne peut qu'être frappé du contraste avec la thèse centrale de [La richesse des Nations], selon laquelle l'ordre d'une société de marché repose sur « l'intérêt égoïste », ou plutôt le *self-love* des agents. »⁷⁷⁵. C'est dans ce *self-love* que réside la richesse de la pensée de Smith, qui rompt avec la dialectique, classique à son époque, des passions et des intérêts⁷⁷⁶. Il définit un concept authentiquement dialogique au sens de Morin, c'est-à-dire qui conjoint les passions et les intérêts, l'un se posant en frontière pour l'autre : **au sein du *self-love*, les passions contiennent (dans les deux sens du terme) les intérêts.**

Chez Smith, le *self-love* sous-tend la plupart des rapports humains. Il les lie les uns aux autres par une curiosité qui confine parfois au voyeurisme : « Quel que soit le degré d'égoïsme que l'on prête à l'être humain, il y a de toute évidence dans sa nature certains principes qui le portent à s'intéresser à la fortune des autres, et lui rendent leur bonheur indispensable, quoiqu'il n'en retire rien, si ce n'est le plaisir d'en être témoin »⁷⁷⁷. C'est un principe spéculaire, qui fait que nous nous projetons en l'autre, et éprouvons soit un peu du plaisir que nous aurions d'être à sa place, soit au contraire le plaisir de ne pas y être, si sa situation n'est pas enviable. Pour autant la sympathie n'est pas la compassion ; elle ne découle ni d'une tendance altruiste vis-à-vis de l'autre, ni au contraire d'une tendance égoïste. « Ce sont les impressions de nos sens seulement, non les siennes [à autrui], que notre imagination copie »⁷⁷⁸.

A partir de ce constat, Smith évoque le plaisir du partage de la sympathie, qui n'est autre que celui qu'éprouve le participant d'un club, à échanger vues et opinions avec ceux qui possèdent le même code culturel que lui. « Le jugement moral est toujours un jugement d'approbation ou de réprobation. Or dire que nous approuvons, ce n'est rien dire d'autre que nous sympathisons »⁷⁷⁹. Et en sympathisant avec les autres, c'est avec soi-même que l'on sympathise au bout du compte. C'est ainsi qu'il est possible de construire un ordre social sur à peu près n'importe quel principe, dès lors qu'il s'avère compatible avec un mécanisme mimétique d'approbation spéculaire⁷⁸⁰. Du reste, le sujet smithien n'est pas tributaire d'un

que prévale la concurrence effective entre les bouchers, c'est le marché qui assure la civilité de l'échange. » *Encyclopædia Universalis*, entrée « civilité ».

⁷⁷⁵ J.-P. DUPUY, *Introduction aux sciences sociales*, op. cit., p. 176.

⁷⁷⁶ A cet égard, nous renvoyons à l'ouvrage d'A. O. Hirschmann, *Les passions et les intérêts*, op. cit.

⁷⁷⁷ *Théorie des sentiments moraux*, p. 47, cit. in Dupuy, *Introduction aux sciences sociales*, op. cit., p. 177.

⁷⁷⁸ *Idem*, p. 48.

⁷⁷⁹ J.-P. Dupuy, *idem*, p. 178

⁷⁸⁰ Dupuy développe ainsi ce mécanisme : « Par postulat fondamental, le spectateur n'a pas accès aux sentiments éprouvés par l'acteur. Comment donc pourrait-il juger qu'ils coïncident ou non avec ceux que la

quelconque principe de coordination, à la différence du sujet rousseauiste qui tient compte de la volonté générale. Son cocontractant social peut se contenter d'être purement virtuel.

Il est dès lors possible de bâtir une morale sur des principes dès lors qu'ils sont communément acceptés, même si ceux-ci relèvent d'éléments que Smith considère comme aussi futiles que l'accumulation des richesses. C'est ici que la sympathie fusionne avec l'envie. Ce sont des comportements propres de système, issus du même opérateur d'information ; une message autoréférentiel qui informe le social sur lui-même, qui le forme. A la base, le *self-love* semble bien découler de l'égoïsme qui fonde l'intérêt de l'*homo oeconomicus* ; mais dès lors qu'il contient également l'envie, il se rattache irrémédiablement au regard approbateur des autres. La morale guidée par la main invisible de Smith n'est autre que celle qui résulte de la généralisation de la sympathie du *self-love* dans toute sa dimension dialogique.

La doctrine d'A. Smith se révèle donc bien plus complexe que certaines lectures de son œuvre, qui la présentent comme une simple apologie de la quête individuelle de l'enrichissement pour le plus grand bien de tous. Cette analyse ne tient pas au regard du principe de sympathie tel qu'il vient d'être exposé.

b. *L'Etat et les institutions, ou l'ordre par la direction*

La régulation par l'Etat et ses normes contraignantes est présentée par les tenants du libéralisme comme un facteur de tensions qui déstabilise le marché dont il faut impérativement s'affranchir. L'exemple de l'ex-URSS apporte pourtant un démenti cinglant à ce poncif : la déréglementation totale n'est pas la vocation de tout système socio-juridique.

« Pour la Constitution, le Peuple est sujet ; pour l'administration, il est objet »⁷⁸¹. Son dirigisme tendanciel et certaines dérives bureaucratiques ont fait de l'Etat-providence la cible de nombreuses critiques. S'en faire ou non l'écho relève de présupposés idéologiques sous-jacents qui détourneraient l'objet de notre essai, aussi nous attacherons-nous plutôt à l'étude des transitions entre des systèmes juridiques basés sur une conception opposée de la place de l'Etat au sein de leur société.

Un exemple récent a été fourni par la chute du mur de Berlin et le revirement libéral de l'ex-Union soviétique, qui ont été salués par les partisans de la mondialisation comme un

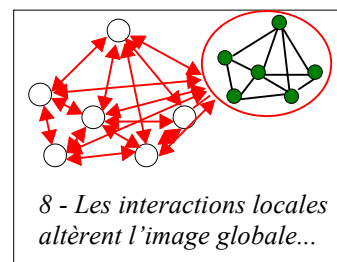
*sympathie lui fait ressentir ? Comment donc peut-il dire qu'il les approuve ou non ? L'acteur qui se met à la place de son spectateur n'a pas ce problème. Il connaît ses propres sentiments, et il lui est possible de concevoir ceux de l'autre parce qu'ils sont réglés par les lois de la sympathie du premier ordre [la sienne], qu'évidemment il connaît. Il sait par exemple que le spectateur n'a pas accès directement à ses sentiments, qu'il les imagine au seul vu de sa situation. Il sait que le spectateur juge en fonction de ses propres critères, de sa situation d'extériorité. Il sait que le spectateur a plus ou moins de mal à se mettre à sa place à lui, acteur, selon le type de passion qui l'anime. L'acteur sait tout cela, et il désire la sympathie du spectateur : il adapte donc ses propres sentiments à ceux de son spectateur tels qu'il les conçoit. Le jugement qu'il porte sur sa situation est copié sur le jugement que l'autre porte sur cette même situation. Après un détour complexe, la sympathie s'apparente donc à un principe de contagion ou d'imitation. Certes l'acteur imite le spectateur, et non l'inverse, mais chez Smith les rôles changent en permanence. Dans son « théâtre social », chacun est à la fois acteur et spectateur. Le sujet smithien vit constamment sous le regard d'autrui ; c'est un être fondamentalement mimétique, toujours enclin à se perdre dans les miroirs que lui tendent les autres. », J.-P. Dupuy, *op. cit.*, p. 179, soulignement ajouté.*

⁷⁸¹ Anne BARRON, « Discours juridique et colonisation du moi dans l'État moderne », in *Revue Droit et Société* n° 13, Paris, LGDJ, 1989, p. 357.

progrès pour la liberté de ces peuples. De fait, la suppression de normes rigides se présentait bel et bien comme un accroissement du champ des possibles individuels, d'où un gain de liberté au sens de notre théorème n°4 (Principe de moindre action juridique).

Cependant il est patent, quelques années après ce revirement, que la brusque satisfaction de ce théorème n'a en rien été suivie de progrès significatifs au niveau des autres, en particulier le n°7 (Equilibre de bien-être). Chacun n'a pas ressenti d'augmentation du bien-être général⁷⁸². Bien au contraire, les inégalités sociales sont apparues et se sont amplifiées, le crime organisé s'est installé et l'Occident se voit désormais dans l'obligation de soutenir un régime quasi dictatorial pour maintenir un semblant d'ordre⁷⁸³.

R. DELORME⁷⁸⁴ s'est penché sur la mutation des institutions qu'a engendrée celle de l'économie. L'Etat fut au premier rang de celles-ci. En utilisant notre modèle, on explique comment une telle mutation a pu s'opérer. La brusque chute des contraintes étatiques dans le domaine économique a été ressentie comme un effondrement de toute forme d'autorité de l'Etat, notamment dans le domaine pénal. Une économie maffieuse a ainsi pu prospérer, détruisant les solidarités personnelles. Or dans notre modèle, l'Etat est un construit collectif dont l'efficacité se base sur de telles relations, car il vient les compléter et les préserver. On explique donc comment, faute de légitimité sociétale, l'Etat put être considéré comme un « OSNI - *Objet Signifiant Non Identifié* ». L'économie avait détruit l'Etat, dans un pays où l'on ne savait pas comment vivre sans Etat. Elle ne pouvait donc se développer de manière viable⁷⁸⁵.



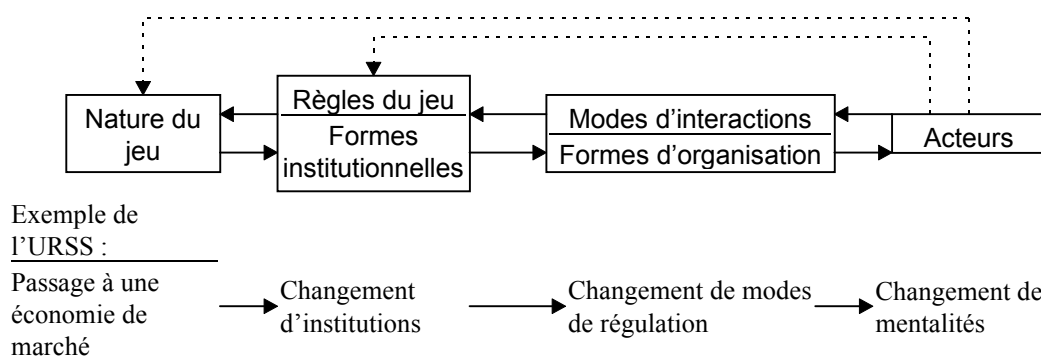
L'auteur représente ainsi les changements économique-institutionnels, qui se présentent comme une variante du modèle général que nous proposons en son étape 8 :

⁷⁸² Cf. Chantal KOURILSKY-AUGEVEN dir., *L'image du droit en Russie et en France : socialisation juridique et modèle culturel*, op. cit. notamment « Socialisation juridique et modèle culturel ». Où il apparaît que désorientés par une mutation trop radicale de leurs repères sociétaux, les adolescents sont amenés à considérer la délinquance comme un moyen efficace de promotion sociale. L'organisation n'a pas « appris » la complexité qui permet de juguler spontanément les excès qu'autorise la dérégulation.

⁷⁸³ Dont la Tchétchénie est le dernier pays en date à avoir fait les frais. Sur ce vaste sujet on pourra consulter les dossiers du *Monde diplomatique* : « *La fin du pouvoir communiste en URSS* » (septembre 1991) ; « *La Russie en convulsion* » (avril 1993).

⁷⁸⁴ Robert DELORME, (Ed.), *A l'Est, du nouveau. Changement institutionnel et transformations économiques*, Paris, Ed. L'Harmattan, 1996. 343 p.

⁷⁸⁵ Ce qui amène l'auteur à confirmer qu'une science n'est pas dénuée de répercussions sur l'objet de son étude, dès lors qu'elle porte sur des phénomènes dynamiques. L'économiste ici est « responsable des représentations du fonctionnement de l'économie mises à la disposition des hommes politiques », et... il « s'agit de critiquer la représentation dominante », il lui faut « surtout proposer d'autres représentations ». (note Le Moigne ; extrait du Cahier des Lectures de l'AE-MCX, <http://www.mcxapc.org>).



Il tend à ressortir de cette étude que l'Etat se présente comme une résultante du modèle économique en vigueur. C'est ce qui fut le cas en 1992, alors que l'Union Soviétique avait connu le phénomène inverse (prise de contrôle de l'économie par l'Etat) en 1917. Dans les deux cas, l'auteur relève les difficultés que comporte l'importation de modèles de l'extérieur sans une refonte en profondeur, simultanée et à tous les niveaux, des schémas mentaux qui sont à l'œuvre au sein de processus décisionnels.

Dans le cas de l'Union Soviétique, on peut voir dans une révolution libérale trop superficielle les prémisses d'un retour à un pouvoir central fort. En ce sens R. Salais émet l'hypothèse que « *les acteurs s'appuient sur une convention de l'Etat, pour agir dans toutes les situations, nombreuses, où la présence du collectif est simultanément nécessaire et incertaine.* »⁷⁸⁶ Il n'est plus ici question d'un Etat sanctionnateur ou régulateur, qui réconcilie les citoyens car chacun est mécontent face à lui⁷⁸⁷. L'Etat présente un visage plus habituel : il se présente comme l'unique terrain d'entente, le douzième chameau virtuel dont on a besoin pour provoquer un partage équitable⁷⁸⁸. Le contrat social devient contrat de garantie de bonne

⁷⁸⁶ Robert Salais, « Action publique et conventions : état des lieux », in Jacques COMMAILLE et Bruno JOBERT dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, Coll. Droit et Société n° 24, Paris, LGDJ, 1999, p. 59.

⁷⁸⁷ « [La réalité de l'Etat] se manifeste par le fait que l'engagement des actions autoréalise l'Etat en situation comme « la solution » que chacun attend de la survenue d'une défaillance de coordination. Ce qui rend l'action « publique » est justement d'être attendue par chacun comme traitant d'une défaillance de coordination communément identifiée. » (*idem*).

⁷⁸⁸ La fable des chameaux est une petite métaphore tirée d'une histoire racontée par les bédouins du Sahara : un vieil homme, sur le point de trépasser, lègue son troupeau de chameaux, sa seule fortune, à ses trois fils. Il s'adresse à eux dans ces termes : « A toi l'aîné, je donne la moitié du troupeau. Toi le puîné, tu en prendras quart. Quant à toi le cadet, tu devras te contenter du sixième de mon troupeau ». Le vieil homme meurt, mais on s'aperçoit que le troupeau compte onze chameaux. Il n'est donc pas possible de partager sans sacrifier des bêtes ou la part de quelqu'un. Les frères sont prêts à s'étriper quand passe par là le kadi (juge de paix). Il leur demande le motif de leur discorde. On le lui explique. « Qu'à cela ne tienne », dit-il, « je vous offre mon propre chameau, vous me le rendrez quand vous en aurez en trop ». Les frères, confus devant tant de bonté, louent la générosité du kadi. « Ne vous en faites pas », leur dit-il, « vous me le rendrez plus tôt que vous ne le croyez ». Le troupeau se composant de douze bêtes, il est procédé au partage. Les frères se partagent $6 + 3 + 2 = 11$ chameaux, et le kadi réintègre immédiatement le sien.

Depuis cette histoire, le douzième chameau symbolise le tiers virtuel, qui ne prend pas part à la cause mais dont la présence est tout de même nécessaire pour que s'opèrent convenablement les transactions. (Cette histoire est évoquée in J.-P. Dupuy, *Le signe et l'envie*, op. cit., mais on la retrouve également chez Luhmann). Il est à noter que le kadi n'aurait jamais recouvré son chameau si le partage avait été, par exemple, de $\frac{1}{2} + \frac{1}{4} + \frac{1}{4}$. Le problème était alors insoluble.

fin des conventions, non seulement parce qu'il assure le respect de la règle du jeu, mais aussi par ce qu'il fait partie intégrante de la règle du jeu. « *L'action de l'Etat est dévolue à traiter, non des Market failures [Williamson, 1985], non des governing failures [Mayntz, 1993], mais des coordination failures, et ce par convention entre les personnes.* »⁷⁸⁹.

Enfin, l'auteur note que la mondialisation risque d'opérer un changement profond des rapports entre l'Etat et la société dont il définit les orientations et la politique. Car celles-ci ne sont plus qu'une simple question de territoire. Les Etats se font concurrence, et agissent les uns sur les autres par le biais de leur fiscalité, leur situation stratégique ou leurs intérêts économiques. Aussi la solution d'une régulation autoritaire se présente-t-elle comme une solution du passé, héritière d'un passé lourd de retentissants échecs économiques⁷⁹⁰.

Souplesse contre autorité, l'histoire chaotique de l'Union Soviétique montre cependant qu'on n'opère pas impunément une transition entre ces deux phases⁷⁹¹. L'institution d'un Etat fort part de l'intention de déléguer le pouvoir de diriger, c'est-à-dire de fixer un dessein à la société toute entière. Le contrôle démocratique se borne pour ainsi dire à un contrôle *ex post*. Cette conception fut toujours critiquée par les penseurs libéraux, notamment Hayek. Selon eux, la coordination sociale peut se limiter à une coopération interindividuelle. La société obéit ainsi à une logique qui lui est propre (la main invisible de Smith ou le grand dessein d'Hayek). Nous retrouvons l'opposition des schémas walrasien et keynésien ; un lieu unique et objectif de référence d'un côté, une foule où chacun se détermine en fonction de ses voisins de l'autre. Nous avons à plusieurs reprises évoqué *supra* le mouvement de panique qui peut saisir une foule qui perd brutalement son repère habituel. L'on peut également évoquer les difficultés d'une foule libérale keynésienne : elle manque fondamentalement de projet. Une société d'individualistes purs ne produit aucun sens, car chacun en s'occupant de lui seul, n'apporte rien à la collectivité.

La solution semble donc devoir être trouvée dans un compromis. On peut évoquer la volonté générale selon Rousseau, dont la construction était par essence complexe. Elle mêlait en effet l'individu et sa société puisque dans l'idéal, le choix démocratique résulte « *de la préférence que chacun se donne au regard de tous les autres* ». Ce même schéma se dessine dans la définition émergente du néo-zapatisme : « *C'est ainsi qu'est née notre façon d'en appeler à l'humanité toute entière, aux valeurs universelles, qui incluent tout le monde : plus*

⁷⁸⁹ R. SALAIS, *op. cit.*, p. 61.

⁷⁹⁰ En ce sens, de nombreux exemples sont fournis in Robert DELORME and Kurt DOPFER (Ed.), *The political economy of diversity. Evolutionary perspectives on economic order and disorder*, Ed. Edwar Elgar. Hants, U.K., 1994. 314 p.

⁷⁹¹ Pas plus que dans le sens inverse du reste. « *Mandeville, anticipant le Rousseau du Discours sur l'origine et le fondement de l'inégalité parmi les hommes, a mis en évidence une des difficultés essentielles du schéma utilitariste quand il est généralisé sans précaution : on ne passe pas sans transition de la recherche de l'intérêt individuel (surtout lorsqu'il est défini en termes de luxe et de consommation privée) à l'intérêt collectif, surtout lorsque celui-ci inclut des éléments non strictement économiques comme la justice et la cohésion sociale. Contrairement à une vue très répandue chez les « philosophes », rien ne nous garantit que les progrès de l'enrichissement individuel et collectif aillent de pair avec ceux de la civilité.* » *Encyclopædia Universalis*, entrée « civilité ».

on s'enracinait dans la singularité plus on s'ouvrait au tout »⁷⁹²

Conclusion partielle : vers la « troisième voie » du droit réflexif

Si l'autorégulation repose sur des présupposés qui font d'elle une quasi-utopie, la gestion sociale basée sur un mécanisme autoritaire et planifié semble elle aussi vouée à l'échec. Dans les deux cas, et en l'absence de tout outil informatisé d'aide à la décision, il s'agit de gérer les faibles capacités cognitives et l'imprécision des informations que possèdent les agents-citoyens. C'est pourquoi il peut être ici utile de faire appel aux problématiques développées par la doctrine du *droit réflexif*⁷⁹³ initiée par G. Teubner⁷⁹⁴. Celle-ci se propose en effet de penser l'évolution en termes de couplages fonctionnels des entités Société, Droit et Etat. Il faut pour cela supposer que la société étudiée est complexe, c'est-à-dire qu'elle possède des circuits de feed-back similaires à ceux que nous avons exposés dans notre modèle (précisons que nous postulons une coévolution droit-société ; la notion de *droit réflexif* tient compte quant à elle d'une possible absence de coévolution, qui se traduit alors par des ruptures structurelles). Ni « contrôle autoritaire et direct », ni « autonomie absolue », la régulation de la société par le droit réflexif s'apparente davantage à un « guidage contextuel décentralisé » ; plus celui-ci est avancé, plus il est le signe d'une société qui évolue dans la conscience d'elle-même. L'avancée du droit réflexif se présente donc comme un progrès juridico-social car le rôle de l'Etat peut être réduit sans signifier un recul de la régulation⁷⁹⁵, ce qui recoupe les hypothèses complexes de notre modèle. H. Willke⁷⁹⁶ propose de représenter la corrélation entre Droit, Etat et Société de la manière suivante :

⁷⁹² Dixit le sous-commandant Marcos in Maurice NAJMAN, « À la conquête de la société mexicaine - Le grand virage des zapatistes », *Le Monde diplomatique*, Janvier 1997, page 12.

⁷⁹³ Sur cette notion, cf. notamment *DETS*, *op. cit.*, entrée *droit réflexif*, pp. 518-520.

⁷⁹⁴ Gunter TEUBNER, « Reflexives Recht », in ARSP, LXVIII, 1982, pp. 13 s. ; également *Le droit, un système autopoïétique*, ch. V, pp. 101-157

⁷⁹⁵ « *Le droit réflexif ne remplace pas les autres formes, mais s'y ajoute [contrairement à notre modèle, où le droit est entièrement et fondamentalement couplé], comme les différentes fonctions de l'Etat pour répondre à des missions spécifiques, surtout la régulation des relations entre les systèmes autonomes d'une société fortement différenciée et complexe. (...) Le droit en tant que système (social) juridique se dirige selon des critères juridiques et d'une manière qui permet la continuation des opérations juridiques. Même si l'effet externe d'une opération juridique semble être problématique ou préjudiciable, ce n'est pas un problème du droit, mais de l'environnement sociétal : fiat justitia, pereat mundi.* » in *DETS*, *op. cit.*, p. 519.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

<i>Forme de la société</i>	<i>Forme de l'Etat</i>	<i>Forme du Droit</i>
pré-moderne	Etat répressif	droit répressif
moderne	Etat libéral	droit libéral
complexe	Etat interventionniste	droit finalisé
hyper-complexe	Etat de guidage	droit réflexif

La problématique du droit réflexif recoupe largement celle de notre modèle, sauf en ce qui concerne le couplage des finalités des entités Droit et Société. L'adoption par la doctrine du droit réflexif du paradigme de l'autonomie lui proscrit de penser le couplage des finalités. Alors que notre modèle, qui fait appel à la raison juridique⁷⁹⁷, autorise ce couplage en externalisant partiellement la finalité du droit, ce qui constitue sa pseudo-autonomie.

Cette dimension mériterait d'être prise en considération par les tenants de la disparition de l'Etat : nous avons en effet montré la mission fondamentalement paradoxale du droit, à savoir contraindre les individus pour mieux les libérer. Il est permis de penser qu'un individu responsable puisse faire seul face à ce paradoxe, et restreigne spontanément le champ de ses possibles pour préserver la cohésion de ce qui se présente à lui comme la Société. Que va-t-il s'ensuivre ? Que l'individu associera, par un irrémédiable mécanisme d'association d'idées, la Société à la contrainte (ceci n'est pas une hypothèse d'école, loin s'en faut). Or l'individu est partie prenante à la Société. C'est donc contre une émanation de lui-même qu'il tourne son mécontentement. Pour tourner cette contradiction, une seule issue : hypostasier la Société, l'externaliser (la Société, c'est les autres). La médiatisation institutionnelle se présente, sinon comme une nécessité, du moins comme une résultante d'un mécanisme de protection de l'individu vis-à-vis de lui-même. Dès lors, supprimer les médiateurs virtuels ne devrait aboutir qu'à en faire émerger d'autres. L'Etat n'est pas raisonnablement supprimable.

Nous proposons en annexe 5 une représentation de l'Etat davantage basée sur la participation citoyenne. Le mouvement d'émergence de l'entité étatique se présente là encore complexe, ce qui explique en partie le caractère erratique de certaines de ses décisions. En URSS, l'économie planifiée était un système globalement viable mais présentant de graves dysfonctionnements. La planification conçue selon un mécanisme dirigiste simple ne représentait pas une méthode adéquate de résolution des problèmes économiques complexes. **Quand un phénomène complexe est corrélé à un mécanisme de guidage, leurs complexités respectives doivent également être corrélées**, faute de quoi s'ensuivront effets pervers et des contre-effets.

2. Effets pervers et contre-effets

Les effets pervers résultent d'une méconnaissance de la complexité des phénomènes que l'on prétend réguler simplement.

Summum jus, summa
injuria – Droit
porté à l'extrême,
extrême injustice _____
(adage)

⁷⁹⁷ Pour une analyse comparée de ces deux notions, cf. *infra* p. 363.

Pour traiter des contre-effets au niveau des sujets de droit, il est nécessaire d'adapter son angle d'étude. « *Alors que la plupart des travaux adoptent une approche "objectiviste" du pouvoir, la problématique présentée ici fait largement place au point de vue "constructiviste" en examinant le rôle que jouent les représentations... des acteurs dans les relations de pouvoir qu'ils entretiennent les uns avec les autres* »⁷⁹⁸. Il ne s'agira donc plus d'apprécier la conformité d'une conduite à la norme, mais d'observer d'effets de composition en plus ou moins bonne adéquation au projet implicite ou exprimé du décideur global, agissant par délégation.

Nous observerons que dans ces conditions, il est nécessaire de maintenir de manière quelque peu paradoxale un certain taux de désordre (a), ce qui est peu surprenant eu égard à la nature spécifique et fondamentalement paradoxale du régulateur juridique lui-même (b).

a. *Un phénomène mécanique dû à la rationalisation simplifiante : le paradoxe du désordre acceptable*

Quand il s'agit de réguler un phénomène complexe, le rationnel n'est pas nécessairement raisonnable.

Ainsi que nous l'avons vu, une certaine quantité de désordre est nécessaire à une société pour évoluer, s'adapter, changer⁷⁹⁹. Mieux, un tel désordre est **voulu**. D'une part par les instances régulatrices, qui comme nous l'avons souligné utilisent le désordre comme stratégie paradoxale de régulation des conflits. Mais également par les individus eux-mêmes, pour lesquels la soumission à un ordre global semble avoir pour indispensable corollaire une insoumission locale. Cette sorte de « sphère d'impunité » des sujets de droit est implicite et largement consensuelle. Elle comporte toute une série de petites « arnaques » envers les services fiscaux, les contrôles routiers, les assurances... qui satisfont au quotidien l'individu en lui donnant l'impression d'être plus malin que les citoyens irréprochables qu'on lui donne en modèle. Sur le plan juridique, on retrouve ce consensus quand on compare la téléologie affichée des normes et leurs modalités d'application.

Officiellement, la norme réprime toute contravention. Par exemple, la fraude fiscale est qualifiée dès le premier franc de décalage entre les déclarations du contribuable et ses revenus réels. Mais la mise en correspondance de ce principe avec ses modalités font ressortir une téléonomie implicite bien différente. Sachant en effet qu'il faut mobiliser des personnels pour contrôler les contribuables, mener des enquêtes et engager des procédures de recouvrement, que ces services ont un prix pour la collectivité, on aboutit à l'ébauche d'une « tolérance de fraude », dont personne ne connaît le montant exact mais dont chacun sait qu'il peut user modérément sans s'attirer les foudres de l'administration. Ce n'est que passé un certain cap, que le mécanisme sanctionnateur sera actionné.

Cette sphère d'impunité, au sein de laquelle chaque citoyen peut se contenter d'être un contrevenant raisonnable, se révèle plus visible quand certaines technologies de surveillance

⁷⁹⁸ Etienne BOURGEOIS et Jean NIZET, *Pression et Légitimation. Une approche constructiviste du pouvoir*, Paris, PUF, 1995, 224 p.

⁷⁹⁹ Pour une analyse générale incluant les relations du désordre et des changements sociaux, cf. Raymond BOUDON, *La logique du social*, Paris, Hachette Coll. Pluriel, 1997, 329 p.

sont mises à contribution. On en mesure alors l'étendue et le volume par l'usage qui est fait de principes assez surprenants comme celui de liberté individuelle ou de vie privée. Les exemples sont innombrables car le développement des technologies de télésurveillance ont stimulé les expressions contestataires⁸⁰⁰. En droit du travail, les instruments de surveillance (badges, puces, émetteurs, standards téléphoniques et appareils détecteurs basés sur la biométrie) font l'objet de négociations souvent serrées avec les représentants du personnel, pour qui l'emploi occulte d'une technologie de détection par la direction est ressentie comme une atteinte grave à la vie privée. En droit fiscal et administratif, la CNIL a toujours considéré avec une grande méfiance, voire avec réticence, le croisement des fichiers administratifs même s'il était uniquement destiné à traquer la fraude fiscale ou la fraude aux allocations ; cette réticence revient pourtant *de facto* à cautionner même implicitement une sorte de « droit à la fraude »⁸⁰¹.

Cette tolérance consensuelle n'est pas à proprement parler un contre-effet du droit. C'est pourtant la représentation qu'on serait tenté d'adopter si l'on s'en tenait à la représentation positiviste et simplifiante de la norme, considérée à la lumière du paradigme de la commande. Car aux termes de celle-ci tout comportement non conforme est qualifié déviant, tout comme est qualifié fraude une erreur d'un franc sur sa déclaration fiscale. Cet apparent contre-effet n'est qu'une conséquence tout-à-fait souhaitable du système normatif, une « soupape » qui assure son efficacité. Nous proposerons pour le représenter un paradigme, celui de *désordre acceptable*.

Le désordre acceptable peut se définir comme le « jeu » (au sens d'interstices facilitant une articulation) normatif permettant aux sujets de droit d'exercer leur capacité à « ruser » avec le système coercitif, et qui permet l'articulation des objectifs locaux des uns avec le Projet global de l'autre. En ce sens, nous pourrions presque parler de désordre *nécessaire*⁸⁰², mais il est préférable de mettre l'accent sur sa dimension mesurée : car comme dans le modèle d'Ising, le désordre acceptable se situe entre deux tendances qui poussent le système vers les extrêmes, l'optimalité se présentant comme un point incertain et toujours oscillant. Trop de désordre et le système devient ingouvernable, trop peu et il se fige, devenant intolérable pour ses éléments.

Le désordre acceptable peut être ainsi brièvement résumé :

⁸⁰⁰ Cette assertion n'est pas nécessairement généralisable ; certains pays admettent assez aisément la surveillance publique, d'autres beaucoup moins. Exemple de la Belgique : « *Héritage des systèmes de contrôle de la Guerre Froide, les caméras de surveillance sont en vente libre dans les supermarchés. Plus question de sortir en tenue négligée, star malgré toi, tu passes ta vie sous les feux de la rampe. Tu laisses ton image dans des yeux électroniques, de ta cabine d'essayage à l'entrée du parking, de la grille de l'école aux places publiques, dans le métro, dans le tram, dans les couloirs de ton lieu de travail. L'alliance de la Société du Spectacle et des sociétés de sécurité ont fait de ta vie quotidienne une performance pour un public de machines.* » (Message diffusé sur la liste de diffusion Net-Time, Internet, 7 juillet 2000).

⁸⁰¹ Pour plus de renseignements sur les actions de la CNIL, <http://www.cnil.fr>.

⁸⁰² Tel le paradoxe révélé par l'amour de ceux qui sanctionnent : cf. Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur*, Paris, Le Seuil, 1974. Ce qui recoupe F. Ost et M. van de Kerchove, *Le jeu, un paradigme pour le droit*, op. cit. ; *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit. ; *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992 ; également le *DETS*, op. cit., pp. 318-319.

- il doit avoir pour finalité le maintien d'un ordre tendant vers une maximisation du champ des possibles individuels, et non sa restriction (ce qui exclut les conflits artificiels destinés à cautionner les dictatures militaires) ;
- il ne doit en aucun cas aboutir à la destruction du groupe (auquel cas il est excessif)
- il doit être réversible, c'est-à-dire ne pas susciter de cercles de vengeance mimétique qui le maintiendront en vigueur même si ses causes premières ont disparu. De plus, il doit prévoir des cas qui déboucheront soit sur sa disparition, soit sur sa réduction, faute de quoi il risque d'entraîner les effets « d'accoutumance » que nous avons soulignés *supra*.

Cette acception du désordre acceptable comme principe organisateur s'inscrit en contrepoint radical de la conception plus classique des techniques managériales, aux termes desquelles la cohésion d'un groupe passe par celle des projets des individus qui le composent. « *Les synergies seront d'autant plus développées et les antagonismes mieux maîtrisés, qu'il existera entre les acteurs, des visions, des représentations mentales partagées nécessaires au bon fonctionnement des systèmes d'information* »⁸⁰³. Ce modèle peut trouver application dans le cadre d'un sous-groupe ayant à accomplir une tâche précise, auquel cas il revient à faire usage du paradigme de la commande (les soldats dirigés par un officier possèdent bien une représentation mentale commune et des antagonismes annihilés) ; en revanche, sa rigidité le rendra inapte à gérer une totalité agissant sur elle-même, comme c'est le cas d'une société globalisée et complexe. On ne peut être simultanément son propre ami et ennemi.

Nous trouvons une correspondance immédiate, de plus, entre le désordre acceptable et la notion de bruit, tel que selon la principe d'Atlan il permet au système autonome de construire son ordre interne. Pour assurer la comparaison avec les systèmes sociaux, Varela recourt à l'image des « *réseaux d'actions (...) dans leur mode de fonctionnement récursif se trouveraient les conditions de satisfaction qui permettraient d'engendrer l'émergence de l'intentionnalité collective. En effet, ce n'est qu'en situation de couplage conversationnel qu'un groupe va pouvoir livrer le sens de son environnement, pouvoir décider de ce qui est pertinent ou non, de ses choix de valeurs, de faire émerger sa vision du monde* »⁸⁰⁴.

Ce mode d'émergence possède des conséquences non triviales sur le contenu des visions individuelles obtenues. Ainsi la « loi » de Tocqueville selon laquelle l'amélioration du sort de tous peut augmenter plutôt que diminuer le mécontentement général : lorsque la prospérité croît, écrit Tocqueville, « *les esprits paraissent cependant plus mal assis et plus inquiets ; le mécontentement public s'aigrit ; la haine contre toutes les institutions anciennes va croissant. (...) Bien plus, les parties de la France qui devaient être le principal foyer de cette révolution sont précisément celles où les progrès se font le mieux voir (...) on dirait que les Français ont trouvé leur position d'autant plus insupportable qu'elle devenait*

⁸⁰³ Régis RIBETTE, « Organisation apprenantes et gestion par chaque acteur de ses propres ressources humaines », in Jeanne MALLET dir., *L'organisation apprenante T. 1 L'action productrice de sens*, Toulouse, Presses Univ. de Provence, 1996, p. 65 ; on pourra également se reporter à l'ouvrage de référence en la matière : *Encyclopédie des ressources humaines, 4 tomes*, Terence, Les Editions d'Organisation, Paris, 1987-1994.

⁸⁰⁴ F. Varela, « Approche de l'intentionnalité : de l'individu aux groupes sociaux », in Jeanne MALLET dir., *L'organisation apprenante, op. cit.* p. 43.

meilleure »⁸⁰⁵. Durkheim avait également noté que la satisfaction éprouvée par les individus dépend moins de l'abondance des biens personnels que de l'aptitude sociale à inspirer chez l'individu « *des désirs bornés à ce qu'il peut obtenir* »⁸⁰⁶. Autrement dit, une société doit faire rêver, mais ces rêves doivent être raisonnables et compatibles, sinon conforter, l'ordre établi. Ainsi l'égalitarisme civique prôné par la « paix bourgeoise » aurait-il pu sembler économiquement préférable à la monarchie, alors même que celle-ci apportait la démonstration d'une certaine viabilité économique.

Pour rendre compte de ces contre-effets qui relient les représentations et stratégies individuelles aux effets globaux et collectifs, il est nécessaire de se référer au paradigme des réseaux tel qu'évoqué *supra* par Varela, « *la logique sous-jacente à ces lois [des contre-effets sociaux] n'est que très imparfaitement saisie par les concepts de groupe de référence et de privation relative, si utiles que soient ces concepts* »⁸⁰⁷. C'est en l'associant à la théorie des jeux que l'on rend compte, au niveau global, de l'effet de composition des interactions locales.

On peut relever des contre-effets de nature diverses. Les contre-effets structurels proviennent de la dialogique liant généralité et globalité : ils recourent le marché, la foule, les sociétés, et ont pour propriété qu'un effet simplifiant local peut engendrer un contre-effet global. Il y a d'autre part les contre-effets temporels, provenant du décalage entre temps court et temps long ; ils impliquent étroitement raison et décision ainsi que les contre-effets plus spatiaux, puisqu'ils agissent au gré de la *diffusion* de leurs effets. Par exemple, l'augmentation du nombre des autoroutes aux abords des villes a pour effet à court terme de désengorger le trafic, mais le contre-effet surgit à long terme, puisque la périphérie devenant plus attractive, le centre urbain se trouve déconcentré et les transferts quotidiens de véhicules sont stimulés, ce qui se traduit par des engorgements toujours plus nombreux.

Le contre-effet se présente donc comme la conséquence directe de l'application à un système composé d'individus complexes d'une stratégie régulatoire simplifiante. Nous avons montré en évoquant le *double bind* que par ce même principe, la répression appelle la répression. En ce qui concerne le système juridique, d'autres contre-effets plus subtils peuvent être observés car le système est capable d'engendrer un sens qui lui est propre, et s'appliquer à lui-même ses propres contre-effets (par exemple l'inflation législative).

b. *Les spécificités du système juridique*

Les fins poursuivies par les individus sont parfois cachées ou inavouées. Il en est de même pour certaines normes, dont la visée apparemment humaniste masque un rapport de domination cyniquement intéressé. La clôture de certaines informations complique encore la déconstruction.

Les significations émanant d'un système traitant l'information de manière circulaire ne

⁸⁰⁵ A. de TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes, L'Ancien Régime et la Révolution*, t. 1, pp. 222-223, Paris, Gallimard, 1952.

⁸⁰⁶ R. Boudon, *Effets pervers et ordre social*, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁰⁷ *Idem.*

sont pas toujours transparentes⁸⁰⁸. Nous avons évoqué l'exemple fourni par Varela à propos de la clôture opérationnelle, en prenant comme métaphore un collier de perles blanches ou noires. Le résultat obtenu était une image graphique, mais l'on peut utiliser une autre technique qui opère cette fois-ci dans le domaine sémantique. Il apparaît alors que le traitement algorithmique d'une information circulaire peut engendrer une information qui pourra être interprétée comme porteuse de sens.

Ce petit algorithme est une invention de C. Shannon lui-même. C'est un générateur poïétique. Il consiste à prendre une phrase quelconque. Celle-ci forme une chaîne de mots, décomposable en chaîne de caractères. Pour trouver de nouveaux mots à partir de ceux qui existent, on procède de la manière suivante. Prenons la phrase suivante, issue de l'ouvrage de G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique* :

« Les conditions de clôture systémique permettent-elles au droit de se constituer en vue d'actions pratiques raisonnables (pour la société) ? Cette question résume la réflexion centrale de notre propos. ».

Pour créer notre mot personnel à partir de cette phrase, prenons une lettre au hasard (la lettre n°3, qui est le « s » de « les ». Nous notons « S ». Puis nous cherchons l'occurrence suivante de la lettre « s ». Nous la trouvons dans « systémique ». Nous notons la lettre suivant le « s », soit « y », et nous cherchons la prochaine occurrence de cette lettre. Nous arrivons à la fin de la phrase, recommençons au début et retombons sur le même mot ; nous ajoutons « y » à notre mot personnel, qui devient « sy ». Nous relevons la lettre suivant « s » (l'autre « s »), dont nous recherchons l'occurrence suivante dans le texte (nous trouvons « se ») ; nous notons « s », recherchons « e », et ainsi de suite jusqu'à rencontrer un « espace », qui détermine la fin de notre mot. Nous obtenons le mot « syseraié ». Nous pouvons relancer l'algorithme à partir de n'importe quelle autre lettre, ce qui donnera d'autres résultats parfois surprenants. En voici quelques-uns :

stuesoue
lenopetele
conn
rémens
prablale
pontrés
vuexions
cotéflôtitraitiques
stuetesoitt-ese
ctique
prablerémere
ropetelenons
dionnsue
acionauraura
rmiondros
clest
*destumen*⁸⁰⁹

D'où vient que ces mots nous semblent parfois familiers ? L'explication est fournie par Shannon. Le programme relève des suites de lettres (deux à deux dans notre exemple, mais on pouvait envisager des suites de trois lettres ou davantage). Statistiquement, les suites les plus

⁸⁰⁸ « La connaissance d'une langue et un savoir sur cette langue sont deux ordres de connaissance très différents. » (P. Watzlawick, *Une logique de communication*, p. 30).

⁸⁰⁹ Cette liste a été obtenue grâce au Radoteur 2, petit programme élaboré en 1997 par Christophe Courtois.

fréquentes se retrouveront le plus souvent dans la phrase, ce qui se traduira par une série de termes comportant également les tournures les plus statistiquement redondantes.

Cet algorithme, ainsi que quelques variantes, sont très utilisés en marketing pour trouver des termes et dénominations commerciales ainsi que pour composer automatiquement des morceaux de musique, puisque tout type de signal peut ainsi être traité. Il n'y a aucune création réelle puisque l'on se sert d'une combinatoire préexistante, mais les variantes extraites pourront être néanmoins perçues comme originales.

Ce type de génération poétique automatique montre que certains signaux émis par une structure fonctionnant en circuit fermé **peuvent être perçus comme émanant d'une volonté, c'est-à-dire l'intention de communiquer un état émotionnel précis**. Dans notre exemple, le terme aléatoire *destrumen* pourrait parfaitement désigner un concept du droit de propriété issu du latin (lié à l'*abusus*, pourquoi pas ?).

Il en va de même de la structure des normes. Dès lors qu'un sens peut être inféré de positions relatives des normes entre elles (le vol d'usage que nous évoquions, en tant qu'extension jurisprudentielle de la notion de vol, sera d'interprétation restrictive), il n'est pas possible d'affirmer qu'aucune signification émergente ne pourra surgir d'une configuration normative, surtout s'il en est fait usage de manière inhabituelle (en cas de conflit international, par exemple).

Ce sont en effet les situations de crise qui révèlent une caractéristique du système juridique : un aspect souvent caché de sa structure. Nous avons évoqué *supra* la dimension téléonomique du droit, la finalité qui sous-tend toute norme qui le compose. Cette finalité, nous l'avons vu, n'est pas toujours explicite. Au contraire, elle est bien souvent masquée, car la méconnaissance de la maîtrisabilité du droit, sa distanciation vis-à-vis des sujets, est bien souvent une condition *sine qua non* de son efficacité (cf. les sections consacrées au *double bind* juridique). C'est pourquoi certaines normes tranchent à l'emporte-pièce, sans justification apparente ni assouplissement possible, alors même qu'une analyse des motivations des sujets pourrait faire ressortir l'attente d'un autre mode de régulation. Car si l'homme se présente comme un mixte de donné et de construit mêlant sa personnalité et sa société, les attentes sociales peuvent révéler par effet de système des penchants individuels inavoués⁸¹⁰.

⁸¹⁰ « *Ce processus est particulièrement visible dans ce qu'il est convenu d'appeler les « perversions » et qui sont soit l'exaspération d'un mode d'excitation particulier, soit l'excitation selon des modalités considérées comme inacceptables par la société dans laquelle elles se produisent. Le viol par exemple n'est que par exception une procédure d'obtention d'une satisfaction génitale, dans la mesure où cette satisfaction peut généralement être obtenue sans recourir à la lutte ni subir ses conséquences souvent dangereuses, et beaucoup plus aisément. Non seulement le violeur n'est la plupart du temps pas indifférent à la dignité de sa victime, mais c'est au contraire la valeur socialement accordée à celle-ci (du fait de sa beauté, de son statut, de son innocence) qui conditionne son désir. Son geste ne vise pas directement un corps comme la brutalité de l'acte le porterait à croire, mais à l'inverse une psyché et même plusieurs (puisque cette psyché est valorisée par d'autres psychés). C'est pourquoi sa thérapeutique doit consister à désacraliser les victimes potentielles dans l'esprit du violeur plutôt que l'inverse, et à le conduire à accorder plus de valeur aux satisfactions consenties qu'il peut se procurer par ailleurs aux satisfactions qu'il préfère parce qu'elles sont interdites. De même, la corrélation qu'on peut relever entre le masochisme et la condition sociale de ceux qui le pratiquent, le masochiste étant d'autant plus enclin à subir des humiliations qu'il est lui-même l'objet de plus de désir et de respect, atteste le peu de rapport entre lui et la biologie élémentaire, ainsi que l'importance de l'interaction sociale dans sa constitution. De même encore, le repérage du lien de parenté, loin d'être le reflet direct de la filiation biologique n'est rendu possible que par le repérage social des alliances.* » (J.-L. Vullierme, *op. cit.*, pp. 229-230).

C'est ce même type d'ordre qui peut organiser, sous couvert d'égalitarisme, la mise en coupe réglée d'une classe sociale dominée par une autre, dominante. A.-J. Arnaud a montré que le Code civil, en postulant l'égalité des parties cocontractantes, a permis la mise en place d'inégalités sociales⁸¹¹. En effet le contrat est réputé parfait dès lors que les volontés s'accordent. Peu importe l'objet du contrat (dès lors qu'il soit légal et conforme aux bonnes mœurs), peu importe que le prix exigé pour la chose vendue soit prohibitif ou dérisoire, peu importe enfin qu'une partie soit contrainte de l'accepter du fait d'une position économiquement dominante ou faible. Pour reprendre notre distinction, le mécanisme du formalisme synallagmatique est quasi-uniquement procédural, les parties ayant toute latitude pour déterminer la substance que pragmatiquement, les rapports socio-économiques permettent de fausser au profit de l'une ou l'autre partie.

Ainsi, son opacité et sa dimension partiellement autopoïétique font du droit un lieu d'expression propice pour les effets pervers. On peut évoquer un exemple tiré de la loi de 1985 sur les accidents de la route. Constatant la gravité croissante des accidents de la route, et le bon fonctionnement du mécanisme de l'assurance, le législateur renversa le mécanisme de l'article 1382 du Code civil et fit peser sur l'automobiliste une présomption de faute, ce qui rendait automatique l'indemnisation mais avait pour effet pervers de déresponsabiliser le conducteur. Cette déresponsabilisation est désormais pointée du doigt comme une des causes de l'irréductibilité des accidents graves⁸¹².

De manière générale, on peut proposer la méthode légistique suivante pour amener un ensemble d'individus complexes vers un certain état d'organisation tout en évitant les effets pervers :

- repérer les éventuels palliatifs : le conflit ne peut-il être médiatisé, dédoublé, complexifié, détourné vers un lieu d'expression plus propice à l'établissement d'un accord collectif ?
- détecter les causes qui induisent le comportement à répréhender ; réduire ces causes prioritairement, en dirigeant sur elles l'effet direct de la norme ;
- s'il n'est pas possible de réduire les causes, réduire les comportements répréhensibles au moyen de normes explicites sur le plan substantiel, procédural et téléologique. Prévoir un cas d'extinction de la norme.
- de manière générale, ne légiférer que selon un projet compatible avec les données actuelles et potentielles du social (recourir à la théorie des catastrophes, ou à la *planification émergente*⁸¹³).

Conclusion partielle : les effets pervers et autonomie, éléments de stabilité et

⁸¹¹ A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale...*, *op. cit.*

⁸¹² Sur les difficultés que rencontra cette loi dès sa promulgation, cf. Serge BORIES, « L'esprit du juge et la Loi ou les premières fautes inexcusables des victimes de la circulation routière », in *Revue Droit et Société* n° 20/21, Paris, LGDJ, 1992, pp. 191-220.

⁸¹³ A. FLÜCKIGER, « Planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique ? », in *Légistique formelle et matérielle, op. cit.*, p. 132-136.

de facilitation prédictive.

En 1960, Edward Lorenz, météorologiste du MIT, utilisait son ordinateur pour résoudre un certain nombre d'équations non linéaires modélisant l'atmosphère de la Terre. Alors qu'il répétait une prévision afin de vérifier quelques détails, il introduisit ses données relatives à la température, la pression d'air et la direction du vent en arrondissant les chiffres de l'équation à trois décimales au lieu des six qu'il avait utilisées lors du test précédent. Il soumit l'équation à l'ordinateur et sortit boire une tasse de café. A son retour, il eut un choc. Le nouveau résultat qui apparaissait sur son écran n'était pas une approximation de sa prévision précédente, mais une prévision **totale** **différente**. La différence infime des trois décimales avait été amplifiée par le processus itératif inhérent à la résolution des équations.

Lorenz déclara plus tard au magazine *Discover*, « *Je sus immédiatement que si l'atmosphère réelle se comportait comme ce modèle mathématique, les prévisions météorologiques à long terme étaient impossibles* ». Lorenz avait pris conscience que c'était la combinaison de la non-linéarité et de l'itération qui avait amplifié la différence microscopique des trois décimales entre les deux tests de l'ordinateur. Le fait que les résultats soient aussi éloignés signifie que les systèmes dynamiques non linéaires complexes tels que le climat doivent être à ce point incroyablement sensibles qu'ils peuvent être influencés par le détail le plus infime. Dans les systèmes dynamiques déterministes (causaux), le potentiel d'apparition du chaos (imprévisibilité) est latent dans le moindre détail.

Aussi est-ce en contrepoint de ce constat qu'il est possible de montrer qu'un système complexe, c'est-à-dire soumis à des causes qui ne sont pas nécessairement axiomatiques, est plus simple à prévoir dans son évolution qu'un système totalement déterministe dont on n'aurait qu'une vision approximative des paramètres. Le théorème de von Foerster montre de surcroît que même si le système peut sembler ingouvernable et autonome à un acteur qui lui est endogène, il peut apparaître au contraire cohérent et logique propre à un observateur extérieur. Nous retrouvons ici le paradoxe de la foule cédant à la panique, totalité qui semble prendre corps au moment où chacun se replie sur lui-même.

Selon J.-L. Le Moigne, l'identité de l'objet tient à la permanence de son **projet** et non à la répétition de son état ou de la même série d'états. Ainsi, accepter la complexité d'un système permet d'en observer la raison interne, irréductible à celle de ses éléments, et constitue un gage important de prévisibilité. En ce qui concerne le droit, cette cohérence est assurée par la *raison juridique*.

Section 2 - La raison juridique, ordre de l'ordre

Héritière de la ratio juris, la raison juridique est un produit que l'on peut qualifier de méta-complexe car il ordonne un objet complexe (le droit) qui ordonne un autre objet complexe (le social). Il constitue le fondement de la pseudo-autonomie du droit.

La raison juridique est un concept spécifique résultant des interactions du droit et de la société. C'est donc un produit complexe (§1) qui hérite des caractéristiques de la structure normative sur laquelle il se greffe. Parmi ces caractéristiques figure celle d'être une connaissance actionnable ; la raison juridique, produit de l'action, forme une connaissance tournée vers l'action (§2).

§1. Un mécanisme complexe et dialogique

La circularité de l'information au sein du droit fait de celui-ci un régulateur artificiel spontanément régulé. La raison juridique se constitue donc en cause et conséquence de la pseudo-autonomie juridique. Elle découle d'un métaniveau organisationnel dont l'émergence est imputable à une propriété systémique universelle.

Les liens étroits qu'il entretient avec son environnement social rendent les caractères propres du droit parfois difficiles à isoler. Certains auteurs ont conféré aux systèmes juridiques des propriétés d'autonomie comparables à celles des organismes vivants. D'autres ont contesté cette démarche, en se basant sur une méthode d'inspiration plus structuraliste. Si elle n'est pas encore totalement éteinte, cette opposition possède au moins l'avantage de faire progresser certaines analyses sur l'évolution du droit, ce qui nous permettra de mettre en perspective le concept de pseudo-autonomie que nous avons développé précédemment (1). Dans un second temps nous pourrons, grâce à l'éclairage apporté par la pseudo-autonomie à la raison juridique, dégager quelques projections relatives à l'action des normes et à leur utilisation, compte tenu de leur complexité et de leurs spécificités (2).

1. Raison juridique versus autonomie juridique

Raison ou autonomie assurent toutes deux la cohésion du système juridique. Mais l'une est une résultante, l'autre une caractéristique de la complexité.

Le droit a pour fonction le maintien d'un ordre social. Il n'est pas étonnant que tous ses éléments forment un système, dont la raison elle-même acquiert pour fonction l'assurance et la reproduction de cet ordre.

A.-J. ARNAUD,
Critique de la
Raison juridique,
p. 31

La raison juridique est une notion forgée par A.-J. Arnaud pour les besoins de sa sociologie du droit, basée sur une déconstruction qualitative des rapports entre Droit et Société. L'auteur n'en donne pas de définition précise, mais les contours de l'objet apparaissent au fil de la lecture de l'ouvrage fondateur : *Critique de la raison juridique*⁸¹⁴. « *La raison juridique est le moteur en vertu duquel un système juridique s'organise de façon cohérente et propre à réaliser certaines fins* » (Définition dynamique)⁸¹⁵. « *..., il n'est pas possible de donner, dans un système, le caractère normatif à deux règles contradictoires : toutes les règles édictées y renvoient à la raison juridique, qui ne saurait, même sur un point, en édicter plus d'une.* »⁸¹⁶ (Définition fonctionnelle ordonnatrice). « *Cette plasticité de la raison juridique, nous la voyons à l'œuvre, sous un aspect dynamique, dans l'éventuel conflit en cas de polysystème simultanée.* »⁸¹⁷ (Définition fonctionnelle descriptive).

L'absence de définition vraiment formelle⁸¹⁸ s'explique par sa véritable nature de

⁸¹⁴ A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, op. cit.

⁸¹⁵ *Op. cit.*, p. 21.

⁸¹⁶ *Idem*, p. 28.

⁸¹⁷ *Idem*, p. 29.

⁸¹⁸ L'auteur nous fournit tout de même des pistes solidement balisées : « *Par « raison juridique* »,

l'objet ainsi décrit : « *La raison juridique se révèle à l'analyse d'un système ; elle n'est pas donnée. Elle n'est ni cause, ni légitimation ; elle n'est que le reflet de la cause ou de la légitimation.* »⁸¹⁹. Autrement dit, la Raison juridique ne constitue pas un objet que l'on peut définir *a priori*, il se révèle à l'observateur au fil de l'observation. Dans ces conditions, on ne peut guère en définir que le mode d'apparition. Ce type de définition *a posteriori* est assez fréquemment usité. Des notions aussi courantes que les *bonnes mœurs* ou le *bon père de famille* reposent elles aussi sur ce mode de signification conventionnelle émergeant pragmatiquement. On ne sait pas vraiment quelle substance va comporter le concept, mais on sait comment, en fonction du contexte et du problème posé, le juge déterminera probablement cette substance. On notera que la raison juridique est implicitement invoquée par la doctrine de Dworkin ; nous avons relevé *supra* l'impossibilité de faire appel à la logique pour fonder une décision basée sur un renversement de la flèche du temps (une décision *réputée antérieure* ; cf. p. 192). L'usage de la raison juridique nous permet de contourner cette difficulté, car son mécanisme d'agrégation des décisions antérieures permet de constituer des *repères logiques* qui orienteront les décisions complexes à venir. La raison juridique est donc *construite tout en semblant être donnée*.

On peut évoquer à titre de comparaison le concept romain de *ratio juris*. La *ratio juris* était un concept flou, utilisé par les jurisconsultes pour fonder des prescriptions qui ne pouvaient se déduire de principes supérieurs clairement énoncés. Il était alors fait référence à l'esprit qui ressortait de la connaissance générale des normes de l'époque. Et effectivement, en ce qu'elle émerge au vu du comportement global du système juridique et permet d'en éliminer incohérences et redondances⁸²⁰, et de **fonder** ses composants, la Raison juridique est bien une forme de *ratio juris*. « ... *considérons un système de droit imposé : l'ensemble des dispositions fondamentales doit pouvoir être rattaché à une raison, sans quoi il faut en venir à cette conclusion que le législateur erre. (...) Il y a là moins un problème, totalement abstrait, de passage de l'être au devoir-être que de conformité à une raison juridique unique et totalisatrice.* »⁸²¹.

A la fois ordonnée et ordonnante, la Raison juridique pérennise, si on la respecte, la cohérence dans le mouvement de tout système normatif. C'est un principe universel de régulation de la régulation : **la Raison juridique constitue un principe métarégulateur**. Nous étudierons *infra* dans quelle mesure, en effet, elle possède des effets similaires à l'autonomie des systèmes autopoïétiques.

Mais ses effets s'arrêtent pas là, et en cela elle est la prolongation (tout en s'en distinguant) de la *ratio juris* : son avantage est de permettre l'ouverture d'un système

j'entends ce principe d'organisation cohérente du système, les propositions qui le forment constituant un réseau de connaissances organisées qui définissent une rationalité du monde. Dans la mesure où le droit, en tant que système, a une activité, ce qui dirige cette activité vers la réalisation de ses fins se nomme raison juridique. Elle est le moteur en vertu duquel un système juridique s'organise de façon cohérente et propre à réaliser certaines fins. Elle est la condition nécessaire et suffisante de l'existence d'un système juridique, auquel elle sert à la fois de référence et de support. » *idem*, p. 26-33.

⁸¹⁹ *Idem*, p. 31.

⁸²⁰ *Idem*, p. 21.

⁸²¹ *Idem*, p. 28.

juridique sur la sociologie en particulier, mais également toutes les activités humaines régulées par le droit en général, ce qui inclut le droit international, le droit comparé⁸²², et au-delà les droits de l'Homme ou le *jus commune*.

En ce sens, s'approprier la Raison juridique d'un système (son mode de régulation interne et externe), c'est pouvoir s'autoriser à transposer ce système dans un contexte social différent de celui dont il est issu. Outil d'analyse plus qu'objet d'étude, la raison est un élément permanent et stable qui fait ressortir le mouvement du système juridique par contraste. Il devient alors possible de rendre compte des transformations d'un système normatif, quel qu'il soit et connecté à quelque système social que ce soit.

Or une telle étude serait impossible s'il était fait usage du seul paradigme de l'autonomie. Nous l'avons vu, la notion de clôture opérationnelle qui fonde ce concept implique de considérer la logique interne du système, toute influence extérieure faisant systématiquement l'objet d'un processus de type assimilation-accomodation dépendant des impératifs de l'*organisation* (cf. p. 108). Le système, qui se présente comme une boîte noire pour son environnement, est seul générateur des significations symboliques qu'il va traiter et sur la base desquelles il agira.

Raison juridique et autonomie forment donc des concepts distincts mais aux effets proches. On peut synthétiser leur convergences et divergences au moyen du tableau suivant (nous expliciterons ensuite certains points, renvoyant au reste du corpus de cet essai en ce qui concerne les points qui ont déjà été développés) :

	Autonomie	Raison juridique
Définition	Qualité et fondement d'un système autopoïétique qui ainsi assume seul ses propres fonctions (se maintenir, se (re)produire, se (re)lier), grâce à l'endogénéisation de la causalité dudit système.	Principe juridique structuré et structurant, signifié et signifiant, ordonné et ordonnant, résultant d'un mécanisme cognitif bilatéral entre le droit et ses sujets, ayant pour effet et finalité l'accomplissement des fonctions du Droit.
Relation avec les autres systèmes	Couplage par clôture	Construction et communication communes de connaissances actionnables
Activité symbolique entrante	Traitement symbolique de l'information exogène par processus d'assimilation-accomodation.	Traitement de l'information qualifiée pertinence par abduction ou subsomption (émergence et/ou (re)définition des règles).
Activité symbolique sortante	Action auto-éco-ré-organisatrice par émission de symboles propres.	Application logique ou rhétorique de la norme.
Information traitée	De toute nature. La perception et l'activité endogène du système en déterminent la représentation.	Informations factuelles préalablement qualifiées et nécessitant une régulation.

⁸²² *Idem*, p. 29.

Règles de traitement de l'information	Définies par le système en fonction des nécessités de son organisation, à savoir le maintien de sa cohérence interne.	Déterminées par les règles dynamiques ou secondaire préalablement définies d'une part, par l'appréciation de la cohérence interne constatée d'autre part.
Modalités de traitement sortant de l'information (action)	Sont définies relativement aux nécessités internes du système, en parallèle de ses règles de traitement de l'information.	Production logique ou rhétorique de prescriptions (représentations mentalement partageables) ayant des répercussions comportementales tangibles.
Connaissabilité a priori pour un observateur extérieur	Faible ou inexistante (boîte noire).	Théoriquement bonne, selon la qualité rédactionnelle et le mode de transmission du savoir adopté et la stratégie d'explicitation des fins poursuivies.
Cohérence interne du système	Assurée par l'autonomie.	Déterminée par : <ul style="list-style-type: none"> ■ la logique, ■ le raisonnable (opportunité), ■ l'acceptable (équité). ■ éventuellement : le self-evident (transcendance, raison pure)
Finalité	Endogène.	Exogène (téléologie) et endogène (téléonomie).
Mode d'adaptation	Accommodation (restructuration réalisant l'organisation) et action externe restructurante.	Redéfinition structurale obtenue par intervention externe (volonté créatrice) ou interne (cohérence logique)
Etendue de l'adaptation	Tout type de structure ou réseau cognitif propre au système.	Structure ou réseau : <ul style="list-style-type: none"> ■ substantiel ■ procédural ■ téléologique (ou téléonomique)
Acquisition cognitive	Compréhension de significations et manipulation de modèles mentaux fondés sur ces significations et sur les connaissances générales ⁸²³ .	Représentations linguistiques de forme logique (Piaget)
Mode de reproduction	Fractale sur code génétique.	Axiomatique et aléatoirement fractale.
Type de liaison	Bouclage	Double bind ou bijection

⁸²³ Cf. Marie-France EHRlich, Hubert TARDIEU, Marc CAVAZA, *op. cit.* ; Les modèles mentaux seraient construits au cours de la résolution de problèmes, ou de l'interprétation d'une phrase, et n'auraient qu'une existence transitoire dans la mémoire de travail, contrairement aux schèmes qui ont une existence a priori dans la mémoire à long terme, ce qui autorise la communication entre êtres autonomes cognitivement hétérogènes. Ainsi, les formes et structures mentales seraient engendrées par des effets systémiques de composition, et aptes à se « comprendre » par spécularité (je lui émets le message que je comprendrais si j'étais à sa place), ou à l'aide d'une procédure de type essai-erreur (j'émets un message ; l'a-t-il bien reçu ? son modèle mental est-il compatible avec le mien ?).

Commentaire de ce tableau :

Il n'entre pas dans l'objet de notre étude de reprendre en détail les doctrines faisant usage du paradigme de l'autonomie ou de la raison juridique. Nous nous bornerons ici à discuter de leurs différences les plus saillantes, dans la mesure où elles recoupent notre objet.

- **Définition :** comme nous l'avons vu *supra*, l'autonomie caractérise un système possédant les propriétés nécessaires pour assurer son *organisation*. La raison juridique est quant à elle un principe de cohérence, qui fait que chaque nouvelle norme, chaque décision prenant appui sur l'édifice normatif préexistant se réfère (et participe) à une rationalité et un esprit d'ensemble (*ratio juris*). La différence essentielle entre les deux notions tient ici en ce que l'autonomie est une caractéristique intrinsèque du système, tandis que la raison juridique, nonobstant des effets identiques, résulte d'une application purement conventionnelle et consensuelle⁸²⁴ ;
- **Relation avec les autres systèmes :** les systèmes autonomes possèdent un circuit d'information clos dont seule la structure est altérée par les chocs exogènes ; ceci modifie leurs propriétés, mais en cohérence avec leur organisation interne (principe de clôture opérationnelle). Les systèmes basés sur la raison juridique, au contraire, ont un circuit de communication ouvert. L'existence de la raison joue comme un principe ordonnateur, mais cette qualité n'est qu'incidente et due à la nécessité de cohérence du système. Par exemple, une jurisprudence nouvelle s'appuie sur le corpus normatif préexistant. Qu'elle vienne le confirmer ou l'altérer, il est toujours possible de la situer par rapport à une structure. La raison juridique se trouve alors modifiée, et c'est en cela que le droit voit sa structure adaptée tout en maintenant une cohérence interne ; cependant et à la différence des structures autonomes, la structure juridique est coconstruite et non autoproduite ;
- **Activités symboliques entrantes et sortantes :** il résulte de ce qui précède un traitement similaire de l'information (au regard d'une cohérence interne) reposant sur un fondement de finalité différent : endogène pour le système autonome, exogène pour le droit. Il ressort de manière générale que la raison juridique opère de manière programmée ce que l'autonomie réalise seule, c'est-à-dire du simple fait de son existence ;
- **Relations avec l'extérieur :** un système autonome communique et agit sur son environnement : il le forme pour se former lui-même. Cette propriété n'est encore une fois qu'une incidence pour un système basé sur la raison juridique. En effet, l'influence du droit sur son environnement social résulte de ce que le droit a été conçu comme un objet actif⁸²⁵.

⁸²⁴ Il existe en effet des systèmes juridiques figés et d'application autoritaire, au sein desquels la bijection habituelle de la raison juridique n'a plus cours. Il est donc possible d'écarter la raison juridique, alors qu'il est impossible de le faire en ce qui concerne l'autonomie.

⁸²⁵ Mettons encore une fois à contribution la métaphore du thermostat. Imaginons un individu dans une pièce, dont il a souhaité réguler la température au moyen d'un thermostat. Si l'individu s'assied dans son fauteuil et lit son journal, le système obtenu est purement mécanique et hétéronome. La température de la pièce oscillera

Il ressort de ce rapide comparatif que le paradigme de l'autonomie peut éclairer utilement certains comportements issus de la mise en œuvre de la raison juridique, mais que du fait des spécificités du droit il ne saurait en aucun cas s'y substituer.

2. Intérêt et portée de la raison juridique

La raison juridique se présente comme un outil permettant la compréhension, la comparaison, l'évaluation projective, voire l'analyse de l'implicite.

La raison juridique est un outil de compréhension au service d'une sociologie du droit. Celle que propose A.-J. Arnaud est largement recoupée par notre modèle et peut se résumer ainsi :

- Objet d'étude : le couple droit - société
- Principe fondamental : « *Le droit a pour fonction le maintien d'un ordre social* »⁸²⁶
- Pour assumer cette fonction, deux modes de fonctionnement sont dégagés :

en fonction des variations extérieures (qui constituent l'*information*) ainsi que de la rapidité de réaction thermostat et du système de chauffage.

Supposons maintenant la température extérieure stable ; et imaginons que l'individu se mette à dérégler le thermostat sous prétexte qu'il estime avoir trop froid ou trop chaud. L'information ne provient plus de l'extérieur de la pièce, mais de l'intérieur. Elle est endogène aux deux systèmes, homme et thermostat, qui communiquent entre eux : l'homme agit sur le thermostat, le thermostat agit sur la température de la pièce qui informe l'homme.

Peut-on dire que le thermostat traite de l'information de manière autonome ? La réponse sera positive selon la doctrine de Luhmann. On postulera pour cela que le thermostat constitue une entité autonome dont la structure interne (position de l'aiguille) dépend des chocs exogènes (la main de l'homme). Ainsi l'information fournie par le thermostat (la température) procède d'une logique qui lui est propre ; on peut dire qu'il émet des messages qui vont être interprétés par l'homme eu regard à sa propre logique (trop chaud ou trop froid). La validité d'une telle représentation peut néanmoins laisser sceptique. En effet l'homme est bel et bien un système autonome : il continuera de déterminer ses propres finalités une fois qu'il aura lâché le thermostat (aller chercher un pull, par exemple). Tandis que le thermostat restera figé dans une position qu'il n'aura pas déterminée lui-même. De fait, la finalité du thermostat se réfère à une décision (trop chaud ou trop froid) qui lui est fondamentalement **exogène**. Ceci fait de lui un système pseudo-autonome à finalité hétéronome (si le thermostat était autonome, ce serait à lui d'estimer s'il a trop chaud ou trop froid ; régler son thermostat reviendrait alors à se mettre d'accord sur une température communément acceptable pour les deux parties).

En revanche, la représentation fournie par la raison juridique convient parfaitement à cette situation. Imaginons une *raison thermostatique* basée sur ce modèle. On peut décrire le thermostat comme un système normatif à deux règles (hausser ou baisser la température) liées par une finalité (assurer une ambiance constante) et ordonnées par une raison (choisir celle des règles qui entre le mieux en adéquation avec la finalité). L'application de ces règles découle de la structure interne du thermostat, et **fonctionne selon le même principe qu'un thermostat autonome**. Par exemple, son mode de fonctionnement s'impose à l'homme qui l'utilise. Supposons maintenant que l'homme veuille changer le fonctionnement du thermostat et inverse ses fils, de sorte que le thermostat chauffe d'autant plus qu'il fait chaud (pour faire une farce à un ami, par exemple). La raison thermostatique se trouvera inversée, et le régulateur fonctionnera à l'envers jusqu'à ce que l'ami s'étant aperçu du montage, remette les fils dans le bon sens. La raison juridique s'apparente totalement à la raison thermostatique : c'est un principe d'ordre endogène construit pour assurer une finalité exogène.

⁸²⁶ *Idem*, p. 31.

1. un mode instable : la dynamique de l'ordre social
2. un mode stable : la permanence de la raison juridique

C'est à partir de ces prémisses que va se développer le modèle d'Arnaud, qui va s'enrouler dans un mouvement complexe, en spirale :

1. de l'interaction interindividuelle émerge une déviance,
2. à cette déviance va correspondre une réaction normative, jusqu'à la survenance d'un nouveau fait perturbateur tel que décrit en 1.
3. Ces réactions se structurant au fil du temps et des discours juridiques vont faire émerger une raison juridique autonome qui rétroagit sur elle-même, objet d'étude du sociologue du droit.

On peut d'une certaine manière considérer l'étape 3 comme un méta-niveau surplombant les deux premiers. C'est de fait ce niveau qui fait de la sociologie d'Arnaud une sociologie de la complexité, car le moteur de la raison juridique est bel et bien l'émergence, c'est-à-dire la survenance non prévue de propriétés d'un système clos au fil de ses propres interactions.

De la déviance

La déviance est chez A.-J. Arnaud un objet construit, car un comportement dévie quand il s'oppose à un ensemble de préceptes juridiques ou moraux, eux-mêmes construits et préexistants dans et par le corps social⁸²⁷. Concrétisant la dynamique de ces interactions, les relations binaires de statuts (complémentarité-conflit) sont particulièrement utiles pour décrire la plupart de nos relations interpersonnelles quotidiennes, sur le plan juridique et sociologique. Confrontés à l'instabilité constante de statuts qu'ils construisent et détruisent au gré de leurs intérêts, les individus trouvent dans le droit un point fixe pseudo-exogène qui stabilise le jeu social. La violence légitime canalise et délimite celle des hommes. L'analyse est ici faite en terme de polysystémie : les individus sont considérés comme des systèmes formant système, dont on peut donner des descriptions comportementales horizontales et verticales.

On reconnaît la déviance à l'écart d'un comportement, d'un usage, d'une norme, par rapport à la raison juridique, qui se place ici en référent objectif. Le modèle d'Arnaud vient ici développer celui de Merton, qui analyse l'adéquation des moyens aux fins sociales. La Raison juridique peut en effet se révéler inadéquate aux fins que lui imposent le social, et il est alors temps pour elle d'être adaptée, en fonction de sa structure et selon six modes fondamentaux de réaction⁸²⁸.

On peut à cette occasion noter l'utilité qu'un concept comme celui de polysystémie, à la fois morphogénétique mais stable, peut receler pour décrire la coévolution des phénomènes

⁸²⁷ *Critique de la raison juridique, op. cit.*, Chapitre 3.1

⁸²⁸ *Idem*, p. 309.

complexes. On a alors un éclairage très efficace sur une régulation juridique entourée par l'infra-droit, l'avant-dire droit, et tous les facteurs moraux, religieux et parajuridiques de régulation : le modèle d'Arnaud est fondamentalement ouvert et transdisciplinaire.

Une analyse morphogénétique du droit

C'est surtout par l'étendue des questions qu'il permet de traiter que le modèle d'Arnaud se distingue. En particulier celle de l'évolution du système juridique, qui n'est quasiment jamais abordée, hormis a posteriori par les historiens du droit. Le modèle d'Arnaud, dynamique et systémique, permet de mener des analyses projectives commençant à intégrer des facteurs d'adéquation. On pourra certes lui reprocher de ne pas avoir intégré des travaux comme ceux de Bateson, Watzlawick, Morin, Atlan ou Dupuy, qui auraient permis de prolonger l'analyse de la compatibilité entre les systèmes juridiques. On aurait pu alors parler de polysystémie conjoignante ou disjoignante, et non seulement disjonctive. L'analyse de la raison juridique telle que formulée dans la *Critique* laisse encore trop dans l'ombre la manière dont une greffe « prend » ou non.

Mais si cette analyse n'est pas encore totalement formulée, les principales prémisses sont bel et bien présentes : la vie du droit est présentée comme un mouvement circulaire entre les vécus et les conçus des sujets de droit, qui vont par leurs chocs plus ou moins brutaux altérer sa structure. Le droit n'est donc que le produit figé de constants échanges humains : c'est une réification de phénomènes psychologiques complexes.

Dans le modèle, le mouvement trouve son origine dans l'infra-droit, s'ordonne dans l'avant dire-droit et se concrétise, tous paramètres considérés, dans le dire-droit, qui va ensuite être reçu via le canal autoritaire par les sujets. Ce schéma circulaire rend compte de tous les éléments et institutions qui font le quotidien des juristes : jugements, doctrine, croyances, idées préconçues, usages, structures, logiques, etc. Même s'il ne le démontre pas, le modèle d'Arnaud peut prétendre à l'exhaustivité ontologique.

Une fois contextualisé, le droit peut voir son discours et sa rationalité analysés eu égard à ses fins propres. La raison juridique sert alors de point de comparaison face, par exemple, à la raison sociale (ou à n'importe laquelle de ses sous-raisons, comme la raison économique).

Une analyse morphogénétique entre plusieurs droits en interaction

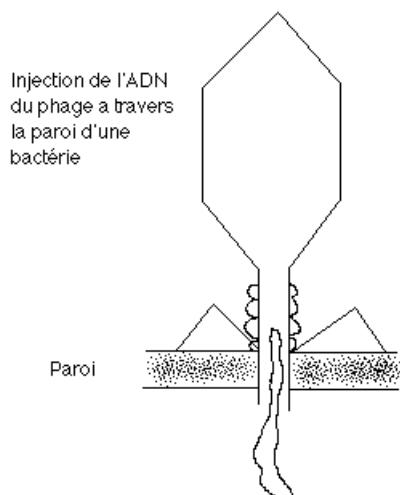
La raison juridique permet de comparer des systèmes régulateurs différents, et de faire ressortir leurs différences et complémentarités. L'acte consistant à utiliser tout ou partie d'un système normatif donné (issu, donc, d'une certaine raison) pour l'incorporer à un autre (une autre raison juridique) est nommée par A.-J. Arnaud *hétéroplastie juridique*, ou *greffe*. Soient deux systèmes juridiques en interaction. Une norme est « extraite » de l'un et « introduite »

dans l'autre par opération de *transduction*⁸²⁹. L'auteur distingue quatre cas de figure consécutifs à cette opération⁸³⁰ :

Altération ?				
Raison du système donneur	oui	oui	non	non
Raison du système receveur	non	oui	oui	non
Résultat :	Récupération :	Innovation :	Vaccination :	Adaptation :
	Le système receveur assimile avec succès la nouvelle norme.	La communication agit comme un transfert modifie chaque système.	Ce schéma correspond à un mécanisme de domination, d'influence unilatérale.	Les échanges n'altèrent pas les systèmes. Ils obéissent de fait à une raison juridique identique.

La raison juridique et la théorie des greffes sont des concepts indispensables rendre compte de toute interaction ou influence réciproques entre systèmes juridiques, ce qui présente un intérêt de premier plan pour penser la construction européenne, les transpositions de modèles juridiques, voire l'élaboration d'un droit global⁸³¹.

⁸²⁹ En biologie, la transduction est un mécanisme de transfert de matériel génétique d'une bactérie donneuse à une bactérie receveuse suivi de recombinaison par l'intermédiaire d'un vecteur qui est un bactériophage. Les bactériophages sont des virus capables d'infester et de se multiplier dans les bactéries, qui soit éclateront et libéreront les nouveaux virus, soit intégreront ce nouvel ADN au chromosome bactérien. La structure d'un bactériophage est présentée sur le schéma suivant :



(Source : <http://193.52.107.57/GENETIQUE/GENBACT/Transduction.html>)

⁸³⁰ *Critique de la raison juridique*, op. cit., p. 364-365.

⁸³¹ Pour une bibliographie sur la définition et l'emploi de la théorie des greffes, cf. *DETS*, op. cit., p. 273, A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, op. cit., également à propos de l'exportation du modèle administratif français : Christiane KONAN, « Une « dynamique parentale » au cœur de l'Administration

Conclusion partielle : complexité et pseudo-autonomie

Au cours de ce paragraphe il a été montré que le concept de raison juridique est le plus adéquat pour rendre compte de la pseudo-autonomie de notre modèle. Il peut être utile de recourir au paradigme de l'autonomie pour profiter de certains apports conceptuels des sciences de la vie, comme la notion de couplage par clôture qui peut expliquer certains phénomènes de bureaucratisation, mais le parallélisme s'arrête dès qu'il est question d'action tendant à la réalisation de projets. En effet, l'aphorisme *fiat justitia, pereat mundi* qui sert de base aux tenants de Luhmann et Teubner relève davantage du postulat ontologique que du phénomène pragmatiquement constaté. Il s'oppose en tout cas radicalement aux axiomes comme aux théorèmes de notre modèle, à commencer par celui d'homéostasie. Si en effet, comme l'entend Luhmann, le monde entier peut périr pour que survive l'idée de justice, on peut légitimement se demander si un ordre « injuste » qui autoriserait un développement harmonieux et durable des individus n'est pas, à tout prendre, préférable. Autonomie ou raison juridique, le choix n'est pas uniquement d'ordre épistémologique.

Pour ceux qui auront choisi la raison juridique comme repère pour leurs décisions, il sera utile de noter que ce concept, produit et producteur de décision, n'est pas en lui-même dialogique. C'est de par sa mise en perspective et en action qu'elle le devient : « *La décision a pour effet de rendre droit ce qui ne l'était pas jusque-là. Mais du moment précis où une norme juridique est institutionnalisée, devient du droit imposé, se présente déjà, dans l'infra-droit nouvellement délimité, toute une série de normes conçues, voire de rôles vécus selon des statuts établis par ces dernières, qui visent à leur tour la consécration du droit. En ce sens, un changement se prépare aussitôt qu'un état semble stabilisé* »⁸³².

§2. La Raison juridique en action

Le paradigme de la raison juridique est utile pour rendre compte de l'évolution de certains corpus juridiques.

Il y a autant de droits qu'il y a de formes de langage pour les décrire. En ce sens, on peut, comme J. Wróblewski, en trouver au moins trois formes : le langage jurisprudentiel, scientifique et commun⁸³³. Néanmoins, tous ces discours participent à une application convergente de l'objet Droit. Car celui-ci n'est pas dépourvu d'éléments stabilisateurs et objectivants : une articulation structurale substantivité/procéduralité/téléologie qui transcende le discours, un mode d'acquisition cognitive et un faisceau d'habitudes et de rites de *juris dictio*. Nous percevons ici ce qui implémente le caractère à la fois produit et producteur du droit : le caractère bilatéral (bijectif a pu dire A.-J. Arnaud) de son application⁸³⁴.

ivoirienne », in *Bulletin du LAJP* n° 24, Paris, 1999, <http://www.dhdi.org/bulletins/24/bull24.pdf>

⁸³² *Critique de la raison juridique, op. cit.*, p. 369.

⁸³³ Cf. Jerzy WRÓBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », in *Revue Droit et Société* n° 8, Paris, LGDJ, 1988, pp. 15-30.

⁸³⁴ En ce sens cf. Évelyne SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », in *Revue Droit et Société* n° 25, Paris, LGDJ, 1993, pp. 339-349.

Or, ainsi que nous l'avons vu en étudiant les objets fractals, l'application identique et itérée d'un code signifié produit un objet signifiant complexe, globalement autosimilaire mais localement différent. En ce qui concerne le droit, la rétrocession du mécanisme fractal produit une fractalité de second niveau qui fait converger la prévision théorique et l'observation pratique vers la conclusion que l'on produit ainsi une forme à la fois localement contrôlée mais globalement incontrôlable de corpus normatif. La raison juridique se conduit alors comme une forme sophistiquée d'attracteur étrange.

La stabilité d'une raison juridique n'est toutefois jamais acquise. Et si certaines la doivent à leur pérennité (1), d'autres plus récentes semblent encore errer à la recherche d'une légitimité (2). Comme un être biologique, il faut un certain temps au corpus normatif mû par une raison juridique pour apprendre son environnement et y créer les conditions de sa stabilité.

1. Des raisons stabilisées

Certaines matières juridiques n'ont pas vu leur structure fondamentalement remise en cause sur de longues périodes, ce qui leur confère l'apparence d'une stabilité.

En ce qui concerne la raison juridique, figure complexe, stabilité ne signifie par immobilisme. « *Il y a très loin de la régularité à la règle* »⁸³⁵. Il ne s'agit donc pas de rendre compte de systèmes juridiques qui, telles des idéologies ancrées à des dogmes immuables⁸³⁶, ressassent inlassablement les mêmes prescriptions quels que soient les problèmes. C'est encore une fois dans la cognition du sujet cogitant qu'il faut de prime abord chercher⁸³⁷. De

⁸³⁵ D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, op. cit., p. 196

⁸³⁶ Peut-on qualifier un système juridique d'idéologie ? Oui, selon Dimitri Dimoulis, en ce qu'il peut servir à camoufler une partie de la réalité sociale (l'arbitraire de certaines institutions autonomisées ou bureaucratisées). Cf. Dimitri DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive. Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*, Berlin, Duncker & Humblot, coll. « Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge », 1996, 630 p., ch. 5 notamment.

⁸³⁷ « *L'étonnant, en effet, est bien moins la dissolution possible du lien social, qu'il est permis d'imputer abstraitement aux contradictions d'intérêts entre les individus, voire à la tendance entropique de toute organisation, que – au contraire – l'absence relative de corruption des formations sociales sur des périodes longues. Comment comprendre que l'ordre improbable d'une société, non seulement apparaisse mais se conserve ; et qu'il ne s'évanouisse que par substitution d'un nouvel ordre, sans dégénérer jamais en un chaos d'allure brownienne, même aux degrés extrêmes des guerres et des révolutions ? Quelle force réussit donc à stabiliser les institutions et les frontières ou, plus généralement, l'ensemble des distinctions et identifications sociales, en empêchant une redistribution permanente des attitudes et des positions ? Quelle force conduit les individus qui naissent dans une société à renouveler à leur tour des relations qu'ils n'ont pas délibérément choisies et à leur prêter leur indispensable concours ? Si la « socialisation » est bien le nom qu'il faut lui donner, et si ses effets sont aisément repérables, sa nature demeure encore bien incertaine. La décrire comme un mécanisme d'éducation ou d'acculturation serait expliquer l'obscurus per obscurius. Une chose au moins est sûre, l'interaction forte qui intègre les sociétés n'est pas directement matérielle ; même s'il devait s'avérer, comme il est d'ailleurs vraisemblable, qu'elle possède un support, voire – pour partie – une origine matériels. Elle ne se présente pas comme une contrainte physique mais comme une relation réciproque entre les « consciences » des agents sociaux, qui les incline – nolens volens- à coordonner leurs pensées et leurs gestes. À la place du mot « conscience » qui fait lui-même difficulté dans la mesure où il s'oppose à l'« inconscient », au système nerveux et même au corps (qui sont inséparablement présents dans la relation à autrui), il est en fait préférable d'utiliser celui de « psyché », mais en prenant soin de lui restituer son acception originelle d'organisation ou, plus exactement, d'unité organique (organisée) de l'être vivant. La psyché n'est pas*

son point de vue, la stabilité s'entend alors comme une homomorphie, c'est-à-dire comme la conscience d'une permanence des valeurs, processus, finalités, bref tout ce qui constitue les repères et guide au plus précis sa décision complexe. En ce sens, stabilité signifie davantage permanence d'interprétation⁸³⁸.

Le droit civil, exemple de raison ordonnante

Le droit civil français constitue un bon exemple de relative stabilité juridique. Il doit pour une bonne part de celle-ci à son caractère majoritairement procédural. Ce sont les normes périphériques qui viennent s'ordonner autour des grands principes et leur apporter les précisions nécessaires. Le mécanisme interprétatif est principalement déductif. L'élément stable du Code civil est donc essentiellement téléologique. Nous avons évoqué *supra* une partie de la logique marchande du droit des obligations. Celle-ci n'a pas connu de mutation majeure depuis sa rédaction initiale, puisque le principe du consensualisme y est toujours prédominant. Depuis l'après-guerre des créations jurisprudentielles sont venues atténuer les excès de position économiquement dominante et pour améliorer la transparence des informations précontractuelles. Les sociétés industrielles voient en effet se produire et se vendre des objets dont la technicité va croissant. Aussi le vendeur, de par sa spécialisation, est-il plus à même de jauger un produit que le client profane qui lui fait face. La loi et la jurisprudence ont donc naturellement tendu à restaurer une égalité que le Code civil, dans sa rédaction initiale, ne faisait que présupposer. Ce faisant, et contrairement à un exposé exhaustif des normes qui les présenteraient comme s'étant accumulées et modifiées, la raison juridique du droit des contrats est restée quasiment identique, même si elle est désormais protégée par un contrôle plus étroit du juge : il s'agit toujours d'assurer la sécurité et la sincérité des transactions.

Le droit des contrats se présente ainsi comme un bon exemple d'*organisation*. Car une fois les contrats sécurisés, ils ont pu suivre l'essor de la société industrielle (c'était d'elle qu'émanait le besoin initial d'un mécanisme permettant des échanges rapides et sûrs de marchandises). Ce faisant, cette société s'est constituée avec et sur le mécanisme contractuel. De sorte que désormais ce mécanisme ne peut plus être supprimé sans que soit remise en cause la totalité des échanges économiques. D'une certaine manière donc⁸³⁹, le contrat s'est autonomisé, autotranscendé, il a coévolué avec la société, s'organisant en même temps qu'il l'organisait.

La raison juridique stabilisée constitue l'expression par excellence de la pseudo-autonomie.

Le droit administratif, exemple de raison ordonnée

A l'inverse du droit civil, le droit administratif procède majoritairement par

*l'hypostase abstraite qui désigne l'« âme » ou l'ordre supérieur (et superficiel) du raisonnement. Elle est le nom donné à l'individu concret en tant qu'il est une unité organisée capable de recueillir de l'information sur le monde, et la traiter. » (J.-L. Vullierme, *Le concept de système politique*, op. cit., p. 223).*

⁸³⁸ Ce qui équivaut à la stabilité juridique au sens de la doctrine de Dworkin. Cf. Ronald DWORKIN, « La théorie du droit comme interprétation », in *Revue Droit et Société* n°1, Paris, LGDJ, 1985, pp. 99-114.

⁸³⁹ D'une manière luhmannienne, pour être précis.

abductions⁸⁴⁰. Les principes sont émergés à partir des situations particulières, quand leur analyse fait ressortir un besoin régulateur non satisfait. Cependant, comme le pouvoir de dire le droit ne saurait être expressément confié aux juridictions administratives, les arrêts de principe sont rattachés à un élément ordonnateur qui leur est extérieur : l'esprit des lois.

Il s'agit, pour créer un concept juridique nouveau qui soit en adéquation avec des éléments qui lui sont extérieurs, de recourir à une appréciation complexe des effets et de la conformité prévisible de la norme au regard du corpus préexistant. Le mécanisme utilisé est l'inférence abductive, qui consiste à tester les hypothèses les moins immédiates en testant leurs conséquences par déduction et mise à l'épreuve des faits. Si le résultat n'est pas jugé satisfaisant, on lance une exploration sur de nouvelles hypothèses⁸⁴¹. Selon J. Miermont, l'abduction constitue l'outil « raisonnablement créateur » qui permet d'adapter un ensemble fondamentalement autoréférentiel aux contraintes externes, lui évitant ainsi un étouffement paranoïaque⁸⁴².

L'abduction est également un mécanisme fondamental qui autorise la création d'un terme nouveau dont le sens et les modalités d'application seront universellement partagées. La création normative jurisprudentielle constitue en cela un authentique acte de langage⁸⁴³.

⁸⁴⁰ Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer ce mécanisme, qui procède de la *recherche de lien logique*. Principalement développée par C. S. Pierce, elle est toutefois présente chez Aristote qui l'introduisait dans les *Analytiques* (I - , II, 25)

⁸⁴¹ Sur l'inférence abductive, cf. notamment J. Miermont, *Jusqu'ou pouvons-nous délibérer en situation complexe ?*, Document de l'atelier n° 2, Internet, Site MCX, <http://www.mcxpac.org/miermo1.htm>

⁸⁴² « *Les limites des procédures analytiques ne sont pas ontologiques, mais expérimentales (microphysique) ou expérientielles (cliniques, éducatives, administratives, économiques, etc.). La théorie de la quasi-décomposabilité des systèmes complexes de Simon est exemplaire à cet égard. Et le jugement de Salomon m'a conduit à me replonger dans la Bible : Que fait Salomon ? Il propose que l'on coupe l'enfant en deux ! (belle prescription du symptôme "analytique" exposé par les deux mères !) "Apportez-moi une épée", ordonna le roi ; et on apporta l'épée devant le roi, qui dit : "Partagez l'enfant vivant en deux et donnez la moitié à l'une et la moitié à l'autre." Alors la femme dont le fils était vivant s'adressa au roi, car sa pitié s'était enflammée pour son fils et elle dit : "S'il te plaît, Monseigneur! Qu'on lui donne l'enfant, qu'on ne le tue pas !" Mais celle-là disait : "Il ne sera ni à moi, ni à toi, partagez !" Alors le roi prit la parole et dit : "Donnez l'enfant à la première, ne le tuez pas. C'est elle la mère." Il n'est pas précisé si la mère en question est celle qui s'est plainte de la substitution de son enfant à l'enfant mort de l'autre (il s'agit de deux prostituées, dont la deuxième a étouffé son nouveau-né en se couchant sur lui), mais la formulation du texte le suggère. En tout cas, la solution intelligente vient de la prescription de la solution algorithmique poussée à son paroxysme, c'est-à-dire de rendre imminent le recours à la lettre de la loi, en vue de tester l'esprit des plaignantes. La substitution du projet humain astucieux à l'application stricte du règlement n'est rendue possible que par la mise à l'épreuve de cette dernière. "Le règlement, c'est le règlement" relève du code qui ne fait référence qu'à lui-même (dans mon jargon, autoréférence non autonome, contre-dépendance autosuffisante), la clôture opérationnelle d'une discipline ou d'un processus cognitif qui est une condition nécessaire à l'autonomie, mais qui s'autodétruit si elle n'est pas régulièrement décentrée d'elle-même. La paranoïa ("penser à côté"), refuse l'esprit des lois au nom de la lettre. Or, on ne peut abduire - faire un saut conceptuel, un écart de pensée, prendre donc le risque de se tromper - qu'en connaissant le code (juridique), la sémiologie (médicale), les lois (des disciplines scientifiques), les règles (familiales ou sociales), pour tester concrètement leurs limites, voire leurs absurdités dans telle situation singulière. » (Jacques MIERMONT, Cahier des lectures MCX n°9 ; <http://www.mcxapc.org/lectures/>).*

⁸⁴³ « *Le raisonnement abductif consiste à remodeler le cadre d'interprétation jusqu'à ce que ce phénomène s'y trouve "normalisé" (il convient en effet de souligner que si un phénomène particulier se présente comme une anomalie, c'est simplement que le cadre conceptuel avec lequel on l'interprète n'est pas*

Toutefois, à l'image de l'*analytical jurisprudence* avec laquelle il partage de nombreux mécanismes communs, le droit administratif français n'est pas à même de penser un *projet global a priori*, puisque son principe de *cohérence avec le précédent* restreint (en théorie) le champ de ses possibles aux décisions qu'il est possible d'inférer de son environnement légal actuel. Son chemin « se construit en marchant »⁸⁴⁴, mais à la manière d'un marcheur qui regarde sans cesse ses traces pour ne pas trop voir louvoyer sa route.

De manière générale, la raison juridique, qu'elle soit ouvertement plutôt ordonnée ou ordonnante, participe de mécanismes de cognition collective, dont le produit juridique est objectivé pour plus d'efficacité. Il peut ainsi reposer entièrement sur une croyance, quelle qu'elle soit (la semi-divinité du souverain, l'efficacité du marché, par exemple), dès lors qu'elle s'avère réaliser un projet social acceptable.

Nous pouvons en déduire qu'il existe des systèmes juridiques en quête de raison juridique adéquate, car cette acceptabilité fait principalement l'objet d'une recherche abductive, la plupart du temps relativement contingente : son sens n'est pas donné, il doit être recherché, et pour ce faire il faut susciter les interactions entre ses récipiendaires.

adéquat).

Ce mécanisme abductif appliqué aux interprétations cognitives des perceptions successives est un des mécanismes importants des phénomènes cognitifs. Il permet d'expliquer comment notre capacité à interpréter les données des sens peut créer et re-crée les significations lexicales. Si les théories lexicales ne portent que sur des objets externes, c'est que notre croyance en la réussite de l'entreprise nous porte à attendre des régularités pour commencer à les percevoir. De plus, c'est probablement notre capacité à voir autrui comme nous nous voyons nous même, à attendre certains gestes ou attitudes de sa part, qui nous permet de faire émerger des régularités partagées, celles du mot et de la langue.

*L'abduction se présente ainsi comme un mécanisme essentiel, aussi bien pour la mise à jour du savoir - et tout particulièrement celui des théories scientifiques - que pour l'interprétation des dires. La dialectique du savoir et du dire recèle suffisamment de phénomènes "surprenants" pour que l'étonnement de chacun des participants du symposium l'amène - à l'instar du système cognitif - à réviser sa copie pour l'étape suivante, et à savoir prendre en compte les dires des autres pour remanier la société de mots que constitue son texte !» (Christophe PARISSÉ & Evelyne ANDREEWSKY, *Dynamique lexicale et cognition*, <http://www.mcxapc.org/ateliers/19/namurcp.htm>, 1999).*

⁸⁴⁴ Ces termes font référence aux vers d'un poème d'A. Machado, qui sont devenus l'emblème de l'Association Européenne de Modélisation de la Complexité (AE-MCX) :

*Marcheur, ce sont tes traces ce chemin, et rien de plus ;
Marcheur, il n'y a pas de chemin, Le chemin se construit en marchant.
En marchant se construit le chemin, Et en regardant en arrière
On voit la sente que jamais
On ne foulera à nouveau.
Marcheur, il n'y a pas de chemin,
Seulement des sillages sur la mer.*

(Trad. José Parets-Llorca)

2. Des raisons en quête de stabilisation

Faute d'une tradition encore bien établie, la construction de certains droits en devenir hésite encore. Transduction, abduction, projet commun sont des éléments à déterminer de manière tâtonnante. Aussi sont-ce les défis posés par la mondialisation qui mettent le plus ce modèle à l'épreuve, sur des questions comme celles de l'institution et du contenu d'une éventuelle justice au niveau global.

A ce stade de notre exposé, force est de constater qu'il est bien plus aisé de faire usage de la raison juridique a posteriori qu'a priori. La source de contingence que constitue les mutations sociales semble faire irrésistiblement barrage à toute anticipation rationnelle à long terme. Cette limitation touche la quasi-totalité des courants doctrinaux, qui bien souvent se posent en concurrents plus qu'en compléments. Nous avons tenté de montrer que ces oppositions semblent au contraire présenter deux facettes, deux manières conjointes de réalisation d'un projet global. Ce projet n'est pas toujours connu ni même connaissable, mais il est bel et bien produit et producteur d'une raison juridique qui s'impose aux individus. Les doctrines classiques s'étant, au fil de notre étude, avérées toutes partiellement pertinentes pour en rendre compte, nous pouvons en proposer un cartographie par rapport à notre propre modèle, que nous postulons ordonné par la raison juridique :

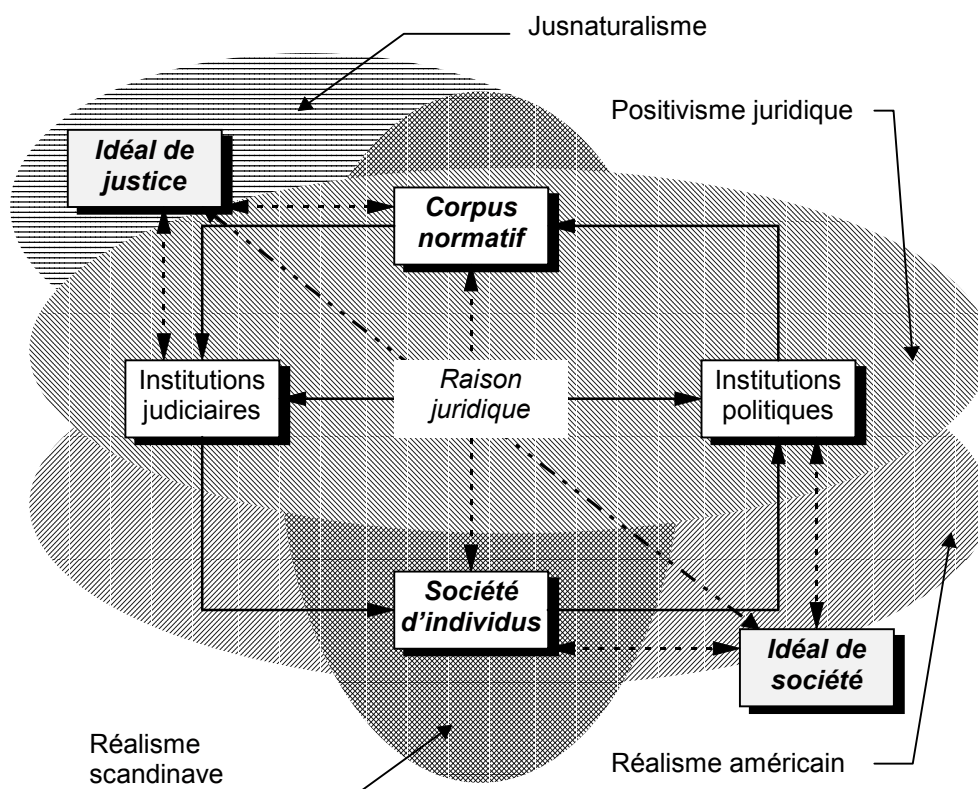


Figure 15 - La Raison juridique, un concept pluridisciplinaire

Sa position centrale par rapport aux courants de la théorie du droit⁸⁴⁵ place la raison

⁸⁴⁵ Note méthodologique : il nous a semblé nécessaire d'établir cette carte comme une forme de synthèse. Les doctrines que nous évoquons se rapportent en effet à un même objet, ordonné par le même principe universel de raison juridique. De ce fait, certaines nuances du néopositivisme constituent des avancées vers les mouvements réalistes. De même, les principes juridiques de l'*analytical jurisprudence* connaissent parfois un mode d'application qui les rend très proches de leurs équivalents codifiés. Une lecture serrée des principales

juridique en position d'arbitre disciplinaire. Elle rend en effet compte du mouvement de genèse normative que décrivent ces différentes doctrines⁸⁴⁶. Aussi sera-t-elle certainement

œuvres de ces courants en ferait certainement ressortir les complémentarités. Une telle étude ne ressortit pas de notre présent sujet, et susciterait sans aucun doute de volumineux ouvrages, mais il était nécessaire de souligner ce point. La problématique complexe se présente non pas comme un mariage contre nature de courants contraires et incompatibles, mais davantage comme un révélateur de complémentarités implicites.

⁸⁴⁶ Nous avons déjà évoqué les grandes lignes du positivisme et du jusnaturalisme, nous pouvons résumer en ces termes les principaux courants réalistes :

- Le réalisme américain

Les Américains, gens pratiques, voient le droit comme il est appliqué : un ensemble de décisions humaines. La « sociological jurisprudence », théorie voisine, se réfère donc explicitement au pragmatisme mais elle est, malgré tout, « marquée par l'évolutionnisme et l'utilitarisme. Avec le réalisme, c'est le triomphe du pragmatisme (...) et du relativisme en général » (Le réalisme américain, in *DETSD...*, *op. cit.*, pp. 508 s.).

Comme la « sociological jurisprudence », le réalisme juridique américain centre son attention sur le rôle du juge et le processus de décision judiciaire. Son idée de base repose sur l'**incomplétude** ; les textes ne peuvent expliquer à eux seuls les décisions judiciaires. Une présentation véritablement scientifique du droit doit donc se glaner les appuis de la psychologie et de la psychanalyse.

Le réalisme se résume en deux questions : Que fait le juge dans tel ou tel cas ? Que doit-il faire ? La première porte sur la description de l'activité judiciaire et la seconde sur la règle à poser (quête d'un devoir-être éthique). Le but est la prévision des décisions judiciaires, d'une part, et la justification d'une théorie de l'interprétation qui donne au juge la possibilité de remodeler le droit positif, de le préciser, de l'affiner pour l'adapter aux changements incessants, aux situations toujours différentes, d'autre part.

Si le réalisme constitue donc une conception très dynamique du positivisme, il en est considéré comme la branche extrême, mais aussi une impasse, inapte à rendre compte du phénomène dans son ensemble. C'est pourquoi il sera contraint de réintroduire dans la réflexion juridique le problème du rapport du droit et de la morale, du droit et du politique, de l'équité de la décision judiciaire, et ce retour aura pour effet l'émergence de principes hiérarchiques et extra-juridiques qui interviendraient dans la décision judiciaire et dans l'interprétation des règles de droit.

- Le réalisme scandinave

Loin du réalisme américain, le scandinave dénonce le droit comme une idéologie (Le réalisme scandinave, in *DETSD*, *op. cit.*, pp. 510 s.), et dirige sa critique contre les concepts juridiques fondamentaux, s'intéressant à la recherche théorique plus qu'au travail qui se fait concrètement dans les tribunaux. Il rejette donc le jusnaturalisme et critique le positivisme dans quelques-unes de ses entreprises fondamentales telles que les concepts de volonté de l'Etat ou du législateur, de devoir, de droit subjectif, de validité, etc.

Le réalisme scandinave voit dans le droit un **phénomène psychique** consistant en la croyance qu'il existe des normes, droits et devoirs, et que le droit existe comme une réalité non empirique. Le juriste étudie la technique particulière, constituée par l'usage des mots, dénominations, et procédés rituels, à travers laquelle on peut déterminer les comportements et les habitudes de la population, suscitant en elle un sentiment d'obligation lié à la croyance que ces mots et ces rites peuvent faire naître des normes, liens et pouvoirs, invisibles mais réels. Le réalisme scandinave consacre la toute-puissance de la phénoménologie. Mais celle-ci se situe plus près des *destinations* que des *sources* de notre schéma.

Ross, plus près de Hart, prône le principe de **vérification** : une norme est valide quand socialement reconnue obligatoire ; la réalité empirique doit en attester. Pour Lundstedt, en particulier, les normes n'existent pas, en ce sens que les juges, pour donner de la valeur à leurs formulations verbales préconstituées, prennent leurs décisions, de fait, sur la base de règles générales élaborées par eux, en vue d'une utilité sociale dont ils demeurent, en dernière analyse, les auteurs.

incontournable quand la question d'une globalisation des normes sera abordée, puisqu'elle tient aussi bien compte des modèles de droit « immanents » que « transcendants ».

Les modèles transcendants du droit sont ceux qui font principalement appel au mécanisme hiérarchique-autoritaire pour faire émaner l'ordre de contrainte d'un lieu ressenti par le sujet comme lui étant supérieur. Nous en avons à maintes reprises évoqué les limites : rigidité parfois excessive, tendance à la ritualisation, les normes de type transcendant sont des objets puissants à manier avec doigté. A l'inverse, les modèles immanents sont plus stables, car ils émanent des interactions sociales. Leur légitimité et leur pertinence sont donc assurées, et leur genèse complexe les rendent particulièrement régulières et stables (théorème de von Foerster). En revanche il leur est difficile de converger vers un dessein global, surtout si celui-ci est contraignant. Les stratégies individuelles dont elles se font largement l'écho tendent souvent à privilégier le local/court terme sur le global/long terme, la domination compétitive sur le partenariat coopératif. Les systèmes juridiques nationaux se présentant comme autant de compromis entre contrainte imposée et spontanée, la raison juridique se présente comme un outil comparatiste d'une grande utilité.

Elle ne saurait pourtant à elle seule relever tous les défis que la modernité pose à la théorie du droit. La question de la détermination d'un projet global et de la raison juridique qui y viendrait en adéquation reste encore en suspens. D'autant que sa forme, sa substance et les concepts sous-tendant sa raison participent elles aussi du projet social⁸⁴⁷. Dans cette perspective, la théorie des systèmes nous montre que la conception d'un droit commun ou global risque de se heurter à plusieurs types de difficultés :

- vaincre le paradoxe du projet commun ; nous avons relevé en traitant de la régulation écologique la difficulté consistant à bâtir spontanément un ordre contraignant. Mais nous avons montré que la gestion des ressources planétaires pouvait constituer une base de repères satisfaisante, car il devient possible d'y faire émerger des règles subjectives fondées sur des critères objectifs, évitant ainsi le grief d'arbitraire.
- accepter la différence : pour les autres secteurs qui relèvent du pur choix collectif, sans autre référent qu'une transcendance ou une tradition (les régimes matrimoniaux et familiaux, par exemple), il sera nécessaire d'accepter des

Quant aux jugements de valeur, les réalistes considèrent que, d'une part, la vérité des jugements de valeur est un faux problème, car ils ne sont ni vrais ni faux : ils ne disent rien (conception non cognitiviste) ; d'autre part, la valeur n'a en elle-même aucun sens, si l'on n'entend pas par « valeur » le sens de plaisir, déplaisir ou désir éprouvé par le sujet qui exprime un jugement de valeur sur un sujet désigné comme bon ou mauvais (conception émotiviste).

De par ces conceptions, les réalistes scandinaves montrent un vif intérêt à la place du droit, de la morale, la religion, la superstition... dans la société et à celle-ci, formant un « néoempirisme » contemporain, en général. Malgré sa position radicale qui le place en lisière du système normatif juridique, le réalisme scandinave apporte au droit une image de son impact sur son environnement.

⁸⁴⁷ C.-A. Morand distingue dans cette optique l'Etat providence, l'Etat propulsif, l'Etat réflexif et l'Etat incitateur. Une imbrication des modes d'expression (imposé et émergent) autour de la pesée complexe des intérêts permet de dégager une nouvelle raison juridique : celle de la régulation raisonnable. Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société n° 26, 1999, 224 p.

compromis interrégionaux. Le système global devra s'accommoder d'une polysystémie disjonctive⁸⁴⁸.

- concilier localité et globalité : la globalisation du pouvoir normatif aura pour corollaire inévitable l'émergence de tensions séparatistes locales si sa représentativité est jugée insuffisante. La réponse de la théorie des systèmes est sans appel : les circuits d'expression doivent posséder une suffisante efficacité pour que les tensions soient immédiatement absorbées par le système. La communication doit être bilatérale et efficiente. De plus la texture normative doit être suffisamment ouverte (selon la terminologie de Hart) pour faire face à la complexité de ses enjeux : le droit global doit receler un fort potentiel de complexification. Pour rester intelligible et ne pas sombrer dans l'inflation normative, il devra savoir maintenir un équilibre entre règles substantives et procédurales. De fait, à l'instar des directives européennes, un droit global a de grandes chances d'être fortement procédural.
- concilier sécurité et souplesse : le droit global ne pourra cependant pas être totalement procédural. Ce serait ouvrir trop béante la porte à l'arbitraire. Restera à trouver un compromis acceptable tout en maintenant une certaine dose de règles substantives. On peut avancer l'hypothèse que les règles substantives devraient être ajustées en fonction du *désordre nécessaire* (cf. p. 355) du futur système. Mais d'autres paramètres peuvent rentrer en ligne de compte, comme les besoins ponctuels de *sécurité juridique*.
- surmonter le modèle-obstacle de l'Etat pour intégrer le modèle total de l'Humanité : ce point reste le plus aléatoire. Porté en idéal de la société ouvrière par Marx, présenté comme l'émancipation par excellence du marché selon les libéraux, l'Etat semble destiné à rester à jamais une figure aussi nécessaire que controversée. On peut corroborer cette hypothèse par au moins une constatation : en érigeant une figure comme modèle politique, les hommes se sont créés un exemple qui inhibe son propre dépassement, car il devient plus complexe de penser la Cité sans lui qu'avec lui, comme nous allons le voir.

Droit, Etat et liberté

La notion de droit (au sens wébérien de contrainte légitime) recèle une irréductible antinomie face à la notion de liberté. On devine ici une figure de *double bind*. L'un ne va pas sans l'autre, mais chacun est antinomique de l'autre, de sorte que leur fusion débouche sur le non-sens. Pour éviter ce non-sens, Rousseau usait de formules curieuses comme : *obéir à tous, c'est n'obéir à personne*. La fiction de la volonté générale venait fort opportunément se proposer comme intermédiaire pour masquer ce qui ressemblait bel et bien à un double lien contradictoire (le droit *contient* la liberté ; la liberté *contient* le droit ; contenir s'entendant dans ses deux sens). Cette problématique reste toujours d'actualité, et se voit même hissée au rang d'idéal pour la société de demain⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ Cf. A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique, op. cit.*, ch. 3, pour des explications détaillées sur de tels cas de figure.

⁸⁴⁹ « Faire du droit l'élément noyau de la réalisation des idéaux du modernisme suppose l'utilisation de

Mais pour autant le paradoxe ne disparaît pas. Bien au contraire, il se manifeste ici dans toute son étendue, puisqu'il n'est plus possible de proposer de métaniveau. Il n'est plus question désormais de dissimuler une fiction collective derrière un dessein supranational : la totalité est la totalité. Il s'agit de regarder le paradoxe en face : la liberté de tous se paiera d'une privation de liberté pour chacun. Le schéma n'a guère varié depuis Socrate.

Pour autant, les voies permettant de déterminer quelle sera l'étendue de cette privation collective restent toujours aussi variées, s'étendant de l'uniformisation du communisme dur, qui met tous les individus sur le même plan, à l'uniformisation connotée de différenciation de l'ultralibéralisme qui met tous les hommes sur le même plan au niveau marchand, mais non au niveau social. Dans ce contexte les repères pour une différenciation de la justice et de l'éthique se brouillent. La justice, sous l'impulsion de mécanismes mimétiques comme la stratégie du bouc émissaire, révèle son arbitraire ; tandis que l'éthique se pare des vertus d'une inspiration divine ou d'une transcendance de la raison. Quand la pratique se révèle injuste, on est bien souvent tenté de se tourner vers l'idéal, qui se présente comme un incorruptible refuge.

Le mythe pourrait présenter cet avantage que le modèle devenant inaccessible, il ne peut plus faire obstacle à la justice. Les partisans du jusnaturalisme ne se sont pas privés de mettre en avant cet atout⁸⁵⁰. L'Etat, contingent au social, devient modèle : en tant que délégataire du pouvoir de la totalité, il devient repère des éléments de cette totalité. Merleau Ponty disait que *la parole n'accompagne pas une pensée déjà faite, mais l'accomplit*. Cette image convient parfaitement aux relations de l'Etat et de la volonté générale. L'Etat accomplit une volonté générale qu'il formule, plutôt qu'il ne concrétise cette volonté générale de Rousseau qui se trouve dans les représentations que chacun se fait des autres. L'Etat accomplit une volonté fatalement contingente, donc arbitraire.

Poursuivons le mouvement : l'arbitraire des décisions de l'Etat rétablit une certaine forme de consensus. Nous l'avons montré précédemment⁸⁵¹, les schismogénèses sont rompues entre les individus, de nouvelles se créant avec l'Etat : en faisant l'unanimité contre lui, l'Etat réconcilie chaque citoyen avec l'autre. Ce faisant, il s'institue en *repère décisionnel* pour chacun. L'équilibre des relations interindividuelles se reconstitue autour de ce troisième élément, qui représente en quelque sorte la discorde interindividuelle, *contenue* par le représentant chargé de la juguler. C'est ainsi que le modèle se fait obstacle pour des citoyens complexes : notre modèle constructiviste montre que les êtres autonomes sont non réversibles. Chacune de leurs décisions passées sont mémorisées et viennent modifier leur structure cognitive. De sorte que non-A n'annule pas A : un dommage causé à une personne peut bien être réparé, mais la perception du fautif par le plaignant sera définitivement altérée (on conçoit

nouvelles possibilités d'union internationale pour tenter de rendre effectif un droit réunissant un principe universel de justice et de liberté à travers la démocratie, dépassant ainsi la tension entre universalité et particularisme. Le monde désenchanté dans lequel nous vivons pourra ainsi trouver une issue positive qui soit le fruit de la raison et non pas de volontés arbitraires ou de souverainetés incontrôlées. » P. BOURETZ, *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, 274 p. note Juan A. GARCIA AMADO, *Revue Droit et Société* n°25, Paris, LGDJ, p. 567.

⁸⁵⁰ Il serait plus correct de parler des adversaires de la régulation par l'Etat. Aussi n'est-il pas surprenant de compter parmi ces auteurs une grande majorité d'anglo-saxons : Dworkin, Rawls, Hart, Ross...

⁸⁵¹ Cf. p. 268.

par exemple qu'un employeur se sépare d'un employé qui a commis un vol, même si celui-ci a été condamné à rembourser le montant du larcin : la *confiance* est un exemple typique de la non réversibilité des actions chez les individus⁸⁵²).

Conclusion partielle : la raison juridique, un concept trop novateur ?

On peut s'étonner, au vu de ses potentialités, que les théories du droit françaises ou européennes n'aient pas réservé de réelle place au concept de raison juridique depuis sa formulation par A.-J. Arnaud en 1981. Quel outil plus puissant peut-on pourtant trouver pour opérer des comparaisons opérationnelles entre les systèmes juridiques, évaluer leurs performances, projeter leur exportabilité, et toutes les opérations dérivant de la décontextualisation des normes ? Tout comparatisme qui néglige la raison juridique se résume par définition à un appariement approximatif de normes semblant homomorphiques. De fait, aucune analyse comparatiste ne fait l'économie d'un appel implicite à la raison juridique. On ne peut rendre compte d'un système normatif qu'en dévoilant au moins une partie de ses fondements et de ses finalités.

On ne peut, par exemple, assimiler le droit d'auteur français au copyright américain. Leurs régimes juridiques diffèrent fondamentalement, puisque l'un repose sur une protection automatique conditionnée par la notion d'originalité, tandis que l'autre fait usage du formalisme du dépôt. Néanmoins, ces droits possèdent une raison juridique relativement proche malgré leurs disparités formelles, puisqu'ils tendent tous les deux à protéger les investissements (intellectuels ou financiers) consentis par les auteurs⁸⁵³. La raison juridique constitue dans ce cas un intéressant outil discriminant faisant ressortir les dissonances et complémentarités des différents régimes.

Nous avons montré que pour restituer aux normes leur dimension active, il fallait y distinguer trois dimensions : la dimension substantive (les valeurs), la dimension procédurale (les processus), et enfin la dimension téléologique (les effets recherchés). Kelsen et Hart ont mis clairement en valeur les deux premières, en distinguant hiérarchie statique et dynamique chez le premier, règles primaires et secondaires chez le second. Mais tous deux ont incorporé la troisième dimension de manière implicite dans les deux autres. Il s'avère que la raison juridique constitue ce facteur discriminant mais fédérateur, cet élément ordonnant insaisissable qui leur faisait jusqu'alors défaut, et sans lequel on pouvait présenter ces doctrines comme incompatibles.

⁸⁵² En ce sens, et sur les multiples répercussions de cette dynamique non réversible, et aux dimensions multiples (confiance en les autres, mais aussi confiance en soi), cf. les actes du Grand Atelier MCX-Futuroscope Novembre 1998, notamment II A *Les repères dans le processus de construction de confiance*, pp. 16-23, <http://www.mcxapc.org/rencontr/poitiers/ga98/dossier16.pdf>.

⁸⁵³ Cette analyse plus que rapide connaît de nombreuses nuances, particulièrement au sujet des œuvres effectuées sur des supports récemment apparus. Par exemple, concernant les œuvres photographiques, le formalisme américain a favorisé une protection précoce, alors que le droit français a dû attendre l'infléchissement progressif de la jurisprudence, que vint tardivement conforter un texte de droit positif. Cf. Ysolde GENDREAU, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1994, 379 p. ; également Jean-Sylvestre BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1996, 462 p. ; en propriété industrielle, cf. Thierry PITOIS et Michel VIVANT, « La technique au cœur du brevet : un concept social évolutif », *op. cit.*

Ce concept est cependant difficile à mettre en œuvre. Il nécessite en effet une vision globale de la matière étudiée, ce qui constitue un effort de synthèse parfois important. La synthèse des normes et de leur contexte effectuée, il faut alors déclencher une analyse systémique qui peut se révéler plus vaste encore que la synthèse préalable. Il est évident que la méthodologie positiviste, qui s'arrête à l'étape de synthèse, représente une économie cognitive importante. Rechercher sa raison constitue donc pour le Droit un choix, dépendant avant tout des ambitions qu'il entend se donner.

Conclusion générale : Le paradigme de la complexité, un outil pour savoir, c'est-à-dire pour faire.

Cette étude s'achève sur une introduction plus que sur une conclusion.

Nous l'avions débutée avec l'ambition de donner une représentation compréhensible des mouvements du droit ; nous avons abouti à découvrir non pas un mais plusieurs objets Droit dont les formes peuvent varier à l'infini. Nous espérions qu'en exposant la façon dont la société est agie par le droit il serait possible d'améliorer l'efficacité des normes ; nous avons débouché sur des contre-effets qui ruinent constamment nos tentatives de dompter la complexité. Nous espérions en plongeant dans la dimension cognitive des normes pouvoir découvrir la manière de concevoir des « *simples rules for a complex World* » ; nous n'avons trouvé que des préceptes spéculaires qui défient la logique d'Aristote. Nous avons sollicité les sciences de la matière et de la raison pour trouver de modèles cartésiens qui nous aideraient à comprendre pourquoi les comportements collectifs nous semblent si imprévisibles ; nous avons découvert que pour rationnels qu'ils soient, ces modèles possèdent eux aussi une forme de complexité, le chaos déterministe, qui a anéanti tout espoir de prévisibilité purement mathématique.

Mais nous avons également découvert de nouveaux chemins de traverse, et c'est grâce à ces chemins que nous pouvons garder espoir de réconcilier le rationnel et le raisonnable pour « penser le droit du XXI^e siècle »⁸⁵⁴. Car la complexité omniprésente du couple Droit et Société n'est pas synonyme de confusion. Les individus autonomes, bien que tous différents, sont néanmoins capables, en interagissant, de se découvrir une infinité de terrains possibles d'entente. Nous avons constaté que c'est dans sa propre complexité que l'organisation sociale puise les ressources de sa cohésion, bien plus que dans l'éphémère et fluctuante volonté de ses individus. Nous avons découvert que le droit, issu de son mouvement itératif et coévolutif avec la société, possède la faculté (que nous avons nommée pseudo-autonomie) de déterminer une part de sa propre forme. Et cette pseudo-autonomie nous a permis de comprendre pourquoi les systèmes physiques non linéaires sont instables, alors que les systèmes sociaux le sont bien davantage⁸⁵⁵. Il y a donc plusieurs formes de complexité, et le droit en possède une qui n'appartient qu'à lui.

Mais une théorie ne vaut que par le projet qu'elle permet de réaliser. Une théorie complexe du Droit permet-elle de définir de bons repères et nous aider à bien penser la société de demain ? Il est banal en sciences politiques d'affirmer que le sens se construit aux extrêmes

⁸⁵⁴ Cf. *Manière de voir* n°52, *op. cit.*

⁸⁵⁵ La complexité d'un phénomène, quand elle est perçue, incite fréquemment son observateur à en déduire l'imprévisibilité. Ainsi, dire d'un environnement qu'il est complexe, c'est reconnaître qu'il est irréductiblement imprévisible. « *Le premier chemin [de la complexité] est celui de l'irréductibilité du hasard ou du désordre* », écrit E. Morin (1990, p. 165). Selon J.L. Le Moigne (1990, p. 3), « *la notion de complexité implique celle d'imprévisible possible, d'émergence plausible du nouveau et du sens au sein du phénomène que l'on tient pour complexe. Pour son observateur, il est complexe précisément parce qu'il tient pour certain l'imprévisibilité potentielle des comportements. Il ne postule pas un déterminisme latent qui permettrait à une "intelligence assez puissante" (...) de prédire par le calcul l'avenir du phénomène, fût-ce en probabilité* » (Cité in *Prospectives et Complexité*, François Lacroux, Textes de l'Atelier MCX 17, http://www.mcxapc.org/ateliers/17/textatel_9.htm).

et que l'action se trouve au niveau du compromis. Quelle place serait alors réservée à une théorie *raisonnable et raisonnante* ? Nous avons suggéré de prendre plutôt appui sur des données objectives, celles que constitue l'environnement planétaire de l'humanité : les ressources naturelles, la terre, la mer l'atmosphère, tout ce qui rend viable le biotope au sein duquel prospère l'Homme. Nous avons tenté de mettre à contribution et en perspectives les différentes théories juridiques existantes au service d'un grand projet par essence complexe : assurer la pérennité de l'Homme sur la Terre, en maintenant voire développant le champ des possibles pour les générations futures. Nous avons montré que ce projet pouvait constituer un mécanisme permettant d'allier ordre et liberté dans une société réconciliée avec elle-même.

Pour ce faire un modèle morphogénétique a été défini, que nous avons assorti d'axiomes et dont nous avons dérivé des théorèmes. Or il se trouve que leur mise en pratique représenterait une certaine forme d'articulation entre des doctrines traditionnellement opposées comme le juspositivisme, le jusnaturalisme, le réalisme.

Ce modèle montre qu'il est possible de développer une **science active** du droit, c'est-à-dire un ensemble de modèles qui fournissent des prescriptions de manière objective. La distinction classique de l'être et du devoir-être rangeait autrefois toute prescription dans la catégorie des actes empreints de volonté ; nous avons pu montrer qu'au moyen d'un modèle complexe il est possible de légiférer de manière purement objective. Il suffit de déterminer le **projet objectif** du droit, ce que nous avons fait en proposant quatre axiomes. Ces axiomes ont été tenus pour objectifs car ils se réfèrent à l'essence même du Droit, le définissant comme un régulateur destiné à préserver l'intégrité de la Société. Bien entendu ces axiomes, tenus pour minimaux, peuvent être affinés ou modifiés de manière subjective (pour fixer un régime matrimonial, par exemple) ; mais à partir d'eux il est possible de dériver logiquement un certain nombre de méthodes (les théorèmes). Ces méthodes serviront ensuite de repères objectifs pour les décisions, qui restent ainsi des actes subjectifs mais dont l'adéquation au projet global peut être appréciée au regard de la logique et de la raison (comme l'a montré la relecture que nous avons proposée de Hume). Au sein d'une décision complexe, objectivité et subjectivité ne son plus antinomiques mais complémentaires.

Ainsi il devient possible pour la science juridique de relever les grands défis que lui pose la société du XXI^e siècle : la planète mise à sac, l'autophagie, les discriminations génétiques, la vie privée et l'autonomie individuelle face à Internet...⁸⁵⁶, **sans faire aucunement recours à une quelconque morale**. Grâce à un droit complexe, le monde de demain pourra trouver en lui-même les ressources nécessaires à l'édification d'une civilisation responsable et solidaire, réunie autour d'un projet global qui ne lui sera plus imposé mais qui sera tout simplement : elle-même.

Nous avons montré, dans cette optique, en quoi la régulation des rapports de l'homme avec les ressources de son environnement pouvait se trouver fructueusement renouvelée à l'aune d'un droit complexe. Celui-ci nous permet de situer le débat dans l'espace et le temps en tenant compte de notre projet de maintien de l'intégrité sociale. La systémique nous permet, à partir de paramètres objectifs comme les ressources disponibles, mais aussi subjectifs comme les besoins exprimés et ceux probablement à venir, ainsi que les sensibilités, les inhibitions et les phobies de chaque groupe et réseau social, de suggérer des pistes et des

⁸⁵⁶ Cette liste est partiellement reprise de *Manière de voir n°52, op. cit.*

stratégies à explorer tout en tenant compte d'un éventuel risque de retournement de situation.

Il a en effet été souligné le rôle potentiellement déstabilisateur de la norme. Celle-ci, si elle est conçue de manière trop simple, c'est-à-dire en inadéquation avec la complexité du problème qu'elle est censée résoudre, risque d'engendrer des effets pervers dont les conséquences durables peuvent déboucher, dans les cas les plus extrêmes, sur une remise en cause l'équilibre de système normatif tout entier. Quelques exemples ont démontré qu'un système social « s'habitue » à la répression, de sorte qu'il est bien souvent difficile de déréglementer sans faire errer les individus dans une impression de permissivité et de laxisme ; la répression est un outil dangereux, car il tend à se pérenniser et à s'amplifier si les conflits ne se résolvent pas. D'un autre côté, nous avons vu que cette répression est un des rares moyens que possède le droit pour résorber les conflits individuels basés sur la vengeance mimétique, car la meilleure façon de mettre les parties d'accord reste de les réunir sous la menace d'une violence toujours supérieure. La violence semble donc irréductible à la paix, preuve supplémentaire de la complexité d'un couple Droit et Société ordonné grâce à une certaine forme de désordre, que nous avons nommé *désordre nécessaire* ou *désordre raisonnable*.

C'est grâce au maintien homéostatique de ce désordre raisonnable que la Société se forme et se reforme sans cesse, harmonieusement. Le Droit complexe peut alors *coévoluer* avec elle. Ni trop répressif ni trop laxiste, il serre au plus près les évolutions de l'objet qu'il régule. Il s'adapte rapidement aux nouveaux besoins exprimés, tout en maintenant une pression normative qui ne restreint le champ des possibles individuels qu'à ce que nécessite strictement la réalisation du projet global. Pour penser ce droit au fonctionnement idéal, il est apparu que la *raison juridique* constituait un outil conceptuel de première importance. D'une part parce qu'elle coordonne les trois structurations possibles des normes (nous avons proposé la distinction entre normes substantives, procédurales et téléologiques), d'autre part parce cet ensemble peut alors être comparé, évalué et adapté pour les besoins de sa mise en pratique.

La complexité est paradigme reliant, qui unit les contraires dans une forme d'harmonie, une esthétique. Elle relie aujourd'hui les sciences, peut-être saurons-nous demain lui faire relier les Hommes grâce à un droit en mouvement.



Axiomes et théorèmes

Axiomes :

1. Homéostasie globale : *les individus régulent leurs comportements pour maintenir la globalité collective.*
2. Nature interrelationnelle : *les individus régulent par le droit leurs relations mutuelles. Ils coconstruisent les normes qui les contraignent.*
3. Homéostasie totale : *les individus maintiennent leur globalité sociale pour se maintenir dans leur unité personnelle (compte tenu d'un environnement donné).*
4. Homéostasie personnelle : *tout individu se maintient d'abord seul, puis il se maintient avec les autres. Se maintenir inclut la satisfaction des besoins personnels (survie, sécurisation, élargissement du champ des possibles).*

Théorèmes :

1. (*Homéofinalité*) : Le maintien de l'ordre social constitue la finalité du droit
2. (*Logique coconstruite*) : la logique juridique est l'articulation rhétorique des raisons juridique et sociale
3. (*Principe de bien-être par la liberté*) : l'individu considère comme préférable l'ordre juridique qui lui ouvre le plus le champ des possibles.
4. (*Principe de moindre action juridique*) : la meilleure norme est celle qui aboutit à un résultat voulu en restreignant le moins le champ des possibles des individus (aussi nommé *Principe de moindre contrainte normative*).
5. (*Ordre*) : La société **la plus** organisée est celle dans laquelle on constate le moins de conflits interpersonnels.
6. (*Ordre optimal*) : La société **la mieux** organisée est celle dans laquelle on constate le moins de conflits interpersonnels en faisant usage du moins de contrainte normative (satisfaction des théorèmes 4 et 5).
7. (*Equilibre de bien-être*) : La société la plus désirable est celle dans laquelle chacun serait pareillement heureux s'il était à la place de l'autre.
8. (*Equilibre de liberté*) : La société la plus libre est celle dans laquelle chacun se sentirait pareillement libre s'il se trouvait à la place de l'autre.
9. (*Equilibre de justice*) : La société la plus juste est celle dont le droit assure un ordre social qui satisfait aux théorèmes 7 et 8, en appliquant une régulation juridique qui satisfait au théorème 6.
10. (*Equilibre de viabilité*) : La société la plus viable est celle qui altère le moins dans le temps le potentiel d'action des individus au regard des ressources naturelles disponibles.
11. (*Principe de moindre mutation juridique*) : La meilleure régulation juridique satisfait tous les théorèmes précédents en nécessitant le moins d'ajustements normatifs dans le temps.
12. (*Principe d'optimalité sociétale*) : La meilleure société est celle qui satisfait à tous les théorèmes précédents à tout moment de son histoire, passée présente et future (autoprojet).

Définitions :

1. Unité : échelon non divisible d'un ensemble
2. Localité : échelon groupal possédant les propriétés de ses unités
3. Globalité : échelon groupal possédant des propriétés intrinsèques non réductibles à la localité
4. Totalité : unitas multiplex conjoignant localité et globalité
5. Ordre : Produit de coaction homéostatique d'une totalité sur elle-même
6. Ordre social : Etat du social nécessitant un recours minimal à la régulation juridique
7. Ordre juridique : Etat du droit nécessitant un recours minimal à la régulation sociale

BIBLIOGRAPHIE

- Aarnio 1992 : A. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Paris, L.G.D.J./ Bruxelles, Story scientia, 1992, 303 p.
- Abraham-Frois 1994 : Gilbert ABRAHAM-FROIS dir., *La dynamique chaotique*, Revue d'économie politique n°2/3, Paris, Sirey, 1994, 454 p.
- Ahrens 1853 : H. AHRENS, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 4^e ed., Bruxelles, 1853
- Alcaraz & Lacroux 1994 : J.-R.ALCARAS, F. LACROUX (1994), « Planifier c'est s'adapter », *4èmes Rencontres du Programme "Modélisation de la complexité"*, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille III, 9-10 juin 1994
- Al Gore 1993 : AL GORE, *Sauver la planète Terre. L'écologie et l'esprit humain*, Traduit de l'américain, 1992, par Jean-Marc Mendel, Préface de Brice Lalonde, Ed. Albin Michel, Paris, 1993
- Amselek 1989 : Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, 228 p.
- Ancori 1992 : B. ANCORI (Ed.), *Apprendre, se souvenir, décider. Une nouvelle rationalité de l'organisation*, (Préface de J.L. Le Moigne), CNRS Editions, Paris, 1992
- v. Andel & Bourcier 1996 : Pek VAN ANDEL & Danièle BOURCIER, *Peut-on programmer la sérendipité? L'ordinateur, le droit et l'interprétation de l'inattendu*, 1996, Rubrique « Recherches » du site web du Réseau Européen Droit et Société, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/idl/serendip.htm>
- Andreevsky et al. 1992 : Evelyne ANDREEVSKY et al. Ed., *Connaissances implicites et connaissances explicites*, n° spécial de Revue Internationale de Systémique, vol. 1, n°1-2, Paris, Dunod, 1992
- Andreevsky & al. 1998 : Evelyne ANDREEVSKY et Anne NICOLLE, *Décision et langage : la dialectique du savoir et du dire*, Site Internet MCX/APC, 1998, <http://www.mcxapc.org/ateliers/19/ealmcx.htm>
- Arasse 1997 : Daniel ARASSE, *Léonard de Vinci, le rythme du monde*, Ed. Hazan, Paris, 1997, 543 p.
- Ardisson 1993 : Denis ARDISSON, « Observations sur la recherche, l'enseignement et les pratiques du droit », in *Revue Droit et Société* n°23/24, Paris, LGDJ, 1993, p. 143-150
- Arnaud 1973 : André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973
- Arnaud 1981 : André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique, T1 - Où va la sociologie du droit ?*, Paris, LGDJ, 1981
- Arnaud 1989 : A.-J. ARNAUD, « Le Droit, un ensemble peu convivial », *Revue Droit et Société* n°11/12, Paris, LGDJ, 1989, p. 81-100
- Arnaud 1992 : André-Jean ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1992

- Arnaud & Guibentif 1993 : André-Jean ARNAUD et Pierre GUIBENTIF dir., *Niklas Luhmann observateur du droit*, Coll. Droit et Société n° 5, Paris, LGDJ, 1993, 251 p.
- Arnaud 1993 : André-Jean ARNAUD, « Les juristes face à la société 1975-1993 », in *Revue Droit et Société* n° 25, Paris, LGDJ, 1993, pp. 525-541
- Arnaud 1996 : André-Jean ARNAUD, « Modélisation de la décision complexe en droit - Quelques pistes de recherche », in *Cahiers du CIRESS*, 2^{ème} éd., 1996, p. 53-74, <http://reds.msh-paris.fr/communic/arnaud/ciress96.pdf>
- Arnaud 1997 : André-Jean ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Revue Droit et Société*, n°35, Paris, LGDJ, 1997, pp. 11-35
- Arnaud 1998 : André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation - Cinq leçons de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ, Collec. Droit et Société, 1998
- Arnaud & F. Dulce 1998 : André-Jean ARNAUD et María José FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998
- Atlan 1975 : H. ATLAN, « Le principe d'ordre à partir du bruit. L'apprentissage non dirigé et le rêve », in *L'unité de l'homme*, E. MORIN & M. PIATTELLI-PALMARINI (eds.), Paris, Seuil, 1975, pp. 469-475
- Atlan 1979 : Henri ATLAN, *Entre le cristal et la fumée*, Paris, Seuil, 1979
- Attias-Donfut 1995 : Claudine ATTIAS-DONFUT (dir.), *Les solidarités entre générations. Vieillesse, familles, État*, Paris, Nathan, coll. " Essais & Recherches ", 1995
- Aumann 1987 : Robert J. AUMANN, « Correlated Equilibrium as an expression of bayesian rationality », *Econometrica*, 55 (1), 1987, p. 1-18
- Bancaud 1987 : Alain BANCAUD, « Considérations sur une « pieuse hypocrisie » : la forme des arrêts de la Cour de Cassation », in *Revue Droit et Société*, n°7, 1987, p. 365-378
- Barel 1973 : Yves BAREL, *La reproduction sociale, systèmes vivants, invariance et changement*, Paris, Anthropos, 1973
- Barr & Feigenbaum 1986 : Avron BARR & Edward A. FEIGENBAUM, *Le manuel de l'intelligence artificielle*, trad. D. TAZIN-RAYNAUD, Paris, Eyrolles, 1986
- Barreau 1992 : Hervé BARREAU, *Le cerveau et l'esprit*, CNRS Editions, Paris, 1992
- Barrière 1996 : Olivier BARRIÈRE, *Gestion des ressources naturelles renouvelables et conservation des écosystèmes au Sahel : le foncier-environnement*, Thèse de doctorat, Paris I, 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/docs/fao.pdf>
- Barron 1989 : Anne BARRON, « Discours juridique et colonisation du moi dans l'État moderne », in *Revue Droit et Société* n° 13, Paris, LGDJ, 1989, p. 357-370
- Bastard 1996 : B. BASTARD, Tensions et ajustement sur le marché du divorce, in *Revue Droit et Société* n°33, Paris, LGDJ, 1996, p. 267-276
- Béchillon (de) 1997 : Denys DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997

- Belaid 1974 : Sadok BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bib. de philo. du droit, vol. XVII, Paris, LGDJ, 1974, 360 p.
- Berge 1996 : Jean-Sylvestre BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1996, 462 p.
- Bessin 1998 : Marc BESSIN, « La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique », *Revue Droit et Société*, n°39, Paris, LGDJ, 1998, pp. 331-343
- Beyleved & al. 1989 : Deryck BEYLEVELD & Roger BRONSWORD, « Les implications de la théorie du droit naturel en sociologie du droit », *Revue Droit et Société* n°13, 1989, pp. 387-412
- Bidault et al. 1995 : F. BIDAULT, P.-Y. GOMEZ, G. MARION éd., *Confiance, entreprise et société*, Paris, Ed. Eska, 1995, 218 p.
- Birnbaum 1988 : Norman BIRNBAUM, « La résurgence des valeurs de 1968 », *Le Monde diplomatique*, Août 1988, page 32
- Bonabeau & al. 1994 : Eric BONABEAU et Guy THERAULAZ (Ed.), *Intelligence Collective*, Ed. Hermès. Coll. Systèmes Complexes. Paris, 1994. 288 p.
- Bonafé-Schmitt 1994 : Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, « Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail », *Revue Droit et Société* n° 27, Paris, LGDJ, 1994
- Bories 1992 : Serge BORIES, « L'esprit du juge et la Loi ou les premières fautes inexcusables des victimes de la circulation routière », in *Revue Droit et Société* n° 20/21, Paris, LGDJ, 1992, pp. 191-220
- Born & Goldschmidt 1997 : A.W. BORN, L.B. GOLDSCHMIDT, « La création légale de systèmes autopoïétiques », *Revue Droit et Société* n° 35, Paris, LGDJ, 1997
- Boudon 1986 : Raymond BOUDON, *La place du désordre*, Paris, PUF (Coll. Quadrige), 1984
- Boudon 1993 : Raymond BOUDON, *Effets pervers et ordre social*, Paris, PUF (Coll. Quadrige), 1993
- Boudon 1997 : Raymond BOUDON, *La logique du social*, Paris, Hachette Coll. Pluriel, 1997, 329 p.
- Boudon 1998 : Raymond BOUDON, *La place du désordre*, Paris, PUF (Coll. Quadrige), 1998, 245 p.
- Boudon 1992 : Raymond BOUDON, *L'idéologie*, Paris, Point Coll. Sociologie, 1992
- Boudon et al. 1999 : Raymond BOUDON, Alban BOUVIER et François CHAZEL (pub.), *Cognition et sciences sociales*, Paris, PUF Coll. Sociologies, 1999, 281 p.
- Boudon & Deshayé 1989 : Philippe BOUDON, Philippe DESHAYE, et al., *Enseigner la Conception, Rapport final d'un programme quadriennal de Recherche*, Editions LAREA - Bureau de la Recherche Architecturale, Ecole d'Architecture de Nancy, 1989
- Bourcier & Mackay 1992 : Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1992, 486 p.
- Bourcier 1995 : Danièle BOURCIER, *La décision artificielle. Le droit, la machine et l'humain*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1995, 237 p.

- Bourcier & al. 1996 : Danièle BOURCIER et Claude THOMASSET dir., *L'écriture du droit... face aux technologies de l'information*, Paris, Diderot, 1996, 655 p.
- Bourdieu 1972 : Pierre BOURDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève, Droz, 1972
- Bourdieu 1973 : Pierre BOURDIEU, « L'opinion publique n'existe pas », *Les Temps modernes*, 31, 1973, p. 1292-1309
- Bourdieu 1981 : Pierre BOURDIEU, « Décrire et prescrire, note sur les conditions de possibilités et les limites de l'efficacité politique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°38, mai 1981, p. 69 s.
- Bourdieu 1986 : Pierre. BOURDIEU, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 41 s.
- Bouretz 1991 : Pierre BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, 274 p.
- Bousquet et al. 1996 : François BOUSQUET, Yann DUTHOIT, Hubert PROTON, Christophe LEPAGE, Jacques WEBER, *Tragedy of the commons, game theory and spatial simulation of complex systems*, Serveur RED&S, 1996, <http://reds.msh-paris.fr/communic/viabilit/bdplw.htm>
- Boy 1998 : Laurence BOY, *Les normes*, site Internet Droit et Société, 1998, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/boyl.htm>
- Boyer & Roland 1999 : Laurent BOYER et Henri ROLAND, *Adages du droit français*, 3^{ème} éd., Paris, Litec, 1999
- Brie (de) 1995 : Christian DE BRIE « Une fiscalité au service des privilégiés », *Le Monde diplomatique*, Janvier 1995, pp. 14,15
- Briggs & Peat 1991 : J. BRIGGS et F. D. PEAT, *Un miroir turbulent*, trad. de l'américain par D. Stoquart, Paris, Interéditions, 1991, 213 p.
- Brunet 1998 : Bernard BRUNET, « Le traitement en temps réel : la Justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale », *Revue Droit et Société* n°38, Paris, LGDJ, 1998, p. 91-107
- Brunetti 1993 : Nathalie BRUNETTI, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, Serveur RED&S, 1993, <http://reds.msh-paris.fr/communic/brunetti.htm>
- Calame & Talmant 1997 : Pierre CALAME et André TALMANT, *L'Etat au coeur, Le Mécano de la gouvernance*, Ed. Desclée de Brouwer, Paris 1997, ISBN : 2-220-04054 - 2, 212 pages. p. 19
- Capeller 1995 : Wanda de Lemos CAPELLER, *L'engrenage de la répression. Stratégies sécuritaires et politiques criminelles. L'exemple du Brésil 1890-1990*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1995, 253 p.
- Carbonnier 1969 : Jean CARBONNIER, « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », in *Le livre du Centenaire de la Sté de Législat. comparée*, t.1, 1969, p. 75 s.
- Carbonnier 1972 : Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1972, 3^e éd.
- Carbonnier 1972 (2) : Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, A. Collin, 1972 ; ouvrage refondu, Paris, PUF, 1978
- Carbonnier 1988 : Jean CARBONNIER, *Droit civil, 3 - Les biens*, Paris, Thémis, coll. Droit, 1988
- Carbonnier 1996 : Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*,

- Paris, Flammarion, coll. « Forum », 1996, 276 p.
- Carlberg 1997 : Ingrid CARLBERG, « L'opaque transparence de l'Union européenne », *Le Monde diplomatique*, Juin 1997, p. 32
- Carrier 1993 : Bruno CARRIER, *L'analyse économique des conflits : éléments d'histoire des doctrines*, (Préface de H. Bartoli), Publications de la Sorbonne, Paris 1993. 160 p.
- Carrilho 1992 : Manuel Maria CARRILHO, *Rhétoriques de la Modernité*, Paris, P.U.F. 1992, 176 p.
- Castoriadis 1986 : Cornelius CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil Coll. Points Essais, 1986
- Castoriadis 2000 : Cornélius CASTORIADIS, « Pour un individu autonome », in *Manière de voir n° 52*, *Le Monde diplomatique*, juillet-août 2000, pp.14-17
- Chauvire 1995 : Christiane CHAUVIRE, *Peirce et la signification : introduction à la logique du vague*, Paris, PUF, 1995, 287 p.
- Chevallier 1998 : Jacques CHEVALLIER, « L'Etat de Droit », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, Mars-Avril, 1988, n°2, p 313-380
- Chomsky 1979 : CHOMSKY, *Théories du langage, théories de l'apprentissage*, Paris, Seuil, 1979
- Coll. D&S n°2 : *Le jeu, un paradigme pour le droit*, Coll. Droit et Société n°2, Paris, LGDJ, 1992
- Clastres 2000 : Pierre CLASTRES, *La société contre l'Etat, recherches d'anthropologie politique*, Paris, Ed. de minuit, 2000, 192 p.
- Combacau 1986 : Jean COMBACAU, « Le droit international : bric à brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, T. 31, Paris, Sirey, 1986
- Commaille & Jobert 1999 : Jacques COMMAILLE et Bruno JOBERT dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, Coll. Droit et Société n° 24, Paris, LGDJ, 1999
- Coppens 1998 : Philippe COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Paris, LGDJ ; (s.l.), Bruylant, 1998
- Croquette 1992 : Vincent CROQUETTE, *Déterminisme et chaos*, in *L'ordre du chaos*, Bibliothèque Pour la Science, Paris, Belin, 1992
- Cumenal : Didier CUMENAL, *Un modèle de dynamique des systèmes pour analyser et comprendre les changements d'état de l'organisation*, <http://www.enitiaa-nantes.fr/enitiaa/new/congres/cumenal.htm>
- Cury & Lepage 1996 : Philippe CURY et Christophe LEPAGE, *Stratégies de reproduction et viabilité des populations de poisson: une comparaison selon différentes évolutions des conditions environnementales à travers un modèle basé sur l'individu*, Actes des Rencontres de Mèze (ORSTOM), site Droit et Société, 1996, <http://reds.msh-paris.fr/communic/viabilit/cury.htm>
- Daum 1998 : Pierre DAUM, « Xénophobie à l'autrichienne », *Le Monde diplomatique*, octobre 1998, <http://www.monde-diplomatique.fr/1998/10/DAUM/11214.html>
- David-Jougneau 1995 : DAVID-JOUGNEAU Maryvonne, *Ulysse, médiateur ou comment sortir de la logique de la vengeance*. *Revue Droit et Société* n° 29, 1995, Paris, LGDJ, pp. 11 s.

- Delahaye 1988 : J.-P. DELAHAYE, *Outils logiques pour l'intelligence artificielle*, 3^e éd., Paris, Eyrolles, 1988
- Delazay 1985 : Y. DELAZAY, *Introduction : « Vers une sociologie de la production du droit par et pour les professionnels de la médiation juridique »*, in « Les professionnels et la reproduction du droit », *Annales de Vaucresson*, n° 23, 1985/2, 218 p.
- Delley 1999 : J.-D. DELLEY, « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », in *Légistique formelle et matérielle*, C.-A. Morand dir., Marseille, Presses univ. d'Aix-Marseille, 1999
- Delorme & Dopfer 1994 : Robert DELORME and Kurt DOPFER (Ed.), *The political economy of diversity. Evolutionary perspectives on economic order and disorder*, Ed. Edwar Elgar. Hants, U.K., 1994. 314 p.
- Delorme 1996 : Robert DELORME, (Ed.), *A l'Est, du nouveau. Changement institutionnel et transformations économiques*, Paris, Ed. L'Harmattan, 1996. 343 p.
- Delmas-Marty 1986 : Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1986
- Delmas-Marty 1989 : Mireille DELMAS-MARTY (éd.), « Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes », *Raisonner la raison d'Etat - Vers une Europe des droits de l'homme*, France, PUF, Coll. Les voies du droit, 512 p. (465-494)
- Delmas-Marty 1994 : Mireille DELMAS-MARTY, 1994, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, Coll. La Librairie du XXe Siècle, 305 p.
- Delmas-Marty 1997 : Mireille DELMAS-MARTY, *Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits*, site Internet Droit et Société, 1997
- Demongeot et al. 1988 : J. DEMONGEOT et P. MALGRANGE (Eds), *Biologie et Economie, les apports de la modélisation*, Ed. Librairie de l'Université de Dijon, Collection de l'Institut de Mathématiques économiques (n° 34, 1988)
- Descombes 1979 : Vincent DESCOMBES, « L'équivoque du symbolique », in revue *MLN*, vol. 94, n°4, mai 1979, p.655-675
- DETSO 1993 : *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, LGDJ, 1993
- Dewey 1938 : John DEWEY, *Logique. La théorie de l'enquête*. 1938, trad. française par G. Deledalle, PUF, 1993, 693 pages
- Diebolt 1994 : Carine & Serge DIEBOLT, *Logiques non standard et droit*, 1994, <http://reds.msh-paris.fr/communic/logique1.htm>
- Diebolt 1996 : Serge DIEBOLT et Jean-Marc DURRIEU, *Viabilité et concurrence - étude de deux modes opposés de régulation complexe en économie et en droit*, 1996, in serveur Droit et Société, <http://reds.msh-paris.fr/communic/diebolt/diebolt2.pdf>
- Diebolt 1996 [2] : Serge DIEBOLT, *Droit et Sociétés : essai de modélisation d'un régulateur émergent*, 1996, Actes du Colloque MCX, Aix-en-Provence, <http://reds.msh-paris.fr/diebolt1.pdf>
- Diebolt 1996 [3] : Serge DIEBOLT, *Bridging the gap between human and computer languages - Using logic to detect implicit arguments*, Actes de la conférence franco-américaine *Artificial Intelligence and Law*, Syracuse (N.Y., USA), Avril 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/diebolt4.pdf> (version française)

- Dimoulis 1996 : Dimitri DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive. Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*, Berlin, Duncker & Humblot, coll. « Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge », 1996, 630 p.
- Dray 1999 : Dominique DRAY, *Victimes en souffrance, Une ethnographie de l'agression à Aulnay-sous-Bois*, Coll. Droit et Société n° 25, Paris, LGDJ, 1999
- Duclos 2000 : Denis DUCLOS, « Une nouvelle classe : l'hyperbourgeoisie », in *Penser le XXI^e Siècle*, Manière de voir n°52, Ed. spéciale du *Monde diplomatique*, juillet-août 2000, pp. 22-27
- Dupret 1996 : Baudoin DUPRET, « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *Revue Droit et Société*, n° 34, Paris, LGDJ, 1996, p. 591-611
- Dupuy 1986 : Jean-Pierre DUPUY, *Ordres et désordres, enquête sur un nouveau paradigme*, Paris, Seuil, 1986
- Dupuy 1992 : Jean-Pierre DUPUY, *Introduction aux sciences sociales - Logique des phénomènes collectifs*, Paris, Ellipses, 1992
- Dupuy 1996 : Jean-Pierre DUPUY, *Le sacrifice et l'envie - Le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, Paris, Calmann-Lévy, Coll. Liberté de l'esprit, 1996
- Dumont 1985 : Louis DUMONT, *Homo aequalis, I. Genèse et Epanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Gallimard, 1985
- Dumont 1991 : Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme - Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Seuil, 3e éd., Col. Points, Série Essais, 1991, 310 p.
- Duvillier 1999 : Thibaut DUVILLIER, *Crise de société et complexification sociétale. Crise du droit et régulation juridique.*, Internet, Site Droit et Société, 1999, <http://www.reds.msh-paris.fr/communic/duvilli1.pdf>
- Dworkin 1985 : Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », in *Revue Droit et Société* n°1, Paris, LGDJ, 1985, pp. 60-98
- Dworkin 1985 (2) : Ronald DWORKIN, « La théorie du droit comme interprétation », in *Revue Droit et Société* n°1, Paris, LGDJ, 1985, pp. 99-114
- Ehresmann 1996 : EHRESMANN Andrée C. et Al. (Ed.), *Emergence - complexité hiérarchique - organisation : modèles de la boucle évolutive*, (Actes du symposium ECHO), Ed. Université de Picardie, Amiens, 1996. 175 pages
- Ehrlich et al. 1993 : Marie-France EHRlich, Hubert TARDIEU, Marc CAVAZA, *Les modèles mentaux. Approche cognitive des représentations* (Introduction de P.N. Johnson-Laird), Ed. MASSON - Paris, 1993. 183 p.
- Eigen 1971 : M. EIGEN, « Self organization of matter and the evolution of biological macromolecules », in *Naturwissenschaften*, 1971
- Ekeland 1995 : Ivar EKELAND, *Le chaos, un exposé pour comprendre, un essai pour réfléchir*, Ed. Flammarion. Collection dominos, Paris, 1995. 123 pages.
- Encyclopédia Universalis : Encyclopedia Universalis
- Encyclopédie Terence : *Encyclopédie des ressources humaines, 4 tomes*, Terence, Les Editions d'Organisation, Paris, 1987-1994
- Ermine 1996 : Jean-Louis ERMINE, *Les systèmes de connaissances*, Ed. Hermès, Paris,

1996. 160 p.
- Ewald 1986 : F. EWALD, *L'État providence et la philosophie du droit*, Paris, Grasset, 1986
- Ferber 1995 : Jacques FERBER, *Les systèmes multi-agents. Vers une intelligence collective*, Paris, Interéditions, 1995, 522 p.
- Ferry 1992 : Luc FERRY, *Le Nouvel Ordre Ecologique. L'Arbre, l'Animal et l'Homme*, Ed. Grasset - Paris, 1992
- Firchow 1992 : Thilo FIRCHOW, La ville, les jeunes, le juge - La prévention de la délinquance juvénile en milieu urbain : justice et politique de la ville, in *Revue Droit et Société*, n°22, Paris, LGDJ, 1992, p. 503-513
- Fisher 1974 : Michael E. FISHER, *The renormalization Group in the Theory of Critical Behavior*, in *Review of Modern Physics*, vol. 46, n°4, pp. 597-616, octobre 1974
- Frankhauser 1994 : P. FRANKHAUSER, « Fractales, tissus urbains et réseaux de transports », in Gilbert ABRAHAM-FROIS dir., *La dynamique chaotique*, Revue d'économie politique n°2/3, Paris, Sirey, 1994
- Frontier & al. 1993 : S. FRONTIER et D. PICHOD-VIALE, *Ecosystèmes. Structure, fonctionnement, évolution*, Paris, Masson, 1993
- Gaillard 1993 : Maurice GAILLARD (dir.), *Institutions et territoire*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, coll. " Institutions publiques ", 1993
- Garcia Amado 1989 : Juan Antonio GARCIA AMADO, « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », *Revue Droit et Société* n° 11/12, Paris, LGDJ, 1989, pp. 15-52
- Gardies 1972 : J.-L. GARDIES, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, L.G.D.J., 1972
- Gardies 1987 : J.-L. GARDIES, *L'erreur de Hume*, Paris, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 1987, 135 p.
- Gauchet 1989 : Marcel GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989
- Garin et al. 1999 : Christine GARIN, Marie-Pierre SUBTIL et Sylvia ZAPPI, « Les discriminations nourrissent le malaise des jeunes issus de l'immigration », *LE MONDE*, vendredi 17 décembre 1999
- Gbago 1997 : B.-G. GBAGO, *Contributions béninoises à la théorie des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat, Paris I - Sorbonne, 1997, <http://reds.msh-paris.fr/communic/gbago.htm>
- Gehuchten (van) 1987 : Pierre-Paul van GEHUCHTEN, « Intérêt de l'entreprise, expertise et contrôle juridictionnel », *Revue Droit et Société* n° 6, Paris, LGDJ, 1987, p. 215-232
- Gell-Mann 1995 : Murray GELL-MANN, *Le quark et le jaguar. Voyage au coeur du simple et du complexe*, (Traduit de l'américain 1994 par Gilles Minot) Ed. Albin Michel. Paris, 1995
- Gendreau 1994 : Ysolde GENDREAU, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1994, 379 p.
- Gény 1921 : François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey,

- 1921, pp. 95-97
- Gewirth 1981 : A. GEWIRTH, « The Future of Ethics : the Moral Powers of Reason », *Nous*, Vol. 15, 1981
- Glaserfeld (Von) 1988 : Ernst VON GLASERFELD, *The construction of Knowledge. Contribution to conceptual semantics*, Intersystems Publication, Salinas Cal., 1988, 349 p.
- Gorz 1991 : André GORZ, « Revenu minimum et citoyenneté. Droit au travail *versus* droit au revenu », *Futuribles*, n°184, février 1994
- Gorz 1992 : André GORZ, « L'écologie politique entre expertocratie et autolimitation », *Actuel Marx*, n°12, Paris, PUF, 1992
- Goyard-Fabre & al. 1993 : Simone GOYARD-FABRE et René SÈVE, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Paris, PUF Coll. Questions, 1993, 350 p.
- Goyard-Fabre 1997 : Simone GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF, coll. " Thémis. Philosophie ", 1997
- Granier & al. 1994 : Karine GRANIER et Emmanuelle MOURANCHE, « La mise en question de la fonction symbolique de la Justice dans l'« affaire du sang contaminé » » *Revue Droit et Société* n°26, Paris, LGDJ, 1994, pp. 55-62
- Grzegorzczuk et al. 1993 : GRZEGORCZYK Christophe, MICHAUT Françoise et TROPER Michel, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ ; Bruxelles, Story-Scientia, 1993
- Gribaudo 1999 : Maurizio GRIBAUDI dir., *Espaces, temporalités, stratifications ; Exercices sur les réseaux sociaux*, Paris, Ed. de l'EHESS, 1999
- Guastini 1986 : Riccardo GUASTINI, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Revue Droit et Société* n°2, Paris, LGDJ, 1986, pp. 17-28
- Haenel & al. 1998 : Hubert HAENEL et Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Le juge et le politique : les nouvelles règles du jeu*, Paris, PUF, 1998
- Hauriou 1896 : Maurice HAURIOU, *La science sociale traditionnelle*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1896
- Halimi 1997 : Serge HALIMI, « Face au journalisme de marché, encourager la dissidence », *Le Monde diplomatique*, Juin 1997, page 17
- Hayek 1983 : Friedrich HAYEK, *Droit, législation, liberté*, 3 vol., trad. 1983, R. Audouin, Paris, PUF Coll. Quadrige, 1995 - T. 1 : *Règles et ordre*. T. 2 : *Le mirage de la justice sociale*.
- Hilaire 1994 : Jean HILAIRE, *La vie du droit*, Paris, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 1994, 308 p.
- Hirschmann 1980 : Albert O. HIRSCHMANN, *Les passions et les intérêts*, Paris, PUF Coll. Sociologies, 1980, p. 74
- Hebding 1997 : Rémy HEBDING, « Le salut, la grâce et la thérapie, Drewermann l'imprécateur », *Le Monde diplomatique*, Juillet 1997, page 24
- Héron 1996 : Jacques HÉRON, « Le temps et la norme », in *Penser la norme, Approches juridiques et philosophiques*, Publication de l'université de Rennes, 1996, <http://reds.msh-paris.fr/communic/nomos4.htm>
- Hoekema 1994 : André J. HOEKEMA, « La production des normes juridiques par les administrations », *Revue Droit et Société* n° 27, Paris, LGDJ, 1994, p. 303-321

- Hookway 1992 : Christopher HOOKWAY, *Quine*, Trad. de l'anglais (original 1988) par J. Colson, 1992, 254 p.
- Houseman & Severi 1994 : M. HOUSEMAN et C. SEVERI, *Naven ou le donner à voir*, Paris, CNRS Editions, 1994
- Husson 1974 : Léon HUSSON, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974, 521 p.
- Illich 1973 : Ivan ILLICH, *La convivialité*, Paris, Ed. du Seuil, 1973
- Ingber 1982 : Léon INGBER, *La pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1982
- Jacob 1996 : Robert JACOB dir., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ Coll. *Droit et Société* n° 17, 1996, 416 p.
- Jehring 1901 : R. von JHERING, *L'évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. O. de Meulenaere, Paris, Chevallier & Maresq, 1901
- Jonas 1990 : Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung, Versucht einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp Taschenbuch, 1984, traduit par Jean Greisch, *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Ed. du Cerf, 1990
- Julien 1993 : Claude JULIEN, « Ces "élites" qui règnent sur des masses de chômeurs », *Le Monde diplomatique*, Avril 1993, p. 8
- Kalinowski 1989 : G. KALINOWSKI, Chronique « Lu pour vous », in *Revue Droit et Société*, n°11-12, Paris, LGDJ, 1989, p. 277
- Kaluzynski 1997 : Martine KALUZYNSKI, *Globalisation des échanges et espaces juridiques*, *Revue Droit et Société* n°35, Paris, LGDJ, 1997, p. 209
- Kant 1787 : E. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, 1^{ère} éd. 1781, 2^{nde} éd. 1787, trad. fr. par A. Tremesaygues et B. Pacaud, Paris, P.U.F., 1944
- Kellerhals 1995 : Jean KELLERHALS (Recueil d'études introduites par), « Le juste : normes et idéaux », *L'Année sociologique*, Paris, PUF, vol. 45, n° 2, 1995, p. 259-512.
- Kelsen 1962 : Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962
- Kervern 1999 : Georges-Yves KERVERN, « Jean-Louis, de GRASCE », *Entre systémique et complexité, chemin faisant*, Paris, PUF, 1999, 328 p.
- Kervern & Ruby 1994 : Georges-Yves KERVERN et Patrick RUBISE, *L'Archipel du danger - introduction aux cyndiniques*, (Préface de P.Y. Cousteau Postface de H. Laborit), Ed Economica (SE-CPE) Paris - 1991, 444 p.
- Konan 1999 : Christiane KONAN, « Une "dynamique parentale" au cœur de l'Administration ivoirienne », in *Bulletin du LAJP* n° 24, Paris, 1999, <http://www.dhdi.org/bulletins/24/bull24.pdf>
- Klinenberg 1998 : Eric KLINENBERG, « La gauche américaine découvre la « justice écologique » » *Le Monde Diplomatique* - Février 1998 - pp. 6 et 7, <http://www.monde-diplomatique.fr/1998/02/KLINENBERG/10020.html>
- Kourilsky 1991 : Chantal KOURILSKY dir., « Le rapport des jeunes au Droit à l'Est et à l'Ouest », *Revue Droit et Société*, n°19-1991, pp. 209-320)
- Kourilsky 1996 : Chantal KOURILSKY-AUGEVEN dir., *L'image du droit en Russie et en France : socialisation juridique et modèle culturel*, Collection Droit et

- Société n°18, Paris, LGDJ, 1996
- Laé 1995 : Jean-François LAÉ, « Genèse de l'alcool au volant à travers la jurisprudence (1930-1980) », *Revue Droit et Société* n° 29, 1995, Paris, LGDJ, p. 157-179
- Lafitte 1999 : Maria LAFITTE, « Du racisme en Europe », *Le Monde diplomatique*, mars 1999, p. 31, <http://www.monde-diplomatique.fr/1999/03/LAFITTE/11800.html>
- Laïdi 1993 : Zaki LAÏDI dir., *L'ordre mondial relâché, sens et puissance après la guerre froide*, 2^{ème} éd., Coll. Références, Paris, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, 1993, 261 p.
- Laing 1969 : R. LAING, *Knots*, New York, Random House, 1969
- Landowski 1988 : Eric LANDOWSKI, « Vérité et véridiction en droit », *Revue Droit et Société* n° 8, Paris, LGDJ, 1988, pp. 47-63
- Lapierre 1992 : Jean William LAPIERRE, *L'analyse de Système - L'application aux sciences sociales*. Ed. Syros/Alternatives, Paris, 1992
- Lascoumes 1995 : Pierre LASCOUMES dir., *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Coll. Droit et Société n° 14, Paris, LGDJ, 1995, 272 p.
- Lascoumes & Serverin : Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Revue Droit et Société* n°2, Paris, LGDJ, 1986, p. 127 s.
- Lasry 1984 : Jean-Michel LASRY, « Le Common Knowledge », *Ornicar*, n°30, juillet-septembre 1984, pp. 75-93
- Laugier 1996 : Sandra LAUGIER, « Vers une naturalisation des normes ? », *Penser la norme, Approches juridiques et philosophiques*, Publication de l'université de Rennes, 1996, note S. Diebolt in <http://reds.msh-paris.fr/communic/nomos6.htm>
- Legeais 1991 : R. LEGEAIS, G. PLANTY-BONJOUR dir., *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale*, Paris, P.U.F., 1991.
- Le Cardinal 1991 : Gilles LE CARDINAL et Jean-François GUYONNET (Ed.), *Du mépris à la confiance - Quels changements de comportement pour faire face à la complexité ?*, 1991, Ed. Univ. de technologie de Compiègne (B.P. 649 - 60206 Compiègne - cedex)
- Legendre 1974 : Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur*, Paris, Le Seuil, 1974
- Le Masson 1998 : Jean-Marc LE MASSON, « La recherche de la vérité dans le procès civil », in *Revue Droit et Société* n° 38, Paris, LGDJ, 1998, pp. 21-32
- Le Moigne 1990 : Jean-Louis LE MOIGNE, *La modélisation des systèmes complexes*, Paris, Dunod, 1990
- Le Moigne 1994-95 : Jean-Louis LE MOIGNE *Le constructivisme, Tome I : "Des fondements"*, ESF Ed., Paris, 1994. 252 pages ; *Tome II : "Des épistémologies"*, ESF Ed., Paris, 1995, 315 pages
- Le Moigne 1995 : Jean-Louis LE MOIGNE, *La modélisation des systèmes complexes*, 2^{ème} ed. augmentée, Paris, Dunod, 1995
- Le Moigne 1998 : J.-L. LE MOIGNE, « Complexité et citoyenneté, science et société », Congrès Interlatin pour la Pensée Complexe de Rio de Janeiro , sept. 98,

- visible sur le Forum du Conseil scientifique MCX-APC,
<http://www.mcxapc.org/conseil/lemoign2.htm>
- Le Moigne 1999 : J.-L. Le MOIGNE, *Peut-on ne pas délibérer ?*, Document de l'atelier MCX n°2, <http://www.mcxapc.org/ateliers/2/jlm1.htm>, 1999
- Le Moigne & Morin 1999 : Jean-Louis LE MOIGNE et Edgar MORIN, *L'intelligence de la complexité*, Paris, L'harmattan, 1999
- Lenoble & Berten 1990 : Jacques LENOBLE, André BERTEN, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruxelles, Ed. Story- Scientia/Paris, LGDJ, 1990, 249 p.
- Lerbet 1998 : Georges LERBET, *L'Autonomie Masquée, histoire d'une modélisation*, Paris, L'Harmattan, (Cognition et Formation), 1998, 162 p.
- Leroy 1995 : Etienne LEROY, « La médiation mode d'emploi », *Revue Droit et Société*, n°29, Paris, LGDJ, 1995
- Leroy & Wane 1982 : Chap. XV. La formation des droits « non étatiques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1, Dakar, Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 353 s
- Levy 1994 : Pierre LEVY, *L'intelligence collective ; pour une anthropologie du cyberspace*, Paris, Ed. de la Découverte, 1994. 244 pages
- Levy-Strauss 1973 : Claude LEVY-STRAUSS, « Introduction à l'oeuvre de Marcel Mauss », 1950, in Marcel Mauss, *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1973
- Lewis 1985 : David LEWIS, « Prisoners' Dilemma is a Newcomb Problem », in R. Campbell et L. Sowden (eds.), *Paradoxes of Rationality and Cooperation*, The University of British Columbia Press, 1985
- Lopez 1996 : Robert LOPEZ, « Un nouvel apartheid social. Hautes murailles pour villes de riches » in *Le Monde diplomatique*, Mars 1996, page 1;12
- Lorenz 1975 : K. LORENZ, *L'envers du miroir : Une histoire naturelle de la connaissance*, Paris, Flammarion, 1975
- Luhmann 1993 : Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, 598 p.
- Luhmann 1994 : Niklas LUHMANN, « Le droit comme système social », in *Revue Droit et Société* n° 11/12, Paris, LGDJ, 1994, pp. 53-67
- Lukic 1974 : Radomir LUKIC, *Théorie de l'Etat et du droit*, Trad. M. Gjidara, Paris, Dalloz Coll. Philosophie du droit, 1974, 600 p.
- Machiavel (1) : MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*
- Machiavel (2) : MACHIAVEL, *Le prince*, GF-Flammarion
- Maisani & Wiener 1994 : P. MAISANI, F. WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Revue Droit et Société* n°27, Paris, LGDJ, 1994
- Mallet 1996 : Jeanne MALLET dir., *L'organisation apprenante T. 1 L'action productrice de sens*, Toulouse, Presses Univ. de Provence, 1996, 253 p.
- Maviel & Fino 1986 : Jean MAVIEL et Patrick FINO, « Le droit à l'envers », *Revue Droit et Société* n° 3, Paris, LGDJ, 1986, p. 261
- March 1978 : J.G. MARCH, « Bounded rationality, ambiguity, and the engineering of choice », *Bell Journal of Economics*, Vol. 9, n°2, 1978
- Martin 1998 : Claude MARTIN, *Régulation politique, régulation domestique dans les trajectoires d'Etat-providence*, Serveur Droit et Société, 1998,

- <http://reds.msh-paris.fr/communic/martin1.htm>
- Maugué 1979 : P. MAUGUÉ, *Contre l'État-Nation*, Editions Denoël, Paris, 1979
- Mc Evoy 1992 : Sébastien MCEVOY, « La question de l'arrêt : le cas de l'argumentation dans le droit », *Lire le droit : langue, texte, cognition*, Coll. Droit et Société n°3, Paris, LGDJ, 1992
- Mélèse 1968 : Jacques MÉLÈSE, *La gestion par les systèmes*, Paris, éd. Hommes et techniques, 1968
- Melkevic 1990 : Bjarne MELKEVIC, « Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit », *Les Cahiers du Droit*, vol. 31, n° 3, 1990
- Meyer 1966 : Jean MEYER, « Essai d'application de certains modèles cybernétiques à la coordination chez les insectes sociaux », *Insectes sociaux*, vol. XIII, 1966, n° 2
- Meyer & Lempereur 1990 : Michel MEYER et Alain LEMPEREUR (dir.), *Figures et conflits rhétoriques*, Bruxelles, Éd. de l'ULB, 1990, 262 p.
- Miermont 1995 : Jacques MIERMONT, *L'homme autonome*, Paris, Hermès, 1995
- Miermont 1999 : Jacques MIERMONT, *Jusqu'où pouvons-nous délibérer en situation complexe ?*, Document de l'atelier MCX n°2, <http://www.mcxapc.org/ateliers/2/jlm1.htm>, 1999
- Millard 1995 : Eric MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution » *Revue Droit et Société* n°30/31, Paris, LGDJ, 1995, pp. 381–412
- Mincke 1998 : Cristophe MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°40, Bruxelles, Ed. univ. de St. Louis, 1998
- Montoya & al. 1993 : J. MONTOYA et P. GONZÁLEZ ALTABLE, in *Anuario de filosofía del derecho, Nuova Epoca*, tome X, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993, p. 16 s.
- Morand 1996 : Charles-Albert MORAND, *Pesée d'intérêts et décisions complexes*, in *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, (C.-A. Morand éd.), Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, pp. 41-86, ou <http://reds.msh-paris.fr/communic/morand01.htm>
- Morand 1999 : Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société n° 26, 1999, 224 p.
- Morand et al. 1999 : Charles-Albert MORAND dir., *Légistique formelle et matérielle*, Presses Univ. Aix-Marseille, 1999, 334 p.
- Morin 1977 : Edgar MORIN, *La Méthode, T. 1 : La nature de la nature*, Paris, Seuil, 1977
- Morin 1980 : Edgar MORIN, *La Méthode, T. 2 : La vie de la vie*, Paris, Seuil, 1980
- Morin 1992 : Edgar MORIN, *La Méthode, T. 3 : Connaissance de la connaissance*, Paris, Seuil, 1992
- Morin 1990 : Edgar MORIN, *Science avec Conscience - Nouvelle Edition complète*, Paris, Seuil, coll. Point, 1990, 318 p.
- Morin & Kern 1993 : Edgar MORIN et Anne Brigitte KERN, *Terre-Patrie*, Paris, Seuil, 1993, 218 p.
- Morin 1994 : Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF, Coll.

- Communication et complexité, 1994
- Morin 1996 : Edgar MORIN, *Pleurer, Aimer, Rire, Comprendre. 1^{er} janvier 1995 - 31 janvier 1996*, Ed. ARLEA, Paris, 1996. 358 p.
- Morin & Naïr 1997 : Edgar MORIN et Sami NAIR, *Une politique de civilisation*, Paris, éd. Arléa. 1997, 247 p.
- Moscovici & Doise 1992 : Serge MOSCOVICI et Willem DOISE, *Dissensions et Consensus*, Paris, P.U.F., 1992, 296 p.
- Mosovich 1995 : Diana MOSOVICH PONT-LEZICA - Actions collectives dans un environnement instable : les rapports population/autorités locales dans deux villes argentines, 1965-1985., *Cahiers du CIRESS*, nouvelle éd. n°1, Univ. de Toulouse, 1995, pp. 63-87
- Motte 1996 : Olivier MOTTE, « Quelques réflexions d'ordre épistémologique à propos de récentes publications », in *Revue Droit et Société* n°32, Paris, LGDJ, 1996, pp.210-225
- Mügür-Schächter 197 : Miora MÜGÜR-SCHÄCHTER, « Les leçons de la mécanique quantique ; vers une épistémologie formelle », in *Le Débat*, n° 93, mars 1997
- Najman 1997 : Maurice NAJMAN, « À la conquête de la société mexicaine - Le grand virage des zapatistes », *Le Monde diplomatique*, Janvier 1997
- Nash 1989 : R. F. NASH, *The rights of Nature. A History of Environmental Ethics*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1989
- Nikonoff 2000 : Jacques NIKONOFF, « Haro sur les chômeurs », *Le Monde diplomatique*, n° 556, Juillet 2000, p. 32
- Negrouche 2000 : Nasser NEGROUCHE, « Discrimination raciale à la française - changer de prénom pour trouver un emploi », *Le Monde diplomatique*, Mars 2000, p. 7
- Nozick 1988 : Robert NOZICK, *Anarchie, État et Utopie*, trad. française, Paris, PUF, 1988
- Ocqueteau et al. : F. OCQUETEAU et F. SOUBIRAN-PAILLET dir., *Norme, règle, habitus et droit chez Bourdieu*, *Revue Droit et Société*, n°32, Paris, LGDJ, 1996
- Ost & Van Hoecke 1998 : François OST & Mark van HOECKE dir., *Temps et Droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, (Bruylant), 1998
- Ost & v. d. Kerchove 1988 : François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988
- Ost & v. d. Kerchove 1991 : François OST, Michel van de KERCHOVE, « Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit ? », *Revue Droit et Société* n° 17/18, Paris, LGDJ, 1991, pp. 173–205
- Ost 1995 : François OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », 1995, 346 p.
- Page (de) 1925 : Henri DE PAGE, *De l'interprétation des lois*, Payot, 1925, 2 vol. rééd. en 1 vol., Bruxelles, Swinnen, 1978, II, p.108
- Parini 1997 : Lorena PARINI, *La politique d'asile en Suisse. Une perspective systémique*, Paris, Ed. L'Harmattan, 1997, 223 p.
- Parisse & al. 1999 : Christophe PARISSÉ & Evelyne ANDREWSKY, *Dynamique lexicale et cognition*, <http://www.mcxapc.org/ateliers/19/namurcp.htm>, 1999

- Parret 1988 : Herman PARRET, « Au-delà de la rhétorique du juridique : justifier par l'éthique, légitimer par l'esthétique », in *Revue Droit et Société* n°8, Paris. LGDJ, 1988, pp. 77-89
- Passeron 1991 : Jean-Claude PASSERON, *Le raisonnement sociologique - L'espace non-poppérien du raisonnement naturel*, Paris, Nathan, 1991, 408 p.
- Penrose 1995 : Roger PENROSE, *Les ombres de l'esprit. A la recherche d'une science de la conscience*, Trad. de l'anglais par Christian Jeanmougin, InterEditions. Paris. 1995. 461 pages
- Perelman 1958 : Chaïm PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique*, Paris, PUF, 1958
- Perelman 1970 : Chaïm PERELMAN, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Institut de Sociologie, 1970
- Perrin 1990 : J.F. PERRIN, *Règles*, Archives de Philosophie du Droit, Paris, PUF, 1990
- Piaget 1977 : Jean PIAGET, *La construction du réel chez l'enfant*, Delachaux & Niestlé, Neuchâtel - Paris, 1977
- Piaget & Chomsky 1979 : Jean PIAGET et Norman CHOMSKY (Le débat entre), *Théories du langage, théories de l'apprentissage*, Paris, Seuil, 1979
- Pinaon & Pinaon 1997 : Michel PINAON et Monique CHARLOT-PINAON, *Voyage en grande bourgeoisie. Journal d'enquête*, PUF, 1997
- Pitois & Vivant 1996 : Thierry PITOIS et Michel VIVANT, « La technique au cœur du brevet : un concept social évolutif », in *Revue Droit et Société* n° 32, Paris, LGDJ, 1996, pp. 117-130
- Pitrat 1990 : Jacques PITRAT, *Méta-connaissance*, 1990
- Pitrat 1995 : Jacques PITRAT, *De la machine à l'intelligence*, Ed. Hermès. Paris, 1995. 134 p.
- Poincaré : R. POINCARÉ, *Œuvres complètes*, Paris, La pléiade, 1962
- Porret 1997 : *Beccaria et la culture juridique des Lumières (Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1994)*, Michel PORRET (éd.), Genève, Droz, coll. « Travaux d'histoire éthico-politique », 1997, 316 p.
- Porret 1995 : *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Michel PORRET, Genève, Droz, coll. « Travaux d'histoire éthico-politique », 1995, 562 p.
- Prigogine 1996 : Ilya PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, Paris, Ed. Odile Jacob coll. Sciences, 1996, 224 p.
- Puchta 1871 : G. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 7^e éd., Leipzig, 1871, t. 1, § 14 et 15, trad. A. Dufour, in *La théorie des sources du droit dans l'Ecole historique*, Archives de Philosophie du droit, t. 27, 1982, pp. 85-119)
- Ramonet 1997 : Ignacio RAMONET, « Les régimes globalitaires », in *Le Monde diplomatique*, Janvier 1997, page 1
- Ramonet 2000 : Ignacio RAMONET « Un délicieux despotisme », *L'amérique dans les têtes*, *Le Monde Diplomatique*, mai 2000, <http://www.monde-diplomatique.fr/2000/05/RAMONET/e3.html>
- Raz 1970 : John RAZ, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970

- Roché 1996 : Sebastian ROCHÉ, *La société incivile. Qu'est-ce que l'insécurité ?*, Paris, Seuil, coll. « L'épreuve des faits », 1996, 245 p.
- Romano 1975 : Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975
- Roos 1998 : Nikolas ROOS « On Crime and Time », François OST & Mark van HOECKE dir., *Temps et Droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, (Bruylant), 1998 pp. 385-424
- Rosnay (de) 1995 : Joël de ROSNAY, *L'homme symbiotique ; regards sur le troisième millénaire*, Editions du Seuil, Paris, 1995. 350 p.
- Rouchier 1996 : Juliette ROUCHIER, *Une modélisation du potlatch à l'aide des systèmes multi-agents*, Actes du colloque ORSTOM de Mèze, 16-19 juin 1996, <http://reds.msh-paris.fr/communic/viabilit/rouchier.htm>
- Rouland 1994 : Norbert ROULAND, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Revue Droit et Société* n°27, 1994, pp. 380-415
- Ruelle 1992 : David RUELLE, *Déterminisme et prédictibilité*, in *L'ordre du chaos*, Bibliothèque Pour la Science, Paris, Belin, 1992,
- Ruyssen 1920 : Théodore RUYSSSEN, *De la guerre au droit*, Paris, Alcan, 1920
- Sadoun 1994 : Natacha SADOON, « La double médiatisation dans l'« affaire OM-Valenciennes », *Revue Droit et Société* n° 26, Paris, LGDJ, 1994
- Sallaberry 1998 : Jean-Claude SALLABERRY, *Groupe, création et alternance*, Paris, L'Harmattan, 1998, collection "Cognition et formation", 228 pages.
- Scarpelli 1996 : Umberto SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1996, XII +, note Agostini *Revue Droit et Société* n°36-37, 1997, p. 459
- Schlanger 1971 : J. SCHLANGER, *Les métaphores de l'organisme*, Paris, Vrin, 1971
- Serverin 1993 : Évelyne SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », in *Revue Droit et Société* n° 25, Paris, LGDJ, 1993, pp. 339-349
- Shirai & Tsujii 1987 : Yohshiari SHIRAI et Jun-ichi TSUJII, *Intelligence artificielle, concepts, techniques et application*, trad. de l'anglais par E. Schomberg, Paris, Eyrolles, 1987
- Simon 1990 : H.A. SIMON, *Sciences des systèmes, sciences de l'artificiel*, Préf. de H A Simon pour l'éd. française ; trad. et postface de J.L. Le Moigne, Paris, Dunod, 1990, 229 p.
- Simon 1997 : H.A. SIMON, *Administrative Behavior. a study of the Decision-Making Processes in Administrative Organizations*. Fourth Edition, The Free Press. N.Y. 1997. 368 p.
- Soubiran-Paillet 1992 : Francine SOUBIRAN-PAILLET, *Droit, ordre social et personne morale au XIX e siècle : la genèse des syndicats ouvriers. T.1 : L'agrégation d'intérêts chez les ouvriers de 1791 au Coup d'État de 1851*. (Collaboration pour le recueil de données : Pierre LENOEL et Claude SCHKOLNYK), Paris, CESDIP, 1992, 291 p. (Coll. Déviance et contrôle social, n° 57)
- Soulier 1991 : Gérard SOULIER, « Le théâtre et le procès », in *Revue Droit et Société* n° 17/18, Paris, LGDJ, 1991
- de Sousa Santos 1988 : Boaventura de SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée

- Pour une conception post-moderne du droit », *Revue Droit et Société*, n° 10, 1988, p. 363-388
- de Sousa Santos 1997 : Boaventura de SOUSA SANTOS, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », *Revue Droit et Société* n°35, Paris, LGDJ, 1997, pp. 79-96
- Stengers 1997 : Isabelle STENGERS, *Sciences et pouvoirs*, Paris, La Découverte, 1997
- Tardieu 1999 : Bruno TARDIEU, *De l'impasse à la réciprocité : comment forger l'alliance entre les plus démunis et la société*, Document du Conseil Scientifique MCX, 1999, <http://www.mcxapc.org/conseil/tardieu1.htm>
- Teubner 1982 : Gunter TEUBNER, « Reflexives Recht », in ARSP, LXVIII, 1982, pp. 13 s.
- Teubner 1993 : Gunter TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, (trad. de l'allemand), Paris, PUF Coll. Les voies du droit, 1993
- Terré 1994 : François TERRÉ (dir.), *Le suicide*, Paris, PUF, coll. " Droit, éthique, société ", 1994
- Thévenaz 1986 : Henri THÉVENAZ « Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen », *Revue Droit et Société* n°4, Paris, LGDJ, 1986
- Thom 1977 : René THOM, *Stabilité structurelle et morphogénèse*, Paris, Interéditions, 1977, 351 p.
- Thom 1993 : René THOM, *Prédire n'est pas expliquer*, Paris, Flammarion, coll. Champs, 1993, 171 p.
- Timsit 1991 : Gérard TIMSIT, *Les Noms de la loi*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1991
- Tinbergen 1971 : N. TINBERGEN, *Etudes de l'instinct*, Paris, Payot, 1971
- Touraine 1993 : Alain TOURAINE, *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1993
- Tricoire et al. 1993 : Bruno TRICOIRE, Marcelle MAUGIN, André ROBERT, *Le travail social à l'épreuve des violences modernes*, Ed. de l'Harmattan, Collection "Logiques sociales", 1993
- Troper 1985 : Michel TROPER, « Le positivisme juridique », in *Revue de synthèse*, IIIe S. N° 118-119, avril-septembre 1985, pp. 187-204
- Troper et al. 1993 : GRZEGORCZYCK Christophe, MICHAUT Françoise et TROPER Michel, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ (Coll. Story Scientia), 1993, 536 p.
- Troper 1994 : Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1994
- Udry 1996 : Charles-André UDRY « Von Hayek : des postulats largement diffusés ; un pèlerin prosélyte », 1996, http://www.fastnet.ch/PAGE2/p2_neolib_udry.html#1
- Valensin 1921 : Albert VALENSIN, *Traité de droit naturel, T.1 Les principes*, Paris, Ed. Spes, 1921 ; disponible sur <http://reds.msh-paris.fr/communic/droinat.htm>
- Van Parijs 1991 : Philippe VAN PARIJS, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Paris. Seuil, Coll. La couleur des idées, 1991
- Van Parijs 1991 : Philippe VAN PARIJS, « Les deux écologismes », épilogue à Ph. VAN PARIJS et F. DE ROOSE, *La pensée écologiste*, Bruxelles, De Broeck

- Université, 1991
- Varela 1989 : Francisco VARELA, *Autonomie et connaissance, Essai sur le vivant*, trad. P. Bourguine et P. Dumouchel, Paris, Seuil, Coll. la couleur des idées, 1989,
- Varga 1985 : Csaba VARGA, « *Domaine "externe" et domaine "interne" en droit* », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, FUSL, 1985/14, p. 25-43.
- Vignaux 1989 : G. VIGNAUX, « *Argumentation et discours de la norme* », *Langages*, n° 53, 1979
- Vullierme 1989 : Jean-Pierre VUILLERME, *Le concept de système politique*, Paris, PUF Coll. Politique d'aujourd'hui, 1989
- Vygotski 1985 : L. VYGOTSLI, *Pensée et langage*, trad. F. Sève, Paris, Messidor, 1985
- Ward & Dubos 1972 : B. WARD et R. DUBOS, *Nous n'avons qu'une terre*, Paris, Denoël, 1972
- Watzlawick et al. 1972 : Paul WATZLAWICK, Janet HELMICK-BEAVIN, Don D. JACKSON, *Une logique de la communication*, Paris, Seuil, 1972
- Weisbuch & al. 1996 : Gérard WEISBUCH et Guillemette DUCHATEAU-NGUYEN, « *Une modélisation intégrant des composantes culturelles de l'interaction Nature-Société* », in *Sciences Natures et Sociétés*, 1996, 4, 52-57 ; <http://www.lps.ens.fr/~weisbuch/nss/nss12.html>
- Wilson 1974 : Kenneth WILSON, *Critical phenomena in 3.99 Dimensions in Physical*, vol. 73, n°1, pp. 119-128, 1^{er} avril 1974
- Wilson 1992 : Kenneth WILSON, *Les phénomènes physiques et les échelles de longueur*, in *L'ordre du chaos*, Bibliothèque Pour la science, Paris, Belin, 1992
- Wróblewski 1979 : Jerzy WRÓBLEWSKI, « *A Model of Rational Law-Making* », in *ARSP*, 2, 1979
- Wróblewski 1988 : Jerzy WRÓBLEWSKI, « *Les langages juridiques : une typologie* », in *Revue Droit et Société* n° 8, Paris, LGDJ, 1988, pp. 15-30
- Zreik & Trousse 1994 : Khaldoun ZREIK et Brigitte TROUSSE (éd.), *Organisation de la conception*, Editions Europa, Paris, 1994, 316 pages.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION : DE LA SCIENCE DU SIMPLE DROIT À LA SCIENCE D'UN DROIT COMPLEXE 5

<i>Section 1 - Le droit non plus conçu comme un objet isolé, mais coextensif et coévolutif de la société</i>	9
§1. Le droit comme science moderne : un objet de la société.....	9
1. Une science comme les autres.....	9
a. Une autonomie : le positivisme radical.....	10
b. Des carences : l'incapacité à dépasser les limites de son objet.....	11
2. Une science avec les autres.....	16
a. Une méthode en mouvement : de la connaissance à l'action de la connaissance.....	17
b. Un objet en mouvement : du mécanisme au système.....	21
§2. Le droit comme connaissance active : un projet pour la société.....	25
1. Autrefois un objet passif : la voix de l'autorité.....	26
a. L'autorité religieuse et politique.....	26
b. L'autorité (masquée) du positivisme et du jusnaturalisme.....	28
2. Aujourd'hui un objet actif : la voix objective d'une totalité intersubjective.....	33
a. Le droit comme projet d'union globale : harmoniser sans niveler ?.....	36
b. Le droit comme projet d'union durable : stabiliser sans immobiliser ?.....	41
<i>Section 2 - Vers la science d'un droit pseudo-autonome, actif et évolutif</i>	45
§1. Ouverture et hétéronomie : le droit agi.....	46
1. A chaque société, à chaque époque son droit : le triomphe de la <i>représentation</i> ?.....	46
2. Vers une ouverture disciplinaire pour penser le multiple dans le droit.....	51
§2. Fermeture et autonomie : le droit agissant.....	52
1. Une vie propre : le droit autonome.....	52
2. Vers des modèles spécifiques pour penser le droit unitaire agissant dans le multiple.....	54
a. Un modèle de connaissance collective.....	55
b. Un modèle de représentation institutionnelle.....	58
c. Un modèle de coévolution.....	58
d. Un modèle du projet global(ement) construit.....	61
e. Vers un modèle de totalisation sans totalitarisme.....	62
§3. Un modèle pseudo-autonome : le droit, régulateur régulé.....	63
<i>Section 3 - Un paradigme pour penser le modèle du droit : la complexité</i>	66
§1. La complexité, expression de deux façons concomitantes de concevoir le réel.....	71
1. L'école de la « complexité-simplicité ».....	71
2. L'école de la « complexité-autonomie ».....	73
3. Le paradigme inforgétique, paradigme reliant.....	75
§2. La complexité, un paradigme conçu dans et pour l'action.....	76
1. Une ouverture : l' <i>Unitas multiplex</i>	76
2. Penser l'adéquation du modèle au projet : la décision juridique complexe.....	78
3. Une intelligence stratégique : comprendre l'agi pour agir l'agissant, ou l'art de piloter un régulateur en construisant ses représentations.....	83
<i>Section 4 - Plan : intelligence d'un modèle complexe</i>	86
1. Modèle morphogénétique du couple droit-société.....	86
2. Plan général : un modèle en action.....	89

TITRE 1 - L'ORDRE JURIDIQUE, PRODUIT COMPLEXE D'INTERACTIONS SOCIALES..... 90

CHAPITRE 1 - AVANT LE DROIT : DES FACTEURS QUI INDUISENT LES TRANSFORMATIONS JURIDIQUES.....	97
<i>Section 1 - Facteurs issus des simples interactions entre les sujets de droit</i>	99
§1. Au cœur des interactions : le sujet cogitant autonome.....	100
1. Fonction homéostatique de base.....	100
2. Fonctions cognitives et métacognitives.....	103
3. Action et organisation interne : l'organisaCtion.....	107
4. La décision complexe : bien résoudre un problème, c'est surtout bien construire sa représentation.....	110
§2. Prolégomènes méthodologiques : de l'inadéquation d'une distinction entre juridique et non-juridique dans le cadre d'une perspective diachronique.....	115
1. Une inadéquation révélée par le fossé qui sépare pratique et enseignement du droit.....	116
2. Une inadéquation qui frappe certaines distinctions ontologiques.....	119
a. La loi de Hume, ou la distinction de l'être et du devoir-être.....	120
i. L'empreinte des faits.....	120
ii. La présence implicite de la volonté.....	124

iii. Logique et raison	125
b. Règles constitutives et règles normatives	130
§3. Le juridique émergeant du non-juridique (théorie de l'émergence).....	133
1. Figures d'émergence en sciences cognitives : analogie et mémoire.....	134
2. Figures d'émergence en sciences sociales : communication et formes	136
a. Figures simples : mimesis et agrégation	138
b. Figures complexes : spécularité et adaptation	141
c. Figures juridiques : similitudes et disparités.....	149
<i>Section 2 - Facteurs résultant des interactions complexes entre le droit et ses sujets.....</i>	<i>152</i>
§1. Le droit altéré par ses sujets.....	153
1. Le droit altéré par le sujet cogitant	154
2. Le droit altéré par la totalité des sujets : infra-droit, droit vulgaire et avant-dire droit	159
§2. Les sujets altérés par leur droit : le cas du « double bind » juridique.....	165
1. Le double bind, figure multidisciplinaire.....	166
2. Les effets paradoxaux du <i>double bind</i>	171
a. Le droit désordonnant.....	172
b. L'ordre du droit par le bruit social	178
CHAPITRE 2 - APRÈS LE DROIT : COMPRENDRE LES RÉACTIONS ET ORGANISER LES DÉSÉQUILIBRES	182
<i>Section 1 - Un outil probabiliste pour décrire : le modèle d'Ising.....</i>	<i>183</i>
§1. Les limites métaphoriques d'un modèle semi-réductionniste	183
1. Des paramètres présumés constants... ou communs.....	184
a. Rationalité, espace et temps.....	185
i. Irrationalité individuelle, rationalité globale.....	185
ii. Un espace uniforme	188
iii. Un temps public et logique.....	192
b. Crédibilité d'une connaissance présumée transparente	197
2. Modèles quantitatifs contre modèles qualitatifs ; explication contre compréhension	200
§2. Le modèle d'Ising comme métaphore socio-juridique	202
1. Comprendre et anticiper une perception	202
a. Température et susceptibilité sociales.....	202
b. Le théorème de Von Foerster	205
2. Des outils pour légiférer	208
a. Le contrôle des structures.....	208
b. La maîtrise des individus.....	212
<i>Section 2 - Un outil paradoxal de régulation : le conflit.....</i>	<i>217</i>
§1. Le conflit artificiel : diviser pour régner	218
1. « Diviser simple » pour affaiblir	219
2. « Diviser complexe » pour renforcer.....	220
§2. Le conflit spontané : rupture et ordre nouveau	223
1. La théorie des catastrophes.....	224
2. L'ordre nouveau, produit du désordre ancien.....	228
TITRE 2 - L'ORDRE JURIDIQUE, PRODUCTEUR DE COMPLEXITÉ	235
CHAPITRE 1 - L'ORDRE JURIDIQUE PRODUCTEUR DE COMPLEXITÉ DANS LES INTERACTIONS SOCIALES.....	236
<i>Section 1 - Le droit créé : un produit perçu complexe au fonctionnement simple.....</i>	<i>237</i>
§1. Complexité perçue de l'objet Droit.....	238
1. Non-dit, réseaux et superstructure	242
a. Opacité discriminante et évitement du désordre	242
b. Réseaux et superstructure	244
2. L'accroissement de la complexité.....	248
a. La règle juridique, connaissance actionnable temporalisée	249
b. La règle juridique, connaissance réorganisante	256
§2. Simplicité de fonctionnement : l'irréversible bouclage.....	260
1. Bouclage de la connaissance : le <i>Common Knowledge</i> et l'Autre	262
2. Bouclage de l'action : les stratégies de la mimesis	268
a. Mimesis et bouc émissaire.....	268
b. Mimesis et schismogénèses	270
<i>Section 2 - Le droit appliqué : des normes complexes pour réguler l'Unitas multiplex.....</i>	<i>275</i>
§1. Dépasser le paradigme de la commande	275
1. Régulation ET libre-échange ? De l'art de « réguler juste ».....	277
a. Exposé d'un problème : le modèle ambivalent de la rareté	277
b. Réguler la rareté	279
2. Une théorie complexe pour l'Unitas Multiplex	286
a. Le juge contre le législateur : qui crée le droit ?	287
b. Théorie complexe des normes	293

§2. Affronter le paradoxe du projet commun : unifier pour re-différencier	299
1. Logique des constructions « contre », ordres désordonneurs	300
2. De l'inconcevable projet global : les avatars de la « régulation écologique »	304
a. La régulation écologique, paradoxe pour le droit	304
b. Le modèle fondamentaliste	306
c. Le modèle autoritaire	308
d. Les modèles démocratiques	311
CHAPITRE 2 - L'ORDRE JURIDIQUE, PRODUCTEUR DE LUI-MÊME PAR LA COMPLEXITÉ	320
<i>Section 1 - L'ordre global, phénomène pseudo-autonome</i>	324
§1. Un système régulateur « vivant »	324
1. Une autonomie : un système clos mais adaptatif	325
a. Fermeture sur la connaissance	327
b. Ouverture sur l'action	333
i. Couplage et communication	334
ii. L'adaptation à l'environnement	335
2. Une hétéronomie : la finalité du droit	338
a. De l'ordre social comme finalité : une certaine conception de la Justice	339
b. D'une structure de finalités dans l'ordre juridique : une caractéristique du droit	341
§2. Conséquences de la pseudo-autonomie juridique	345
1. Le mythe de l'autorégulation : Marché contre Etat	346
a. La main invisible, ou l'ordre par la complexité	347
b. L'Etat et les institutions, ou l'ordre par la direction	349
2. Effets pervers et contre-effets	354
a. Un phénomène mécanique dû à la rationalisation simplifiante : le paradoxe du désordre acceptable	355
b. Les spécificités du système juridique	358
<i>Section 2 - La raison juridique, ordre de l'ordre</i>	362
§1. Un mécanisme complexe et dialogique	363
1. Raison juridique <i>versus</i> autonomie juridique	363
2. Intérêt et portée de la raison juridique	368
§2. La Raison juridique en action	372
1. Des raisons stabilisées	373
2. Des raisons en quête de stabilisation	377
CONCLUSION GÉNÉRALE : LE PARADIGME DE LA COMPLEXITÉ, UN OUTIL POUR SAVOIR, C'EST-À-DIRE POUR FAIRE.	384
AXIOMES ET THÉORÈMES	387
BIBLIOGRAPHIE	388
TABLE DES MATIERES	406

TABLE DES ILLUSTRATIONS

FIGURE 1 - MODÈLE D'ÉVOLUTION JURIDIQUE COMPLEXE	64
FIGURE 2 - QUELQUES STRUCTURES DE CONNEXIONS ENTRE CINQ POINTS	66
FIGURE 3 - LA COMPLEXITÉ-SIMPLICITÉ : EXEMPLE DES STRUCTURES DISSIPATIVES	72
FIGURE 4 - MODÈLE CANONIQUE DE L'ORGANISATION.....	108
FIGURE 5 - MODÈLE CANONIQUE DU PROCESSUS DE DÉCISION-RÉSOLUTION ORGANISATIONNELLE (À PARTIR DE J.- L. LE MOIGNE)	113
FIGURE 6- LE DROIT ET DE SON ENVIRONNEMENT FACTUEL (MORPHOGÉNÈSE SIMPLIFIÉE)	121
FIGURE 7 - LOI DE HUME : PAS DE PRESCRIPTION SANS VOLONTÉ	128
FIGURE 8 - LA DISTINCTION ENTRE RÈGLES NORMATIVES ET CONSTITUTIVES.....	130
FIGURE 9 - LE MODÈLE CANONIQUE O.I.D.	155
FIGURE 10 - CHAMP VULGAIRE ET INSTITUTIONS SELON ARNAUD (1981)	162
FIGURE 11 - LA DÉCONSTRUCTION SELON DUPUY	170
FIGURE 12 - CHAQUE SYSTÈME CONSTITUE L'ENVIRONNEMENT DE SON SOUS-SYSTÈME	179
FIGURE 13 - MODÈLE EN "DEMI-VOLCAN" DE L'EXPLOITATION DES RESSOURCES RENOUVELABLES.....	278
FIGURE 14 - ORGANISATION D'UNE RÉGULATION PSEUDO-AUTONOME	345
FIGURE 15 - LA RAISON JURIDIQUE, UN CONCEPT PLURIDISCIPLINAIRE	377

TABLEAUX

TABLEAU 1 - CARACTÉRISTIQUES DU « NOUVEAU PARADIGME »	23
TABLEAU 2 - CONNAISSANCE ET MÉTA-CONNAISSANCE.....	104
TABLEAU 3 - HÉTÉRONOMIE ET AUTONOMIE.....	329
TABLEAU 4 - TYPE DE CONTRAINTE POUR LA TRANSPOSITION DE NORMES	342

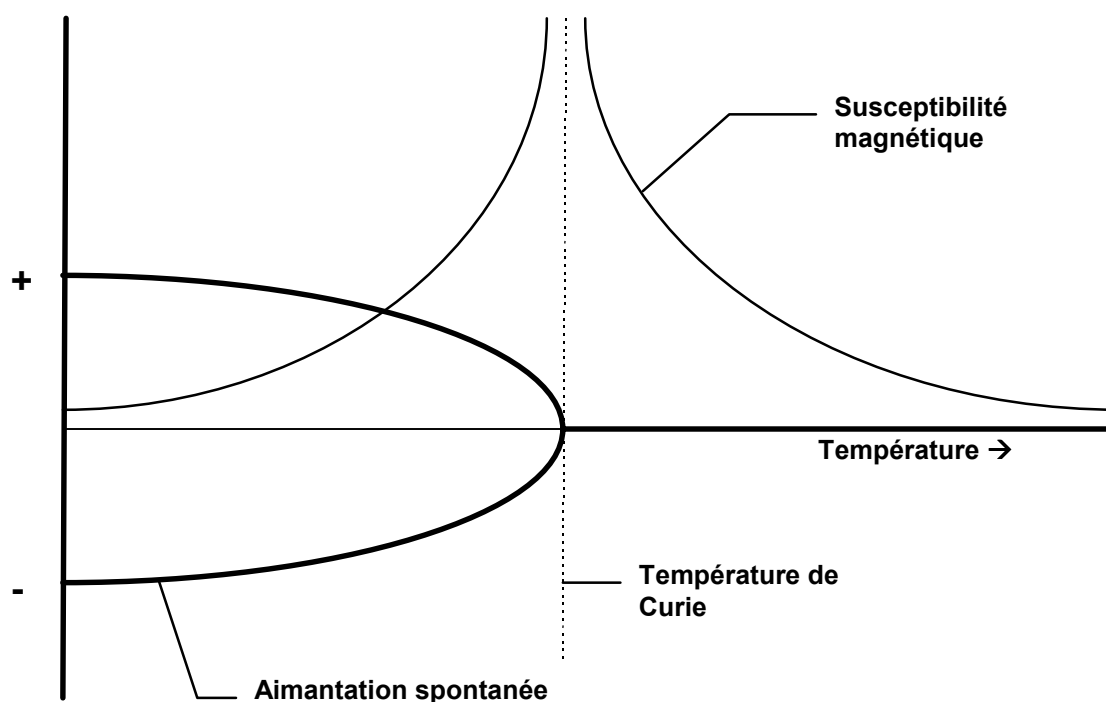
ANNEXES

1 - LE MODELE D'ISING	410
2 - LA LOI DE HUME.....	422
3 - LE THÉORÈME DE GÖDEL	430
4 - LES ATTRACTEURS ÉTRANGES	433
5 - LE « PARADOXE » DE L'ÉTAT, FIGURE COMPLEXE.....	437
6 - LES OBJETS FRACTALS	453

Annexe 1 - Le modèle d'Ising

Inventé dans les années 1920 par les physiciens allemands Wilhem Lenz et Ernest Ising, ce qui est connu sous le nom de *modèle d'Ising* est un modèle quantique qui permet de rendre compte de phénomènes physiques connus depuis longtemps mais auxquels les méthodes analytiques classiques n'apportaient pas de réponse satisfaisante.

On savait depuis Curie, par exemple, qu'un aimant connaît sa plus forte aimantation au zéro absolu ($-273,15^{\circ}\text{C}$). Il est alors totalement aimanté positivement ou négativement. Mais si on le réchauffe, il perd petit à petit de cette aimantation, jusqu'à une certaine température, où elle disparaît complètement. Mais le phénomène est réversible : s'il se refroidit et repasse en-dessous de cette température, il redevient subitement aimanté. Là encore, positivement ou négativement, et de manière difficilement prévisible.



L'**aimantation** d'un corps ferromagnétique commence brusquement à la température de Curie. Au-dessus de cette température, il y a autant de *spins* (élément représentant l'orientation des électrons) dirigés vers le haut que de vers le bas, si bien que l'aimantation est nulle. A toute température inférieure à la température de Curie, il existe deux états d'aimantation possibles selon que la majorité des *spins* est dirigée vers le bas ou vers le haut. En l'absence de tout champ magnétique externe, ces deux états sont également probables. La susceptibilité magnétique d'un corps ferromagnétique mesure la variation de l'aimantation induite par un petit champ magnétique externe. Au point de Curie, la susceptibilité devient infinie ; près du point de Curie, une petite variation de la température ou du champ externe modifie beaucoup l'aimantation.

Cette température, sorte de barrière comportementale des métaux ferreux, fut baptisée *température de Curie*, en hommage à Pierre Curie, qui l'étudia au début du siècle. On connaissait le phénomène, mais il n'était pas vraiment possible d'expliquer pourquoi, si on les

refroidit en dessous de leur température de Curie, les métaux ferreux acquièrent spontanément et brutalement une aimantation permanente¹. L'aimantation avait de toute évidence un rapport avec la température, mais pourquoi n'était-ce pas une proportion continue ? Pourquoi y avait-il cette transition brutale lors du passage de la température de Curie ?

Ce sont ces questions auxquelles le modèle d'Ising apporta une réponse quantitative.

A1 - 1. Description organique du modèle d'Ising

L'explication d'un changement brutal lors du passage par une température donnée, identique selon la nature des matériaux, n'est pas possible au niveau macroscopique, l'aimantation n'ayant pas de rapport linéaire avec la température. L'observation montre seulement qu'en refroidissant le solide depuis de hautes températures, l'aimantation apparaît brutalement après le passage du point de Curie, et croît ensuite lentement vers son maximum au fur et à mesure que la température se rapproche, sans rapport apparent avec la diminution de température.

Il fallut donc considérer le niveau microscopique, c'est-à-dire celui des atomes. Le modèle d'Ising est basé sur l'étude de leur comportement collectif.

- Chaque atome est composé d'électrons, chaque électron possédant un moment cinétique nommé *spin*. Il n'est pas nécessaire, dans le cadre de cette étude, de décrire en détail ce qu'est un spin. Par convention et pour les besoins de notre illustration, nous admettrons que si le spin est orienté vers le haut, l'attraction de l'aimant est positive, négative si le spin est orienté vers le bas.
- Chaque atome est intellectuellement placé sur une grille quadrillée (dans le modèle d'Ising dit à deux dimensions). Dans la réalité les atomes sont alignés sur trois dimensions, et l'on peut concevoir des modèles comportant plus de dimensions encore, mais le modèle à deux dimensions offre le double avantage d'être simple à comprendre et à résoudre.
- Chaque atome est alors en relation avec ses voisins, qu'il influence et par qui il est influencé. Cette influence, nommée *corrélacion*, varie selon la température et s'exprime en termes de perturbations : « *On dira que des spins sont corrélés si, en inversant l'orientation du spin fixé, du haut vers le bas, on observe une augmentation du nombre de spins dirigés du haut vers le bas* »².
- La plus grande distance à laquelle on peut observer une corrélation s'appelle la *longueur de corrélation*. Des régions séparées par une longueur supérieure à la longueur de corrélation sont indépendantes.

¹ La température de Curie du fer, par exemple, est de 1044°K, soit 771°C. En-deça le fer possède une aimantation spontanée, au-delà non.

² Kenneth WILSON, *Les phénomènes physiques et les échelles de longueur*, in *L'ordre du chaos*, Bibliothèque Pour la science, Paris, Belin, 1992, p. 86.

- La force avec laquelle deux atomes sont corrélés s'appelle la *force de corrélation*. Elle s'exprime en termes de probabilités (probabilité pour que la modification de l'état d'un spin affecte ses voisins corrélés).
- La force de corrélation (K) est définie, dans le modèle, comme l'inverse de la température (T). On a $K=1/T$.

Il n'est pas dans l'objet de cette étude de détailler de façon précise comment les méthodes mathématiques modernes, appuyées par de puissants ordinateurs, ont permis de donner depuis quarante ans des représentations et des interprétations très sophistiquées de ce modèle et de ses dérivés à plusieurs dimensions. Mais nous pouvons tirer des enseignements intéressants de l'observation du comportement d'un tel système, maintenant bien connu.

A1 - 2. Description fonctionnelle du modèle d'Ising

Si le comportement du modèle d'Ising au voisinage du point critique est assez contre-intuitif, il est plus aisé à décrire aux températures extrêmes, loin de celui-ci.

Dans un réseau à très hautes températures, la longueur de corrélation est très faible. L'orientation des spins se fait à peu près au hasard, si bien que le nombre de ceux orientés vers le haut est égal à celui de ceux orientés vers le bas ; de ce fait, l'aimantation est nulle. Au fur et à mesure que la température décroît (donc que la force de couplage croît), apparaissent des corrélations, à des distances de plus en plus grande. Elles se manifestent sous la forme de fluctuations de spins ou de « paquets » de spins, (de petites dimensions) dont la plupart sont orientées dans la même direction. A grande échelle l'aimantation est encore nulle, mais la structure du réseau diffère notablement de la structure à température élevée.

Au fur et à mesure qu'on se rapproche de la température de Curie, la longueur de corrélation croît rapidement. Les interactions fondamentales qui régissent le modèle n'ont pas changé, elles n'affectent toujours que leurs voisins immédiats, mais l'amplitude des forces à courte portée ont engendré un ordre à grande échelle. Ce qui est le plus significatif dans l'augmentation de la longueur de corrélation, c'est que **les petites variations ne disparaissent pas lorsque les variations de grande taille se développent : elles deviennent simplement une structure plus fine qui se superpose à la structure à plus grande échelle**. Les plus grandes régions ne sont pas des alignements uniformes de spins, elles renferment beaucoup de variations plus petites et on ne peut les distinguer que parce qu'elles ont un excès de spins dans une direction. Ainsi un océan de spins, dont la plupart sont dirigés vers le haut, peut renfermer des îles où la plupart des spins sont dirigés vers le bas ; ces îles peuvent à leur tour renfermer un lac dont les spins sont dirigés vers le haut, lequel peut lui-même comporter un îlot où les spins sont dirigés vers le bas... On peut continuer pour arriver à l'échelle la plus petite possible : un spin unique.

Lorsque la température est égale à la température de Curie, la longueur de corrélation devient infinie. Deux spins quelconques sont corrélés quelle que soit la longueur qui les sépare. Néanmoins, **toutes les variations à plus petite échelle subsistent**. Le système est toujours sans aimantation, mais il est extrêmement sensible aux petites perturbations. Quand on maintient, par exemple, un spin dans une direction fixée, on crée une perturbation qui s'étend à tout le réseau et donne une aimantation à tout le système.

Juste au-dessous du point de Curie, le système possède une aimantation, même en l'absence de perturbation extérieure, mais l'aspect du réseau ne subit pas de changement. Les fluctuations à petite échelle subsistent ; il y a toujours des lacs et des îlots de spins opposés. On ne peut dire s'il y a ou non aimantation en regardant seulement le réseau. C'est seulement quand on refroidit encore plus le système que la dissymétrie devient évidente : l'accroissement de la force de couplage augmente le nombre de spins qui se conforment à la majorité. Au zéro absolu, on atteint l'uniformité totale³.

Ainsi se décrit le comportement du modèle d'Ising, que les observations pratiques corroborent largement. Il n'entre pas dans l'objet de cette étude de continuer les développements des physiciens quantiques. Disons simplement que, leurs outils étant essentiellement probabilistes, ils se voient rapidement confrontés à un problème de puissance de calcul. A titre d'exemple, pour étudier le comportement, à une température proche du point de Curie, d'une surface de 100 x 100 électrons (soit 10 000 noeuds, ce qui est une surface infime), il faudrait calculer la probabilité de $2^{10\ 000}$ configurations possible (ce qui donne approximativement 10^{3000} , c'est-à-dire le chiffre 10 suivi de 3000 zéros). « *L'ordinateur le plus puissant qu'on puisse imaginer est incapable de faire un tel calcul. Même s'il avait commencé à l'époque du « big bang », qui a marqué le début de l'univers, il n'aurait pas encore fait une partie appréciable du travail.* ». Leurs efforts se sont donc portés, avec succès, vers des méthodes mathématiques permettant de contourner ces difficultés.

Il en est résulté des modèles probabilistes particulièrement puissants, permettant de déduire en un temps raisonnable les propriétés macroscopiques d'un modèle microscopique, modèles qui peuvent servir métaphoriquement dans quelques hypothèses qui, bien que restreintes, n'en sont pas moins crédibles en sciences humaines.

A1 - 3. Un développement du modèle d'Ising : le groupe de renormalisation

La physique cherchant essentiellement à déduire les propriétés macroscopiques d'un modèle à partir de ses propriétés microscopiques, les recherches se sont orientées vers la description à moindre coût de phénomènes physiques étagés sur de vastes *échelles de longueur*. La nature se caractérise en effet par le nombre des ordres de grandeur que l'on peut y trouver. On peut observer des courants océaniques longs de plusieurs milliers de kilomètres qui sont des phénomènes à l'échelle du globe, mais aussi des vagues dont la portée va d'une fraction de centimètre à quelques mètres. Considérant que l'eau de mer est une agglomération de molécules ayant une longueur caractéristique de l'ordre de 10^{-8} centimètres, les physiciens considèrent que les phénomènes marins s'étagent sur 17 échelles de longueur.

³ Pour une description détaillée du modèle d'Ising, de son comportement et des méthodes utilisées pour calculer ces fluctuations quantiques, cf. Kenneth WILSON, *Les phénomènes physiques et les échelles de longueur*, *op. cit.*, p. 87

En général, deux phénomènes dont les grandeurs caractéristiques sont très différentes ont peu d'influence l'un sur l'autre ; on peut ainsi les étudier séparément. Par exemple, l'interaction de deux molécules d'eau voisines est la même, qu'elle se situe dans un océan ou dans un verre d'eau. On peut aussi décrire de manière très précise une vague sur un océan, sans avoir à tenir compte de la structure moléculaire de l'eau. Le succès de la plupart des théories classiques vient de ce qu'elles ont su limiter leur champ d'étude à une certaine échelle de longueur et ignorer le reste. S'il avait fallu tenir compte, dans les équations de l'hydrodynamique, du mouvement de chaque molécule d'eau, la science du XX^e siècle aurait été incapable d'élaborer une théorie des vagues.

Mais divers penseurs contemporains ont dénoncé le caractère artificiel de cette démarche, généralement dénoncée sous le terme un peu générique de réductionnisme. Le positivisme fondamental de cette démarche se présentant comme une mutilation, dépasser les succès techniques pour s'interroger sur leurs répercussions devenait impératif pour une *écologie de la pensée* (G. Bateson), tant il est vrai que *prédire n'est pas expliquer* (R. Thom). Le courant de pensée constructiviste découle directement d'une telle critique ; le quantitatif ne saurait durablement se substituer au qualitatif.

Ce courant de pensée recoupa celui de la physique quantique, qui étudiait les phénomènes critiques. On savait en effet qu'à certaines températures, la barrière des échelles de longueur s'estompait et que des phénomènes pouvaient produire des effets se répercutant sur de nombreuses échelles de longueur. Mais le courant constructiviste adopta une ligne qualitative (ou compréhensive), tandis que les modèles quantiques restaient plus classiquement quantitatifs (probabilistes).

Ainsi la méthode du groupe de renormalisation, outil mathématique développé par le physicien Kenneth Wilson, et qui lui valut le prix Nobel en 1974, est une méthode très astucieuse, qui mêle intimement valeurs et processus, mais reste fondamentalement qualitative. On imite ainsi la complexité, dont les modèles informatiques peuvent donner une bonne approximation.

Le principe, cartésien, de la méthode du groupe de renormalisation consiste à découper un grand problème en une suite de questions plus petites et plus maniables, mais d'une manière particulière. Au lieu d'aller chercher l'information dans tous les éléments d'une zone ayant pour taille la longueur de corrélation, on présume homogène la zone, et l'on s'occupe alors de calculer l'influence de cette zone sur les autres zones, ce qui définit une sorte de *métazone* de plus grande échelle, et ainsi de suite. On simplifie ainsi le problème de zone en zone, ce qui évite un grand nombre de calculs. En effet, quand il s'agit de probabilités, le nombre de calculs croît de manière rapide : exponentielle dans les problèmes à deux dimensions, cubique pour trois, et ainsi de suite. La méthode du groupe de renormalisation résout élégamment ce problème. Elle se compare un peu à une méthode de zoom sur un écran d'ordinateur. Chaque point d'image est défini comme la somme des couleurs présentes sur la surface qu'il recouvre. On peut répéter l'opération quasiment à l'infini, jusqu'à n'avoir plus qu'un seul point, uniforme. Evidemment, la transformation inverse n'est plus possible, puisque par la réduction probabiliste, nous avons perdu les informations de petite échelle. Mais l'on peut à moindre coût inférer des propriétés globales d'ensembles connus localement, ce qui n'est pas dénué d'intérêt pour l'étude des comportements collectifs.

La méthode du groupe de renormalisation n'est pas qu'une méthode avancée de sommation et de moyenne. Son originalité vient de son caractère hybride entre analyse

quantitative et synthèse qualitative. Des moyennes sont certes faites sur des petits groupes, mais l'interaction de ces petits groupes est alors recalculée, et la physionomie du système obtenue diffère alors de celle que produirait une réduction analytique simple : les petites interactions ne sont plus négligées, elles sont peu à peu incluses dans des structures plus grosses qui se superposent à elles. La non-réversibilité de l'opération prouve certes que de l'information est perdue, contrairement aux opérations fractales pures (cf. Annexe 4 pour plus de détails sur cette notion). Mais en combinant habilement ces méthodes (probabiliste et fractales) on obtient des approximations très performantes.

Cette voie semble d'ailleurs promise à un brillant avenir. Dans un article récent⁴, un chercheur a avancé l'hypothèse que les mondes physique et quantique seraient reliés par une équation fractale. Le passage entre micro et macrocosme serait donc possible, moyennant un calcul qui semble encore hors de portée des ordinateurs actuels, mais qui permettrait une description exacte des propriétés d'un système donnée, à quelque niveau d'analyse que l'on se trouve.

L'application aux sciences sociales peut encore sembler lointaine, encore que certainement non dénuée d'intérêt. S'il était possible de donner une approximation fractale d'un objet comme la raison juridique ou un état social sur une question donnée, il serait alors possible de déclencher des simulations pour évaluer un résultat à n'importe quelle échelle, allant de l'individu à l'ensemble de l'humanité. Exemple : *le renforcement de la répression fera-t-il baisser le nombre d'accidents sur la route en France ?* Pour apporter une réponse à ce problème, on peut recourir à une estimation basée sur le modèle d'Ising. On intègre dans une équation les paramètres correspondants aux différents seuils de vitesse limitée (10, 20, 50 kilomètres/heure d'excès de vitesse), on affecte ces seuils d'un coefficient (modèle probabiliste) ou équation (modèle fractal) qui détermine pour les agents les règles de transgression et de respect. On peut alors faire une estimation pour savoir quel impact produira telle ou telle mesure législative (influence sur le coefficient de transgression), par simulation. La simulation peut porter sur une population, si les données sont suffisantes concernant les individus, ou de manière plus générale sur un secteur géographique, dont les données seront plus aisées à collecter, par le biais des sociétés d'assurance. D'autres sectorisations sont également possibles, selon les besoins.

Par dégrossissements successifs, on est alors en mesure d'élaborer un modèle plausible de comportement de groupe, même si les données de base sont incomplètes (la probabilité pallie l'opacité du comportement des agents). La méthode déterministe se révèle assez souple pour absorber la contingence. Mais c'est aussi de par ses caractéristiques et ses propriétés que le modèle d'Ising se révèle intéressant pour les sciences sociales.

A1 - 4. Une méthode de calcul originale

Comme il a été exposé précédemment, la méthode du groupe de renormalisation opère de deux manières conjointes : on considère des réseaux de petite taille, que l'on resitue ensuite dans des réseaux de taille supérieure, et l'on répète ainsi l'opération.

⁴ *Pour la science*, août 1996.

Une méthode purement statistique se contenterait de moyennes de grande ampleur, mais la méthode du groupe de renormalisation limite les déperditions d'information engendrées par la réduction : chaque fois qu'un paquet d'éléments est transformé en un élément d'un ensemble plus vaste, ses interactions sont recalculées. C'est là l'originalité de l'opération de *renormalisation*.

Une variante de la méthode du groupe de renormalisation, celle dite du *groupe de spins*, a été découverte par Leo Kadanoff de l'Université de Chicago. Elle a le mérite de faire apparaître clairement les principes de la méthode générale. « *La méthode se décompose en trois étapes fondamentales, chacune d'entre elles devant être répétées un grand nombre de fois. On divise d'abord le réseau en blocs n'ayant que quelques spins chacun ; nous utiliserons des blocs carrés ayant trois spins par côté, si bien que chaque bloc aura neuf spins. On fixe une règle pour calculer le spin moyen de chaque bloc et on remplace chacun de ces blocs par ce spin moyen. Pour faire cette moyenne, on peut par exemple décider de prendre le spin de la majorité. Si cinq spins (ou plus) sont orientés vers le haut, le spin du bloc sera aussi orienté vers le haut ; sinon il sera orienté vers le bas. Après ces deux opérations on obtient un nouveau réseau dont la maille est trois fois plus grande que celle du réseau initial. La troisième étape consiste à réintroduire l'échelle initiale en divisant par trois toutes les dimensions.* »⁵. Mais cette transformation n'est qu'une première étape.

En effet, à des températures proches du point critique, il est nécessaire de considérer des réseaux beaucoup plus grands que neuf spins. Et il faut tenir compte de ce qu'à chaque fois que l'on change d'échelle de longueur, les interactions entre les éléments changent elles aussi.

On recherche alors un nouveau système de couplages. « *Il peut être nécessaire de tenir compte d'une interaction entre les spins qui se trouvent aux extrémités de la diagonale d'un carré. Il peut aussi y avoir une interaction directe entre trois ou quatre spins à la fois et même des couplages de plus grande portée. On peut donc considérer les blocs de spins comme formant un réseau, mais ce réseau est très différent de celui dont on est parti : le réseau des blocs de spins a une température (fictive) différente de celle du réseau d'Ising initial, et ceci principalement parce que les couplages de base ont des valeurs différentes. Une fois que l'on a trouvé un ensemble de couplages donnant une distribution de probabilité correcte pour les blocs de spins, on peut former un nouveau réseau de taille arbitraire.* »⁶. L'opération importante est ici la modification arbitraire des forces de couplage (K). On se souvient que la température est directement fonction de ces forces⁷. L'opération de renormalisation se présente ainsi comme une modification arbitraire de la température, en même temps que le calcul classique de la distribution des probabilités.

On conserve ainsi des informations sur le comportement de plusieurs réseaux de spins, distincts mais néanmoins reliés, dont la longueur caractéristique augmente à chaque itération.

⁵ Kenneth WILSON, *Les phénomènes physiques et les échelles de longueur*, op. cit., p. 96

⁶ *idem*, p. 97

⁷ $T=1/K$.

Ainsi, les variations de faible amplitude sont peu à peu éliminées, et les plus fortes mise en exergue. A la fin de l'opération de renormalisation, ne sont plus conservées que les variations à longue portée. Juste au-dessous de la température de Curie, l'observation d'un réseau d'Ising permettra rarement de dire que le réseau est faiblement aimanté. A cette température, il n'y a qu'une très faible majorité de spins orientés dans une direction plutôt que dans l'autre, et de surcroît les variations à petite échelle viennent masquer le léger déséquilibre global. Cependant, quand on applique plusieurs fois la transformation du bloc de spins, les petites variations disparaissent et l'aimantation globale apparaît.

A ce niveau, le modèle d'Ising est encore très descriptif d'états statiques. La représentation de phénomènes dynamiques, en mouvement, nécessite soit un grand nombre de mesures, soit le recours à l'étude de l'évolution des paramètres déterminants du système. C'est l'objet d'une étude plus avancée.

A1 - 5. Développements du modèle d'Ising : l'étude comportementale dynamique

A1 - 5. 1. Représentation graphique

Dans l'exemple évoqué pour décrire le modèle d'Ising, un seul paramètre traduisait les effets de la transformation, à savoir la force de couplage K entre plus proches voisins. Mais cette valeur introduit implicitement un grand nombre d'autres paramètres, chacun correspondant à un couplage de longue portée. Les combinaisons possibles de tous ces paramètres forment une surface que l'on peut décrire de manière géométrique, et représenter dans un espace fictif à plusieurs dimensions.

Dans cet espace, chaque axe de coordonnées représente la fluctuation d'un paramètre. Un état initial d'un bloc de spins, suivi de tous les états obtenus par les transformations de blocs décrivent une surface dans cet espace.

A partir de ce point, il est plus aisé de se représenter l'évolution de l'ensemble. « *La surface correspondant au modèle d'Ising à deux dimensions présente deux pics élancés et deux puits très profonds. La crête qui joint les deux pics et le col joignant les deux puits se coupent en un point du sommet du col* ». Cette surface « montagneuse » aide à se représenter mentalement l'évolution du système. Plaçons une bille au sommet d'un pic (système à haute température) ; la bille dévale la pente (la température baisse). Elle peut alors dévaler d'un côté ou l'autre de la pente et plonger au fond d'un des puits (variation de la force de corrélation K). Si elle était exactement alignée avec le sommet du col, elle s'y stabiliserait sans tomber d'un côté ni de l'autre. Ce point particulier du graphe est appelé *point fixe*. Les puits représentent les *limites* du système ($K = 0$ ou $K = \text{infini}$), le point fixe étant $K = 1$, valeur qui reste stable quelles que soient les transformations.

Cette représentation donne une image de l'évolution du système quand on en modifie la température, mais surtout une vue d'ensemble des variations d'influence entre les échelles de longueur quand on étudie ce système dans une configuration particulière. Un ensemble peut comporter un grand nombre de petites structures, imbriquées dans des structures plus larges, elles-mêmes imbriquées dans d'autres encore plus larges. L'étude de ces structures requiert une transformation, qui implique à chaque étape de redéfinir les forces de couplage, et donc la température (qui évolue, rappelons-le, de manière fictive ; on ne refroidit ni ne

réchauffe physiquement le système). La représentation graphique permet de se rendre compte des modifications ainsi provoquées, qui impliquent parfois simultanément un grand nombre de paramètres.

Mais on peut observer d'autres détails. Par exemple, c'est la pente de la surface qui détermine la façon dont le système s'approche ou s'éloigne du sommet du col. La connaissance de la pente permet de déterminer la façon dont varient les propriétés du système lorsqu'on modifie couplage et température de départ. Or c'est précisément cette information que l'on recherche pour comprendre ce qui se passe au point critique.

Ce point critique est une température, et les propriétés du système dérivent de la différence entre sa température actuelle et sa température critique. Pour comparer différents systèmes, il était donc nécessaire de trouver une méthode pour que tous les points critiques soient équivalents. On a donc défini un paramètre nommé *exposant critique*.

A1 - 5. 2. Les exposants critiques

On commence par définir une nouvelle température. On nomme *température réduite* cette température, que l'on calcule de la manière suivante : soit la température T du système, et T_c sa température critique. On définit la température réduite Tr par $Tr = (T - T_c) / T_c$.

La température réduite est une fonction constante, qui va de -1 quand la température est à 0, passe par 0 quand la température est égale à la température critique, et tend vers l'infini au-delà. Ainsi, tous les systèmes ont la même température réduite de 0 au point critique.

Partant de là, on définit leurs variations comme étant proportionnelles à la température réduite⁸, élevée à une certaine puissance. Cette puissance est l'*exposant critique*. Chaque paramètre, susceptibilité magnétique, aimantation, longueur de corrélation, se voit ainsi affectée d'un exposant critique particulier. Par exemple, à supposer que longueur de corrélation possède un exposant critique de 2, on pourrait dire que cette longueur varie comme le carré de la température critique : on aurait $L = Tr^2$, soit $L = ((T-T_c)/T_c)^2$.

Les exposants critiques ont de nombreuses propriétés remarquables. D'abord ils sont sensibles aux dimensions du modèle. Les exposants critiques du modèle à deux dimensions ne sont pas les mêmes que celui à trois dimensions. Mais en revanche, ils sont totalement insensibles à la structure du système observé. Que le système ait une structure carrée ou triangulaire ne change absolument pas les résultats des calculs. Pour les corps ferromagnétiques réels, la grande diversité des structures cristallines donne le même comportement critique. On explique ceci par le fait que lorsque l'on fait un calcul de renormalisation, on élimine peu à peu les petites variations. Ainsi l'influence de la structure s'estompe dès les premières itérations, si bien que des modèles avec des structures très différentes auront le même comportement critique. « *Il résulte de la topographie de la surface des paramètres que de nombreux systèmes ont des exposants critiques semblables lorsqu'on leur applique la méthode du groupe de renormalisation. Chaque réseau correspond à un*

⁸ en toute rigueur, précisons que c'est la *valeur absolue* (à savoir le chiffre, abstraction faite de son signe, positif ou négatif) de la température réduite qui est utilisée.

point différent dans l'espace des paramètres, mais, à la température critique, ils sont tous sur la même crête. En répétant les transformations du groupe de renormalisation, tous ces systèmes convergent vers le même point fixe, à savoir le sommet du col »⁹.

Pour déterminer ces exposants critiques il faut recourir à des théories *ad hoc*. L'une des plus intéressantes d'entre elles est la théorie dite du *champ moyen*.

A1 - 5. 3. La théorie du champ moyen

Le champ moyen ne se compose pas d'une mais en fait de plusieurs théories. La première d'entre elles fut proposée, en 1873, par J. Van der Waals pour expliquer les changements de phase des fluides. Pierre Weiss proposa, en 1907, une théorie des transitions des phases magnétiques. L. Landau a proposé, en 1937, une formulation plus générale de la théorie du champ moyen, fournissant un cadre dans lequel pouvaient entrer nombre de systèmes physiques.

Les théories du champ moyen ne fournissent que des résultats très approximatifs pour les systèmes physiques. Mais elles doivent retenir notre attention car elles ont un grand intérêt sur le plan qualitatif. En effet, dans toutes ces théories, l'état d'une particule est déterminé par les propriétés moyennes du corps dans son ensemble (par exemple, l'aimantation totale qui agit sur chaque spin). Par conséquent, toute particule du système contribue à la force agissant sur toutes les autres, ce qui revient à supposer que la portée des forces est infinie. L'intérêt d'une telle théorie pour l'analyse des systèmes sociaux est évident. L'hypothèse d'une action totale et immédiate du tout sur ses parties est constitutive des modèles mettant en œuvre des agents liés entre eux, le plus souvent par l'intermédiaire d'un représentant des valeurs du groupe : marché, chef, Etat...

Ainsi, dans l'hypothèse d'agents possédant une rationalité homogène et uniformément informés de l'état de leur groupe (le prix du marché, par exemple), les théories du champ moyen pourraient fournir de bons exposants critiques pour définir les comportements du système sur toutes ses échelles de longueur.

Mais même s'il s'avère nécessaire d'affiner l'analyse, en admettant par exemple que les agents n'ont pas tous la même influence les uns sur les autres, la théorie quantique sait tenir compte de ce qu'elle qualifie alors comme des variations de direction ou de densité. On se sert alors, encore une fois, de la pente observée entre les deux pics et les deux cols, au voisinage du point critique, selon des méthodes qui varient selon les écoles et les chercheurs. Certaines d'entre elles donnent des exposants critiques qui correspondent à 0,2 % près aux solutions exactes.

Les exposants critiques ont également une caractéristique qui a fait leur renommée : ils sont universels. C'est-à-dire un système qui possède des caractéristiques déterminées aura toujours un exposant critique identique, donc le même type de comportement critique, et ce, insistons bien sur ce point, quelle que soit sa structure et ses éléments internes. Les caractéristiques qui déterminent ces systèmes sont essentiellement définissable selon deux dimensions, qui combinées entre elles forment une *classe d'universalité*.

⁹ Kenneth WILSON, *Les phénomènes physiques et les échelles de longueur*, op. cit., p. 97

A1 - 5. 4. Dimensions et classes d'universalité

Quand il s'agit comme ici de comparer des modèles parfois très différents, on a donc recours à un classement qui permet de déduire les comportements critiques.

Pour constituer ce classement, on analyse les paramètres du modèle, qui sont appelés *paramètres d'ordre*, nommé n . Dans le modèle des métaux ferromagnétiques, les spins sont orientés d'un côté ou de l'autre, ce qui détermine l'aimantation. Cette aimantation s'évanouissant au point critique, on a la confirmation que c'est bien un paramètre d'ordre. Dans cet exemple, le paramètre n vaut donc 1, car le spin ne peut être orienté que dans une direction ou son contraire, donc parallèle à un axe, qui est une droite (donc une dimension). Si le spin avait pu prendre n'importe quelle direction dans l'espace, n aurait valu 3.

Le second élément des classes d'universalité est le paramètre de dimensionnalité d'espace, assez simple à se représenter puisqu'il est presque toujours égal à 3, du moins pour les modèles représentant des systèmes physique réels. La dimensionnalité d'espace est notée d .

On notera que l'universalité des exposants critiques n'étant qu'une hypothèse, le fait que tous les éléments d'une classe d'universalité présentent des qualités similaires au voisinage du point critique n'est également qu'une supposition. Mais l'observation de systèmes très variés fait constater des convergences vers des valeurs quasiment identiques. Comme le dit Kenneth Wilson, « (...) ce peut être un accident, mais au contraire une preuve que les détails des structures physiques qui distinguent un fluide d'un aimant sont moins importants que les propriétés géométriques que traduisent les valeurs de d et de n . »¹⁰.

Cette hypothèse, si elle se vérifiait, signifierait qu'une analyse d'un système aussi complexe soit-il serait fiable, même si elle était uniquement basée sur des probabilités, dès lors qu'elle s'inscrirait dans la durée (modèle diachronique). Les propriétés du système ne dépendraient alors que de son appartenance à une classe d'universalité dont les propriétés seraient connues. Si elle se vérifiait, cette hypothèse se révélerait d'une importance capitale pour les sciences sociales, qui disposeraient alors d'outils quantiques d'une grande précision, rendant caduques toutes les précautions épistémologiques prises lors de l'utilisation métaphorique du modèle d'Ising à deux dimensions.

Comment savoir à quelle classe d'universalité appartient un système ? Il suffit de déterminer les paramètres initiaux du modèle en fonction du phénomène observé. Ainsi, un modèle d'Ising à trois dimensions (une de plus que celui que nous avons utilisé dans notre exemple, soit $n = 1$ et $d = 3$) peut être appliqué à un grand nombre de systèmes physiques : les fluides purs, les mélanges de deux liquides, les alliages métalliques.

La classe d'universalité a une propriété remarquable. On se souvient que l'inconvénient de la théorie du champ moyen est qu'elle donnait des résultats erronés aux valeurs critiques. Or il se trouve que pour toute dimensions d supérieure ou égale à 4 les résultats de la théorie du champ moyen sont exacts. Une dimension d de 4 correspond à un système physique à trois dimensions dont la quatrième serait par exemple le temps. On ne sait toujours pas pourquoi le chiffre 4 marque une frontière au-delà de laquelle la théorie du

¹⁰ *idem*, p. 110

champ moyen se révèle exacte. On peut avancer l'explication que l'hypothèse fondamentale de la théorie du champ moyen étant que la force agissant en chaque point est celle qui agit sur tous les autres, plus un modèle a de dimensions, plus les points qu'il représente sont en interaction avec leurs voisins. Ce qui ne résout pas la question de savoir pourquoi cette théorie devient brusquement exacte, passé la dimension 4. Serait-elle une valeur critique ?

Annexe 2 - La loi de Hume

Les théoriciens du droit sont familiers d'une distinction et d'une relation, prêtées à Hume entre l'être et le devoir être. Cette construction fut consacrée par une loi qui porte le nom de ce philosophe anglais. Elle stipule *que si l'on peut dériver un être d'un devoir être, on ne peut en revanche dériver un devoir être d'un être*. Cette formulation est une forme déjà remaniée par la science juridique, selon la distinction proposée par Kelsen entre *Sein* et *Sollen*.

Nous reviendrons sur des extraits des textes fondateurs de ces auteurs (1, avant d'aborder quelques difficultés que soulève une loi ainsi formulée dans une perspective ouverte et diachronique (2).

A2 - 1. Les textes fondateurs

A2 - 1. 1. A l'origine : une réflexion sur la volonté

Dans son *Traité de la nature humaine* (Livre 2, 3^{ème} partie, section 3), Hume s'interroge sur les motifs qui influencent la volonté, selon une dialectique alors courante entre la raison et les passions. L'une et l'autre s'influencent mutuellement, mais est-il rigoureux de raisonner en ces termes ?

« Rien n'est plus ordinaire en philosophie, et même dans la vie courante, que de parler du combat de la passion et de la raison, de donner la préférence à la raison et d'affirmer que les hommes ne sont vertueux que pour autant qu'ils se conforment à ce qu'elle leur ordonne. Toute créature raisonnable, dit-on, est obligée de régler ses actions sur la raison ; et si quelque autre motif ou principe disputait la direction de sa conduite, elle devrait s'y opposer jusqu'à le soumettre complètement ou, du moins, le mettre en conformité avec le principe supérieur. La plus grande partie de la philosophie morale, ancienne ou moderne, semble se fonder sur cette façon de penser ; et il n'est pas de terrain plus ample, tant pour l'argumentation métaphysique que pour les déclamations populaires, que la prééminence supposée de la raison sur la passion. Pour avantager la première, on a fait étalage de son éternité, de son immutabilité, de son origine divine et l'on a insisté avec la même force sur l'aveuglement, l'inconstance, la puissance trompeuse de l'autre. Pour manifester la fausseté de toute cette philosophie, je chercherai à prouver d'abord que la raison ne peut jamais être à elle seule un motif pour une action de la volonté. Puis en second lieu, qu'elle ne peut jamais s'opposer à la passion pour diriger la volonté. »

A2 - 1. 1. 1. La raison ne peut à elle seule fonder la volonté

Suit une démonstration illustrée par une métaphore sur les mathématiques, montrant que d'un objet purement théorique (raisonnable) ne peut rien résulter de pratique (influencé par la passion), car il faut un lien plus ou moins direct avec l'empirie, donc la subjectivité. Les deux éléments sont indissociables pour que le processus décisionnel puisse s'accomplir dans son intégralité.

« L'entendement s'exerce de deux façons différentes, selon qu'il juge par démonstration ou par probabilité, autrement dit, selon qu'il considère les relations abstraites entre nos idées et les relations d'objets sur lesquelles l'expérience seule nous informe. Je crois qu'il sera difficile d'affirmer que la première sorte de raisonnement est à elle seule la cause d'une action. Comme son domaine spécifique est le monde des idées et comme la volonté nous place toujours dans celui des réalités, la démonstration et la volition semblent, pour cette raison, totalement disjointes l'une de l'autre. Sans doute les mathématiques sont-elles utiles dans toutes les activités mécaniques et l'arithmétique dans presque tous les arts et les métiers ; mais elles n'ont pas par elles-mêmes cette influence. La mécanique est l'art de régler les mouvements des corps en vue d'une fin ou de quelque but que l'on se propose ; et la seule raison qui nous fait utiliser l'arithmétique pour établir les propositions entre les nombres, c'est que nous pouvons découvrir par son moyen les proportions de leur influence et de leur action. (...) Par conséquent, le raisonnement abstrait ou démonstratif n'influence jamais aucune de nos actions, sinon par sa direction de notre jugement concernant les causes et les effets¹ ; (...) ce qui nous conduit à la seconde activité de l'entendement. »

A ce niveau il est important de relever que pour Hume la psychologie cognitive humaine est formée de niveaux très distincts : sens, raison, sentiments. La raison est ici considérée comme la faculté de bien juger, et non l'expression d'un mode de pensée universellement accessible car basé sur notre mode de fonctionnement cérébral, ce qui est désormais un acquit des sciences cognitives. En complément, la cognition moderne fait appel à la notion de connexion, qu'utilise également Hume, dans un sens très différent toutefois ; il ne raisonne pas en termes d'*input* ou *output*, mais de tendances et de penchants. Le recours à la mémorisation de l'expérience vient compléter le processus.

A2 - 1. 1. 2. Dans la décision, la raison ne peut s'opposer à la passion

« Il est clair que, lorsque nous prévoyons de souffrir d'un objet quelconque ou d'en tirer du plaisir, il s'ensuit une émotion d'aversion ou de propension et une inclination soit à éviter ce qui nous procurera ce malaise, soit à êtreindre ce qui nous contentera. Il n'est pas moins clair que cette émotion ne s'en tient pas là ; et que, nous portant à jeter nos vues de tous côtés, elle embrasse tout ce qui se trouve en connexion avec l'objet d'origine selon la relation de cause à effet. Le raisonnement intervient donc ici pour découvrir cette relation ; et en fonction de la variation de notre raisonnement, nos actions varient subséquemment. Mais il est évident, dans ce cas, que l'impulsion ne provient pas de la raison qui ne fait que la diriger. C'est la perspective de la souffrance ou du plaisir qui éveille l'aversion ou la propension à l'égard d'un objet ; ces émotions s'étendent aux causes et aux effets que la raison et l'expérience nous indiquent. La question de savoir lesquels, parmi les objets, sont causes et lesquels sont effets, ne saurait présenter le moindre intérêt si l'ensemble des causes et des effets nous était indifférent. Lorsque les objets eux-mêmes ne nous affectent pas, ils ne peuvent jamais gagner d'influence par leur connexion ; et il est évident que, comme la raison n'est rien d'autre que la découverte de cette connexion, ce ne peut être par son moyen que les objets sont susceptibles de nous affecter. »

¹ On notera la subtilité de la présentation : Hume reconnaît que la raison peut influencer nos actions, et qu'une action peut bel et bien être qualifiée de raisonnable. C'est plus par rigueur que par provocation que le philosophe nous amène donc à distinguer clairement les éléments qui motivent nos décisions.

Pour résumer la pensée de Hume, on peut dire que l'acte de volonté se déroule en trois temps : perception d'objets par voie sensible, réaction émotionnelle positive ou négative, correction éventuelle par la raison. Autrement dit, qui ne sait ne peut vouloir ; ce qui semble logique. La raison ne fait que mettre en lumière des liens entre les passions. Elle ne peut s'y substituer. Tirant les conséquences de cette analyse, Hume va proposer un siècle avant Simon la distinction entre projet adéquat et projet non adéquat.

« Puisque la raison ne peut jamais, à elle seule, ni produire une action, ni susciter une volition, j'en infère que cette même faculté n'est pas davantage capable d'empêcher une volition ou de disputer la préférence à une passion ou à une émotion. C'est là une conséquence nécessaire. Il est impossible que la raison puisse avoir cet effet d'empêcher la volition, sans donner une impulsion dans la direction contraire à notre passion ; une impulsion qui, à elle seule, aurait pu produire une volition. Rien ne peut s'opposer à l'impulsion d'une passion ou la retarder, si ce n'est une impulsion contraire ; et si cette impulsion contraire pouvait provenir de la raison, cette dernière faculté devrait alors avoir une influence originelle sur la volonté et devrait pourvoir causer, tout autant qu'empêcher, un acte de volition. Mais si la raison n'a pas cette influence originelle, il ne lui est pas possible de résister à un principe qui a cette efficacité, ni même de maintenir l'esprit en suspens, ne serait-ce qu'un instant. Ainsi il apparaît que le principe qui s'oppose à notre passion ne peut s'identifier à la raison, et ce n'est pas au sens propre qu'on l'appelle ainsi. Nous ne parlons pas rigoureusement et philosophiquement lorsque nous discourons du combat de la passion et de la raison. La raison est et ne doit qu'être l'esclave des passions ; elle ne peut jamais prétendre remplir un autre office que celui de les servir et de leur obéir. Comme cette opinion peut apparaître quelque peu extraordinaire, il ne sera pas déplacé de la confirmer par quelques autres considérations. »

A2 - 1. 1. 3. Le raisonnable est l'adéquation des opinions de l'individu avec ses projets

« Une passion est une existence originelle, ou, si l'on veut, une modification originelle de l'existence ; elle ne contient aucune qualité représentative qui en fasse une copie d'une autre existence ou d'une autre représentation. Quand j'ai faim, je suis réellement sous l'emprise de la passion et, (...) il est donc impossible que la vérité et la raison puissent s'opposer à cette passion ou que celle-ci puisse contredire celles-là (...).

Ce qui peut se présenter sur ce chapitre, c'est que, comme, d'une part, rien ne peut être contraire à la vérité ou à la raison sauf ce qui s'y réfère et comme, d'autre part, seuls les jugements de notre entendement ont cette référence, il s'ensuit que les passions peuvent être contraires à la raison dans la seule mesure où elles s'accompagnent de quelque jugement ou de quelque opinion. Selon ce principe, qui est si évident et si naturel, c'est seulement en deux sens qu'une affection peut être dite déraisonnable. D'abord, quand une passion telle que l'espoir ou la crainte, le chagrin ou la joie, le désespoir ou la sérénité, se fonde sur la supposition de l'existence d'objets qui en réalité n'existent pas. En second lieu, quand, pour satisfaire une passion, nous choisissons des moyens inappropriés à la fin visée et jugeons faussement des causes et des effets. »

C'est ici que commence la séparation de l'être et du devoir être : *« Lorsqu'une passion ne se fonde pas sur des suppositions fausses et qu'elle ne recourt pas à des moyens inappropriés à sa fin, l'entendement ne peut ni la justifier, ni la condamner. »* Mais Hume ne s'arrête pas là, et affine sa pensée. *« En bref, une passion doit s'accompagner d'un jugement*

faux pour être déraisonnable ; et même alors, ce n'est pas la passion qui, à proprement parler, est déraisonnable, c'est le jugement ». Ainsi ce ne serait ni nos passions ni nos actions qui sont vraies ou fausses, mais la manière que nous avons de les relier.

A2 - 1. 1. 4. Neutralité des faits et commune raison

Il ne reste à Hume qu'à traiter des faits, dans sa *Dissertation sur les passions*. Il les sépare nettement de la raison pure, mais leur dénie également la qualité de motif d'action.

« Il paraît évident que la raison, prise dans un sens exact, c'est-à-dire comme jugement du vrai et du faux, ne peut jamais être, par elle-même, un motif de la volonté et qu'elle ne peut exercer son influence sans toucher quelque passion ou affection. Les relations abstraites entre les idées sont objets de curiosité, pas de volition. Quant aux questions de fait, dès lors qu'elles ne sont ni bonnes ni mauvaises, qu'elles ne suscitent ni désir ni aversion, elles sont entièrement indifférentes ; qu'on en ait conscience ou non, qu'on les appréhende correctement ou faussement, on ne peut les traiter comme des motifs pour agir. ».

Hume va alors dénoncer la vision « populaire » de la raison, qu'il présente comme une œuvre collective de l'esprit, un ordre conventionnel, et dont résulte une morale de l'économie quelque peu bourgeoise. On notera tout de même l'actualité de cette conception, que l'on retrouve fréquemment dans les discours neo-libéraux contemporains : *« Ce qu'on appelle communément raison - dans le sens populaire du terme -, et que les discours oraux nous recommandent si fort, n'est rien d'autre qu'une passion générale et calme qui embrasse son objet d'un point de vue éloigné et qui met en œuvre la volonté, sans susciter pour autant une émotion sensible. Dire que c'est par raison qu'un homme s'acquitte scrupuleusement de ses fonctions signifie qu'il agit avec le désir tranquille de s'enrichir et de faire fortune. Se conforme-t-il à la justice par raison ? C'est dire qu'il s'y tient par une responsabilité calme du bien public ou par souci de sa respectabilité aux yeux d'autrui comme aux siens propres. ».*

Résumons : au sein de la volonté se confrontent raison et passions. La raison seule ne peut produire de volonté, les passions sont incontrôlables sauf si elles s'accompagnent d'un jugement sur lequel seule la raison aura prise car il peut être adéquat ou inadéquat aux buts que l'on s'est fixés. De plus, les faits n'étant en eux-mêmes ni bons ni mauvais, ils ne peuvent être sans jugement des motifs d'action. Quel est à ce stade le lien avec l'être et le devoir être ?

Ce sont les positivistes, Kelsen en tête, qui le construiront. Il part du postulat que la norme est l'expression d'un *acte de volonté* du législateur (habilité par une norme fondamentale). Ainsi se scinde l'être (le *Sein*) du devoir être (le *Sollen*). Mais dans un sens unique seulement : si une prescription (*Sollen*) peut engendrer un comportement (exécution de l'ordre), donc un fait objectivement observable (*Sein*), il devient impossible qu'un fait soit à lui seul déclencheur d'une prescription, car selon le schéma de Hume, ce fait, élément objectivement observable, ressort de la raison pure ou de la neutralité ontologique. Il ne peut donc déclencher de volition, sans la passion. Or celle-ci est par définition étrangère à la pensée du législateur, qui pour Kelsen ne fait que se conformer à la norme fondamentale. Ainsi les faits peuvent bien amener le législateur à créer de nouvelles normes, mais ceci ne sera possible que parce qu'une norme supérieure l'y autorise.

A2 - 2. Des difficultés posées par la « loi » de Hume

Le radicalisme prêté à la pensée de Hume met mal à l'aise, de même que sa prétendue concordance avec le positivisme de Kelsen. On le voit, le philosophe anglais distingue sans pour autant définitivement séparer. Mouvement complexe, la volonté est présentée comme une combinaison d'opérations mêlant subjectivité et objectivité ; ce qui est présenté, de fait, n'est pas tant la volonté que le processus de décision. Et quand Hume disjoints, c'est pour mieux conjindre. Sa démonstration tend davantage à montrer l'emprise de l'empirie sur la raison pure au sein de la décision humaine que de dresser des barrières étanches.

A2 - 2. 1. Une interprétation trop radicale

Ainsi, si l'on prend Hume au pied de la lettre, tout est choix, rien n'est raison, hormis deux choses : le jugement qui oriente notre action vers nos buts, et la partie axiomatique de notre raisonnement (celle dont il tire la métaphore mathématique). Mais ces dernières ne peuvent rien face à nos passions. Ce sont nos passions qui provoquent notre désir, qui sont la base de notre action. S'il avait connu le schéma de Simon, Hume aurait probablement dit qu'à la base du processus décisionnel, l'émergence du décalage entre réel perçu et réel voulu est une pure affaire de subjectivité : subjectivité dans la perception, subjectivité dans la construction du décalage et des problèmes. Ce ne serait qu'au stade de l'élaboration des plans qu'interviendrait la rationalité. Une position que n'aurait pas reniée l'empiriste Lucrèce.

Quand il fait la distinction entre être et devoir être, Hume cherche davantage à mettre en garde son lecteur contre les dérives discursives qu'à prendre un parti ontologique, ce qui ressort clairement du *Traité de la nature humaine*, livre 3, 1^{ère} partie, sec. 2.

« Je ne peux m'empêcher d'ajouter à ces raisonnements une remarque que, sans doute, on peut trouver de quelque importance. Dans tous les systèmes de morale que j'ai rencontrés jusqu'ici, j'ai toujours remarqué que l'auteur procède quelque temps selon la manière ordinaire de raisonner, qu'il établit l'existence de Dieu ou qu'il fait des remarques sur la condition humaine ; puis tout à coup j'ai la surprise de trouver qu'au lieu des copules est ou n'est pas habituelles dans les propositions, je ne rencontre que des propositions où la liaison est établie par doit ou ne doit pas. Ce changement est imperceptible ; mais il est pourtant de la plus haute importance. En effet, comme ce doit ou ce ne doit pas expriment une nouvelle relation et une nouvelle affirmation, il est nécessaire que celles-ci soient expliquées : et qu'en même temps on rende raison de ce qui paraît tout à fait inconcevable, comment cette relation peut se déduire d'autres relations qui sont entièrement différentes. Mais, comme les auteurs n'usent pas couramment de cette précaution, je prendrai la liberté de la recommander aux lecteurs, et je suis persuadé que cette légère attention détruira tous les systèmes courants de morale et nous montrera que la distinction du vice et de la vertu ne se fonde pas uniquement sur les relations des objets et qu'elle n'est pas perçue par la raison. ».

Dans ce passage, souvent présenté comme le fondement de la séparation méthodologique de l'être et du devoir-être, Hume ne fait rien d'autre que rappeler que ce qui est subjectif doit le rester, et qu'il est aisé de se laisser entraîner à faire passer pour objectif ce qui n'est que jugement de valeur. On devine dans ce texte une incitation à la prudence vis-à-vis de certaines arguties, que l'on trouvait parfois dans les discours de l'école du droit naturel. Mais une précaution oratoire n'est pas une théorie, et faire de Hume un précurseur de la doctrine positiviste sur ce seul fondement est peut-être quelque peu hasardeux.

Pour Hume en effet, la décision humaine est le règne de la subjectivité. La raison n'est qu'un rouage accessoire du système. Elle n'est pas toute-puissante : une décision ne peut être dite produit de l'unique raison (premier point de la démonstration de Hume). Comment, dans ce cas, accorder pleinement les conceptions de Hume et de Kelsen ? Même si ce dernier n'écarte pas ouvertement la possibilité que les normes soient un produit purement subjectif (la conception dynamique de la hiérarchie des normes l'autorise sans problème), certains points gênants subsistent : le juge décide, habilité par une norme supérieure, mais sa décision n'a-t-elle pas pour cadre des faits ? Comment s'inscrit-elle alors dans la hiérarchie statique ? Si la conformité est une propriété objectivement appréciable (nous sommes dans le domaine de la légalité), comment situer, par exemple, un jugement en opportunité ?

Hume ne serait donc pas à proprement parler un positiviste ; certes son discours se pose comme une critique de l'école du droit naturel, qui sous couvert de raison pouvait justifier des constructions juridiques arbitraires, mais de la manière dont il présente la volition, on pourrait plutôt le qualifier de constructiviste avant l'heure, ce qui ne trancherait en rien avec la rigueur analytique de sa démarche. La précision avec laquelle Hume ausculte les sentiments humains tend surtout à montrer à quel point nous sommes gouvernés par nos instincts, avant une quelconque logique.

Comme d'ailleurs il n'a jamais formulé directement la loi qui porte son nom, on doit la dériver de ses propos par le montage suivant : *la raison ne peut à elle seule déclencher la volonté d'action ; donc, de l'objectif seul ne peut dériver du subjectif ; donc, d'un fait objectivement observable (être, ou Sein) ne peut dériver du devoir être (Sollen).*

A la lumière de ce qui vient d'être vu sur Hume, il est peu probable que celui-ci aurait un jour formulé une loi en ces termes. Il n'y avait rien pour lui dans l'action humaine qui ne fut empreint de subjectivité, ce qui incluait bien entendu les jugements moraux ET juridiques. En déniait à la raison la faculté de guider naturellement le jugement, il lui déniait implicitement cette faculté dans un cadre artificiel, donc juridique (le positivisme postule que les normes sont des actes de volonté).

Quant aux faits, que Hume considère comme neutres, ils pourraient entrer indirectement en ligne de compte dans l'expression de la volonté, dès lors que l'on porte sur eux un jugement. Mais cette faculté n'est pas directement énoncée, elle ne se déduit qu'*a contrario* des *Dissertations*. Hume tend davantage à limiter les valeurs et jugements au seul niveau de la personne humaine, afin d'éviter les anthropomorphismes abusifs. Ainsi les faits, extérieurs, sont dépourvus de la qualité d'influencer *en eux mêmes* la décision. C'est par l'expérience, le jugement, que les faits entrent dans le processus décisionnel. Mais là encore, non comme élément déclenchant de la volition, mais comme simple paramètre d'élaboration de la décision. C'est donc encore un abus que de dire que Hume distingue nettement faits et valeurs. Au début du processus de décision, certes oui, les faits sont distincts. Mais que se porte sur eux la cognition de l'observateur et ils se trouvent soudain empreints de subjectivité, subjectivité qui déterminera ensuite la volonté, sous la direction du jugement raisonnable : *« Les objets qui prétendent relever de la raison - prise dans le sens précédent - sont exactement les mêmes que les objets de ce que l'on appelle passion, dès lors qu'ils se rapprochent de nous, qu'ils tirent d'autres attraits de leur situation extérieure ou de leur conformité à notre disposition interne, et qu'ils trouvent le moyen d'exciter une émotion sensible et tumultueuse. Quand on évite un mal que l'on voit venir de loin, on dit que c'est par raison ; quand il est à proximité, le mal produit l'aversion, l'horreur et la crainte et il est objet de passion. »*

Nous ne sommes donc, selon Hume, que des êtres aux passions tumultueuses et divergentes, à jamais incapables de rationalité pure. Et s'il nous arrive certes parfois de sacrifier nos intérêts immédiats, renoncer à « *notre plus grand bien possible* », précise-t-il ultérieurement, ce n'est jamais qu'un moment fragile et instable, et nous sommes toujours prêts à rebasculer dans le laisser-aller des stratégies égoïstes et à court terme. De plus, les faits sont les faits, mais ils se transforment en action par la voie du jugement et des passions. On ne peut donc déduire qu'ils n'engendrent pas de devoir être, mais pour qu'ils le puissent, il suffit de leur ajouter le jugement. Les positivistes sont donc fondés à prétendre qu'on ne peut dériver de devoir être d'un être, mais il serait réducteur de prétendre que Hume n'a pas donné d'exception à ce principe.

On peut invoquer à l'appui des propos de Hume les enseignements tirés de la première cybernétique et des automates de Wiener et Von Neumann. Hume affirme en effet qu'une volonté ne saurait être pur produit de la raison, ce que confirme les analyses de la cybernétique. L'automate, être que son comportement totalement binaire rend qualifiable de purement rationnel, est incapable d'exprimer une volonté propre. Il n'exprime que le produit du programme qu'il renferme, qu'il n'a par définition pas créé. On a bien tenté de concevoir des programmes qui se programmaient eux-mêmes, mais on se heurtait à deux problèmes insolubles : il fallait toujours partir d'un noyau originel, un code minimum rédigé par un humain ; et le programme s'avérait n'être en définitive que le produit de ce noyau, même s'il pouvait donner une illusion d'autonomie en s'enrichissant de la complexité de son environnement.

Ceci ne prouve pas de manière irréfutable qu'une volonté purement rationnelle est inconcevable. En effet, on a juste montré qu'un automate ne peut produire de volonté, ce qui ne signifie pas que l'on ne pourra pas, un jour, produire d'automate produisant sa propre volonté. On peut néanmoins en douter, et pour ce faire, se référer au théorème de Gödel (Annexe 3). En effet, d'après celui-ci, un système d'axiomes ne peut produire de justification de lui-même, et donc ne peut se concevoir lui-même. Tout ce qui découle de lui est un produit rationnel, donc dérivable, de ses axiomes initiaux. Le rationnel ne produit donc jamais que du rationnel ; la volonté serait condamnée à rester subjective.

Vouloir séparer à outrance les actions et leur produit aboutit donc à des aberrations. Ceci se remarque particulièrement quand l'analyse inclut une quatrième dimension : le temps

A2 - 2. 2. La réfutation par l'analyse diachronique

C'est peut-être les méthodes et leurs fondements qui divisent le plus juristes et sociologues. Ces derniers incluent volontiers une dimension temporel dans leurs travaux. Or, se poser la question du temps, en droit, c'est remettre définitivement en cause l'étanchéité de la séparation entre fait et valeur, entre être et devoir être.

On voit mal en effet, comment dénier aux faits toute influence dans le processus décisionnel. Dans l'absolu, un fait est neutre (comme le rappelle Hume). Mais une fois accaparé par l'être pensant, il devient un paramètre de la décision, qu'il contribue à infléchir. Ainsi le produit de cette action devient un nouveau fait. L'exemple le plus topique est le prix, fixé dans un marché. En lui-même le prix ne signifie rien, mais il va servir de base à des décisions plus ou moins rationnelles des investisseurs, qui par leurs opérations spéculatives vont le faire monter ou descendre. Ce nouveau prix va ensuite servir de base à d'autres décisions, et ainsi de suite. Le mécanisme du marché est un cas particulier de processus

décisionnel, car il est bouclé. Ce cercle herméneutique engendre des phénomènes complexes qui sont développés en détail dans le reste de cette étude, mais cette figure n'est pas la plus fréquente au quotidien de nos actions. Ainsi le jugement d'un magistrat n'a qu'exceptionnellement vocation à déborder du cadre du litige pour venir s'insérer, remontant la hiérarchie des normes, dans le droit positif. Si elle est exceptionnelle, la création jurisprudentielle n'en est pas moins une figure réelle, et participe pour une part importante de la vie juridique.

Ainsi, il est rigoureux de poser qu'un fait est distinct d'une valeur, mais il est faux de prétendre qu'une valeur ne peut être empreinte de faits passés, ni qu'un fait ne peut être le résultat de valeurs passées. Certaines réticences se font encore jour pour l'admettre, car si l'on admet un déterminisme de ce type vers le passé, il faut fatalement en faire de même pour l'avenir, ce qui est difficile à admettre, au nom de notre latitude de décision. Un débat encore ouvert sur la liberté est à la clé. Est-il tolérable d'admettre que nous sommes *déterminés* à agir comme nous le faisons ? Quid de notre libre arbitre ? Entre philosophes, physiciens et sociologues, l'éventail des opinions est suffisamment large pour que nous ne fassions que l'évoquer. Pour les besoins de notre étude, nous nous en tiendrons à la position constructiviste que l'homme délibère selon ses structures mentales propres, qui, même si elles fonctionnent de manière totalement déterministes, n'en sont pas moins suffisamment complexes pour que l'on puisse considérer comme assez largement ouvert le champ du possible et de notre liberté. Reprenant les arguments de Von Neumann, on peut invoquer que même si son fonctionnement est simple, un robot peut avoir un comportement perçu complexe.

Ainsi, un positivisme ouvert comme celui de Hume peut se combiner avec une ontologie dynamique, mais la portée de la « loi » qui porte son nom s'en trouve considérablement réduite, cantonnée à l'analyse d'une très courte unité de temps, voire à l'instantané.

En conclusion, on serait tenté d'insister sur la complexité de la notion de décision décrite par Hume, et des confusions encore fréquentes qu'elle engendre au nom, et cela ne manque pas de sel, de la rigueur. Ainsi le jugement d'un magistrat ne saurait se résumer à un acte de volonté, comme le prétend le positivisme radical. Il comporterait selon Hume au moins trois éléments : un élément rationnel (le raisonnement et son adéquation avec les fins poursuivies par l'action), un élément d'appréciation subjectif (la qualification des faits et l'interprétation des textes), et un élément de décision, lui aussi subjectif (le prononcer de la sentence). Preuve que la complexité sait très bien s'accommoder du positivisme (l'élément rationnel) sans pour autant nier l'indéterminisme, tout en distinguant rigoureusement les tenants et aboutissants du processus. Complexité ne signifie pas confusion.

Annexe 3 - Le théorème de Gödel¹

Le théorème de Gödel, souvent évoqué, est à l'origine une démonstration quasiment métamathématique. Il s'exprime ainsi : *L'arithmétique, c'est-à-dire la théorie des nombres naturels fondée sur les Principia Mathematica et les systèmes apparentés, n'est pas saturée². Par ailleurs, elle ne peut prouver qu'elle est cohérente.*

On peut représenter chaque formule d'un système ou d'une théorie par un nombre entier positif, son *nombre de Gödel* : $G(\alpha)$. Soit par exemple la formule :

$$\alpha = (p_1 \Rightarrow \sim p_2) \vee \sim (p_3 \Rightarrow p_1),$$

qui compte exactement 13 signes, distincts ou non. Associons à chaque symbole un entier positif, par exemple : $\sim = 1$, $\Rightarrow = 2$, $\vee = 3$, $(= 4$, $) = 5$, $p_1 = 6$, $p_2 = 7$, $p_n = n + 5$. Alignons les 13 premiers nombres premiers, affectons à chacun d'eux, comme exposant, le nombre qui représente le signe correspondant, et effectuons le produit :

$$G(\alpha) = 2^4 \times 3^6 \times 5^2 \times 7^1 \times 11^7 \times 13^5 \times 17^3 \times 19^1 \times 23^4 \times 29^8 \times 31^2 \times 37^6 \times 41^5.$$

Les nombres ne pouvant être décomposés que d'une seule manière en leurs facteurs premiers, à deux formules distinctes correspondront deux nombres gödéliens distincts. Le procédé permet d'associer des nombres à des expressions comme : *formule*, *formule démontrable*, ainsi qu'à des propositions comme : « la formule α n'est pas démontrable », etc. Il permet même d'assigner un nombre à une proposition γ de l'arithmétique qui, portant sur elle-même, déclare : $\gamma =$ « la proposition γ n'est pas démontrable ».

En apparence, la situation est celle des phrases qui engendrent des contradictions connues sous les noms de : paradoxe de Richard³, de Berry⁴, du menteur⁵. En fait, il n'en est

¹ Tous ces développements et démonstrations sont tirés de l'ouvrage de Louis Vax, *Logique*, Paris, Puf, 1982. On s'y référera également avec profit pour plus amples renseignements sur les logiques modales, intuitionnistes et plurivalentes, entre autres.

² Un système logique, et plus précisément une théorie mathématique, est saturé *au sens fort* quand il permet d'établir, pour n'importe quelle formule construite dans sa langue, si elle appartient ou non à l'ensemble de ses théorèmes. Un système est saturé *au sens faible* si aucune de ses extensions propres n'est cohérente. Un système est saturé *du point de vue sémantique* si chacune de ses formules construites dans sa langue, et dont la vérité est établie, appartient à l'ensemble de ses théorèmes élémentaires. Une théorie est saturée *du point de vue sémantique* si toute formule satisfaite par chaque évaluation qui satisfait l'ensemble de ses axiomes figure parmi ses théorèmes élémentaires.

³ *Paradoxe de Richard* : Puisque l'ensemble des nombres réels compris entre zéro et un n'est pas dénombrable, on ne peut donner une définition, phrase qui ne comporte qu'un nombre fini de mots, qu'aux éléments d'un de ses sous-ensembles dénombrables E . Si on représente les nombres entre 0 et 1 sous forme de fractions décimales comportant une suite infinie de chiffres, quand on additionne ces chiffres, le résultat se trouve appartenir à E , bien qu'il diffère de chacun des éléments de E .

⁴ *Paradoxe de Berry* : Parmi toutes les phrases françaises correctes comptant moins de 50 mots, retenons celles qui définissent des nombres naturels. Nous trouvons celle-ci :

rien, parce que la phrase qui pose, par exemple : « Je suis fausse », est vraie si et seulement si elle n'est pas fausse (d'un point de vue externe, que l'on peut concevoir, ce qui n'engendre pas de contradiction), alors que celle qui se contente d'affirmer « Je suis indémontrable », est vraie si elle n'est pas démontrable. Ceci nous place en marge du problème de déterminer la valeur de vérité ; la démontrabilité n'est qu'une question fondamentalement ontologique, même si elle a des assises logiques. Mais ne peut-on compléter l'ensemble des théorèmes de l'arithmétique par la formule γ ? Hélas non, parce qu'il est aisé de montrer que, dans ce cas, $\sim\gamma$ est aussi un théorème. Il faut donc exclure l'une et l'autre de la théorie. Et cependant γ est une proposition vraie, parce qu'elle refuse d'accorder au nombre gödelien qui lui correspond une propriété qu'il ne possède pas. *Une proposition vraie ne pouvant être comptée au nombre des théorèmes, l'arithmétique n'est pas saturée.* Construisons maintenant une proposition δ qui signifie : « L'arithmétique est cohérente ». Il se trouve que, dans ces conditions, $\delta \Rightarrow \gamma$. Mais on établit que δ n'est pas démontrable. Il en résulte que *la cohérence de l'arithmétique ne peut être établie par un raisonnement représentable dans le calcul arithmétique.*

Les résultats du théorème de Gödel ont une portée mathématique et philosophique considérable. Cependant, on risque fort de se tromper sur leur signification si on ne les a étudiés avec précision dans le mémoire de Gödel, *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica*, ou un exposé rigoureux comme le livre de Ladrière (J. Ladrière, *Les limitations internes des formalismes*, Louvain, E. Nauwelaerts, et Paris, Gauthier-Villars, 1957).

J'appelle nombre paradoxal le plus petit nombre naturel dont la définition ne peut compter moins de vingt mots.

Cette phrase, qui compte 19 mots, est la définition d'un nombre qu'elle ne saurait définir.

⁵ *Paradoxe du menteur* : avant de présenter une première version de cette difficulté célèbre, je dois mettre mes lecteurs en garde. La seconde phrase de cette note est fausse. Evidemment, ce que je viens de dire est vrai, si et seulement si la phrase en question est fausse. Or, il s'avère que la phrase accusée n'est autre que la phrase accusatrice, de sorte que ma phrase est vraie si et seulement si elle est fausse. Pour présenter une seconde version, on peut disséquer la circularité de cette assertion :

(1) *L'autre de ces deux phrases est fausse*

(2) *L'autre de ces deux phrases est fausse*

(1) est vraie si et seulement si (2) est fausse. Or, (2) = (1). Donc (1) est vraie si et seulement si (1) est fausse.

Voici une troisième version, plus conforme à la tradition. Soit \mathcal{A} : « Je mens. » Si \mathcal{A} est vraie, \mathcal{A} est fausse, parce que je ne mentais pas en prétendant mentir : (1) $\mathcal{A} \Rightarrow \sim\mathcal{A}$. Réciproquement, si \mathcal{A} est fausse, \mathcal{A} est vraie, parce que je mentais en prétendant mentir : (2) $\sim\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{A}$. Or la conjonction de (1) et de (2) est une tautologie. « Je mens. » est donc une proposition dont la valeur de vérité est impossible à fixer : elle est *indécidable*.

Le paradoxe surgit parce que la phrase en question porte sur elle-même (elle est autoréférentielle). Par contre, l'assertion « Tout à l'heure, j'ai menti » peut, elle, être vraie ou fausse : elle n'est pas contradictoire.

Nous retiendrons simplement du théorème de Gödel pour les besoins de notre étude, qu'*un ensemble axiomatisé et cohérent constitue un ensemble qui ne peut se justifier lui-même*. Le droit positif, considéré dans une perspective rigoureusement kelsénienne, répond à ces critères. Les normes édictées ne sont valides que si elles sont conformes à leur norme supérieure. La pyramide ainsi constituée possède des axiomes qu'il est possible de réduire, jusqu'à un éventuel axiome unique, mais on ne peut trouver d'axiome qui se fonde lui-même. Or c'est précisément ce trait que l'on cherche dans la norme fondamentale. Cette norme qui doit fonder toutes celles qui dérivent d'elles, doit de surcroît se fonder elle-même, de manière autoréférentielle. On ne peut qu'obtenir une proposition tautologique du type : « *Il faut m'obéir car il faut m'obéir* ».

De manière générale, on peut retenir que le théorème de Gödel prouve :

- qu'une norme fondamentale n'existe pas,
- que si elle existait, elle serait autoréférentielle, et paradoxale ou tautologique,
- que la légitimité du droit ne peut donc être trouvée qu'en dehors du droit ; autrement dit, ce qui fait qu'on obéit aux normes n'est pas une autre norme.

Le théorème de Gödel assoit la sociologie comme fondement ontologique crédible de la science juridique.

Annexe 4 - Les attracteurs étranges

tiré de Ivar EKELAND, *Le chaos, un exposé pour comprendre, un essai pour réfléchir*, Ed. Flammarion. Collection dominos, Paris, 1995, 123 pages.

Les attracteurs étranges sont des figures emblématiques de la théorie du chaos. Bien qu'étant de simples dessins d'ordinateur sans existence concrète, ils ont néanmoins profondément modifié la manière d'appliquer les mathématiques aux phénomènes physiques. Ils sont révélés par la représentation graphique du comportement des systèmes (4 - 1), et donnent une idée de sa prédictibilité (4 - 2). Les attracteurs les plus imprévisibles sont qualifiés d'étranges (4 - 3). Ils caractérisent par exemple le climat (4 - 4) voire peut-être, pour certains, le vivant (4 - 5)...

4 - 1. L'espace des phases

Il est possible pour les physiciens de suivre l'évolution d'un système physique dans le temps. Cette évolution est représentée en une succession d'états, à la manière d'un film. Pour ce faire, on construit d'abord un modèle avec les lois physiques et les paramètres nécessaires et suffisants pour caractériser le système. Le modèle est constitué par des équations de transformation (différentielles, intégral-différentielles ou itératives).

Puis on détermine, à un instant initial donné, un point dans un *repère*. Ce point caractérise l'état du système cet instant. L'espace constitué par ce repère et ce point est appelé *l'espace des phases*. Au fur et à mesure que le temps s'écoule, le point représentant l'état du système décrit une trajectoire dans cette espace. Quand elle est courbe, cette trajectoire est nommée *orbite*.

Il n'existe aucune relation entre notre espace physique tridimensionnel et un espace des phases. Il s'agit là d'une représentation purement mathématique, qui comporte autant de dimensions qu'il y a de paramètres dans le système dynamique étudié. Ainsi l'on pourrait très bien imaginer se retrouver à manipuler un espace de phases à 216 dimensions, si le système dynamique analysé implique 216 paramètres (toute difficulté géométrique mise à part...).

La représentation d'une trajectoire dans un espace des phase permet de visualiser des tendances, et dégager des anticipations sur les états à venir du modèle.

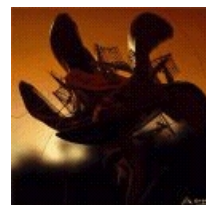
4 - 2. La prédictibilité d'un système

En physique, les données mesurées comportent inévitablement une certaine marge d'erreur nommée *incertitude*. A cause de cette incertitude, il n'y aura pas un point initial, mais un petit volume dont les dimensions seront liées à la précision des mesures. C'est ce petit volume qui va décrire une orbite dans l'espace des phases. Si, dans son évolution, ce volume garde ses dimensions initiales ou des dimensions voisines, on considérera qu'il indique la valeur des différents paramètres avec une précision acceptable, du même ordre que celles des données initiales. On suppose alors le système a priori prédictible.

Cette présomption de prédictibilité est caractéristique des systèmes physiques. Elle s'appuie sur le fait que les équations qui régissent le système sont monotones, c'est-à-dire qu'elles ne subissent pas de modification dans le temps. Les lois de la physique sont en effet immuables. Il en va naturellement différemment en ce qui concerne les systèmes économiques ou sociaux, dans lesquels les acteurs peuvent en permanence réviser leurs comportements. Ce qui explique que les attracteurs étranges n'aient pas été d'une grande utilité pour les analyses prévisionnelles, économiques pour la plupart.

4 - 3. La notion d'attracteur

Les comportements des systèmes sont d'une grande variété. Il en est pour lesquels le petit volume initial se déforme très rapidement avec le temps et se répand en un nuage informe dans l'espace des phases. D'autres par contre, dans un espace des phases tridimensionnel, qui se transforment plus ou moins rapidement en de longs filaments qui semblent s'enchevêtrer au hasard. De ces systèmes sont dits *chaotiques*. Pour eux, les états à venir ne sont pas prédictibles au delà d'un certain temps puisque, dans l'espace des phases, leur point figuratif peut être l'un quelconque de ceux qui composent le nuage ou les filaments enchevêtrés. Les filaments de certains de ces systèmes ne sont pourtant pas aussi chaotiques qu'il y paraît, car ils vont suivre plus ou moins tôt une « courbe » bien précise qui peut être décrite par des équations parfaitement « normales » et déterminées. Cette courbe est *l'attracteur* caractérisant le système. Cet attracteur correspond schématiquement à la trajectoire que décrit le système quand il est stabilisé, ou à une *trajectoire limite* (dans certains cas nommée *cycle limite*) vers laquelle tendent ses états successifs, quelle que soit leur origine.



Les *attracteurs étranges* sont de forme plus compliquée que les autres. Ils n'apparaissent qu'avec des systèmes représentés par des équations différentielles non linéaires ou itératives. Certains systèmes peuvent posséder plusieurs attracteurs différents vers l'un ou l'autre desquels leurs trajectoires seront attirées, selon les conditions initiales.

L'ensemble des points de l'espace des phases à partir duquel une trajectoire évolue vers un attracteur est appelé *bassin d'attraction*. Les bassins sont des objets appréciés des prévisionnistes, car toute trajectoire aboutit inmanquablement à des valeurs anticipables, dès lors qu'elle rencontre un bassin d'attraction.

Les attracteurs étranges sont également des objets fractals (cf. annexe 5) : leur complexité se révèle au fur et à mesure qu'on les observe avec un grossissement croissant.

Il est à noter que tous les attracteurs ne sont pas nécessairement étranges. Ainsi un pendule finit par s'arrêter dans une position d'équilibre qui est toujours la même. Son attracteur est un point, et le bassin d'attraction s'étend à l'ensemble de l'espace des phases.

La notion d'étrangeté est pour lors étroitement liée à celle d'imprévisibilité intuitive ; mais l'espoir de déterminer un attracteur par des méthodes mathématiques à partir des équations de base n'est toutefois pas exclu.

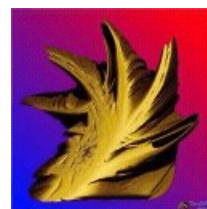
On a remarqué que, pour des systèmes possédant un attracteur étrange, de légères variations des données initiales conduisent à des écarts qui peuvent très rapidement devenir importants, ce qui les rend en pratique imprévisibles. Par exemple, l'attracteur (étrange) de Lorenz, présent en météorologie et exposé *infra*, explique ce qu'il a nommé « l'effet

papillon » : **sur un modèle informatique**, le battement d'ailes d'un papillon à un endroit du globe, en modifiant très légèrement les conditions initiales du modèle, peut entraîner plus tard, mais sans que l'on puisse prévoir ni quand ni où, un cataclysme comme un ouragan. Cet aphorisme illustre le peu de secours d'un modèle déterministe pour prédire le réel : une erreur infime dans les mesures effectuées peut aboutir à de grossières erreurs du modèle (l'ouragan prédit par l'ordinateur ne se produira jamais).

C'est grâce aux ordinateurs que l'on a pu découvrir l'existence de tels objets géométriques. En effet, il était très difficile de résoudre les équations différentielles non linéaires qui les caractérisent, avant de pouvoir le faire numériquement grâce aux capacités de calculs des ordinateurs. Il faut tout de même préciser que l'on ne connaît pas encore les caractéristiques géométriques des attracteurs à plus de 3 dimensions.

4 - 4. L'attracteur de Lorentz

C'est le météorologue américain Edward N. Lorentz du M.I.T. qui, en 1963, a découvert un des tous premiers attracteurs étranges. Il est caractérisé par une famille de trois équations différentielles particulières¹.



Une analyse numérique sur ordinateur montre que ces équations ont des solutions extrêmement compliquées. De fait, à cette époque, les scientifiques ne purent expliquer les relations complexes et les dépendances par rapport aux paramètres qu'à travers des méthodes de représentation graphiques sur ordinateur.

Dans l'interprétation de ces équations, Lorentz a donné une description mathématique qui a conduit à une explication rationnelle du phénomène d'imprédictibilité du temps en météorologie. Il prit comme modèle la Terre chauffée par le Soleil. Une partie de l'énergie reçue à la surface de la Terre est absorbée et chauffe l'atmosphère par en-dessous. L'atmosphère se refroidit en rayonnant dans l'espace. A ce stade, les couches d'air les plus basses et chaudes tendent à s'élever, tandis que celles qui sont plus élevées et froides tendent à descendre. Ce transfert entre des couches d'air chaudes et froides oscillantes produit les phénomènes de turbulence de notre atmosphère .

« Lorsque nous observons sur l'écran se dessiner cet attracteur, nous pouvons constater que le point mobile qui le trace tourne d'abord autour de l'un des deux foyers où s'enroule la forme des deux lobes. Puis, soudain, il change de côté, recommençant à tracer sa ligne, jusqu'à ce que brusquement, il bascule à nouveau sur le premier côté. Ce comportement, en particulier la passage d'un lobe à l'autre, est, à long terme, totalement

¹ Ces équations sont :

$$dx/dt = a.(y - x)$$

$$dy/dt = b.x - y - x.z$$

$$dz/dt = x.y - c.z$$

Les valeurs données des paramètres sont a=10, b=28 et c= 8/3.

imprévisible »². La présence d'un attracteur étrange est ainsi le signe qu'il est impossible de prédire le comportement d'un système de façon précise à l'aide des outils mathématiques actuels.

4 - 5. L'attracteur de Rössler

Il a été découvert par Otto Rössler, un médecin non praticien Allemand, venu au chaos par la chimie et la biologie théorique. Il est, lui aussi, caractérisé par une famille de trois équations différentielles³.



Cet attracteur, particulièrement simple, pourrait se comparer visuellement à un ruban rigide contenant un pli. Cet attracteur étrange représente l'évolution de systèmes très variés et décrit, ici, l'écoulement d'un fluide. Une observation de sa forme géométrique révèle que dans un premier temps, les trajectoires initiales voisines divergent de façon exponentielle, jusqu'à doubler pratiquement la distance qui les sépare. Puis dans un second temps, l'objet se « replie » sur lui-même, de telle sorte qu'il reste limité à long terme, faisant coïncider ses deux extrémités.

Rössler avait la particularité de considérer les attracteurs étranges comme des objets plus philosophiques que mathématiques. En effet, il avait le sentiment qu'ils recelaient un principe auto-organisateur de notre univers car, disait-il, les pliages et les contractions de l'espace sont la clé permettant de les construire et peut-être même la clé de la dynamique des systèmes réels qui leur donne naissance...

4 - 6. Conclusion

Les attracteurs ont beaucoup contribué à renouveler les méthodes d'analyse et de prévision du comportement des phénomènes collectifs. S'ils ont en effet laissé entrevoir que des comportements très complexes puissent être simulés à l'aide d'outils mathématiques relativement simples, ils sont également la preuve des limites de ces outils : l'observateur découvre le complexe, il ne le réduit pas. La modélisation adéquate d'un système complexe reste un processus teinté de sérendipité. Ils confirmeraient ainsi une conjecture énoncée par Edgar Morin dans *La méthode*, au terme de laquelle *si l'on simplifie un système complexe, on détruit par là même son intelligibilité*.

² I. Ekeland, *op.cit.*, p. 62

³ Ces équations sont :

$$dx/dt = - (y + z)$$

$$dy/dt = x + a.y$$

$$dz/dt = b + z.(x - c)$$

Les valeurs données aux paramètres sont a=0.2, b=0.2 et c=5.7.

Annexe 5 - Le « paradoxe » de l'État, figure complexe

Il a été exposé comment et dans quelle mesure des agents autonomes peuvent créer une communauté en s'en forgeant une représentation abstraite. Ce modèle peut être proposé pour rendre compte de la manière dont des individus se sont regroupés pour former des groupes, puis des sociétés de type monarchique ou républicain. Il en ressortira au moins un dénominateur commun : l'agent, qu'il soit individu ou sujet, auto ou hétéronome, *ne peut se concevoir en tant qu'être social que s'il se construit à lui-même une représentation de la totalité à laquelle il appartient*¹. Mais dans le même temps, il est contraint de s'imposer à lui-même des règles, ce qui bouleverse la hiérarchie des normes puisque leur efficacité réside en grande partie dans leur supériorité et le rapport de domination qu'elles nouent avec les sujets de droit. Aussi la stratégie consistant à intercaler un tiers médiateur (l'Etat) entre la norme et son sujet peut-elle s'avérer efficace, même si elle engendre une entité elle aussi complexe.

Car l'Etat possède une propriété spécifique des ensembles fermés sur eux-mêmes : **l'auto-production de leur propre sens**. C'est ce sens propre, apparu à l'insu des individus, qui contribue à constituer un des paradoxes apparents de l'État, et qui constitue un des symptômes qui permet au juriste d'en diagnostiquer la complexité. L'opacité de leur fonctionnement est en effet un trait caractéristique des ensembles complexes.

Dans le modèle qui sera proposé pour rendre compte de l'émergence et du fonctionnement d'un Etat théorique, le paradigme constructiviste ne sera mis à contribution que pour éclairer les relations étroites qui imbriquent les notions de sens et de stabilité au sein de la structure complexe que constituent certains États modernes.

Ce modèle a pour principal intérêt d'apporter une lumière nuancée sur certaines oppositions traditionnelles comme l'affrontement des conceptions dualiste et moniste des rapports État-droit, ou de proposer une solution à un paradoxe récurrent des systèmes de contrainte : comment peuvent-ils s'imposer à ceux qui les créent ?

Des incidences de la modélisation sur l'usage de la théorie juridique

Qu'elles soient philosophique, explicative par la causalité, normative, historique, comparative ou technique, les méthodes d'étude de l'État et du droit ont toutes pour caractéristique de ne jamais faire de recours systématique à la modélisation systémique. De ce fait, les descriptions qui en résultent sont caractérisées par une forte empreinte téléologique : on apprécie la méthode au regard du résultat que l'on cherche à atteindre. Radomir Lukic, dans son ouvrage sur la théorie de l'État et du droit², dépeint avec précision ces effets de mode

¹ Par un trait souvent implicite mais fondamentalement consubstantiel à la notion de société, *la conscience d'appartenir à une entité supra-individuelle qui transcende l'individuel*, et sans lequel une société n'est rien d'autre qu'un simple groupe d'individus, au mieux une communauté.

² Radomir LUKIC, *Théorie de l'Etat et du droit*, Trad. M. Gjidara, Paris, Dalloz Coll. Philosophie du droit, 1974, 600 p.

qui portent tour à tour telle ou telle méthode scientifique sur le devant de la scène. De manière générale, les facteurs déterminants sont les mutations politiques (passage d'un État féodal à un État bourgeois) ou scientifique (passage de l'« obscurantisme » aux Lumières, ou à la post-modernité). Chaque époque engendre des formes politiques qui cherchent dans la théorie de l'État une base à leur légitimité, et en ce sens la philosophie politique interfère sur la philosophie du droit. Ainsi la pensée d'hommes comme Saint Thomas, Spinoza, Hobbes, Rousseau, Jellinek, Kelsen ou Duguit finit-elle par se fondre en une conception de l'État au sens large. Certains le décrivent tel qu'il devrait être à partir de ce qu'il est, d'autres tel qu'il est en suggérant à travers l'analyse critique ce qu'il pourrait être. Ceci est même vrai à travers la simple ontologie adoptée. Si comme l'affirme M. Troper, toute ontologie est stipulative, on peut concevoir le positivisme de Kelsen comme une tentative d'asseoir la légitimité juridique de l'État. La prétendue neutralité de la méthodologie scientifique issue des sciences de la nature trouve en sciences juridiques sa limite

En contrepoint, le constructivisme juridique et la modélisation systémique se caractérisent par leur grande neutralité. Basés sur une théorie diachronique de la décision, elles permettent, comme il a été exposé en introduction, de mettre en perspectives ces différentes méthodes, en les définissant comme des *modes distincts de description du réel*. Se situant à un métaniveau, la modélisation systémique, en incluant dans une même épistémologie le juriste et le droit, aboutit à ce que d'aucuns nomment du terme péjoratif d'indécidabilité : *la neutralité*. La modélisation ne décrit pas l'État ou le droit, elle décrit comment le juriste et le justiciable se construisent une représentation de l'État et du droit. En conséquence, il est impossible de parler de ses conclusions autrement qu'en termes d'*adéquation* : les hommes qui s'assignent ou assignent tels ou tels objectifs à l'État ou au droit, vont obtenir à terme tel ou tel effet.

Il sera ainsi possible de montrer objectivement comme un État voulu stable peut, s'il ne respecte pas certaines conditions de flexibilité, aboutir au résultat radicalement inverse de celui recherché.

5 - 1. L'État, un ordre voulu stable et stabilisant

Affirmer que l'État est une entité voulue stable relève autant du postulat que de l'évidence. Il est en effet notoire que les structures qui gèrent le pouvoir tendent quasi naturellement à se maintenir et à perdurer. A tel point qu'il ne semble pas avoir été nécessaire, dans la Constitution, de rappeler que l'État est bâti pour durer : l'État est lié au pouvoir, le pouvoir au peuple, et le peuple *se pense* de façon autosuffisante (autopoïétique selon Luhmann ou Teubner), et liée à l'idée de République. On lit d'ailleurs à l'art. 2 al. 5 de la Constitution française de 1958 sur la République : « *Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple.* »

Du, par et pour. Le peuple se place ainsi comme source et destinataire de son propre gouvernement, c'est-à-dire de ses propres lois. Quand il proclame lui-même « *solennellement son attachement (...) aux principes de la souveraineté nationale...* » (Préambule Constitution 1958 al. premier), c'est volontairement qu'il se soumet à ce qui n'est de fait que le reflet abstrait de lui-même. Car la souveraineté nationale n'est autre que l'exercice d'un pouvoir lui aussi abstrait par une entité construite, représentant l'agrégat des volontés individuelles : l'État.

La Constitution nous fournit ainsi les fondements axiomatiques du modèle constructiviste de l'État : une foule, des consciences individuelle et une conscience collective. Le jeu des contraintes externes (les relations internationales) et internes (la politique intérieure) fait naître des besoins régulatoires et directoires, ordonnés selon une stratégie politique choisie en vertu d'un processus dont la description relève de l'Histoire. Un niveau d'organisation supérieur est atteint quand on place une entité abstraite (l'État), agrégante et représentative, au-dessus de la foule et au nom d'elle-même, constituant le *point fixe* vers lequel se tourneront tous les regards et qui sera seule source de violence légitime (Max Weber).

5 - 2. Stabilité voulue de l'État : L'État est un ordre voulu, mais jusqu'où ?

Dans certaines sociétés primitives, l'incapacité des individus à se mettre à distance de leur propre savoir pour le constituer en théorie provoque ce que Marcel Gauchet appelle une « irreflexion essentielle »³. Ainsi, la société primitive « se pense pensée », elle se refuse « à se reconnaître *comme lieu et agent du penser qui la détermine* »⁴. Mais c'est par un patient travail d'acquisition du savoir de ce non-savoir que l'homme, inventant la modernité, parviendra à s'affranchir de la nécessité d'une transcendance pour justifier causalement cette figure inaccessible : la société échappe infiniment à l'homme, mais il sait qu'il est désormais seule cause de son évolution (ce qui l'amènera, souligne Gauchet, à une autre méconnaissance : celle de l'hétéronomie fondamentale de l'individu par rapport au social, qu'occulte le mirage de l'individu devenu autonome par sa science).

A un modèle de domination transcendante succède ainsi un schéma complexe, car causalement circulaire. L'Etat n'est plus, pour des raisons d'efficacité, justifié que par lui-même et sa mission de maintien de l'ordre public. Car depuis les Lumières, l'Etat représente l'entité abstraite qui permettra la division sociale, c'est-à-dire l'existence d'un pouvoir séparé et le libre déploiement du conflit civil. Il fallait en effet qu'une figure se substitue à la transcendance comme source de tout droit et de toute justice (en un mot, de tout *sens régulateur*). Une figure pleinement immanente étant trop difficile à gérer, l'entité étatique s'est alors vu *autotranscendée* (Dupuy).

Néanmoins, l'État occupe une place non pas supérieure mais *intermédiaire* entre la totalité sociale et l'unité individuelle, le faisant davantage ressembler à une *interface* entre l'individu, sa propre société et les autres Etats. C'est cette relation particulière qui caractérise et explique la situation d'impuissance que l'homme ressent face à son propre l'État. En déléguant à l'État l'ordonnancement social, l'homme s'enchaîne dans un mouvement sans issue que les psychologues nomment le *modèle-obstacle*. L'homme jouit de sa liberté au sein de son Etat, mais cette liberté devient aliénante, car l'Etat, en s'autotranscendant s'affranchit de la tutelle initiale de ses sujets.

³ M. GAUCHET, « Politique et société : la leçon des sauvages (II) », *Textures*, 75/12-13, p.71 s.

⁴ cité in J.P. DUPUY, *Introduction aux sciences sociales*, Ellipses, 1992, p.252.

Néanmoins sur le plan systémique, État et société sont liées dans un mouvement indissociable : dans la mesure où ces deux entités participent réciproquement de leur évolution, le paradigme constructiviste que nous avons adopté s'enrichit d'un nouveau modèle de mouvement : la *coconstruction* de l'État et de la société.

5 - 3. État et société : un modèle complexe de coconstruction

Les auteurs qui se penchent sur l'État s'accordent sur la diversité de ses représentations. Certains comme D. de Béchillon, trouvent que *l'élaboration scientifiquement étayée d'un concept unique de l'État paraît (...) hors de portée*⁵.

Les conceptions de l'État dépendent de fait davantage du message que veulent transmettre les auteurs, ce qui explique leur variété. Pour Max Weber, « *l'État est une communauté humaine qui revendique avec succès le monopole de l'usage légitime de la violence physique sur un territoire donné* ». Pour Michel Troper, « *l'État n'est pas un être réel, psychologique ou social, il n'est que la personification de l'Ordre juridique* »⁶. Et il est matérialisé par ses représentants, mais est toujours basé sur un mécanisme de domination légitime, donc juridique. Il faut que le pouvoir politique soit dévolu à une institution abstraite : l'État lui-même. D'où des difficultés et la nécessité de recourir à une fiction souvent religieuse si le pouvoir est accaparé par un individu tyrannique.

5 - 4. Un modèle complexe : L'État, intermédiaire voulu entre l'individu et la totalité sociale

Afin de resituer son caractère à la fois statique et dynamique, l'État sera défini selon un modèle divisé en 7 étapes.

Soient des individus, agents cognitifs et autonomes.

1. *Contrainte* : Ces individus acquièrent la conscience de la nécessité de vivre ensemble en groupe, et des contraintes ainsi engendrées. Ils se regroupent donc, et la « nécessité d'interindividualisme » devient *Common Knowledge*.
2. *Conscience* : Les individus acquièrent ensuite une conscience de l'unité qu'ils forment (qu'en général ils vont nommer *groupe* ou *communauté*, ou d'autres termes). Cette « conscience globale » devient *Common Knowledge*. L'unité devient totalité. La place se crée ici pour le *chef*.
3. *Auto-organisation* : La totalité atteint une *masse critique* au-delà de laquelle elle forme au fil du temps un **tout pseudo-autonome**.
4. *Reconstruction* : La *personne globale* ainsi formée prend forme dans la grille des jeux des individus. Il devient intéressant de tricher contre elle, et ce d'autant qu'elle est

⁵ De Béchillon 1997, *op. cit.*, p.100.

⁶ Troper 1994, *op. cit.*, p.149.

ressentie autonome (les individus qui la composent s'y « reconnaissent » de moins en moins, mais ils leur faut la préserver car elle les protège).

5. *Protection* : Pour protéger la totalité comme une personne à part, les individus doivent trouver une stratégie globale de *compatibilité interpersonnelle*. Une possibilité est d'attacher un terme abstrait à l'unité et de proclamer que la sauvegarde de cette entité ainsi identifiée sera prioritaire. On crée ainsi un *point fixe pseudo-exogène*⁷ qui ordonne les comportements.
6. *Représentation* : Ce point fixe ordonnateur est placé entre la totalité et les individus : il représente la totalité et les individus qui la composent. Le protéger revient ainsi à protéger les individus contre eux-mêmes, mais aussi contre la totalité et la totalité contre les individus. *Variante* : substituer le point fixe à la totalité, en occultant plus ou moins celle-ci. C'est le modèle de domination linéaire et sans partage d'un État tout-puissant.
7. *Concrétisation* : La fin requérant quasi-obligatoirement des moyens, on concrétise l'action du point fixe ordonnateur (l'État dans notre exemple) par des *représentants*, qui disposent du bras séculier de la justice et des normes (donc du droit). L'État régule donc, soit les comportements individuels qu'il harmonise, soit lui-même dont il ajuste le pouvoir en fonction de sa position vis-à-vis des exigences de la totalité sociale... elle-même dépendante des individus qui rétroagissent ainsi soit directement, soit indirectement sur l'État, et ainsi de suite.

Fonctionnement du modèle : l'État agit le droit, qui agit les individus, qui agissent l'État ou le droit, etc.

Nota : La chronologie de ce modèle est tout à fait artificielle et ne se justifie que pour la clarté de l'exposé. Dans les sociétés modernes, l'État ou toute autre forme symbolisant le groupe sociétal, se présentent à l'individu comme un phénomène *toujours déjà là*, ce qui a pour effet de renforcer l'illusion de son autonomie et simplifie à l'extrême sa représentation mentale sur le plan synchronique. Pour l'individu, seuls trois acteurs sont en présence : *moi*, *les autres* et leur *représentant*. De plus, cette présentation se veut graduée, franchissant peu à peu les échelons du local au global. Dans l'étude du modèle en mouvement, cette chronologie par étapes n'a plus lieu d'être.

Commentaire et illustrations concrètes du modèle

Etape 1 : Contrainte

Cette étape décrit une sorte de *société en formation*.

Le phénomène dépasse le simple regroupement : une société se constitue dans une optique de pérennisation. En effet, sous une contrainte externe, des individus peuvent être amenés à coordonner leurs actions. Ce type de regroupement ne peut encore être qualifié de société, mais il en est un préalable indispensable.

⁷ Cette terminologie se justifie de la manière suivante : exogène, car elle est perçue par les agents comme externe au groupe. Mais partiellement exogène seulement, car les créateurs de cette entité supérieure aux agents ne sont autre que les agents eux-mêmes.

La notion de **contrainte externe** est un facteur déterminant⁸ des comportements dont on constate les effets en-dehors de tout apprentissage chez les animaux sauvages. Ainsi en Afrique, il n'est pas rare qu'en période de grande sécheresse, tous les animaux, prédateurs et proies confondus, soient amenés à se côtoyer autour des points d'eau de bien plus près et bien plus fréquemment qu'à l'accoutumée. Les proies deviennent alors bien plus nombreuses pour les prédateurs, mais aucun carnage ne s'ensuit pourtant, comme s'il s'était établi un « accord tacite » entre les espèces. On peut théoriser ce phénomène, qui ne décrit rien d'autre qu'un changement d'ordre conventionnel, une **auto-ré-organisation**, par le schéma suivant : chaque agent, sous la poussée d'une contrainte externe, ajuste sa stratégie de survie en fonction des données perçues de l'environnement. Ici, la sécheresse entraîne une pression interne (ressentie sous forme de soif) qui amène à faire passer au second plan la stratégie prudentielle de distanciation avec les prédateurs. De son côté, le prédateur suit le rythme, ralenti par les moindres distances à parcourir, de son appétit. Un équilibre général peut ainsi s'établir. Cet équilibre, simple, peut être déduit des mécanismes de régulation interne propre aux agents⁹.

Avec l'espèce humaine, il faut cependant dépasser le schéma de la simple contrainte circonstancielle. Car comme chez certaines espèces animales, la vie en communauté est ressentie comme une nécessité profonde, ce qui a amené Durkheim à qualifier l'homme d'*animal social*.

Mais pour aller plus avant dans la modélisation il est nécessaire de postuler que :

- la tendance à l'agrégation est consubstantielle à l'espèce humaine ; **elle est pour une part spontanée, pour une autre part contrainte**
- cette dernière tendance augmente avec la pression des contraintes externes (tant que le regroupement est considéré comme une **stratégie de résolution de problème** plus satisfaisante que celle du *chacun pour soi*)
- cette tendance ne revient pas forcément à son point initial quand disparaît la contrainte (*effet mémoire*)

Cet *effet mémoire* est une caractéristique essentielle des groupes humains, dans la mesure où chaque agent mémorise les états précédents du système, en oublie certains et en imagine d'autres. Il s'ensuit, au niveau de l'organisation, un effet de **rémanence**, caractéristique des institutions (entre autres), qui explique en partie la notion d'*émergence du sens*. Mais il faut également considérer que le sens émane également du *Common Knowledge*. Car, comme il a été vu, le *Common Knowledge* introduit des boucles spéculaires entre les agents qui forment ainsi un système complexe. Cette complexité engendre pour les agents une difficulté à comprendre le fonctionnement de leur propre groupe, et ils tendent alors à conférer à celui-ci une « personnalité » propre. Un indice révélateur que relèvent les anthropologues est fourni par le langage. Une entité théorisée et désignée par un terme qui lui est propre (Etat, Institution, Droit, Justice...) peut être considérée comme « existante » par les agents qui utilisent le terme, et agissent en fonction. Peu importe que ce terme ne soit pas définissable *intensivement* (au sens logique : par ses propriétés intrinsèques), c'est-à-dire qu'on ne puisse fournir une liste exhaustive de ses propriétés, qui

⁸ Une analyse par contrainte externe que définie par les biologistes trouve ici une particulière pertinence.

⁹ Cf. p. ex. les modèles multi-agents ascendants, comme décrits in Jacques FERBER, *Les systèmes multi-agents. Vers une intelligence collective*, Paris, Interéditions, 1995, pp. 307 s.

permettent de l'identifier en n'importe quelle circonstance. La plupart du temps, on ne pourra donner une définition d'un de ces termes que par les actions qu'il permet de réaliser.

Exemple : le concept de Justice. L'observation de cette notion au niveau européen montre :

- qu'il existe autant de concepts de justice que de magistrats, et qu'il est quasiment impossible d'en donner une définition universelle,
- que les définitions sont très diverses ; entre la théorie pure et le pragmatisme, toute les échelles d'abstraction sont présentes¹⁰.

Enfin, nous noterons que tout regroupement effectué sous la pression de contraintes externes amène les individus à s'agréger plus qu'ils ne l'auraient fait sans l'intervention de ces contraintes. D'où il ressort que la définition de la *tendance à l'agrégation* peut se subdiviser en une partie que nous avons qualifiée de *spontanée*, et une autre, que nous appellerons *contrainte*. Cette dernière catégorie se subdivisera elle-même en une partie *subie* et une part *raisonnée*. On peut donner de ces termes les définitions suivantes :

- *tendance à l'agrégation spontanée* : état interne qui amène l'individu à se rapprocher et à coagir avec d'autres individus, en dehors de toute intervention externe¹¹.

- *tendance à l'agrégation contrainte subie* : état stimulé de l'extérieur qui amène l'individu à coagir avec d'autres individus au-delà de sa tendance spontanée ; cet état engendre un mécontentement de l'individu à l'égard de ce qui est considéré comme une contrainte¹².

- *tendance à l'agrégation contrainte raisonnée* : état stimulé de l'extérieur et reformulé à l'intérieur qui amène un individu à s'amener à coagir avec d'autres individus au-delà de sa tendance spontanée ; cet état n'engendre pas de mécontentement, car l'individu a

¹⁰ cf. Robert JACOB dir., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ Coll. *Droit et Société* n° 17, 1996, 416 p.

¹¹ Un des états les plus connus de l'agrégation spontanée est *l'amour*, qui, transformé en *amour du prochain*, alimentait l'utopie d'une société harmonieuse et sans contrainte. Freud, dans sa *Psychologie des foules et analyse du moi*, donne ainsi à la foule un principe de cohésion : la *libido*, qui seule peut faire échec à l'égoïsme narcissique vers lequel tend selon lui l'individu.

Signalons par ailleurs que ce même narcissisme constitutif de l'homme est à l'origine d'une autre figure que nous ne développerons qu'ultérieurement : la *tendance à l'agrégation spontanée subie*, engendrée par la contrariété de ce narcissisme que ressent l'individu qui se sent porté vers l'autre. L'individu social qui se voudrait totalement autonome constate à son corps défendant que cette autonomie est pour lui totalement inaccessible : la totalité est la plus forte.

¹² Les états d'agrégation subie sont fréquents, même de nos jours. Ils sont présumés par les partisans de la démocratie chez les régimes autoritaires ou totalitaires, ou un chef charismatique conditionne l'attribution de son pouvoir à sa seule volonté (engendrant ainsi une légitimité autoréférentielle totalement extériorisée par rapport à sa base populaire). Ce schéma parfois simpliste sera fortement nuancé, nous le verrons *infra*, le mécanisme d'auto-production de leur sens amenant les démocraties modernes à n'être pas exemptes de tout reproche.

trouvé à la contrainte une raison d'être qu'il s'est construite pour lui-même (il a **endogénéisé** la contrainte)¹³.

Etape 2 : Conscience

La seconde étape nécessite un certain apprentissage de la part des individus, donc une pratique régulière de la vie sociale.

Conscience individuelle et conscience globale : il est nécessaire à ce stade qu'une conscience individuelle se forme, et ce, d'une part en relation à soi-même, d'autre part en relation avec le groupe qu'elle constitue. On peut raisonnablement conjecturer que cette conscience est coextensive de l'acceptation de la *tendance à l'agrégation contrainte raisonnée* : conscience de la place respective de soi dans le groupe et du groupe dans soi.

Mais le saut qualitatif se constate réellement quand cette conscience se globalise et devient *Common Knowledge*. J'ai conscience que je suis le groupe et le groupe en partie moi, et donc une partie de l'autre par extension, l'autre se concevant également par rapport au groupe et réciproquement. Le *Common Knowledge* introduit ainsi **un lien interindividuel de substance**. Ce lien est bien plus fort que le premier (issu de la contrainte), que l'on pourrait qualifier de lien interindividuel de fonction. La fonction peut agir sur l'environnement (les animaux d'Afrique retrouvent leurs habitudes une fois la sécheresse terminée), pas la substance.

Déjà amorcée à l'étape 1, la rupture est consommée avec les modèles d'auto-organisation sociale basés sur l'idée d'une société sans pouvoir central, appuyée sur des relations uniquement interindividuelles (Smith). Le présent modèle s'appuie sur une conscience de groupe qui peut être plus ou moins forte, mais qui constitue la pierre angulaire de l'État.

Il sera ultérieurement mis l'accent sur les propriétés organisatrices du *Common Knowledge*. On soulignera simplement ici deux traits essentiels du *Common Knowledge* et de sa représentation :

1. Il semble difficile de ne pas concevoir l'intervention du *Common Knowledge*, et ce dès les premiers stades de la construction sociétale. On peut y trouver plusieurs raisons, parmi lesquelles l'argument que le simple mimétisme ne suffit pas à justifier l'attachement de l'homme aux sociétés qu'il compose. C'est un être *non monotone*, il peut changer de comportement au gré du temps et des occasions, alors que des abeilles ou des fourmis répètent à l'infini le rôle qui leur est attribué dans la ruche ou la fourmilière. Chez l'homme, il n'est pas question de ce type de représentation.

2. En revanche, il est intéressant de noter que si une représentation trop monotone (nous pourrions dire : machiniste) nous semble inacceptable, il est cependant possible de remplacer une analyse complexe (car totalement non monotone et non linéaire) de notre stabilité de comportement vis-à-vis de notre groupe par des concepts comme le mimétisme, qui sont eux, simples et linéaires.

¹³ Cette auto-contrainte est une figure paradoxale car à connotation sacrificielle et auto-référentielle. De ce fait, elle alimente depuis l'antiquité (et probablement au-delà) les débats sur la notion de *liberté*. Il sera fréquemment fait allusion à ce mécanisme au cours des discussions qui suivront.

Etape 3 : Auto-organisation

Cette étape est à la fois statique et dynamique. Statique, car elle voit émerger une figure dynamique mais stable, car cette stabilité trouve sa source dans la répétition, donc dans le mouvement. Cette figure est également complexe, car résultant de l'imbrication itérée de l'un et du multiple ; temporalisée enfin, car le facteur temps intervient ici avec deux caractéristiques : il est nécessaire et il est irréversible.

- Il est nécessaire, en ce sens que des agents ne peuvent ressentir leur groupe comme une entité autonome que s'ils en ont expérimenté l'indécidabilité ou la complexité. Cet apprentissage nécessite un certain temps : autant l'adhésion à un groupe quelconque peut être immédiate, autant l'impression que ce groupe forme une entité qui possède ses caractéristiques propres nécessite la répétition d'expériences mettant en jeu l'individu et le groupe.

- Il est irréversible, en ce que l'action de l'un dépend de ce qui a été précédemment fait par l'autre (l'un et l'autre désignent l'individu et son groupe). En effet, en ce qu'il constitue un *organisation* (Lukic), le groupe *mémorise* les actions qui l'environnent en modifiant sa structure. Cet effet mémoire produit des résultats souvent contre-intuitifs : si un État constate que l'augmentation de la pression fiscale accroît la fraude, il ne suffira pas de diminuer ladite pression pour voir la fraude retomber à son niveau initial (contrairement à ce que laisseraient à penser des associations cause-effet classiques), pour la raison que les agents ayant *appris* à frauder, une baisse ne les amènera pas nécessairement à abandonner une stratégie dont ils savent maintenant tirer les avantages. Cet effet mémoire sera discuté plus avant dans la partie sur le *temps*.

Cette étape, malgré sa concision, est essentielle pour décrire une multitude de propriétés des ensembles complexes. Citons dans le désordre des notions peu courantes comme l'autonomie (Morin, Varela, Atlan), l'autotranscendance (Dupuy) ou l'autoproduction du sens (Morin). Ici se trouve mise en avant la propriété fondamentale de la figure de **totalité : l'autoproduction de ses propres propriétés**, avec la particularité de ne pas être réellement autonome, au sens biologique du terme, puisque il manque à cette figure d'avoir sa propre cause en elle-même, comme il était décrit en fin de chapitre préliminaire. Mais ces propriétés seront bien plus mises en avant dans des développements ultérieurs.

Etape 4 : Reconstruction

Par le refermement de la boucle herméneutique des individus sur eux-mêmes, c'est tout l'environnement de ceux-ci qui se trouve modifié. Après l'un et l'autre, un troisième personnage, virtuel celui-ci, fait son apparition : l'Autre (que Dupuy compare au Grand Autre de Lacan). De nombreux économistes, dans le courant de F.A. Hayek, ont pris l'habitude d'étudier les comportements des agents économiques par le biais de *grilles de jeux*, outils mathématiques et logiques représentant les anticipations d'agents qui cherchent à optimiser leur situation. Une théorie économique, nommée théorie des conventions, s'est développée en utilisant de tels outils. Un certain nombre de joueurs sont mis en présence. Des règles sont définies, puis on observe le comportement des joueurs suivant un certain nombre de « coups ». On obtient alors un résultat qui permet de tirer des conclusions issues d'un cadre rigoureusement formalisé.

L'exemple le plus connu, et le plus simple, est celui du jeu dit du « dilemme du prisonnier » : un puissant vizir détient dans ses geôles deux prisonniers qu'il soupçonne d'être des voleurs, mais son souci de justice lui interdit de les punir arbitrairement. Il les fait donc comparaître séparément devant lui et les place devant un ultimatum : chaque prisonnier devra plaider coupable ou innocent. Trois stratégies leur sont offertes. S'ils se proclament tous deux innocents, ils sont libérés séance tenante. Si un seul prisonnier se reconnaît coupable, il écope de 10 ans de prison mais son compagnon est exécuté, car il sera alors prouvé qu'il a menti. Enfin, si les deux prisonniers se reconnaissent coupables, ils seront punis de 10 ans de prison chacun. Les prisonniers n'ont aucun moyen de communiquer entre eux.

Il semble qu'il n'y ait pas vraiment de problème. La première stratégie, une stratégie de coopération (C), semble s'imposer d'elle-même face aux deux autres qui ont des stratégies de désertion (D), puisqu'on risque au pire de faire exécuter son compagnon. Et pourtant...

On représente classiquement les données du jeu par la matrice suivante. Il y a quatre cas, obtenus en croisant les choix de coopération et de désertion (ou défection) pour les deux joueurs. Dans chaque case, on a indiqué les résultats obtenus par l'un et l'autre : en bas et à gauche, pour le prisonnier 1, en haut à droite pour le prisonnier 2.

A partir de cette matrice, la théorie des jeux donne quelques concepts de base, très utilisés en économie, que sont les **équilibres**.

		Prisonnier 2	
		C	D
Prisonnier 1	C	Libre Libre	10 ans Mort
	D	Mort 10 ans	10 ans 10 ans

- un *équilibre de Nash* est une stratégie telle que chaque joueur y joue au mieux de son intérêt, à partir de ce qu'il suppose que l'autre va jouer.

- un *équilibre de coordination* est une stratégie dans laquelle chacun espère, une fois son comportement déterminé, que l'autre va agir dans un sens qui lui est favorable. Il y a *équilibre de coordination au sens strict* si le comportement de l'autre est déterminant pour la réussite de la stratégie ; il y a *équilibre de coordination au sens large* si la stratégie réussit, quelque soit le comportement ultérieur de l'autre.

La matrice présente donc deux équilibres : les cases CC et DD. Le premier est de coordination au sens strict : si je coopère, il m'importe au plus haut point que l'autre coopère également : si c'est le cas, je suis libre, sinon, je suis exécuté ; le second est de coordination au sens large : si je plaide coupable, je serai condamné à 10 ans de prison, quel que soit le comportement de mon comparse.

Il est évident que l'équilibre de coopération est plus avantageux que l'équilibre de désertion, en ce qu'il est beaucoup plus favorable à l'un **et** l'autre joueur. Mais il est également beaucoup plus risqué, et dans la pratique, il suffit, compte tenu de l'importance des enjeux, que le doute s'installe chez l'un des joueurs. La **spécularité** (action consistant à se projeter dans le rôle de l'autre joueur et réfléchir comme si l'on était à sa place) jouera ici son rôle stochastique et fera sortir le jeu de son équilibre initial. On saisit ici toute l'importance du facteur *confiance/méfiance*. Un infime déplacement de la confiance, le moindre doute en l'autre, et face au risque d'une perte aussi considérable le joueur va chercher à *minimiser* la perte *maximale* qu'il peut encourir (stratégie dite *minimax*). Si je choisis de coopérer, je risque la mort ; si je déserte, j'écope de 10 ans, quoiqu'il advienne. J'agis selon une rationalité *prudentielle*.

La spécularité du raisonnement des joueurs s'exprime de la manière suivante :

Je plaide coupable si :

1. j'ai un comportement prudentiel,
2. ou bien : ce n'est pas le cas, mais je soupçonne l'autre d'avoir un comportement prudentiel,
3. ou bien : ce n'est pas le cas, mais je soupçonne l'autre de me soupçonner d'avoir un comportement prudentiel, etc. jusqu'à l'infini...

Ces étapes ne sont pas tautologiques (un comportement prudentiel pourrait se définir comme le soupçon *en soi*). Elles expriment juste que si soupçon il y a, celui-ci peut surgir à n'importe quelle étape du raisonnement spéculaire, quelle que soit sa profondeur. De fait, il n'est donc possible d'instaurer une confiance que si chacun sait que l'autre écartera la rationalité prudentielle : un équilibre de coopération n'est atteignable que si la confiance est réciproque, donc *Common Knowledge*. Or les prémisses du problème ont bien posé que les prisonniers ne peuvent communiquer. Une solution probable sera donc la défection générale, sauf si :

- l'un des joueurs a un esprit de parieur,
- ou bien l'on « empêche » les joueurs de spéculer leur raisonnement, donc d'essayer de projeter ce que l'autre va faire. Privés de doute, ils tendront alors tout naturellement à la coopération. C'est la vertu « libératrice » de la spécularité nulle.

Intérêt du jeu du dilemme du prisonnier

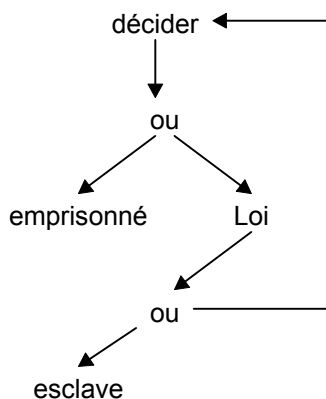
De nombreuses conséquences, extrêmement contre-intuitives, découlent de ces jeux de miroirs intellectuels. On y découvre entre autres que la stratégie du joueur le plus simplet est exactement la même que celle du plus malin, qui raisonne en se disant que les autres penseront qu'il jouera comme le plus simplet ; nous aborderons également les conséquences qui découlent des différences de conception du facteur *temps* : selon la conception que les joueurs se font de la durée de leur propre jeu, leur stratégie peut tendre à devenir de plus en plus complexe (temps court) ou simple (temps long). Des auteurs comme Hayek présentent couramment le problème de la régulation sociale en termes d'anticipations et de choix stratégiques des agents, ce que notre modèle constructiviste, en ce qu'il est basé sur la décision, intègre implicitement. Mais ces jeux présentent parfois des comportements surprenants car leurs structure même, quand elle est non linéaire, les prédispose à engendrer des décisions complexes. Nous avons mis en lumière les effets paradoxaux au niveau juridique, du *double bind*. Ce dilemme, comme le relève Varela, peut constituer un *4-bind*, dès lors que l'on représente le processus décisionnel sous une forme graphique (un *graphe et/ou*, en l'occurrence)¹⁴. Si nous proposons une variante basée sur les règles suivantes :

- vous devez prendre une décision
- soit vous êtes emprisonnés, soit vous obéissez à la Loi

¹⁴ F. Varela, *Autonomie et connaissance*, *op. cit.*, pp. 231-232.

- si vous obéissez à la Loi, soit vous vivez comme un esclave, soit vous devez prendre une décision.

Nous obtenons le schéma suivant :



Or les modèles tirés des sciences économiques ont la propriété de fixer au départ de chaque jeu des règles strictes. Les modèles que nous utiliserons nécessitent plus de souplesse (le buts sont non pas *donnés*, mais *construits*). A ce stade de la constitution de l'État, nous nous bornerons à constater qu'un acteur supplémentaire est entré sur la grille des jeux, acteur particulier puisqu'il contient tous les joueurs, même si ceux-ci le considèrent désormais comme un tout autonome. La mise en œuvre de ce jeu sera abordée dans la section consacrée à l'État, tiers médiateur relatif.

Pour lors, restons au stade individuel (ou local). On peut schématiser un comportement tenu pour rationnel au plan individuel, en ce qu'il optimise son propre intérêt :

Si l'agent adopte une stratégie sur le temps court, il a intérêt à « tricher » contre la société (il bénéficie de ses avantages sans pâtir des sacrifices qu'elle requiert).

Exemples : le vol ou la fraude fiscale, mais le nombre de ce type de règles de bonne conduite est beaucoup plus impressionnant dans le champ coutumier, voire de l'infra-droit : passer devant une file d'attente, se servir en premier à table, ou en quantité excessive, passer le pas d'une porte avant qu'une personne engagée ne sorte, se précipiter sur un siège d'autobus avant une personne qui en était plus proche : ce foisonnement est signe d'une régulation sociétale déjà puissante, qui explique la relative discrétion du droit dans les domaines qui touchent la vie courante.

Si l'agent adopte une stratégie sur le temps long, il a intérêt à respecter la société (tricher contre elle reviendrait à la diminuer, donc à minorer d'autant le bénéfice qu'il pourra tirer d'elle par la suite).

Rappelons que l'agent *est* la société. Ce qui diminue la société lui porte donc immédiatement préjudice. Ce calcul simple servait à Rousseau pour démontrer l'optimalité fondamentale de la société basée sur la loi, expression de la volonté générale : la volonté générale ne peut être tyrannique, puisque chacun se léserait lui-même.

On notera également qu'en politique criminelle, ce phénomène de *désocialisation* est un facteur qui sert à expliquer le comportement délictueux : privé de repère, l'individu se « détache » du groupe et « joue » alors un jeu personnel. Ce peut être par désespoir (perte de

confiance dans le temps long) ou par rébellion (mise à distance vis-à-vis de sa société) : dans tout les cas, une politique de réinsertion visera à aider l'individu à se reconstruire un jeu compatible avec le jeu commun.

Étape 5 : Protection

A ce stade d'élaboration de la totalité civile, les individus se trouvent pris entre deux tendances contradictoires, qui perturbent leur jeu : d'un côté, une société dont ils apprécient les avantages qu'elle procure mais qui impose des sacrifices, de l'autre un intérêt personnel croissant à se soustraire à ces sacrifices. On peut résumer ce calcul à un simple rapport coût/bénéfice.

Un équilibre **complexe** doit alors être trouvé, engendrant de fréquentes hésitations. En effet pour l'individu, entre l'égoïsme autonome synonyme de dislocation sociale et l'altruisme forcené annihilant l'initiative personnelle, la solution se traduit fréquemment par une stratégie qui fluctue au gré des circonstances. Question de tempérament, d'éducation, et d'information.

C'est ici que peut naître un besoin d'assurer la pérennité de l'organisation. Avec le temps, la pratique de la société, son autonomisation puis la conscience de sa pérennité propre, peuvent créer chez l'individu un sentiment de sécurité et de cohésion face à un monde perçu hostile. Mais ce sentiment peut se retourner contre l'organisation elle-même, car tricher contre elle devient alors un acte dénué de toute conséquence. *Peu importe de frauder le fisc, ce n'est pas ceci qui ruinera l'État.* Il faut donc protéger, *contre* et *pour*.

Protéger la société *pour* l'individu, c'est protéger la société contre l'individu, et contenir ses tendances égoïstes.

Protéger l'individu *contre* la société, c'est vouloir éviter qu'un État ne soit tenté de recourir au pouvoir de son autonomie pour asservir les individus, même s'il les représente.

Dans ce modèle, l'harmonie est atteinte (c'est un équilibre au sens économique du terme, à ceci près qu'il est **construit**) au moment où les hommes sont prêts à consacrer à leur société les moyens qui sont en adéquation avec les fins qu'ils lui assignent. Nous utilisons ici la dialectique fin/moyens proposée par Merton.

Le besoin de protection émanerait donc des individus.

Mais parallèlement, il faut également prendre en compte la tendance marquée des organisations autonomes à produire vis-à-vis de leur environnement leur propre raison d'existence, et à requérir ainsi la mobilisation de ressources de façon parfois contre-productive. Nous l'avons vu, une organisation autonome produit sa propre logique, ses propres règles, son propre droit, au sens d'Arnaud sa propre raison, et au sens de Luhmann sa propre cause. Il en résulte une perte de flexibilité dont nous étudierons les effets *infra*. Pour résumer, on ne sait plus vraiment pourquoi l'organisation doit être maintenue, mais on la maintient coûte que coûte, et parfois même après sa disparition. Ainsi Proust décrit-il la fascination de la grande bourgeoisie pour une noblesse déchue dans *A la recherche du temps perdu*. Cette rigidité constitue le terreau sur lequel sont cultivées les principales critiques des idéologies libérales.

Ainsi pris en étau entre flexibilité et sécurité, la totalité doit faire l'objet de mesures de protection. Ces mesures peuvent prendre la forme d'un ensemble de règles de contrainte (stratégie utilisée par les systèmes de type juridique), mais il existe également des stratégies basées sur la persuasion, l'éducation, et le contrôle mutuel. Les sociétés modernes panachent fréquemment entre ces stratégies. On peut ajouter quelques éléments tirés de l'étude anthropologique des sociétés primitives : la *mimesis*, le sacré. Marcel Gauchet voit dans les rites et les célébrations un besoin de raviver constamment la victoire du bien sur le mal à la mémoire des hommes (en fait, de réaffirmer la **direction** du bien), et une répétition incessante du lien social.

D'autres méthodes ont été imaginées dès l'antiquité ; elles peuvent se résumer par une figure supplémentaire, implantée au niveau de chaque individu : le **point fixe pseudo-exogène ordonnateur**.

Pour l'individu, il s'agit donc de préserver son intérêt. mais cet intérêt est complexe, car inversement proportionnel aux avantages conférés par le social, ou proportionnel aux contraintes qu'il impose. Créer un point fixe, c'est linéariser un phénomène complexe en créant un repère cognitif aisément détectable pour l'individu. Pour le chef, c'est également un moyen de faire oublier que son investiture plonge ses racines dans le terreau de la multitude. Les intérêts convergents du commandement comme de la base sont donc autant de raison pour créer une abstraction commune: en lui attachant un terme (Etat), une fonction (ordonner), un symbole (une enseigne, un drapeau, une couronne,...), on achève de donner à l'abstraction une vie concrète : on crée ainsi un **pouvoir**.

On peut légitimement s'étonner que despotisme et ignorance soient des facteurs nécessaires pour créer un Etat. La démocratie athénienne ne réalisait-elle pas, à travers la *polis*, une figure d'Etat ? Sans doute l'aréopagite constitue-t-il une figure d'exception, permise par la relative étroitesse de la cité athénienne ainsi que du temps libre important dont jouissaient les participants de l'Agora. On fera cependant remarquer que dans de nombreux domaines, essentiellement militaires, le pouvoir décisionnel était délégué à des autorités jouissant d'une certaine autonomie. Autre division décisionnelle, les citoyens étaient tous tenus de voter, mais non de débattre en permanence à l'Agora : on peut donc déceler les indices, même voilés d'une économie cognitive des citoyens dédoublés d'une concentration décisionnaire autour de certains hommes-clé.

Cette précision politique nous permet de nous attarder sur un point remarquable du mode de vie des hommes vivant en société. En sciences économiques encore, la théorie des conventions pose que des agents tendent à diviser travail et compétences en se répartissant les tâches de la vie courante, selon leur spécialité, et cette répartition tend ainsi à la réalisation d'un meilleur équilibre (Orléan). Les raisons d'une telle amélioration sont liées à la répartition naturellement inégale de nos compétences et nos talents. Ainsi, deux menuisiers produiront davantage et mieux si l'un est spécialisé dans les chaises et l'autre dans les tables, plutôt que d'avoir chacun à apprendre à effectuer ces deux objets.

On voit immédiatement le risque encouru par une telle spécialisation : si l'un des deux vient à disparaître, c'est un élément fondamental du mobilier qui vient à manquer. Spécialité rime donc avec insécurité, sauf à disposer d'une masse suffisante d'individus, qui garantit la transmission du savoir.

Quoiqu'il en soit, la spécialisation artisanale semble, à l'observation, trouver son pendant dans des disciplines plus intellectuelles comme les affaires politiques. Dès l'antiquité, bien plus nombreux sont les peuples qui ont trouvé un système politique spécialisant d'une manière où d'une

autre le pouvoir dans les mains d'une frange étroite de population. De fait, la formule est efficace. Nombre de métiers accaparent la quasi-totalité des ressources intellectuelles de la population, qui voit dans la spécialisation politique le moyen de gagner en productivité, tandis que les hommes au pouvoir trouvent ainsi le moyen de se distancier des sujets, et donc de leurs inévitables critiques.

Notons enfin que la spécialisation, que renforce l'expérience de la perte de temps que représente la palabre, n'est pas le seul moyen de réconcilier communauté et décision : la répétition, le rite, la tradition, forgée à la longue des pratiques sociales constituent l'autre stratégie de résolution « aveugle » des problèmes.

Il est significatif que la description d'une totalité abstraite puisse difficilement se priver de faire référence à ce qui justifie son existence, c'est-à-dire **sa fonction** et **ses moyens d'action**. C'est pourquoi cette étape est indissolublement liée à la suivante.

Etape 6 : Représentation

La répétition de solutions empiriquement éprouvées est une méthode qui a fait ses preuves, et a permis à de nombreuses sociétés primitives de subsister sans se déstructurer. Cependant, de nombreuses et brillantes civilisations, dont l'origine remonte bien avant l'invention de l'écriture avaient su, la plupart au moyen d'une divinisation, isoler la notion de pouvoir en transcendant la figure du chef. Il ne s'agit plus du chef décrit dans l'étape 2, porté spontanément sur le trône par une population solidaire. Il s'agit d'un chef devenu éloigné jusqu'à l'abstrait par la distance ou par le temps. La figure représentative s'est à son tour autonomisée, renversant la tendance du pouvoir. Elle n'est plus instituée, mais instituant. Ainsi le Pharaon nourrit et illumine la Haute et la Basse Egypte. Ainsi l'Inca fait-il chaque jour se lever le soleil, source de vie, et est-il le dépositaire de l'Ordre céleste. La régularité cosmique semble avoir été longtemps une métaphore efficace pour le pouvoir.

Etape 7 : Concrétisation

Max Weber a mis en évidence l'intérêt pour une science humaine de considérer les faits sociaux comme des objets réels. Il devient plus aisé d'étudier les institutions, voire les conceptions des sujets (comme la rationalité, les idéologies) comme des entités à part possédant des relations entre elles. En effet, cette fixité des entités abstraites met en valeur les liens de causalité, et permet d'apporter des éclairages renouvelés sur des phénomènes comme la bureaucratie, les systèmes de nationalité et de légitimité, les contrats¹⁵.

5 - 5. Conclusion : une entité conventionnelle complexe

Une représentation de l'Etat comme celle que nous venons de proposer, de type évolutionniste, présente les mêmes avantages et inconvénients que ses homologues plus larges appliquées au droit ou aux sociétés humaines en général. Elle rend compte de la permanence des structures et des significations qui confèrent à l'institution sa personnalité, elle permet de

¹⁵ Pour une synthèse actualisée de ces questions, cf. Pierre LASCOUMES dir., *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Coll. Droit et Société n° 14, Paris, LGDJ, 1995, 272 p., notamment p. 149 s.

situer l'institution dans son contexte social et historique, elle autorise enfin la comparaison entre institutions hétérogènes sur un autre fondement que la pure forme.

Elle présente cependant un inconvénient : elle répond à un paradoxe par un autre paradoxe. La complexité de l'État en mouvement va engendrer ce statut paradoxal de médiateur nécessaire mais non voulu qui le fera osciller sans cesse entre ordre et désordre, et ce d'autant plus qu'il aura été voulu stable et stabilisant. En d'autres termes, plus on conçoit un État comme une entité faite pour rester immobile et durable, comme un *point fixe éternel*, plus celui-ci, livré à lui-même, tendra à se transformer et se déstabiliser, et *in fine* avec lui la société qu'il chapeaute.

Annexe 6 - Les objets fractals

tiré de Benoît MANDELBROT, *Les objets fractals : forme, hasard et dimension*, 3e éd., Paris, Flammarion, 1989



Les fractales sont des objets mathématiques récents. Leur principe est basé sur l'itération d'une équation appliquée à un objet préexistant. Aussi n'ont-elles connu leur plein essor qu'avec l'avènement de l'informatique.

4 - 1. Les précurseurs

Nous avons évoqué *supra* la courbe de Peano et le scandale qu'elle provoqua à la fin du siècle dernier. Ce mathématicien avait en effet découvert une courbe aux contours si complexes qu'elle finissait par remplir l'espace du plan. La frontière qui séparait traditionnellement les objets de une à deux dimensions était abolie. D'abord cantonnés aux

dimensions purement conceptuelles, ces objets étaient dans un premier temps assez simples, même si l'on pouvait d'ores et déjà soupçonner leur potentiel complexe.

Les fractales ont commencé à être célèbres grâce aux travaux d'Helge von Koch. En 1904, il proposa de représenter des objets compliqués au moyen d'une transformation extrêmement simple. La figure de départ consistait en une simple droite (initiateur), au milieu de laquelle on formait un triangle isocèle (générateur). On obtenait une nouvelle courbe composée cette fois-ci de quatre segments de droite.

Il suffit ensuite de répéter l'opération sur les quatre segments de droite ainsi obtenus. En appliquant de nouveau le générateur, on obtient une figure contenant $4^2 = 16$ segments, et ainsi de suite. La courbe obtenue au bout de quelques itérations faisant penser à un littoral vu de haut, elle fut baptisée « île de Koch ».

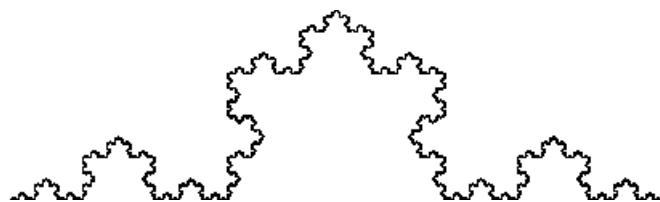
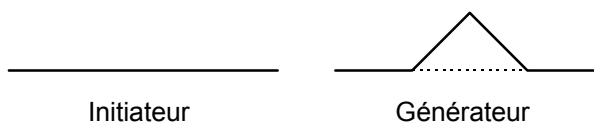
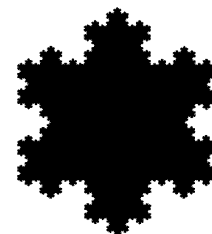


Figure 1 - Ile de Koch

dans le flocon, l'itération successive du générateur crée des figures au sein desquelles le triangle se répète à des échelles de plus en plus petites.

Selon le même principe, si la figure choisie comme initiateur est un triangle, on obtient au bout de quelques itérations un flocon



de neige très réaliste. Dans l'île comme

4 - 2. Les fractales de Benoît Mandelbrot

Mais les fractales sont réellement nées avec les travaux du mathématicien Benoît Mandelbrot, qui créa ce terme à partir du latin *fractus* (fractionné) dans les années soixante-dix, pour les besoins de son nouveau concept : la dimension fractale.

Cette dimension s'applique à tout objet. Nous connaissons les objets à une dimension (les courbes et les droites de la géométrie euclidienne). Mais ce sont les objets à deux ou trois dimensions (plans, cubes, sphères et autres objets) qui nous sont les plus familiers.

Ainsi que nous l'avons vu, la courbe de Peano était un objet à une dimension, mais son repliement étant parfait, elle pouvait remplir tous les espaces du plan et devenir un objet à deux dimensions, à condition de subir une infinité d'itérations. Or si l'on applique à la courbe un nombre d'itérations simplement fini, nous obtenons un objet à une dimension, mais présentant une certaine complexité de forme (comme l'île de Koch, qui peut être plus ou moins finement dessinée). Ce sont ces objets intermédiaires que Mandelbrot a qualifiés de fractals. Ni à une, ni à deux dimensions, ils font partie d'un monde imaginaire dont les dimensions sont elles-mêmes des fractions.

Pour représenter ce concept quelque peu surprenant, Mandelbrot prenait l'exemple du géomètre désireux de mesurer avec précision la longueur des côtes de la Bretagne. *« On pourrait croire que le problème de la longueur de la côte de la Bretagne peut être résolu simplement en prenant une bonne carte et en suivant le périmètre à l'aide d'un morceau de fil, pour ensuite lire le résultat sur l'échelle imprimée au bas de la carte. Néanmoins, un temps de réflexion révèle que, sur la carte, les détails ont tendance à être adoucis et omis. Elle ne montre que les grandes courbes de la côte et ignore les nombreuses baies et criques. La solution doit donc consister à utiliser une carte plus détaillée. Dans ce cas, le fil se pliera et s'enroulera autour d'un plus grand nombre de détails. Cela signifie que la longueur de la côte sera plus importante. Est-il possible d'améliorer encore ce résultat ? Si l'on procède à une mesure, par exemple à des intervalles de cent mètres, le long de la côte, le résultat sera encore plus détaillé. Une fois encore la longueur de la côte sera plus importante. (...) La côte doit en réalité être infinie. En fait, la côte de Bretagne a la même longueur que celle de Manhattan ou de la totalité des Amériques. Elles sont toutes infinies. »*¹

Infinies certes, mais pas incommensurables ni incomparables, car entre en jeu la notion de dimension fractale. Toutes les côtes ont une longueur infinie quand la précision de la mesure devient infinie, mais cette infinité reste cantonnée dans une dimension fractale du plan (sans quoi la côte Bretonne recouvrirait la surface de la Terre, telle la courbe de Peano). Celle de la Bretagne, par exemple, est de 1,26. Elle permet donc de comparer des infinités, ce qu'il n'était pas aussi commode de faire avec la simple notion de limite².

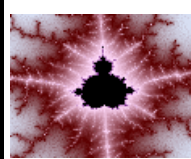
¹ J. Briggs et F.D. Peat, *Un miroir turbulent, op.cit.*, p. 94, d'après l'exemple le Mandelbrot, *Les objets fractals, op. cit.*

² Précision terminologique : il convient de bien distinguer l'**objet fractal** (on peut dire simplement **fractale**) créé par itération d'une équation non linéaire comme l'île de Koch, de la **dimension fractale** qui représente une mesure de ces mêmes objets. Aussi la côte de Bretagne possède une dimension fractale car la complexité de sa découpe est commensurable ; pour autant elle n'est pas nécessairement un objet fractal, car il n'existe peut-être aucune équation qui la représente parfaitement. Dans ce cas, ce sera la courbe la plus proche qui sera retenue pour déterminer sa dimension.

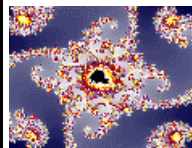
Mais les fractales ne sont pas qu'aux courbes. C'est aux objets graphiques qu'elles doivent leur célébrité. Pour obtenir des images sur ordinateur, le procédé est aussi simple que le travail sur une courbe : il suffit d'utiliser des nombres complexes. Rappelons que les nombres complexes ont en mathématiques une acception bien précise : ils comportent une partie réelle (un nombre entier ou une fraction, tels que nous les connaissons) et une partie imaginaire (un nombre imaginaire est un nombre dont le carré est négatif). De plus, tout nombre complexe peut être représenté par un point sur le *plan complexe*.

Pour obtenir un ensemble de Mandelbrot, considéré comme la figure fractale par excellence, on prend une expression $Z^2 + C$. Z est un nombre complexe variable et C un nombre complexe fixe. On introduit deux nombres dans l'équation, puis l'on indique à l'ordinateur de prendre le résultat de $Z^2 + C$ et de le substituer à Z pour l'itération suivante, puis de recommencer... jusqu'à aboutir aux limites du plan.

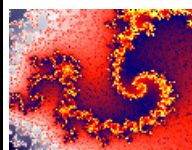
On obtient alors des images³ qui ressemblent à ceci :



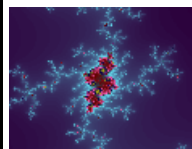
L'ensemble vu de haut ; de fait il ne s'agit pas de la totalité de l'ensemble de Mandelbrot, mais on en a tout de même une idée très approchante, car les ensembles fractals sont autosimilaires, c'est-à-dire que chaque point de l'ensemble étant lié à cet ensemble, présente lui-même une physionomie globale identique, bien qu'en tout point différente sur le plan local.



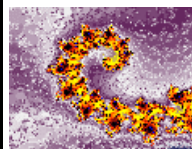
Un zoom en avant nous fait plonger dans une des branches, au sein de laquelle nous trouvons une infinité de variations de branches, et au milieu, une nouvelle image autosimilaire de l'ensemble (que David Brooks nomme « mini-Mandelbrot »).



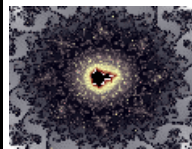
Sur les rives, chaque presque île semble elle-même provenir d'un tourbillon initial, qui produit des figures à la fois toutes identiques et différentes. Les formes de vagues sont sur ce point caractéristiques des figures fractales.



L'image devenue classique de *l'îlot d'ordre dans une mer de désordre* provient des ensembles fractals.



Et si l'on agrandit plus encore la toute extrémité d'un bras de terre...



... l'on replonge dans un nouvel univers, entourant un nano-Mandelbrot. Le grossissement est maintenant de l'ordre de 2 702 702 702 ; autrement dit, si l'image était développée dans sa totalité, on obtiendrait un carré de 514 745 Km de côté (à peu près 1,3 fois la distance Terre-Lune).

4 - 3. Intérêt et portée des fractales

Hormis la production d'images extraordinaires, la dimension fractale sert également de mesure de complexité, ou d'acuité de résolution. Plus un objet possède une dimension fractionnée, plus il présente d'irrégularités, et donc de complexité perçue. De plus, quand il s'agit de représenter un objet irrégulier, les dimensions 1 ou 2 ne se présentent que comme des approximations grossières. Plus l'on réussit à affiner le calcul de la dimension fractale, mieux il est rendu compte de l'irrégularité de l'objet. La dimension fractale présente donc des qualités similaires de celles d'un zoom photographique, qui autorise des images d'une plus ou moins grande précision.

³ Les images suivantes sont extraites du site Internet du CRI de Bordeaux (cf. <http://graffiti.u-bordeaux.fr/MAPBX/roussel/fractales.html> ; on trouve également un très grand nombre de sites en interrogeant tout moteur de recherche avec les mots-clé « images fractales » ou équivalent).

Comme le soulignent les mathématiciens, « nous devons nous débarrasser des idées reçues en ce qui concerne la signification d'une dimension. (...) Quelle est par exemple la dimension d'une pelote de ficelle ? Vue de loin, la pelote ressemble à un point et a par conséquent zéro dimension. Néanmoins, à seulement quelques mètres, tout revient à la normale et la pelote a trois dimensions. Mais qu'advient-il lorsque l'on s'en approche très près ? Nous voyons alors un seul fil, tordu et enroulé. La pelote est constituée d'une ligne tordue et est, dès lors, unidimensionnelle. Encore plus près, cette ligne se transforme en une colonne d'épaisseur finie et la ficelle devient tridimensionnelle. Plus près encore, nous ne distinguons plus que de fins fils individuels qui se tordent les uns autour des autres pour former la ficelle - la pelote est redevenue unidimensionnelle.

Autrement dit, la « dimension effective » de la pelote passe sans cesse de trois à une et inversement. »⁴.



Les fractales ont fait l'objet de développements importants, car leurs applications se sont avérées innombrables. Production et compression d'images, développements cellulaires, accroissement de populations, connaissance des turbulences... les plus radicaux ont pu y voir une possible interprétation du processus génétique des êtres vivants (développement itéré d'un message codant). De fait, la création d'un objet fractal fait irrésistiblement penser à une forme de genèse. On détermine l'équation, le nombre d'itérations, et l'ordinateur fait apparaître la forme : un paysage, un objet, un animal imaginaire. Elles sont tout au moins devenues, en quelques années, un objet essentiel de la culture scientifique⁵.

4 - 4. Vers un droit fractal ?

Il peut être tentant de recourir à la métaphore fractale pour qualifier une certaine ontogenèse du social dans ses relations avec le droit. Le point de vue à adopter est le suivant :

- les nombres complexes variables sont représentés par les valeurs sociales (le bien, le mal, un taux d'imposition, un seuil de tolérance...) ;
- les équations et opérandes sont représentées par les règles juridiques ($Z^2 + C$) ;
- le mouvement itératif est réalisé par l'application de l'ontogenèse suivante : le Droit détermine des valeurs sociales (calcul de l'équation), puis ces valeurs sont appli-

⁴ *ibid.*

⁵ « Le grand physicien théoricien John Wheeler a déclaré que, par le passé, on ne pouvait se considérer scientifiquement éduqué sans comprendre l'entropie. A l'avenir, insiste Wheeler, " personne ne sera reconnu comme scientifique sans être familiarisé avec les fractales ". A l'image de la physique qui avait tenté d'englober sous l'appellation de " chaos " ou " désordre " un vaste échantillon de propriétés subtiles, ces formes, parmi les plus exquises de la nature avec toute la richesse de leurs détails, étaient ignorées par la géométrie conventionnelle. Mandelbrot démontra que l'irrégularité était envoûtante et qu'il ne s'agissait pas simplement du bruit déformant les formes euclidiennes. De fait, ce " bruit " est la signature des puissances créatrices de la nature. », S. DIEBOLT, *L'évolution rétroactive des concepts juridiques*, op. cit.

quées et modifiées par les individus (redéfinition de Z), et ainsi soumises de nouveau à la diction du Droit (nouveau calcul de l'équation)...

A première vue, il semble que l'image de la Société ainsi obtenue puisse bel et bien présenter des caractéristiques fractales. Nous rejoindrions ici la doctrine de Confucius, qui établissait toujours des parallèles entre différentes dimensions : par exemple, le Souverain devait gouverner son pays comme un père gouverne sa famille. Les qualités et défauts du père ne pouvaient que se projeter au niveau du Souverain, et le résultat des préceptes familiaux pouvait se projeter sur le peuple tout entier⁶.

L'utilisation de cette métaphore pour le droit semble en revanche moins opportune. Sauf à se placer de deux manières :

1. postuler que le droit, en tant que reflet d'une société fractale, ne peut posséder autre chose qu'une structure elle-même fractale ;
2. inverser le mécanisme de régulation et considérer que c'est le social qui, par la détermination qu'il produit par ses choix, fixe les valeurs du droit. Le social devient alors l'acteur du droit, ce qu'autorise par exemple le paradigme de l'autonomie contenu dans la théorie de Luhmann.

L'intérêt d'une telle démarche serait de pouvoir résumer la conception du droit. Si en effet, il était possible de dresser une carte d'une société quelconque et que cette société s'avère être descriptible sous une forme fractale, cela signifierait qu'il serait possible de donner une représentation très simple et calculable d'une société donnée.

Cette simplicité serait-elle suffisante pour fonder une éthique, la question reste toutefois posée. Pourquoi en effet, les raisons de l'être auraient-elles vocation à devenir celles du devoir-être ?

⁶ Il n'est du reste pas le seul. Hegel partait d'un schéma identique, tout en consacrant la partie au sein du tout : « *Le tout naturel qui constitue la famille s'élargit pour former le tout du peuple et de l'Etat, au sein duquel les individus possèdent pour eux-mêmes un vouloir autonome.* » (Hegel, *Propédeutique Philosophique*, Ed. de Minuit, Paris, 1963 Premier cours : Doctrine des devoirs, page 74 § 53).