

Droit : de la pyramide au réseau ?

Une introduction

(ce texte paraîtra comme introduction à l'ouvrage de François Ost et de Michel van de Kerchove *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis)

François Ost & Michel van de Kerchove

ost@fusl.ac.be & vdk@fusl.ac.be

Le corps du texte est précédé et suivi d'un "hors texte".

Hors-texte I

Deux illustrations pour entamer notre réflexion.

La première est tirée du frontispice de l'édition originale du *Léviathan* de Thomas Hobbes (1651), ouvrage fondateur à la fois du positivisme juridique et de la théorie politique moderne. Un personnage allégorique, mi-homme, mi-dieu, domine le pays : le Léviathan tout-puissant, ce personnage «artificiel», dit Hobbes, qui symbolise la République. Les attributs des pouvoirs temporel (l'épée) et spirituel (la crosse) confèrent à sa couronne une assise solide, dessinant deux lignes convergentes, l'ébauche d'une pyramide. Et pour que personne ne se méprenne, une citation de l'Écriture accrédite son pouvoir : *non est potestas super terram quae comparetur ei* (il n'est, sur terre, aucune puissance qui surpasse la sienne).

Pas de doute, voilà le souverain, titulaire d'un pouvoir sans partage, qui irradie jusqu'aux confins les plus reculés de l'État. Son pouvoir est absolu, non pas tant au sens de tyrannique ou de totalitaire, mais en cela qu'il présuppose une perspective unique, monologique, qui détermine toute perception possible.

Du reste, à mieux y regarder, on s'aperçoit que le grand corps de l'État est composé de l'assemblage de tous les sujets de droit, tous «assujettis», tous s'identifiant à lui, communiant dans sa volonté «générale». Kelsen n'écrira-t-il pas que les sujets de droit ne sont, en définitive, que les organes de l'État, et leurs droits subjectifs, de simples corollaires du droit objectif ?

Cet univers pyramidal est celui de l'ordre et de la hiérarchie : un ordre vertical et linéaire qui culmine, selon l'indication de l'étymologie, dans un pouvoir transcendant et sacré (*hieros - arkè*) : hier celui du monarque de droit divin, plus tard celui du souverain consacré par le suffrage universel, aujourd'hui celui des

directoires politico-financiers. À l'ombre du Grand Léviathan, dans la tranquille assurance de la convergence du rationnel et du matériel, l'ordre règne sur le pays. Notre monde ?

-
- ◦

La seconde illustration est une lithographie de Escher, intitulée *Relativité* (1953).

Ici le chaos semble s'être substitué à l'ordre : des portes et des fenêtres s'ouvrent au sol et au plafond, des escaliers partent dans tous les sens, des gens montent et descendent de façon incohérente. Une fois dissipé le premier malaise que suscite cette gravure, et que nous entamons son interprétation, il apparaît qu'elle enchevêtre trois mondes, chacun parfaitement logique dans sa perspective propre, mais absurdes dans leur assemblage. Comme si trois mondes hiérarchisés et signifiants, trois pyramides coexistaient, nous contraignant successivement à observer la lithographie d'abord dans son sens «normal», de bas en haut, le personnage du bas qui gravit l'échelle nous en indiquant la perspective, ensuite, dans un deuxième temps, à la faire pivoter vers la droite, dégageant un deuxième monde, celui des personnages qui déjeunent sur une terrasse extérieure, et enfin, dans un troisième temps, à la faire pivoter vers la gauche, ce qui fait apparaître un troisième monde : celui du personnage qui observe la scène du haut d'un muret, et du couple qui se promène dans un jardin.

Escher utilise ici simultanément trois points de fuite différents pour réunir en une seule figure trois mondes distincts⁽¹⁾. Le résultat d'ensemble ne manquera pas d'apparaître illogique, tant qu'on l'interprète à partir d'un seul monde, le monde «absolu» d'une

(1) N. FALLETTA, *Le livre des paradoxes*, Paris, Belfond, 1985, p. 60.

représentation monologique et pyramidale. En revanche, dès lors qu'on adopte une perspective pluraliste et relativiste, chaque monde retrouve sa logique. Reste cependant la question de leur «compossibilité». En état d'apesanteur, le monde eschérien serait parfaitement imaginable : une fois disparue la force de gravité, aucun plan de l'espace n'est en effet privilégié par rapport aux autres⁽²⁾. Mais précisément, Escher ne suggère-t-il pas aussi que les lois de la pesanteur sont respectées dans les trois mondes à la fois ? Or, si elles sont respectées dans le premier monde, elles ne peuvent qu'être violées dans les deuxième et troisième mondes, et inversement.

Nous reste alors à inventer un monde dans lequel les phénomènes eschériens pourraient exister⁽³⁾. Des mondes où les souverainetés politiques seraient relatives, les citoyennetés partagées, les rationalités multiples, les valeurs plurielles...Un monde en réseau. Notre monde ?

⁽²⁾ *Ibidem*, p. 61.

⁽³⁾ D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, trad. par J. Henry et R. French, Paris, Interéditions, 1985, p. 112.

◦

◦ ◦

Une pyramide qui ne soit pas synonyme de tyrannie,
une transcendance qui soit affranchie du dogmatisme.

Un réseau de mondes enchevêtrés qui ne soit pas
synonyme de chaos, une immanence qui soit affranchie
de l'insignifiance.

Notre monde ?

Introduction

Kelsen, Hart et Ross, quelques-uns des meilleurs interprètes de la pensée juridique encore dominante aujourd'hui dans le sens commun des juristes, ont écrit l'essentiel de leurs oeuvres aux alentours du milieu du vingtième siècle, à un moment où, en dépit des catastrophes politiques et des bouleversements théoriques qu'annonçaient les sciences fondamentales, prévalait encore une vision du monde caractérisée par l'ordre et la stabilité. Ordre politique centré sur l'État, puissance suprême dans l'ordre interne, figure souveraine dans les relations internationales; ordre juridique fondé sur la norme, commandement impératif et unilatéral, s'imposant sous la menace de la contrainte. C'était l' qui assurait l'égalité souveraineté à l'extérieur, tandis que, à l'intérieur, prévalait le *Rechtsstaat* fondé sur une rigoureuse séparation des pouvoirs et un système de distribution strict et hiérarchisé des habilitations et des compétences.

Cet univers juridique ordonné reposait sur une représentation euclidienne de l'espace : la souveraineté s'exerçait sur des territoires stabilisés, nettement délimités par des frontières fixes distinguant un intérieur et un extérieur. Comme dans la représentation du *Léviathan*, cet espace était organisé à partir d'un seul point de fuite, la perspective du souverain. Il s'accompagnait de distances identifiables et mesurables ainsi que de tout un système de distinctions et de séparations (devant-derrrière, au-dessus, en dessous) génératrices de hiérarchies multiples.

Cet univers n'était pas statique pour autant ; il s'y déployait un jeu de forces important, relevant cette fois d'une conception newtonienne de la physique: des lois de gravité pouvaient être identifiées, les corps les plus lourds entraînaient les plus légers dans leur orbite. D'autres hiérarchies se dessinaient alors, constituées autour des notions de centre et de périphérie, et justifiant des rapports de force et de dépendance aussi asymétriques que prévisibles.

Cet univers était aussi celui de la logique aristotélicienne : logique hiérarchisée elle aussi, qui s'entend à subsumer les sous les , pour en déduire, de façon parfaitement prévisible, les : logique basée sur les principes d'identité ($A=A$) et de différence (A n'est pas non- A), génératrice d'un rigoureux système binaire d'appartenance et de non-appartenance, conduisant tout naturellement à l'exclusion du tiers. Ami ou ennemi, national ou étranger, fait ou droit, légalité ou opportunité, public ou privé, lettre ou esprit, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, droit naturel ou droit positif... Tout un univers juridique s'ordonnait ainsi autour d'un foisonnement de dichotomies toujours recommencées, jamais en défaut.

Voilà pourtant que cet univers juridique s'est mis à bouger... Les juristes, gardiens du temple, ont-ils pris la mesure du séisme qui en ébranle les bases ? Dès le début du siècle, A. Einstein bouleverse l'espace euclidien et la physique newtonienne en élaborant sa théorie de la relativité... une relativité que Escher donnait pour titre à sa lithographie ; voilà que les points de fuite se diversifient, chaque groupe de personnages commandant une nouvelle perspective; les espaces se déterritorialisent, les frontières deviennent poreuses et réversibles, les séparations se brouillent, les distances se contractent ou s'allongent à volonté.

En sciences sociales aussi les analyses se multiplient, qui invitent à un changement de regard. Celles de M.Foucault, par exemple, qui entend s'affranchir : c'est que, explique-t-il, le pouvoir est partout, ce n'est pas qu'il englobe tout, c'est qu'il vient

de partout; il ne faut donc pas chercher ce pouvoir , mais plutôt dans ⁽⁴⁾.

Dans l'intervalle qui nous sépare de Kelsen, Hart et Ross, c'est aussi le monde qui a changé, donnant chaque jour plus de crédit à ces nouvelles perspectives. Qu'il suffise d'évoquer, pêle-mêle, la globalisation des marchés financiers, l'interdépendance accrue des économies et des cultures (mondialisation), les progrès des technologies numériques génératrices d'une société de l'information, la construction européenne, l'affaiblissement de la capacité d'action des États (sous leur double forme d'État-nation et d'État providence), l'apparition de puissants pouvoirs privés (entreprises transnationales et organisations non gouvernementales), la montée en puissance des juges et le culte des droits de l'homme, le multiculturalisme à l'intérieur même des États-nations, la multiplication des poussées individualistes...

Observateur attentif de ces transformations et auteur d'un ouvrage intitulé *Géopolitique du chaos*, Ignatio Ramonet propose cette grille d'interprétation qui sera aussi la nôtre : ⁽⁵⁾.

Un changement de paradigme ?

Ces transformations profondes de l'État et du droit modernes, que G.Zagrebel'sky a pu qualifier de ⁽⁶⁾, nous nous proposons de les étudier à l'aide de la théorie du changement de paradigmes élaborée par Th. Kuhn dans le cadre de son analyse des

⁽⁴⁾ M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1975, p.128 et 122. Foucault ajoute encore, comme s'il commentait l'illustration du Léviathan : (p. 128).

⁽⁵⁾ I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard (Folio), 2001, p. 7-8.

⁽⁶⁾ G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur (Il diritto mite)*, trad. par M.Leroy, Paris, Economica, 2000, p. 35.

révolutions scientifiques⁽⁷⁾. Kuhn explique que, durant les périodes de , les chercheurs appartenant à une discipline ou sous-discipline adhèrent à un cadre théorique commun qui, ⁽⁸⁾. L'accord se fait autour d'un paradigme qui, à la manière d'une carte et d'une boussole, oriente les recherches et suggère les voies de solution. Un jour cependant se produiront des anomalies - des faits d'observation qui ne cadrent plus avec le modèle explicatif - qui, si elles se multiplient, provoqueront la mise en cause du paradigme dominant. Non sans résistance cependant : dans un premier temps, et tenteront de refouler l'intrus et de restaurer la prééminence du modèle inquiet. Il est vraisemblable que, l'esprit critique caractéristique de la démarche scientifique l'emportant finalement, se poursuive la recherche d'une théorie plus englobante - c'est le stade pré-paradigmatique de la - et que triomphe enfin, au terme d'une , un nouveau paradigme instaurateur d'une nouvelle période de .

Bien qu'en sciences humaines, et donc aussi dans les sciences du droit, on n'ait jamais constaté le et la recherche caractéristique de l'adhésion à un paradigme incontesté, on ne peut nier que le modèle hiérarchique (étatiste, positiviste, monologique) caractéristique du sens commun des juristes, soit aujourd'hui fortement remis en cause et que, de tous côtés, s'observent des tentatives de formuler des théories alternatives. On est donc bien dans une période de crise caractéristique de la transition d'un paradigme à l'autre. La thèse fondamentale de cet ouvrage est que, de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation. Avec le réseau, l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté (celle-ci ne se déploie pas seulement à d'autres échelles, entre pouvoirs publics infra et supra-étatiques, elle se redistribue également entre de puissants pouvoirs privés); la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme (on ne l'admet plus que sous conditions, au terme de procédures complexes d'évaluation tant en amont

⁽⁷⁾ Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

⁽⁸⁾ *Ibidem*, p. 10.

qu'en aval de l'édiction de la loi); les frontières du fait et du droit se brouillent; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi et les subdélégations du pouvoir normatif, en principe interdites, se multiplient); les systèmes juridiques (et, plus largement, les systèmes normatifs) s'enchevêtrent; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique (mono-disciplinarité) se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée (*learning process*) que d'axiomes a priori; la justice, enfin, que le modèle pyramidal entendait ramener aux hiérarchies de valeurs fixées dans la loi, s'appréhende aujourd'hui en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables.

Comment nier que les (au regard du paradigme pyramidal) se sont multipliées au cours de ces dernières décennies ? On pourrait tout d'abord évoquer à cet égard ce que, dans la théorie des systèmes on appelle ⁽⁹⁾ : ces exemples de dans lesquels l'organe (inférieur selon la logique hiérarchique) se rend maître de la norme adoptée par un organe qui, en principe, devrait pourtant déterminer sa propre action. Il en va ainsi, notamment, lorsque le ministère public, censé pourtant être l' (son exécuteur fidèle), décide, en vertu du principe d', de ne pas faire application, ou de faire une application sélective, de telle ou telle législation pénale.

Une autre forme d' consiste dans l'apparition de ce qu'on pourrait appeler, avec un peu d'humour, des : ainsi, par exemple, les nouvelles (telle la Commission bancaire et financière), ou encore le Conseil supérieur de la Justice, le Collège des Procureurs généraux, les Comités d'éthique, dont la situation, à l'interface des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, pose toute une série de problèmes nouveaux qui se traduisent notamment par une hésitation sur la nature juridique exacte des décisions qu'ils adoptent.

La multiplication des concepts hybrides révèle une troisième forme d'anomalies : on accepte aujourd'hui que les souverainetés

⁽⁹⁾ D. HOFSTADTER, *op.cit.*, p. 799.

soient ou , que les citoyennetés soient multiples ou ⁽¹⁰⁾, que la validité des normes juridiques soit conditionnelle et provisoire, que la rationalité soit ...

Confrontée à de telles anomalies, la science juridique peut opposer plusieurs formes de réaction. Une première attitude, plutôt exceptionnelle, consiste à abandonner sans regret le paradigme encore dominant et à réserver un accueil enthousiaste à tel ou tel nouveau modèle censé rendre compte de façon plus satisfaisante des anomalies observées. G. Teubner illustre bien ce premier type de réaction : renvoyant au passé le droit étatique et ses méthodes de , il célèbre l'émergence de ce qu'il qualifie de , dans le cadre d'une société désormais mondialisée⁽¹¹⁾. Dans un sens assez proche, quatre auteurs finlandais signent un (sic)⁽¹²⁾, annonçant, au-delà du pluralisme juridique, l'apparition d'un droit polycentrique renonçant à toute prétention intégratrice ou fondatrice. Dirigeant, quant à lui, une publication collective sous le titre *Le droit soluble*, J.-G. Belley évoque l'ultime (?) passage à la limite qui consisterait dans la dilution de la normativité juridique dans la de la régulation sociale globale⁽¹³⁾. Ces travaux d'avant-garde, qui ont sans doute le mérite de la créativité intellectuelle, présentent cependant le danger de sous-estimer les survivances, parfois considérables (ainsi que les retours toujours possibles) du modèle antérieur. Ils ne s'interrogent pas non plus, sur un plan éthico-politique cette fois, à propos des enjeux liés à la disparition possible des valeurs positives associées au modèle pyramidal (disons, pour faire bref, la constellation des valeurs libérales liées à l'État de droit, et, notamment, celle de la sécurité juridique).

⁽¹⁰⁾ *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire ?*, sous la dir. de M. Coutu et al., Montréal, Ed. Thémis, 1999.

⁽¹¹⁾ G. TEUBNER, *Un droit spontané dans la société mondiale ?* in *Le droit saisi par la mondialisation*, sous la dir. de Ch.-A. Morand, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 197 et s.

⁽¹²⁾ L. ERIKSSON, A. HIRVONEN, P. MINKKINEN, J. PÖYHÖNEN, *Introduction: a polytical manifesto*, in *Polycentricity. The multiple scenes of law*, Edited by Ari Hirvonen, Londres, Pluto Press, 1998, p. 1 et s.

⁽¹³⁾ J.-G. BELLEY, *Une métaphore chimique pour le droit*, in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, sous la dir. de J.-G. Belley, Paris, LGDJ, 1996, p. 7 et s.

Dans la plupart des cas, cependant, le paradigme dominant oppose une résistance farouche à l'égard des théories rivales, s'employant tantôt à formuler des pour tenter de rendre compte des anomalies sans pour autant remettre en cause la théorie elle-même, tantôt en formulant des en vue de refouler toute avancée d'un paradigme concurrent⁽¹⁴⁾.

On peut présenter les comme autant d'exceptions (dont on dit qu'elles confirment la règle) bricolées par la théorie du droit en vue de , tout en s'épargnant de réviser les prémisses de la théorie elle-même. On soutiendra, par exemple, comme on le verra dans le premier chapitre, que la construction européenne configure un modèle *sui generis* pour ne pas avoir à s'interroger sur les démentis qu'elle inflige aux concepts et représentations classiques de la théorie du droit. Il arrive cependant un moment où, les exceptions se multipliant, la théorie devient à ce point alambiquée que le rapport principe-exceptions se renverse... Il est temps, alors, de changer de paradigme.

Une autre stratégie de défense du paradigme officiel consiste à dresser des ⁽¹⁵⁾ autour du paradigme menacé, afin d'étendre (indûment) son pouvoir explicatif et disqualifier les interprétations concurrentes. Ici encore les illustrations ne manquent pas. Plutôt, par exemple, que de prendre acte du pouvoir créateur de la jurisprudence, on s'attache encore, du moins dans certains cas, à présenter ce phénomène comme une dérive pathologique du système, une menace pour la démocratie, une manifestation inacceptable de . Autre exemple : plutôt que de prendre l'exacte mesure du phénomène d'auto-régulation que se sont adjugée certains secteurs économiques puissants (on pense notamment à la *lex mercatoria* , ou encore à la *lex numerica* régissant les rapports juridiques du cyberspace), on feint de croire que cette

⁽¹⁴⁾ G. ZAGREBELSKY, *op.cit.*, p. 42 : «Les idéologies juridiques présentent de la résistance au changement. La survivance "idéologique" du positivisme juridique est un exemple de la force d'inertie des grandes conceptions juridiques qui continuent souvent à agir, de façon résiduelle, même quand elles ont perdu leur raison d'être à cause de la modification des conditions qui les avaient justifiées à l'origine».

⁽¹⁵⁾ Sur ce concept, cf. G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, 11e éd., Paris, Vrin, 1980, p. 13 et s.

normativité privée n'est qu'une illustration du principe classique d', et que, somme toute, cette application de l'article 1134 du Code civil ne bouleverse en rien la pyramide juridique⁽¹⁶⁾. Ou encore : plutôt que de s'accommoder de la démultiplication des sources du droit et de tenter d'y introduire un peu d'ordre par le biais de quelques principes juridiques de synthèse, on feint de croire à la possibilité de vastes codifications, sans comprendre que les conditions favorables à ces entreprises au XIX^e siècle ne sont plus guère réunies aujourd'hui.

Peut-être que, pour des raisons qui lui sont propres, la doctrine juridique a intérêt à entretenir ces représentations trompeuses ainsi que les illusions qui les nourrissent. Il n'en reste pas moins qu'une science du droit critique, dégagée de ces intérêts, doit pouvoir affronter ces remises en question et tenter, en se gardant cependant de tout effet de mode, de formuler un nouveau cadre théorique, plus englobant que l'ancien, susceptible à la fois de rendre compte des survivances du modèle précédent, des raisons de ses nombreuses transformations et des formes inédites que celles-ci revêtent. C'est précisément l'exercice auquel nous voudrions inviter le lecteur à l'aide du paradigme du réseau, modèle auquel nous associerons plus loin les idées de régulation (en lieu et place de la réglementation) et de gouvernance (en lieu et place du gouvernement).

S'il est vrai, à suivre toujours l'enseignement de Th. Kuhn, qu'un paradigme prend appui à la fois sur des principes de base, des valeurs et une vision du monde⁽¹⁷⁾, on peut tenter, en quelques mots (ce sera le propos du livre entier de développer ces idées), de caractériser ces différents éléments. Quant aux principes fondamentaux, on assiste à une forte relativisation des postulats de rationalité et de souveraineté du législateur⁽¹⁸⁾ : des

⁽¹⁶⁾ Cf. notamment P. VAN OMMESLAGHE, *L'auto-régulation. Rapport de synthèse*, in *L'auto-régulation*, sous la dir. de X. Dieux et al., Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 263 et s.

⁽¹⁷⁾ Th. KUHN, *op.cit.*, p. 216 et s. Pour une application au paradigme du jeu, cf. F. OST et M. van de KERCHOVE, *L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique ?*, in *R.I.E.J.*, n°30, 1993, p. 191 et s.

⁽¹⁸⁾ Sur ces principes, cf. F. OST et M. van de KERCHOVE, *Rationalité et souveraineté du législateur, "paradigmes" de la dogmatique juridique ?* in *Jalons*

postulats qui le cèdent aujourd'hui, dans la validation et l'interprétation des textes juridiques, aux principes de proportionnalité et de subsidiarité. Ces principes subordonnent désormais la compétence d'un pouvoir, la validité d'une règle et le sens d'une disposition à des jugements conditionnels, comparatifs et contextuels a posteriori : un méta-principe de relativité généralisée s'insinue ainsi au coeur de la rationalité juridique (exactement comme dans la lithographie de Escher où c'était seulement , on adoptait tel ou tel point de vue, que tel segment de l'image prenait sens).

En ce qui concerne les valeurs associées respectivement au paradigme de la pyramide et à celui du réseau, on notera que, si la hiérarchie classique poursuivait les valeurs de cohérence, de sécurité, de stabilité et d'obéissance, le réseau, en revanche, cultive les valeurs de créativité, de souplesse, de pluralisme et d'apprentissage permanent. On a pu notamment lui associer la qualité de , comprise au sens de , ou aptitude à faire coexister, plus ou moins harmonieusement, des valeurs diverses, parfois opposées. Ce serait notamment le propre des principes généraux, à la différence des règles juridiques classiques, que de permettre une telle concordance pratique entre valeurs hétérogènes. Alors que les règles relèveraient d'une logique hiérarchique conduisant ou à l'intégration ou à l'exclusion, les principes supposent une axiomatique fluide, seule en mesure de produire la modération réciproque, la tempérance indispensable aux sociétés pluralistes et pluriculturelles : *aurea medietas* et non *aurea mediocritas*, explique G. Zagrebelsky, à mille lieux de la logique autoritaire de Th. Hobbes et de K. Schmitt par exemple⁽¹⁹⁾.

Enfin, en ce qui concerne les sous-jacentes aux deux paradigmes, on ne se trompera pas en en relevant que le modèle pyramidal repose sur une ontologie substantialiste et mécaniciste, ainsi que sur une métaphysique du sujet : le monde simple et mécanique, centré sur la figure de l'individu, le monde de la rationalité occidentale moderne dont Hobbes et Descartes constituent deux représentants éminents, tandis que le modèle du

pour une théorie critique du droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 97 et s.

⁽¹⁹⁾ *Op. cit.*, p. 13-16.

réseau relève, quant à lui, d'une ontologie relationnelle et cybernétique, liée à une pragmatique de l'intersubjectivité et de la communication⁽²⁰⁾ : le monde complexe et récursif de l'interactivité généralisée dont on commence seulement à découvrir la grammaire.

Kuhn ajoute encore, et ce n'est pas le moindre intérêt de son analyse, qu'un paradigme s'accompagne d'un ensemble d'images et de métaphores qui évoquent, de façon heuristique, la logique profonde qui l'anime. Les notions mêmes de et de , ainsi que les représentations du Léviathan de Hobbes et de la lithographie de Escher que nous leur avons associées, représentent déjà, par elles-mêmes, des métaphores très significatives du glissement de paradigmes que nous étudions. Mais le jeu des métaphores ne s'arrête certainement pas ici. Relevons-en quelques-unes, sans prétention d'exhaustivité : alors que Dworkin parle encore d', G. Timsit évoque maintenant l'⁽²¹⁾; à l'image traditionnelle de l' des pouvoirs (qui, par le biais de l'idée d'arbre généalogique, remonte directement aux fonctions d'engendrement et de transmission propres à la fonction paternelle, laquelle permet à son tour d'évoquer les figures de l' et de l'), M. Delmas-Marty préfère celle de juridique, empruntant à G. Deleuze et F. Guattari cette idée de prolifération souterraine et de résurgence aléatoire⁽²²⁾; à l'idée classique de (et notamment de l'État comme personne, si bien représentée par le personnage fabuleux du Léviathan), G. Teubner substitue, à propos des réseaux, l'image de l'⁽²³⁾; au juridique, unitaire, stable et imposant, M. Vogliotti oppose le modèle, à la fois très ancien et très moderne, de la , sorte de *patchwork* (encore une image) de textes brochant librement sur

⁽²⁰⁾ Pour une présentation du droit à l'aide du modèle de la communication, cf. M. VAN HOECKE, *Law as communication*, à paraître (Oxford, Hart Publishing, 2002); cf. aussi J. LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, Les Éditions du Cerf, 1994. La montée en puissance du thème de la communication entraîne corrélativement le déclin de la notion de volonté, centrale dans le modèle pyramidal (volonté générale, volonté du législateur, volonté des contractants...).

⁽²¹⁾ G. TIMSIT, *L'archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997.

⁽²²⁾ M. DELMAS-MARTY, *Introduction in Les transformations de la régulation juridique*, sous la dir. de J. Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, p. 212.

⁽²³⁾ G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, Paris-Diegem, LGDJ-Kluwer, 1994, p. 267 et s.

un canevas connu (dans la Grèce ancienne, des poèmes librement inspirés par l'*Illiade* et l' *Odyssée* et chantés, de ville en ville, par les rhapsodes)⁽²⁴⁾; aux allégories classiques du lion et de l'aigle, symboles d'un pouvoir souverain et puissant, B. de Sousa Santos oppose la figure ambiguë du droit ⁽²⁵⁾; enfin, on peut encore rappeler la métaphore chimique du droit dont parle J.-G. Belley (après celles du droit , du droit , du droit , déjà évoquées par d'autres auteurs)⁽²⁶⁾, et ce en lieu et place du droit , dur (*dura lex, sed lex*) et tranchant (comme l'épée de la justice) du modèle classique⁽²⁷⁾.

On le voit : la théorie du changement de paradigme s'avère un instrument d'analyse particulièrement éclairant pour rendre compte des transformations présentes de l'État et du droit. Encore faut-il préciser plus avant le concept de réseau autour duquel se construit le nouveau paradigme. Avant de procéder à cette analyse, il convient cependant de faire plusieurs mises au point importantes: elles visent toutes à relativiser la radicalité qu'on

⁽²⁴⁾ M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine*, in *R.I.E.J.*, n°46, 2001, p. 156 et s. L'auteur explique notamment pourquoi l'image (en réseau) de la rhapsodie est plus satisfaisante que la célèbre métaphore dworkinienne de la , qui s'inscrit encore dans une perspective linéaire. Dans la même ligne, on pourrait aussi opposer texte et hypertexte; alors que le premier suppose une lecture linéaire, le second se prête à une pluridirectionnelle (entre les de l'hypertexte les relations sont à la fois optionnelles, transitives, et peu, ou pas, hiérarchisées).

⁽²⁵⁾ B. de SOUSA SANTOS, *Law: a map of misreading*, in *Journal of law and society*, vol. 14, n°3, p. 298.

⁽²⁶⁾ J.-G. BELLEY, (*op. cit.*, p. 9) rappelle que M. SERRES (*Hermès V. Le passage du Nord-Ouest*, Paris, Ed. Minuit, 1980), dans le chapitre intitulé , explique que «les concepts scientifiques modernes ont été formés à l'image des solides et sur la base d'une pensée cartésienne qui exclut le fluctuant et le composite. En se référant aux modèles offerts par des objets aux contours irréguliers et incertains, comme les fluides, les flammes ou les nuages, la pensée scientifique se donnerait les moyens d'une meilleure prise en compte de la diversité et de la complexité des choses». Dans la même ligne, on peut encore rappeler la distinction que faisait K. POPPER entre deux modèles d'analyse des phénomènes physiques : (*La connaissance objective*, Paris , Aubier, 1991, p. 319).

⁽²⁷⁾ On peut poursuivre le jeu des métaphores en opposant, comme Zagrebelsky, le droit au droit , de même que, dans l'allégorie de la justice, on peut valoriser soit le symbole de l'épée, soit celui de la balance.

serait tenté de prêter, mais à tort, au glissement de la pyramide au réseau.

On se gardera tout d'abord d'oublier que le paradigme, tel un idéal-type, schématise la réalité et en force les traits: dans les faits, l'État n'a jamais été dans la position de toute-puissance, ni le législateur dans la posture d'omniscience que le modèle pyramidal pourrait suggérer; à l'inverse, des pans entiers de l'univers juridique s'articulent encore aujourd'hui dans la logique linéaire de la pensée hiérarchique, comme des îlots (parfois des continents) au sein du réseau régulateur.

Au plan historique, on se gardera pareillement de croire à la nouveauté radicale de la figure du réseau, ainsi qu'à un brusque passage d'un modèle à l'autre. Peut-être la structuration du droit et de la société en réseau n'est-elle que la redécouverte de modèles anciens ou de logiques qui n'ont jamais cessé de prévaloir dans d'autres régions. On se permet de renvoyer aux travaux des historiens du droit (complexe et enchevêtré) de l'Ancien régime, ainsi qu'aux analyses des anthropologues du droit qui soulignent, à propos de certaines sociétés africaines notamment, les figures réticulaires très complexes qui s'établissent entre le droit formel-étatique d'origine occidentale, le droit coutumier traditionnel, et le droit islamique du statut personnel⁽²⁸⁾.

Ces deux observations nous conduisent à formuler une mise en garde épistémologique fondamentale : il faut toujours, dans l'analyse des données sociales, se garder de confondre les réalités observées avec l'instrument conceptuel qui sert à les observer. Cette confusion est fréquente, dans la mesure où, précisément, nous ne percevons les réalités qu'à travers le filtre des concepts, des représentations, des théories, des valeurs (en un mot : le paradigme) que nous utilisons. S'il est vrai que la réalité existe en-dehors de la théorie, c'est néanmoins la théorie qui la construit, qui la fait telle ou telle façon. Le risque est grand, dans ces conditions, de prendre pour une rupture radicale ce qui n'est, somme toute,

⁽²⁸⁾ Cf. notamment E. LE ROY, *Le jeu des lois*, Paris, LGDJ, 2000.

qu'un changement dans la perception de celle-ci⁽²⁹⁾. Autrement dit, il y a gros à parier que les réalités juridiques étaient sans doute moins hiérarchisées et monologiques, hier, à l'heure de la pyramide, tout comme elles sont certainement moins fluides et réticulaires que ne le donne aujourd'hui à penser le paradigme du réseau. Il reste que, dans le cours d'une évolution, un point limite est franchi à un certain moment, qui fait basculer le centre de gravité de la représentation dominante et conduit progressivement l'observateur à voir les choses. Ce n'est pas à dire que les choses ont changé radicalement; du moins ont-elles suffisamment évolué pour qu'il faille les appréhender à l'aide d'un autre modèle. Fixer ce moment de basculement est une opération délicate, d'autant qu'il ne se produit pas dans tous les secteurs juridiques en même temps. Dans l'intervalle, prévaut une situation de perplexité et d'hésitation (qui peut, du reste, se prolonger longtemps et connaître des formes de retours en arrière) qui conduit les observateurs à insister sur l'ambivalence des évolutions. Ainsi J. Chevallier a-t-il pu interpréter la post-modernité juridique tantôt comme une (rupture radicale avec le modèle classique : on parle alors d'un droit pluraliste, négocié, mou et réflexif), soit sous les traits d'une (renforcement du modèle juridique moderne : on insiste, dans ce cas, sur la rationalisation du droit et la juridicisation du social)⁽³⁰⁾. Nous montrerons, par exemple, qu'un mécanisme comme celui du contrôle de constitutionnalité des lois relève de ces deux logiques simultanément : s'il peut s'interpréter comme une volonté de renforcer l'État de droit et de restaurer la pyramide juridique en garantissant la primauté de la Constitution à l'égard de la loi, on peut tout aussi bien montrer qu'il consacre une boucle étrange en faisant du juge constitutionnel le juge de la loi et, au moins dans une certaine mesure, le co-auteur de la Constitution. Au plan politique, ce contrôle révèle par ailleurs une conception plurielle et diversifiée

⁽²⁹⁾ En ce sens, J. COMMAILLE et B. JOBERT, *Introduction. La régulation politique : l'énigme d'un nouveau régime de connaissance*, in *Les métamorphoses de la régulation politique*, sous la dir. de J. Commaille et B. Jobert, Paris, LGDJ, 1998, p. 16-17; Ch.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, 1999, p. 10-11.

⁽³⁰⁾ J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°3, 1998, p. 659 et s.

de la représentation nationale qui cesse d'assimiler totalement la volonté des parlementaires à la volonté nationale.

Une dernière mise en garde s'impose, d'ordre axiologique. Elle vise à rappeler la distinction élémentaire, dont il ne faut jamais se départir en sciences sociales, entre décrire, expliquer, et évaluer une situation. Décrire et expliquer des situations juridiques à l'aide du modèle du réseau (et ses corollaires, la régulation et la gouvernance) ne signifie pas nécessairement évaluer positivement, approuver de façon inconditionnelle cette évolution. Sans prétendre à une (impossible) neutralité, on s'efforcera donc de toujours faire la part des choses : prendre acte d'une évolution quand celle-ci paraît s'imposer, tenter d'en expliquer les raisons et les conséquences, et ensuite, au plan axiologique, prononcer s'il le faut un jugement de valeur critique. On n'oubliera pas, à cet égard, que toute construction institutionnelle est susceptible d'usages sociaux variés (justes ou injustes, égalitaires ou inégalitaires), et on n'aura pas la naïveté de croire que les interactions, horizontales et immanentes qui se développent au sein des réseaux auraient, comme par enchantement, fait disparaître les relations de pouvoir, et donc les risques d'abus et d'exploitation. Plus fondamentalement encore, il faudra toujours se demander si l'exercice de la fonction instituante que nous continuons d'associer au droit (nouer le lien social en diffusant des valeurs collectives et en fixant des repères normatifs) ne suppose pas un minimum de transcendance garante de sa position tierce, une dose au moins de distance symbolique garante de la réussite de sa magie performative. Si l'expérience historique nous a appris que le droit pouvait disparaître dans le passage à la limite d'un modèle pyramidal ramené au geste autoritaire du tyran, la prudence doit nous conduire à penser que le droit pourrait aussi disparaître dans le passage à la limite d'un modèle réticulaire désinstitutionné, ramené à la loi du marché ou à quelque autre forme de pouvoir dont nous n'avons pas encore idée⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ À propos des lois du marché et des lois de la science, dans leurs rapports avec les lois juridiques, cf. A. SUPIOT, *L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser*, in *R.I.E.J.*, n°46, 2001, p. 26 et s.

Le concept de réseau

Pour comprendre la portée, même relative, du passage du paradigme de la pyramide à celui du réseau⁽³²⁾ qui se trouve au cœur de cet ouvrage, il importe de préciser, au moins partiellement, cette notion.

Comme les auteurs le rappellent habituellement⁽³³⁾, l'étymologie du terme - du latin *retis* - renvoie à l'idée de filet qui a engendré le mot . Utilisé au XVIIe siècle pour désigner l'entrecroisement des fibres textiles ou végétales, il se référait à une sorte de tissu de fil ou de soie. L'usage du terme évoque dès lors d'abord, à la lumière de ses origines, une métaphore textile, impliquant la présence d'un constitué de fils et de nœuds.

On constate cependant aisément que la notion est ⁽³⁴⁾, qu'elle a fait l'objet de nouveaux usages successifs dans les domaines militaire, astronomique, topographique, biologique, sociologique, linguistique, informatique, etc., et qu'elle est, par la force des choses, devenue, selon l'heureuse expression de P. Musso, un véritable ⁽³⁵⁾.

Par ailleurs, on a pu souligner que les usages du terme sont parfois , dans la mesure où, ⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ À cet égard, cf. notamment H. BAKIS, *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, Paris, PUF, 1993, p. 8 : . Cf. également L. BOLTANSKI et E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, p. 208 : «La notion de réseau... se trouve maintenant au cœur d'un nombre élevé, et d'ailleurs assez diversifié, de travaux théoriques ou empiriques relevant de plusieurs disciplines, au point que les promoteurs de ces développements n'hésitent pas à parler d'un nouveau paradigme».

⁽³³⁾ Cf. notamment H. BAKIS, *op. cit.*, p.13; D. PARROCHIA, *Philosophie des réseaux*, Paris, PUF, 1993, p. 5.

⁽³⁴⁾ H. BAKIS, *op. cit.*, p. 3.

⁽³⁵⁾ P. MUSSO, *Télécommunications et philosophie des réseaux. La postérité paradoxale de Saint-Simon*, Paris, PUF, 1997, p. 36.

⁽³⁶⁾ H. BAKIS, *op.cit.*, p. 5.

Enfin, on a relevé que, d'un point de vue symbolique, l'on associe au concept de réseau des ⁽³⁷⁾, comme l'illustre parfaitement bien l'opposition élémentaire qu'on peut percevoir entre un réseau de communication ou de distribution, un réseau ferroviaire ou un réseau policier, d'une part, et un réseau mafieux ou terroriste, d'autre part.

Quoique pertinentes, ces différentes remarques ne nous paraissent pas faire obstacle à la fécondité, même relative, du concept de réseau.

La polysémie évidente du terme, doublée de son incontestable indétermination, ne nous empêche pas d'identifier un relativement stable, susceptible d'être caractérisé, non seulement de manière positive, mais également de manière négative, afin de le différencier d'autres concepts. De manière positive, on retiendra ainsi le fait que le réseau constitue une ⁽³⁸⁾ ou une ⁽³⁹⁾, composée d' ou de , souvent qualifiés de ou de , reliés entre eux par des ou , assurant leur ou leur ⁽⁴⁰⁾ et dont les variations obéissent à certaines ⁽⁴¹⁾. De manière négative, par ailleurs, on souligne généralement que, à la différence sans doute de la structure d'un système, et certainement d'une structure pyramidale, arborescente ou hiérarchique, dans un réseau, ⁽⁴²⁾. À la différence de la notion de système, celle de réseau paraît

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, p. 10. Cf. également L. BOLTANSKI et E. CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 212 qui soulignent, à propos de l'usage du concept de réseau, le passage .

⁽³⁸⁾ H. BAKIS, *op. cit.*, p. 24.

⁽³⁹⁾ P. MUSSO, *op. cit.*, p.42; M. CASTELLS, *La société en réseaux*, t. I, *L'ère de l'information*, Paris, Fayard, 1998, p. 526.

⁽⁴⁰⁾ H. BAKIS, *op. cit.*, p.24; M. CASTELLS, *op. cit.*, p. 526 ; P. MUSSO, *op. cit.*, p. 42.

⁽⁴¹⁾ P. MUSSO, *op. cit.*, p. 42.

⁽⁴²⁾ M. SERRES, *La communication*, 1968, p. 11, cité par H. BAKIS, *op. cit.*, p. 25. Cf. également F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, 2e éd., Turin, G. Giappichelli, 1987, p. 377 : tratta di un intreccio di relazioni, che intercorrono tra gli elementi del sistema senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un'unica via d'accesso.

également n'impliquer aucune forme de ⁽⁴³⁾, les réseaux étant des ⁽⁴⁴⁾.

Par ailleurs, les usages apparemment contradictoires de la notion ne sont-ils pas susceptibles d'être interprétés comme révélateurs d'une caractéristique de la notion générale elle-même, tout en renvoyant, pour le surplus à des formes réellement différentes de réseaux observables ? Ainsi, est-il intéressant de souligner d'abord, à la suite d'autres auteurs, que le réseau ne permet pas seulement d' ⁽⁴⁵⁾. Cette forme empêche également , s'inscrivant ainsi ⁽⁴⁶⁾. Ainsi a-t-on pu dire que le réseau est ⁽⁴⁷⁾. Or, cette position intermédiaire , pour reprendre les images utilisées par H. Atlan, ne peut que se traduire tout naturellement dans des variétés différentes de réseaux, dans lesquelles on se rapproche tantôt d'un de ces pôles, tantôt de l'autre. C'est ainsi que, sans nécessairement tomber dans la , on peut parfaitement concevoir l'existence de ⁽⁴⁸⁾ ou de ⁽⁴⁹⁾, au même titre qu'on peut concevoir des ou des , constituant autant de cas-limites situés aux frontières de ces deux concepts.

Enfin, la présence de connotations opposées, valorisantes et dévalorisantes, illustre parfaitement bien les jugements de valeur contrastés susceptibles d'être émis concernant le étudié. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, F. Viola a-t-il pu souligner, à la suite de Pierce, la plus grande flexibilité et la plus grande résistance du par rapport à la (que l'on peut rapprocher du modèle hiérarchique), partant de l'idée que la chaîne a la résistance de son maillon le plus faible, alors que le réseau est plus solide que le plus solide des fils de la trame dont il se

⁽⁴³⁾ H. BAKIS, *op. cit.*, p. 43.

⁽⁴⁴⁾ M. CASTELLS, *op. cit.*, p.526; F. VIOLA, *op. cit.*, p. 378.

⁽⁴⁵⁾ P. MUSSO, *op. cit.*, p. 53.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem.*

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 41.

⁽⁴⁸⁾ H. BAKIS, *op. cit.*, p. 5.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, p. 43.

compose⁽⁵⁰⁾. La présence de telles connotations évoque également, comme nous l'avons déjà rappelé, la nécessité de distinguer aussi clairement que possible de tels jugements de valeur éventuels par rapport à la tentative de compréhension et d'explication du phénomène, qui occupe une place plus centrale dans la perspective adoptée par le présent ouvrage.

Régulation/réglementation, gouvernance/gouvernement

Le glissement de la pyramide au réseau est une évolution qui s'accompagne de deux autres transformations majeures de l'univers juridico-politique: le passage de la réglementation à la régulation, et la montée en puissance du thème de la gouvernance en lieu et place de celui du gouvernement. Réseau, régulation et gouvernance forment ainsi un nouveau dispositif dont il serait sans doute excessif de dire qu'il s'est substitué à la triade classique pyramide, réglementation, gouvernement, mais qui la déborde certainement et en subvertit parfois les modes de fonctionnement.

Quelques mots, tout d'abord, sur la régulation, dont on peut dire qu'elle est devenu le nouveau mode de production du droit, du moins du droit en réseau. Le commandement unilatéral, autoritaire, centralisé - souverain, en un mot - fait place à un ordonnancement assoupli, décentralisé, adaptatif et souvent négocié. Le concept de régulation semble pouvoir en rendre compte de manière adéquate⁽⁵¹⁾. La régulation, pourrait-on dire, est à la production normative ce que le traitement de textes est à la production d'informations: une manière de gestion souple et évolutive d'un ensemble indéfini de données en quête d'un

⁽⁵⁰⁾ F. VIOLA, *op. cit.*, p. 379.

⁽⁵¹⁾ F. OST, *La régulation: des horloges et des nuages...*, in *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, sous la dir. de B. Jadot et F. Ost, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, p. 7 et s.

équilibre au moins provisoire. , écrit G. Canguilhem, ⁽⁵²⁾. Importé de la mécanique du XVIII^e siècle, transitant par la biologie et la cybernétique, solidement implanté dans l'économie et la sociologie, le terme de régulation s'acclimate maintenant dans le champ juridique.

Dans chacun de ces contextes, il diffuse quelque chose du paradigme systémico-fonctionnel dont il est issu; il s'agit, dans chaque cas, de penser les procédures destinées à maintenir ou restaurer, par ajustements successifs, l'équilibre d'un système menacé par des perturbations⁽⁵³⁾. On comprend dès lors pourquoi l'idée de régulation apparaît, à point nommé, dans un champ juridique qui prend désormais la forme du réseau; elle permet de penser les délicates opérations d'équilibration qui prennent place entre sources de pouvoir à la fois complémentaires et concurrentes; elle accompagne les improbables percées du droit dans les mécanismes des sous-systèmes (économique, éducatif, scientifique...) qu'il souhaiterait contrôler; à l'inverse, elle suit le mouvement à rebours par lequel les instances de ces sous-systèmes prétendent contrôler au moins une part de cette production juridique. On parle alors d', très développée dans les secteurs du droit social, du droit financier, du droit économique international et du droit de la concurrence : dans chaque cas, l'autonomie revendiquée est justifiée par la plus grande flexibilité d'une normativité auto-produite et auto-contrôlée qui doit s'adapter à une conjoncture à la fois ultra-spécialisée et instable ⁽⁵⁴⁾. C'est aussi une mission de régulation qui est confiée aux autorités administratives dites ou , elles-mêmes institutions hybrides, chargées de réguler, aux confins de l'État et de la société civile des secteurs qu'on ne se résout pas à laisser aux seules forces du

⁽⁵²⁾ G. CANGUILHEM, v° *Régulation*, in *Encyclopaedia universalis*, vol. 14, p. 1-3; cf. aussi J. COMMAILLE, v° *Régulation sociale*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la dir. de A.-J. Arnaud et al., Paris, LGDJ, 1988, p. 523.

⁽⁵³⁾ J. CHEVALLIER, *De quelques usages du concept de régulation*, in *La régulation entre droit et politique*, textes réunis sous la dir. de M. Miaille, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71 et s.

⁽⁵⁴⁾ P. VAN OMMESLAGHE, *L'autorégulation. Rapport de synthèse*, in *L'autorégulation, op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

marché, tout en ne pouvant plus les maintenir sous la coupe exclusive des pouvoirs publics.

Plus caractéristique encore : l'idée de régulation s'est imposée pour qualifier l'intervention - - des juridictions supérieures qui ne se contentent plus désormais d'appliquer la loi, comme dans le modèle pyramidal, mais qui en apprécient la juridicité au regard des équilibres aménagés entre pouvoirs et de la balance à établir entre droits et intérêts légitimes : dès 1954, J. Rivero qualifiait le Conseil d'État de ; plus tard, L. Favoreu qualifiait le Conseil constitutionnel de , avant que ce dernier ne s'auto-désigne ⁽⁵⁵⁾.

Encore convient-il d'insister sur l'ambiguïté du thème de la régulation. Dans un premier sens, il souligne un effort de rationalisation, comme une volonté de maîtrise des acteurs principaux du système, soucieux de restaurer un peu d'équilibre et de prévisibilité dans un environnement dont la direction paraît leur échapper. En ce sens, la régulation serait la forme fine de maîtrise adaptée à un objet complexe et incertain. Les responsabilités seraient partagées, les instructions sauraient suivre des voies indirectes, des délais seraient ménagés, des synergies seraient exploitées; par la proportionnalité et la subsidiarité, des ajustements seraient opérés au plus près de la réalité de terrain. Ce que le pouvoir perdrait en symbolique autoritaire, il le regagnerait ainsi en efficacité managériale. Assumant désormais l'incertitude des savoirs et l'indétermination des valeurs, ce management public renonce aux ambitieuses planifications de l'État providence, et, jouant le jeu des et de la , s'attache à la construction négociée de compromis, en privilégiant résolument la mise en oeuvre contextuelle des décisions par rapport à leur adoption initiale⁽⁵⁶⁾.

On peut cependant se demander si ce premier sens ne relève pas d'une certaine idéalisation des données observables : ne continue-t-on pas encore (dans le droit fil de l'origine mécanique du concept de régulation), à postuler un régulateur central capable

⁽⁵⁵⁾ J.-L. AUTIN, *Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public*, in *La régulation entre droit et politique*, op. cit., p. 45 et s.

⁽⁵⁶⁾ P.DURAN, *Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ?*, in *Revue politique et management public*, vol. 11, n° 4, décembre 1993, p. 31; ID., *Penser l'action publique*, Paris, LGDJ, 1999, p. 167 et s.

de maintenir en équilibre un système, lui-même nettement distingué de son environnement ? Est-on certain que l'on puisse toujours prêter aux pouvoirs publics, aussi stratèges soient-ils, des desseins aussi clairs, et surtout la capacité de les réaliser ? Si ces prévisions se révélaient illusoires, se profilerait alors un deuxième sens du terme qui ferait cette fois son deuil des résidus d'intentionnalité propres à un pouvoir supérieur et omniscient et viserait le processus global d'interrelations et d'interactions propre à une société en réseau au sein de laquelle l'instance juridique ne représenterait qu'un régulateur parmi d'autres. Un régulateur qui, renonçant le plus souvent à sa fonction instituante, se contenterait d'ouvrir des espaces de négociation à des acteurs sociaux qui sont du reste déjà bien souvent en mesure de s'approprier la règle sociale et de l'infléchir dans le sens qu'ils souhaitent⁽⁵⁷⁾.

On le voit : l'évaluation des phénomènes régulatoires est délicate et variera selon que l'on privilégie le premier sens qui crédite encore les pouvoirs publics et le droit objectif d'une capacité stratégique de contrôle et de pilotage du réseau, ou selon que, conformément au second sens de la régulation, on considère que les instances régulatrices n'occupent plus cette position de maîtrise et que, plongées dans le réseau, elles ne peuvent qu'en reproduire à leur tour les lois de fonctionnement.

Mais ceci pose la question du glissement du gouvernement à la gouvernance. C'est en contrepoint de la notion mieux connue de que se dégage le concept de : alors que la première s'entend d'une institution, le second vise un processus. Le gouvernement se comprend comme ⁽⁵⁸⁾. La gouvernance, quant à elle, peut être définie comme ⁽⁵⁹⁾. La montée en puissance de la gouvernance traduit donc une remise en cause sérieuse du modèle wébérien de gouvernement fondé sur l'autorité, la hiérarchie et une bureaucratie

⁽⁵⁷⁾ J. COMMAILLE, v° *Régulation sociale*, op. cit., p. 524.

⁽⁵⁵⁾ J. COMMAILLE et B. JOBERT, *Introduction. La régulation politique : l'émergence d'un nouveau régime de connaissance*, op. cit., p. 29.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 28; cf. aussi J. LECA, *La "gouvernance" de la France sous la cinquième république*, in *De la Ve République à l'Europe. Hommage à Jean-Louis Quermonne*, sous la dir. de F. d'Arcy et L. Rouban, Paris, Presses de sciences po, 1996, p. 339; K. DESCHOUWER, *Politieke instituties, strategieën en beleid : de consequenties van multi-level governance*, in *Res publica*, 2000/1, p. 6.

puissante⁽⁶⁰⁾. La construction de l'ordre social et politique se fonde désormais moins sur un appareil ⁽⁶¹⁾ que sur un processus polycentrique et négocié, une multitude d'ajustements partiels, un réseau de relations à la recherche de principes de coordination. Notion encore très incertaine, la gouvernance se décline sur de multiples registres. Elle semble être apparue à peu près simultanément dans le champ des études urbaines (thème de la *multi-level governance* qui se traduit notamment par des partenariats inédits entre État, pouvoirs locaux, entreprises et associations dans des visant à combiner efficacité pratique et démocratie locale)⁽⁶²⁾, dans le domaine des relations internationales (l'absence d'un État mondial favorisant ici l'émergence d'acteurs nouveaux, organisations internationales, organisations non-gouvernementales et entreprises transnationales formant dans certains cas ce que J. Rosenau appellera une)⁽⁶³⁾ et enfin dans le secteur de la gestion des entreprises (*corporate governance*, où des , produits de l'autorégulation, tentent de combler les lacunes du droit des sociétés). Finalement, il était inévitable que le phénomène de gouvernance atteigne l'État lui-même - un État parfois qualifié de , au moment où un fort déficit de puissance et de légitimité compromet ses capacités de concevoir et d'imposer de grandes politiques volontaristes susceptibles d'agrèger les intérêts sectoriels et d'imprimer une direction cohérente à la vie collective⁽⁶⁴⁾. Devenu , selon la formule de D. Bell⁽⁶⁵⁾, cet État est contraint de redéfinir ses modes d'intervention. Participent de ces transformations le mouvement généralisé de décentralisation en direction des pouvoirs locaux, le phénomène de privatisation des services publics (concomitant d'une redéfinition de la mission des services

⁽⁶⁰⁾ S. ALLEMAND, *Gouvernance. Le pouvoir partagé*, in *Sciences humaines*, n° 101, janvier 2000, p. 13.

⁽⁶¹⁾ J. COMMAILLE et B. JOBERT, *op. cit.*, p. 15.

⁽⁶²⁾ S. ALLEMAND, *op. cit.*, p. 14.

⁽⁶³⁾ J. ROSENAU, J. et E.O. CZEMPIEL (ed.), *Governance without government : order and change in world politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

⁽⁶⁴⁾ J. LECA, *op. cit.*, p. 350.

⁽⁶⁵⁾ Cité par S. ALLEMAND, *op. cit.*, p. 13.

publics et des rapports avec les usagers), ainsi que la modernisation de la fonction publique sur le modèle entrepreneurial. Dans les pays anglo-saxons, où ces thèmes sont portés par une puissante vague néo-libérale, l'objectif visé est celui d'un ; en Europe, et en France notamment, l'institution étatique tente de se survivre sous la forme de l', ou, dans une version plus volontariste, l'⁽⁶⁶⁾.

De nouveaux instruments d'action publique apparaissent alors, qui, au moins dans certains cas, se substituent aux modes classiques d'intervention unilatérale et impérative de l'État : la comitologie (consultation systématique d'acteurs appartenant à des milieux hétérogènes en vue d'une construction en commun des problèmes et de leur solution) concurrence la décision d'autorité, la régulation (moins une administration directe qu'un contrôle continu et marginal) englobe et déborde la réglementation classique, l'évaluation (pilotage *ex post*, par les conséquences) tend à supplanter la conduite des affaires *ex ante*, par les principes⁽⁶⁷⁾.

Bien entendu, un tel glissement de paradigme ne manque pas de susciter une multitude d'interrogations. Outre les questions classiques qu'il soulève à propos de la spécificité du politique (que reste-t-il de l'imperium d'un État qui se fait animateur ou stratège ?), on s'interroge sur les indispensables mécanismes de coordination horizontale qu'implique la gouvernance en réseau : comment, en l'absence d'un régulateur central, penser néanmoins une action collective dotée d'un minimum d'institutionnalisation et de cohérence ? Autrement dit, comment rendre gouvernables les sociétés en réseau ? À cette question de la ⁽⁶⁸⁾, qui suppose le mixage d'univers sociaux distincts, le dialogue d'interlocuteurs relevant de logiques différentes, l'hybridation de savoirs multiples - et ce en vue de relever les défis que posent des enjeux sociaux nouveaux qui présentent un fort caractère de transversalité (qu'il suffise d'évoquer l'exemple de la protection de l'environnement

⁽⁶⁶⁾ J. LECA, *op. cit.*, p. 361; S. ALLEMAND, *op. cit.*, p. 13.

⁽⁶⁷⁾ J. LECA, *op. cit.*, p. 353-356.

⁽⁶⁸⁾ *La gouvernamentalité*, sous la dir. de J. Chevallier et al., CURAPP, Paris, PUF, 1996.

qui fait se croiser des politiques industrielles et agricoles, des questions d'aménagement du territoire et de transport, des enjeux d'emploi et de santé publique) -, P. Lascoumes propose une réponse en termes de , ou, mieux encore, de ⁽⁶⁹⁾. Il n'y aura pas d'agrégation d'intérêts, de construction de compromis, ni de coordination d'action sans cette capacité préalable de transcription des informations et des représentations d'un langage ou d'un code dans un autre. (La notion de traduction occupera une place importante, on le verra, dans les chapitres VIII et IX, épistémologique et éthico-politique, de cet ouvrage. Elle est, en effet, au coeur des questions d'interdisciplinarité, ainsi que de celle du dialogue des communautés éthiques partageant une visée d'universalité.)

Se traduisant ainsi par une forte capacité auto-réflexive (notamment dans ses processus d'évaluation et sa façon d'apprendre par), la gouvernance présente aussi cette caractéristique, souvent notée, de dépasser plusieurs dichotomies classiques qui ont perdu une bonne partie de leur capacité explicative : la distinction public/privé en politique, la distinction anarchie/souveraineté dans les relations internationales, la distinction marché/hiérarchie dans le domaine économique⁽⁷⁰⁾. En revanche, rien ne garantit que les ajustements résultant des processus de transcodage de la gouvernance produisent des solutions équilibrées et équitables : faute de principes de mesure formellement énoncés et stabilisés, ⁽⁷¹⁾.

On ne s'étonnera donc pas des critiques que suscite cette nouvelle gouvernance. Critiques sur le plan de l'efficacité, tout d'abord : dilution des responsabilités (*everyone is in check, but no one is in charge*), opacité des processus décisionnels, paralysie

⁽⁶⁹⁾ P. LASCOUMES, *Rendre gouvernable : de la "traduction" au "transcodage"*. *L'analyse des processus de changement dans les réseaux d'action publique*, in *La gouvernabilité*, *op. cit.*, p. 325 et s.

⁽⁷⁰⁾ S. ALLEMAND, *op. cit.*, p. 17.

⁽⁷¹⁾ P. LASCOUMES, *op. cit.*, p. 333.

des institutions⁽⁷²⁾. Critiques aussi sur le plan de la légitimité : que deviennent les garanties de l'État de droit ? Comment s'assurer la représentativité des partenaires du réseau ? Quelle capacité subsiste-t-il de dégager, au-delà des intérêts sectoriels, une conception de l'intérêt général ? Comment contrebalancer la loi du marché par les exigences de la justice sociale et du développement durable, et ce, à une échelle à la fois planétaire et transgénérationnelle ?

Mais peut-être l'analyse en termes de gouvernance conduit-elle à surévaluer certaines données (ainsi l'importance des acteurs associatifs) et à en sous-évaluer d'autres (telle la capacité d'action de l'État). Ici encore, c'est en termes de superposition de paradigmes plus que de substitution qu'il convient de raisonner; la gouvernance laisse, en effet, d' pour l'action gouvernementale classique, explique J. Leca. Ainsi la comitologie ne tient pas lieu de délibération démocratique, la régulation ne permet pas d'effectuer les arbitrages globaux entre les différents programmes; quant à l'évaluation, elle ne dispensera jamais les décideurs du risque de faire des choix dans l'incertitude⁽⁷³⁾.

L'Europe, laboratoire expérimental des transformations juridiques

Le *Livre blanc* que la Commission européenne a consacré, en juillet 2001, à la ⁽⁷⁴⁾ constitue une excellente illustration de la combinaison du paradigme du réseau (associé aux thèmes de la régulation et de la gouvernance), d'une part, et du modèle

⁽⁷²⁾ Cf. notamment les critiques sévères de Fr. DEHOUSSE à propos du montage institutionnel résultant du Traité européen de Nice de janvier 2000 : , , , , , (*Nice : un traité trop petit pour une Europe trop grande* , in *J.T.*, 2001, p. 13).

⁽⁷³⁾ J. LECA, *op. cit.*, p. 360-361; cf. aussi J. COMMAILLE et B. JOBERT, *op. cit.*, p. 15.

⁽⁷⁴⁾ Commission des Communautés européennes, *Gouvernance européenne : un livre blanc*, Bruxelles, 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final.

pyramidal plus classique, d'autre part, avec cependant une nette prédominance du premier, comme si c'était la conscience nette des limites, des échecs, et parfois même des effets pervers du second qui conduisait la Commission à explorer de nouvelles pistes d'action.

Ce ne sont cependant pas les fermes manifestations d'intention qui manquent, en vue d'affirmer, ou plutôt de restaurer, une autorité qui apparaît compromise. La commission, qui se présente elle-même comme la (p. 9), déclare qu'elle veillera à une application plus rigoureuse de la législation communautaire (p. 5) : elle entend désormais poursuivre avec intransigeance les infractions au droit communautaire (p. 30), notamment en accélérant le traitement des plaintes; elle s'assurera par ailleurs que les États fassent preuve de plus de diligence dans la transposition des règles communautaires dans leur droit interne (p. 31). Mieux encore : elle veillera à la cohérence de ses politiques et s'attachera à identifier des objectifs à long terme (p. 6). Dans ce but, elle entend recentrer sa propre responsabilité exécutive et transcender les intérêts sectoriels (p. 6).

Mais, à tout prendre, ces objectifs classiques, expressions de l'imperium d'un pouvoir qui se représente et se veut supérieur, ne constituent qu'un volet limité du dispositif général de la gouvernance. L'essentiel, pour la Commission, consiste en effet à (p. 4). On fera tout d'abord une application systématique des principes de proportionnalité et de subsidiarité : (p. 5). On s'appliquera ensuite à combiner divers instruments de politique publique, comme la législation, le dialogue social, le financement structurel et les programmes d'action (p. 9). L'outil réglementaire sera lui-même diversifié : à côté des directives classiques, on travaillera par recommandations, par (p. 24), ou encore par co-régulation qui (p. 25). On multipliera les agences de régulation, et on expérimentera la qui devrait offrir un moyen d'encourager la coopération, d'échanger de bonnes pratiques et de convenir d'objectifs communs (p. 26).

Enfin et surtout, on appliquera une (p. 4); chaque page du *Livre blanc* est pétrie de cette philosophie dont les maîtres mots sont consultation, partenariat et réseau. L'effort se portera d'abord vers les collectivités régionales et locales, dans le cadre de

la nouvelle *multi-level governance* : on concédera plus de souplesse dans l'application du droit communautaire, en vue de mieux prendre en compte les particularités locales; on fera même l'expérience, , précise-t-on, de négociés entre la Commission, les États membres et les régions et collectivités locales (p. 16). L'effort se portera également en direction de la société civile, dont il s'agit de mieux relayer les préoccupations : on va même jusqu'à offrir aux citoyens et aux associations (p. 18). De façon générale, la Commission rappelle qu'elle gère déjà (p. 20). Inutile de dire que le réseau Internet constituera un instrument essentiel de cette nouvelle politique. La rédaction du *Livre blanc* lui-même s'est accompagnée d'un site qui enregistre, en amont et en aval de l'adoption du texte, toutes les réactions du public, et comprendra de (p. 7). Il s'agit, dit encore la Commission, de (p. 10) : ainsi espère-t-on (p. 14).

Comme on s'en doute, la fonction juridictionnelle n'échappe pas à cette logique interactive du réseau. On évoque, à cet égard, la création d'un et d'un (p. 30). Plus loin, il est encore question d' (p. 31).

Ainsi se décline la gouvernance européenne en projet; cette phrase la résume bien, qui aurait pu figurer en exergue de cette introduction : (p. 13).

Une deuxième illustration récente empruntée à la construction européenne réside dans le mode très novateur d'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, solennellement proclamée le 7 décembre 2000, ainsi que dans le statut très particulier du texte qui en est issu.

Quant à la procédure d'élaboration de la Charte, les commentateurs sont unanimes pour souligner qu'elle est fondamentalement ⁽⁷⁵⁾. Plutôt que d'en faire l'émanation d', selon un mode d'élaboration , le fait d'en avoir confié la rédaction à une , rapidement autoproclamée , présentait ⁽⁷⁶⁾. Ainsi, parmi les

⁽⁷⁵⁾ E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *J.T.*, 2001, p. 281.

⁽⁷⁶⁾ O. DE SCHUTTER, *La : un instrument au service de l'art de gouverner ?*, in *La Revue nouvelle*, n°6, juin 2001, p. 63 et 72.

62 membres de la Convention, 15 étaient délégués par les États membres, 1 par la Commission européenne, 16 par le Parlement européen et 30 par les Parlements nationaux. Par ailleurs, la Convention était chargée de déterminer elle-même ses règles de fonctionnement. Enfin, la procédure a été marquée par une ouverture sans précédent à la société civile⁽⁷⁷⁾, à la fois en termes de transparence des travaux, par leur communication sur Internet, et en termes de possibilité de participation, aboutissant à l'audition effective de 67 organisations non gouvernementales. Cherchant ainsi à combler un déficit généralement perçu sur ce plan, la procédure suivie a manifestement privilégié des critères de légitimité par rapport à des critères de légalité ou d'efficacité, traditionnellement prépondérants, en ajoutant aux manifestations traditionnelles de des manifestations nouvelles de ⁽⁷⁸⁾. Or, il n'échappe à personne que ⁽⁷⁹⁾, ce qui a amené certains à déplorer précisément ⁽⁸⁰⁾.

Quant au statut de la Charte, s'il convient d'admettre qu'elle se présente, dans l'état actuel des choses, comme ⁽⁸¹⁾, on a pu souligner à juste titre qu'elle possède sans doute davantage qu'une portée purement symbolique, notamment en ce qu'elle , de même qu'elle ⁽⁸²⁾. Elle serait ainsi déjà ⁽⁸³⁾. Enfin, si la valeur juridique de la Charte se trouve ainsi provisoirement suspendue à sa légitimité, voire à son effectivité progressive, plutôt qu'à sa validité formelle, celle-ci n'en est pas moins déjà conçue, à défaut d'être déjà consacrée. Malgré les réticences encore formulées par

⁽⁷⁷⁾ O. DE SCHUTTER, *Europe in search of its civil society*, in *The Chartering of Europe. The Charter of fundamental rights in context*, éd. par E.O. Eriksen, J.E. Fossum et A.J. Menéndez, Arena Report, n°8/2001, octobre 2001, p. 155 et s.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*, p. 156 et 158-165.

⁽⁷⁹⁾ O. DE SCHUTTER, dans G. de KERCHOVE, O. DE SCHUTTER et Fr. TULKENS, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dialogue à trois voix*, in *Annales d'études européennes*, 2000, p. 30.

⁽⁸⁰⁾ G. de KERCHOVE, *ibidem*, p. 31.

⁽⁸¹⁾ E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 282.

⁽⁸²⁾ *Ibidem*, p. 283.

⁽⁸³⁾ *Ibidem*.

certaines États, la Commission européenne, en effet, à l'instar d'autres États, n'a jamais dissimulé que, pour elle, , que et qu'⁽⁸⁴⁾. Cette doctrine du , relevant tant de la fiction que du pari, confère ainsi à la Charte une sorte de validité juridique conditionnelle et relative, symptomatique d'une approche nouvelle du phénomène juridique que nous illustrerons plus amplement dans le corps de l'ouvrage.

Dialectique

Le sous-titre de notre ouvrage, qui, à la différence du titre, n'est pas assorti d'un point d'interrogation, s'énonce . Si le glissement du paradigme de la pyramide à celui du réseau continue de faire question, en revanche, notre détermination à poursuivre la méthode dialectique est entière. Poursuivre, car c'est déjà la dialectique qui, dans des ouvrages précédents, nous avait permis de présenter le système juridique ⁽⁸⁵⁾, et d'étudier le droit sous l'angle des ⁽⁸⁶⁾.

Ici encore, pour explorer les arcanes du réseau entre le trop plein de sens et de positivité de la pyramide et le trop de négativité et d'insignifiance du chaos, ou pour décrire les enchevêtrements de ces trois figures dans le labyrinthe juridique, quel meilleur guide que cette dialectique, dont Merleau-Ponty, qui lui a consacré d'admirables textes comme celui, bien nommé *L'entrelacs et le chiasme*⁽⁸⁷⁾, disait qu'elle était une pensée ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁴⁾ Communiqué de presse de la Commission, Bruxelles, 11 octobre 2000.

⁽⁸⁵⁾ M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.

⁽⁸⁶⁾ M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992. Aux pages 82 à 95 de cet ouvrage, on trouvera un exposé substantiel de la méthode dialectique.

⁽⁸⁷⁾ M. MERLEAU-PONTY, *L'entrelacs et le chiasme*, in *Le visible et l'invisible*, Paris, Gallimard, 1964, p. 172 et s.

Enseignant la négativité de toute chose (qui est et n'est pas ce qu'elle est) et la processualité de l'être (qui devient ce qu'il est), la dialectique conduit à penser l'interaction des termes habituellement distingués (l'être et la pensée, la vie et la mort, le masculin et le féminin...; en droit : la lettre et l'esprit, l'objectif et le subjectif, le normativisme et le réalisme, le pluralisme et le monisme). Alors que la pensée classique souligne les identités et renforce les différences, excluant ainsi le tiers, la dialectique montre comment chaque terme en présence, qui contient une part de l'autre, interagit avec celui-ci, faisant ainsi l'épreuve du passage de l'entre-deux (c'est-à-dire de la médiation) qui le transforme : à la fois lui-même et autre, toujours en devenir. Ce processus d'engendrement réciproque, qui signe le retour du tiers (propriété émergente du rapport d'implication des termes enchevêtrés), est seul de nature à faire justice à la complexité dynamique du réel.

Cette dialectique devrait aussi nous garder de ce travers si courant de la pensée scientifique, et qui n'épargne pas la pensée juridique, que G. Bachelard nommait, dénonçant par là le fait que l'esprit ne se délivre généralement d'une erreur que pour succomber aussitôt au travers opposé, par l'effet d'une sorte de mouvement dogmatique de balancier⁽⁸⁹⁾. Tout apparaît alors structuré de façon dichotomique, à la manière scolastique des *disputationes pro et contra*. La pensée juridique prend alors les allures d'un champ de bataille, et dans la lutte sans merci que se livrent les théories en , chacun est tenu de choisir son camp. La pensée dialectique résiste à cet embrigadement réducteur et invite à un changement de regard : et si la vérité tenait dans la tension des deux pôles (plutôt que dans le choix de l'un ou de l'autre), dans leur solidarité conflictuelle et leur intime articulation –comme si, à raison même de leur opposition, ils tentaient ensemble de dire quelque chose de la complexité d'un réel qui ne se réduit ni à l'un ni à l'autre ?

⁽⁸⁸⁾ M. MERLEAU-PONTY, *Les aventures de la dialectique*, Paris, Gallimard, 1955, p. 274.

⁽⁸⁹⁾ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin, 1977, p. 20.

Telle sera donc notre méthode tout au long de cet ouvrage : plutôt que de réduire la complexité des phénomènes observés en les ramenant à l'une des deux interprétations en conflit, plutôt aussi que de tracer une prudente troisième voie à égale distance de celles-ci, il s'agira de les mettre et de les maintenir en tension. Montrer, pour cela, que chaque terme contient virtuellement son , et que, dès lors, ils ont ; suivre les jeux de leurs enchevêtrements et, littéralement, de leurs trans-formations; dégager de leurs rapports les propriétés émergentes et tierces qui contribuent désormais à leur reproduction différenciée; assumer le risque de l'incertitude de cette ⁽⁹⁰⁾ qui est celle de la complexité, de la vie et de l'histoire; libérer ainsi la puissance heuristique inouïe des paradoxes qui ne cessent de .

Ainsi donc la dialectique sera notre fil d'Ariane dans les dédales des réseaux et des pyramides juridiques. Le lecteur en identifiera aisément les manifestations. Le chapitre IX, qui s'enquiert d'une éthique pour le droit en réseau, s'intitule explicitement . Deux autres chapitres entendent, tout aussi explicitement, exposer un dialectique : le chapitre III, qui étudie les rapports que développent les systèmes juridiques, , et le chapitre VII, qui situe le raisonnement juridique . Les néologismes fondés sur la base de la préposition , auxquels nous aboutissons souvent, traduisent également une perspective dialectique : ainsi l'*interdisciplinarité* que nous préconisons (chapitre VIII), ou encore l'*intersystematicité* (chapitre III), l'*internormativité* (chapitre III et V) ou l'*intertextualité* (chapitre VII). Relève également de cette perspective, la notion, centrale dans le chapitre VI, d'*interaction* entre les trois pôles de la validité (légalité, effectivité, légitimité). À son tour, cette thèse implique de prendre en compte l'attitude (de validation, d'invalidation ou de validation relative) de tous les acteurs du réseau juridique, et d'insister sur le fait que ces réactions entremêlent des formes de coopération et de conflit. Au plan des fondements du droit, cette conception de la validité traduit une dialectique des faits, des normes et des valeurs qui permet d'articuler les théories positivistes et les théories iusnaturalistes.

⁽⁹⁰⁾ M. MERLEAU-PONTY, *Le visible et l'invisible*, op. cit., p. 129-130.

En amont de cette dialectique, et comme condition de celle-ci, apparaissent systématiquement tout au long des pages qui suivent les notions de pluralité et de relativité (ou de gradualité) : qu'il s'agisse des définitions du droit, des systèmes juridiques, des formes de sanctions, des significations de la norme interprétée, des conditions de validité, des ou encore des modes de connaissance du droit. Notre insistance sur le thème de la en est encore un signe : monopole du rôle de l'État dans les relations internationales, monopole du législateur sur le sens de la loi, ou encore monopole de la doctrine en matière de savoir juridique.

Mais, insister sur la fin d'un monopole ne doit pas conduire à en reproduire de nouveaux : souligner la montée en puissance du juge, ce n'est pas le hisser au sommet d'une nouvelle pyramide et lui reconnaître tous les droits; célébrer les mérites de l'interdisciplinarité, ce n'est pas disqualifier pour autant une connaissance interne du droit; insister sur l'importance croissante de l'autorégulation et de la démocratie participative à l'initiative de la société civile n'autorise pas à conclure à la disparition de l'État et de la démocratie représentative.

Ce balancement dynamique – équilibre mouvant sur un fil - est sans doute l'unique moyen de faire justice au point d'interrogation qui accompagne le titre de ce livre.

Fayence, janvier 2002.

Hors-texte II

En guise de conclusion, osons, une fois encore, le détour d'une illustration, sans doute plus parlante que tous les textes, en l'occurrence le détail d'une lithographie de Pierre Alechinsky, intitulée *Suzette*, réalisée en collaboration avec Jean-Yves Bosseur⁽¹⁾.

Bien que l'interprétation que nous tenterons d'en donner soit sans doute très largement étrangère aux intentions de l'artiste, nous commenterons quatre des quinze images dont est constitué cet «assemblage lithographique», fruit de «recouvrements partiels, “caviardages”, enluminures..., superposés à chacune des quinze pages de partitions»⁽ⁱⁱ⁾. Leur succession illustre de manière lumineuse les principales positions que suscite la question de la structure des phénomènes que nous avons évoqués tout au long de cet ouvrage.

Comme une partition musicale, tout texte, nous l'avons rappelé, est nécessairement livré à une interprétation, dont la surimpression, par rapport au texte lui-même, évoque d'emblée la technique de composition que nous avons sous les yeux.

Plus précisément, les quatre images successives illustrent parfaitement quatre interprétations qui ont été discutées au cours de nos réflexions.

La première figure, familière, représente sans doute la butte du «Lion de Waterloo» souvent présente dans l'œuvre d'Alechinsky, et reconnaissable tant à la forme qui la surmonte qu'aux marches qui permettent d'y accéder. Elle correspond évidemment à une interprétation «pyramidale» ou «hiérarchique» des phénomènes, dont nous avons souligné le caractère traditionnellement dominant, aussi bien dans le mode de production du droit, que dans l'approche théorique qui en est proposée.

La deuxième figure, plus surprenante, semble nous proposer un renversement de la précédente où une pyramide reposerait sur son sommet et où sa base, qui occupe le dessus, se trouverait elle-même représentée sous la forme, non d'une ligne droite, mais de plusieurs petites pyramides dessinées, cette fois, à l'endroit, et non plus à l'envers. Quoique moins répandue, cette image nous fait penser, à son tour, à la lecture «inversée» de la structure du système juridique, proposée par certains auteurs qui, dans un prétendu souci de «réalisme», considèrent que les décisions judiciaires à portée individuelle ne sont pas effectivement dérivées à partir des règles générales formulées par les pouvoirs législatif et exécutif, mais bien le contraire. Raffinant cette interprétation, on pourrait évidemment ajouter, comme l'ont évoqué certains,

au vu de la pluralité des ordres de juridictions – eux-mêmes parfois hiérarchisés –, que les nouvelles «normes supérieures» sont constituées par les décisions rendues par les juridictions suprêmes de ces différents ordres.

La troisième figure, plus dynamique, semble représenter un triangle – ou une pyramide - inscrit dans un cercle, dont le tracé en pointillé pourrait suggérer la rotation permanente. Une telle figure ne manquera pas d'évoquer, à son tour, une conception pyramidale «relativiste» où, par l'effet de la rotation, chaque angle du triangle (législateur, administration, juges, voire particuliers) est susceptible d'occuper à tour de rôle la position du sommet, et les deux autres celle de la base. Voire, à la limite, une conception «circulaire» où toute position hiérarchique de supériorité ou de subordination est appelée à disparaître et à céder la place à des relations de pure coopération.

La quatrième figure, enfin, sans doute la plus complexe, semble également la plus évocatrice de l'idée de réseau. Ayant la forme globale d'un treillis ou d'un tissu aux relations multiples et variées, l'image se compose, dans le détail, de différentes pyramides assises, tantôt sur leur base, tantôt sur leur sommet; la plupart étant reliées les unes aux autres, l'une d'entre elles restant cependant isolée. Ne peut-on y voir l'illustration de l'idée que, tout en fournissant une interprétation plus riche et plus diversifiée des phénomènes que le paradigme de la «pyramide», le paradigme du «réseau» n'exclut pas l'existence de relations hiérarchiques, mais met en lumière la complexité, la relativité et l'éventuelle récursivité de telles relations ?

⁽ⁱ⁾ Concernant la genèse du travail, cf. P. ALECHINSKY et J.-Y. BOSSEUR, *La plume*, Bourg-lès-Valence, 1995, p. 7-9.

⁽ⁱⁱ⁾ *Ibidem*, p. 7.