



HAL
open science

Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1998, N° 3, pp. 659-714. hal-01728684

HAL Id: hal-01728684

<https://hal.science/hal-01728684>

Submitted on 11 Mar 2018

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.

VERS UN DROIT POST-MODERNE ?

LES TRANSFORMATIONS DE LA REGULATION JURIDIQUE

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Revue du droit public et de la science politique, 1998, n° 3, pp. 659-714

On voudrait ici de tester l'hypothèse de l'avènement d'un nouveau droit, d'un droit « *post-moderne* », qui infléchirait ses formes d'emprise sur la vie sociale et modifierait les conditions mêmes de la « *régulation juridique* ». Tenter de répondre à cette question, c'est chercher à prendre la mesure des transformations que connaissent, en France comme ailleurs, les systèmes juridiques.

La formulation de cette question ne relève pas de l'évidence : elle présuppose, non seulement que les multiples et très diverses inflexions du droit, qui ont fait l'objet de maintes analyses et sont rangées sous des vocables divers (« *droit mou* », « *droit doux* », « *droit flou* ») sont liées entre elles, forment une constellation, mieux une « *configuration* », au sens donné à ce terme par Norbert Elias (c'est-à-dire un ensemble organisé et hiérarchisé d'éléments unis par des relations d'interdépendance telles que ceux-ci ne sauraient être analysés isolément, indépendamment des liens qui les unissent), mais aussi qu'un saut qualitatif ait été effectué, que cette « *configuration* » soit nouvelle par rapport à l'ordre juridique ancien ; plus généralement encore, elle implique que ce passage à une nouvelle configuration juridique est indissociable d'une série de mutations sociales plus globales, illustrant l'entrée des sociétés contemporaines dans une ère nouvelle, celle de la « *post-modernité* ». Au droit classique, caractéristique des sociétés modernes, serait en voie de succéder un droit nouveau, reflet de la *post-modernité*. Cette présentation fait problème, non pas par le lien qu'elle établit entre droit et société, car il est bien évident que le droit, en tant que production sociale, est appelé à évoluer en fonction des mutations sociales, mais par l'analyse socio-historique sur laquelle elle repose. L'idée selon laquelle on serait entré dans l'âge de la « *post-modernité* » est en effet porteuse de lourdes équivoques : passant du descriptif (mise en évidence de certaines tendances d'évolution des sociétés contemporaines) au normatif (souhait de reformulation du lien social), mélangeant allégrement constatatif (en restant au niveau factuel) et performatif (proclamer l'avènement de la société *post-moderne*, c'est déjà la faire advenir par la magie du discours), le thème de la « *post-modernité* » est porteur d'une extraordinaire confusion¹ ; d'autant qu'aux analystes de la « *post-modernité* » s'ajoutent ceux qui, s'inscrivant de plein pied dans le « *post-modernisme* », se veulent les représentants et les propagateurs d'une pensée *post-moderne*, qui a gagné, à partir de l'art, de l'architecture ou de la chorégraphie, les champs philosophique (G. Lipovetsky, J.M. Ferry...), sociologique (D. Bell, R. Sennett, A. Giddens, A. Touraine etc...), voire juridique (A.J. Arnaud). L'amalgame de tous ces aspects, qui conduit à considérer la *post-modernité*

¹ Confusion qu'on rencontre souvent chez les mêmes auteurs, fussent-ils sociologues : c'est ainsi qu'on trouve chez A. Touraine (*Critique de la modernité*, Fayard, 1992) à la fois une analyse sociologique de la modernité et le souhait d'avènement d'une modernité « *pleine* », réconciliant le culte de la Raison avec l'affirmation du Sujet. Plus clairement encore C. Taylor (*Le malaise de la modernité*, 1991, Ed. Cerf, 1992) analyse la crise de la modernité et les moyens d'y remédier (Voir Y. Bonny, « *La modernité en question* », *Sociologie du travail* 1996, n° 1, pp. 101 ss).

comme un véritable *paradigme*, porteur d'effets pratiques et symboliques, entoure désormais la question de la post-modernité d'un véritable « halo », rendant difficile son approche. Un travail préalable de clarification s'avère dès lors indispensable.

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

Pour A. Giddens³, le « dynamisme de la modernité », qui s'est traduit par la diffusion à l'échelle planétaire d'un modèle institutionnel apparu en Occident, et caractérisé par le capitalisme, l'industrialisme, l'Etat-Nation et le contrôle des moyens de violence, s'explique par trois raisons essentielles : la « dissociation du temps et de l'espace », qui permet une organisation rationalisée des rapports sociaux et une unification des cadres spatio-temporels ; la « délocalisation des systèmes sociaux », rendue possible par la création de « gages symboliques », c'est-à-dire d'instruments d'échange universels, et l'établissement de « systèmes experts », mettant en oeuvre des savoir-faire professionnels, qui reposent les uns et les autres sur la « confiance » ; la « réflexivité institutionnelle » surtout, qui entraîne l'examen et la révision constante des pratiques sociales à la lumière des informations nouvelles.

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

Pour les uns, la crise de la modernité se traduit essentiellement par la mise en évidence de certains dangers qui étaient au coeur même de la société moderne. Cette analyse est notamment celle de C. Taylor, pour qui la modernité a produit trois malaises : l'individualisme a conduit à la « perte de sens », traduit par la disparition des idéaux et le repliement sur soi ; la primauté de la « Raison instrumentale » a conduit à l'« éclipse des fins », le seul étalon qui prévaut désormais étant celui de l'efficacité maximale ; enfin, la « perte de liberté » résulte du sentiment

² C. Dumont, *Essais sur l'individualisme*, Seuil, Coll. Esprit, 1983

³ *Les conséquences de la modernité*, 1990, L'Harmattan, 1994.

d'impuissance que ressent l'individu-citoyen, pris dans l'étai du marché et de l'Etat. La post-modernité devrait dès lors avoir pour ambition de corriger ces dérives, en conciliant recherche d'« authenticité » et ouverture à des horizons de signification collective, en restaurant le sentiment de responsabilité et en desserrant la pression du marché et de l'Etat. De même, pour A. Giddens, la post-modernité se traduit, non pas par le rejet, mais au contraire par la « radicalisation » de la modernité, par la disparition des formes de pensée qui étaient restées présentes dans les discours de la modernité et des institutions dépassées par l'évolution sociale. Pour A. Touraine encore, la post-modernité doit passer par la réhabilitation du Sujet, qui avait été évacué, notamment à partir de l'essor du capitalisme, au profit de la toute-puissance de la Raison instrumentale : il s'agirait donc de retrouver les deux dimensions originaires et consubstantiellement liées de la modernité, à savoir la rationalisation et la subjectivation. Dans cette première perspective, la post-modernité n'est en fin de compte qu'une modernité plus authentique, une *hyper-modernité* — voire, comme le dit Georges Balandier une « super-modernité »..

Pour d'autres auteurs au contraire, la post-modernité constituerait une authentique *rupture avec la modernité*. Cette rupture se traduirait essentiellement par la *remise en cause du primat de la Raison*, entraînant corrélativement la perte de confiance dans la Science, et « l'incrédulité à l'égard des méta-récits utilisés par la Science pour se légitimer »⁴, les désillusions générées par l'idée de Progrès, la fin de l'idée que l'Histoire aurait un sens, la fin de la prétention à l'Universalité, notamment en ce qui concerne les modèles d'organisation politique⁵ : l'accent est mis désormais sur le désordre, la complexité, l'in-détermination, le relativisme ; et de nouvelles figures, telles que celle du « rhizome »⁶, du « labyrinthe »⁷ ou du « réseau »⁸, sont avancées pour rendre compte d'une organisation sociale ayant quitté les chemins bien balisés de l'ordre et de la simplicité. Parallèlement, l'individualisme aurait pris des directions nouvelles, traduites par une *absolutisation du moi*, une « culture du narcissisme » faisant de l'« épanouissement de soi » la principale valeur de la vie⁹, ainsi que par l'*exaltation des différences* et des singularités, conduisant au « tribalisme » (M. Maffesoli)¹⁰, au « multi-culturalisme », voire au « différencialisme » ; le repli vers le privé, le désinvestissement du collectif, l'érosion des identités collectives¹¹ qu'illustrerait cette « seconde révolution individualiste » (G. Lipovetsky)¹² poseraient du

⁴ J.F. Lyotard, *La condition post-moderne*, Ed. Minuit, 1979.

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

⁶ G. Deleuze, F. Guattari, *Rhizome*, Ed. Minuit, 1976 : le rhizome est, on le sait, une plante vivace dont les racines prolifèrent dans la sol, dans le plus grand désordre ; le « modèle rhizomatique », incarnant le désordre, s'opposerait ainsi au modèle « arborescent » reposant sur l'ordre. Voir CURAPP, *Désordre(s)*, PUF, 1997.

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

⁸ A. Degenne, M. Forsé, *Les réseaux sociaux*, A. Colin, 1994 ; E. Lazega, « Analyse de réseaux et sociologie des organisations », *Revue française de sociologie*, 1994, pp. 293 sq. ; M. Castells, *La société en réseaux I. L'ère de l'information*, 1996, Fayard, 1998.

⁹ C. Taylor, *op. cit.* ; G. Lipovetsky, *L'ère du vide*, Gallimard, 1973 ; A. Minc, *La machine égalitaire*, Grasset, 1987..

¹⁰ « Tribalisme » sur lequel mettent l'accent certaines technologies nouvelles de communication (voir le procédé *Tatoo*).

¹¹ CURAPP, *L'identité politique*, PUF, 1994

¹² C'est ainsi que serait apparue dans les sociétés contemporaines une « troisième femme », qui échappant aux figures traditionnelles de la « femme diabolisée » et de la « femme exaltée », serait caractérisée par l'indétermination, chaque femme ayant la possibilité d'inventer son propre rôle (G. Lipovetsky, Gallimard, 1997).

même coup en termes nouveaux le problème du lien social et politique et de la « gouvernabilité »¹³ de groupes formés d'individus atomisés et sérialisés. Dans cette perspective, la post-modernité apparaît comme l'antithèse de la société moderne, une *anti-modernité*.

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

I / LA CRISE DE LA MODERNITE JURIDIQUE

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

A) *Les caractéristiques du droit moderne*

La modernité s'est traduite dans le droit par un processus de *rationalisation*, illustré par un double phénomène d'autonomisation et d'unification. Le droit traditionnel reste étroitement lié à la religion : c'est dans la volonté divine que s'enracine l'autorité de la Loi ; il faudra donc un mouvement de *laïcisation*, pour que le droit prenne son autonomie, en devenant un dispositif normatif spécifique, gouverné par une logique propre¹⁴. Par ailleurs, le droit traditionnel est marqué par le pluralisme : sous la féodalité, les sources du droit sont multiples ; il existe donc une très grande diversité de statuts juridiques, juxtaposés et enchevêtrés. L'apparition de l'Etat va entraîner un mouvement d'*unification*.¹⁵ Concentrant entre ses mains le pouvoir de contrainte, l'Etat entend être la source exclusive du droit, tout comme le seul détenteur de la force matérielle¹⁶ ; et l'ordre juridique étatique va imposer progressivement sa suprématie, en se substituant, ou du moins en se superposant, aux ordres juridiques préexistants et en devenant le seul cadre juridique de référence pour l'ensemble de la collectivité. Cette promotion s'est doublée de profondes modifications dans la configuration même de l'ordre juridique : poussant la rigueur formelle beaucoup plus loin que les autres, l'ordre juridique étatique se caractérise par

¹³ CURAPP, *La gouvernabilité*, PUF, 1996.

¹⁴ A.J. Arnaud a justement souligné l'importance de l'Ecole du droit de la nature et des gens, qui apportera un regard nouveau sur le droit, en l'émancipant de la tutelle de l'Eglise (*Pour une pensée juridique européenne*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1991, p. 114).

¹⁵ Basculement illustré par la substitution progressive, à partir du XIV^{ème} siècle, des ordonnances royales aux coutumes comme source du droit

¹⁶ N. Elias, *La dynamique de l'Occident*, 1969, Calmann-Lévy, 1975.

une rationalisation du processus de production du droit, confié à des organes spécialisés, aux compétences bien définies ; et surtout l'exécution des normes est garantie par l'intervention d'appareils de contrainte chargés de réprimer les manquements éventuels. L'Etat tend à devenir l'« ordre juridique total »¹⁷, qui intègre et ramène à lui tous les autres.

Ainsi refondé, le droit apparaît comme l'incarnation même de la Raison ; et le fait que tout l'édifice juridique soit construit sur la figure de l'individu coïncide avec la processus de subjectivisation : par son « rationalisme jusnaturaliste, axiomatique, laïque et subjectiviste »¹⁸, la conception nouvelle du droit est parfaitement congruente avec l'ensemble des transformations qui marqueront l'entrée des sociétés occidentales dans l'ère de la modernité.

1° Le droit moderne apparaît comme tout entier placé sous le signe de la **Raison**. Cette rationalité est attestée en tout premier lieu par un ensemble d'*attributs intrinsèques*. D'abord, la *systématicité*¹⁹ : le droit se présente comme une totalité cohérente, un « ordre » unitaire, c'est-à-dire un système de normes solidaires et hiérarchisées, reliées entre elles par des relations logiques et nécessaires ; cette systématicité lui confère clarté, simplicité, certitude, tous attributs qui seront considérés comme inhérents à tout droit. Ensuite, la *généralité* : la réalité sociale est appréhendée par le droit à travers le prisme de concepts abstraits, regroupés en catégories de plus en plus larges et compréhensives, et les solutions applicables aux cas d'espèce peuvent être déduites de règles générales. Enfin, la *stabilité* : s'inscrivant dans la durée, les normes juridiques sont assurées d'une certaine permanence ; ainsi, chacun a-t-il la possibilité de prévoir à l'avance les conséquences de ses actes et de connaître la règle qui s'appliquera à lui. Cette rationalité de la production juridique est confortée par la construction d'une « science du droit » qui, en s'efforçant de « systématiser les solutions particulières, de les coordonner en un Tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer en une matière intelligible »²⁰, contribue à accroître la cohérence et la rigueur formelles du droit. L'ordre juridique symbolise par là l'ordre social : à travers lui se profile l'image d'une société organisée, pacifiée et unifiée, conformément aux exigences de la Raison ; transcrivant et extériorisant les normes qui commandent le fonctionnement social sur un mode impartial et objectif, le droit fait savoir aux membres de la société qu'ils font partie d'un ensemble intelligible, cohérent et rationnel, dans lequel chacun a sa place, dispose d'un statut.

Mais l'aura de rationalité dont bénéficie le droit repose aussi sur un jeu de *croyances* plus profondes²¹. Le droit est d'abord investi d'un capital d'autorité, lié au privilège de la transcendance : la laïcisation n'a pas fait disparaître en effet cette dimension transcendantale, en débarrassant le droit de la « gangue magique ou religieuse »²² qui l'entourait dans les sociétés traditionnelles ; l'autorité qui s'attache à lui découle toujours d'un mécanisme d'imputation à un Sujet anonyme, insaisissable et mystérieux, d'où provient la Loi, sujet qui est désormais l'Etat. Le droit reste ainsi perçu comme un Ordre sacré, projection d'une *Raison transcendante* au corps

¹⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934, Dalloz, 1969, p. 393.

¹⁸ A.J. Arnaud, *op. cit.*, p. 114.

¹⁹ J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, pp. 11-13 ; M. Van de Kerchove, F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1988, p. 102.

²⁰ J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Dalloz*, 1951, I, Chron XXIII, pp. 99-102.

²¹ J. Chevallier, « La dimension symbolique du principe de légalité », *Revue du droit public*, 1990, pp. 1651 sq.

²² P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du droit public*, 1982, p. 276.

social, dépositaire du savoir et source de tout pouvoir — « droit jupitérien »²³, proféré « du haut de quelque Sinai » et s'inscrivant dans ces « tables de la loi » que sont les Constitutions et les Codes modernes. Ce n'est pourtant plus seulement un acte d'autorité, exprimant l'infinie sagesse du Sujet suprême qui l'a posé : la réalisation de l'idéal démocratique en a fait aussi l'expression d'une volonté collective, celle de la Nation ; la loi devient une parole dans laquelle chacun peut se reconnaître puisqu'il est présent, au moins indirectement ou de manière médiata dans son élaboration. *Raison immanente* au corps social celle-ci, résultant du fait que, comme le soulignait Rousseau, tous les citoyens sont censés concourir, par l'intermédiaire de leurs représentants, à la formation de la Loi.

2° Le droit moderne est fondé sur la figure de l'*individu*, censé être premier par rapport à l'organisation sociale et détenteur de « droits subjectifs ». Cette « *subjectivisation du droit* »²⁴, liée du jus-naturalisme, trouve ses racines théoriques là encore dans l'École du droit naturel et des gens, qui a dominé la pensée juridique européenne aux XVII^e et XVIII^e siècles²⁵ : s'impose alors progressivement l'idée que l'individu préexiste à l'État, que celui-ci n'est que le fruit d'un « contrat social », conclu dans l'intérêt et pour l'utilité de chacun ; l'individu est détenteur, en tant qu'Homme, de droits que l'État est tenu de garantir. Cette affirmation des droits de l'Homme face au pouvoir cheminera au fil de la lutte contre l'absolutisme monarchique, avant de recevoir à la Révolution une spectaculaire traduction. Partant de l'Homme, les révolutionnaires vont définir en effet les droits qu'il détient en tant que tel, droits antérieurs à toute vie sociale et auxquels il ne saurait renoncer en entrant dans la société : le but de l'organisation sociale est la sauvegarde de ces droits naturels et imprescriptibles ; les lois positives ne sont que le moyen d'assurer la protection de ces droits « subjectifs », historiquement et ontologiquement premiers²⁶.

L'idée selon laquelle les individus sont titulaires de droits face au pouvoir constitue un élément fondamental de la modernité juridique : elle débouche sur la croyance en la bienfaisance d'un droit perçu comme un dispositif de protection, un moyen de libération, mais aussi un instrument de *Justice* et de *Progrès* ; qu'il soit conçu comme destiné à préserver l'égalité des individus dans leurs rapports mutuels (justice commutative) ou dans leurs rapports avec le groupe (justice distributive), le droit serait dans tous les cas dominé par un « idéal de justice »²⁷. Cette vision subjectiviste s'étend à l'organisation politique, comme en témoigne en France le lien établi entre la Nation et l'État. Cette construction symbolique est tout à fait cohérente avec la théorie des droits subjectifs sur laquelle repose la proclamation des droits de l'Homme : tout comme l'individu, la Nation est perçue comme un « Sujet » — sujet collectif résultant de l'agrégation des individus —, disposant de « droits » (la souveraineté) qu'elle peut opposer à l'État ; avec la théorie de la « volonté générale », on passe logiquement de l'individuel au collectif et la Nation n'est en fin de compte que le prolongement de l'individu.

Ainsi paré des attributs de la *Raison* et de la *Bienfaisance*, le droit devient tout naturellement, dans la société moderne, le mode privilégié d'encadrement et de régulation des rapports sociaux : il se voit assigner pour fonction d'ordonner l'évolution sociale, d'harmoniser l'action des éléments constitutifs de la société. La *normativité juridique* devient ainsi le *vecteur de la*

²³ F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge, in P. Bouretz (dir.), *La force du droit*, 1992 et « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in *Les administrations qui changent*, PUF, 1996 pp. 73 sq.

²⁴ L. Ferry, A. Renaut, *Philosophie politique, III : Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, PUF, 1985, p. 72.

²⁵ A.J. Arnaud, *op. cit.*

²⁶ J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, Coll. Clefs, 2^e éd. 1994, p. 56 sq.

²⁷ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1973.

rationalité sociale : est rationnel ce qui est conforme aux normes juridiques, en vertu du postulat selon lequel ces normes sont elles-mêmes rationnelles. La société moderne repose ainsi sur une confiance absolue placée dans le droit, qui conduit au *fétichisme* de la règle : la norme juridique tend à être prise pour la réalité même, capable de faire advenir ce qu'elle énonce ; et le passage par la forme juridique en vient à constituer la garantie suprême. Cette vision du droit comme dispositif rationnel recouvre évidemment une conception idéalisée du droit, qui transfigure ses traductions concrètes ; l'idée selon laquelle l'ordre juridique, fondé sur un enchaînement rigoureux de propositions normatives et gouverné par les lois de la logique formelle, relève de la seule Raison relève de l'ordre des croyances ; elle n'en constitue pas moins un élément déterminant de la puissance normative du droit.

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

B) Les éléments de rupture

1° La crise du droit moderne, étroitement liée à l'avènement de l'Etat providence²⁸, c'est d'abord et avant tout la *crise de la Raison juridique* : le droit n'apparaît plus comme l'incarnation même de la Raison ; ayant perdu l'aura qui l'entourait, il se trouve désormais soumis à l'épreuve du jugement critique. Tout se passe comme si le système de croyances sur lequel il s'appuyait était en voie d'épuisement. Sans doute, convient-il de ne pas exagérer la nouveauté du phénomène : la mythification du droit n'a jamais été telle qu'elle suffisait à dissiper tout germe d'incroyance ; il reste que le mouvement s'est amplifié, conduisant certains juristes à formuler l'hypothèse d'un « déclin du droit » (G. Ripert, 1949).

Le droit a perdu les attributs de systématisme, généralité et stabilité, qui caractérisaient le droit moderne. L'ordonnement juridique a subi de redoutables secousses en raison de la prolifération anarchique des règles²⁹ qui a rendu plus floues les contours de l'ordre juridique, sapé sa cohésion et perturbé sa structure. La production du droit semble être désormais, moins régie par une logique déductive, procédant par voie de concrétisation croissante, que résulter d'initiatives prises par des décideurs multiples, disposant d'une marge d'appréciation de plus en plus étendue : c'est ainsi que le principe de légalité a été vidé d'une partie de sa substance, les lois se présentant de plus en plus comme des textes-cadre, laissant à l'administration le soin de définir les conditions de réalisation des objectifs fixés et lui donnant un très large pouvoir d'appréciation des situations concrètes. Cette prolifération des textes n'a pas été sans incidence sur la nature même des règles, devenues parcellaires et instables. La généralité de la loi a vécu³⁰ : les lois se présentent de plus en plus comme des textes spéciaux, au contenu technique très accusé, poussant très loin le souci du détail, et dont l'application est étroitement circonscrite dans le temps et dans l'espace, ce qui lui fait perdre toute prétention à l'universalité³¹ ; derrière ces textes « en mille morceaux », « en dentelles », ou « de convenance », se profile le naufrage du droit commun, de la règle uniforme³². Corrélativement, cette volonté de serrer au plus près la réalité voue le droit à des ajustements constants : la stabilité de la règle juridique était liée à sa généralité ; dès l'instant où elle devient précise et détaillée, elle tend aussi à être frappée plus rapidement d'obsolescence. Ainsi, le droit ne présenterait-il plus les caractéristiques formelles qui étaient traditionnellement les siennes et témoignaient de sa « rationalité » ;

²⁸ J. Chevallier, 1994, *op. cit.*, pp. 102 sq.

²⁹ Rapport du Conseil d'Etat 1991, Documentation française 1992.

³⁰ B. Oppetit, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits*, n° 4, 1986, p. 527.

³¹ Comme le dit J. Carbonnier (*Flexible droit*, LGDJ, 1971, p. 11), la loi « n'est plus dans beaucoup de cas cette maxime de conduite universelle qui était solennellement proclamée à l'intention des générations futures mais un simple procédé de gouvernement ».

³² A. Holleaux, « La fin des règles générales », *Bull. IIAP*, n° 39, juillet-sept. 1976, pp. 7 sq.

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

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

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

Ces doctrines « objectivistes », qui s'appuient souvent sur la sociologie naissante et entendent substituer le « droit social » au « droit naturel » sur lequel s'appuyait la théorie des « droits de l'Homme », auront un profond impact sur la pensée juridique : la tentative d'éradication de l'individu en tant que fondement du droit modifiera la conception de celui-ci. Le reflux de la conception individualiste trouvera son prolongement dans le développement de « droits sociaux », « droits-créances » liés à l'appartenance à un groupe, à une catégorie sociale et se traduisant par un pouvoir d'exigibilité vis-à-vis de l'Etat, dont on trouve la parfaite expression dans le Préambule de la Constitution de 1946³³ : alors que les libertés classiques fixaient des bornes à l'Etat, ces droits nouveaux supposent au contraire pour leur réalisation la médiation

³³ CURAPP, *Le Préambule de la Constitution de 1946*, PUF, 1996.

étatique³⁴ ; et leur caractère indéfiniment extensible justifie le développement constant des interventions de l'Etat dans la vie sociale.

Cette perte par le droit des attributs conquis avec l'avènement de la modernité tend du même coup à le *fragiliser* : tout se passe comme s'il était devenu, au stade de l'Etat providence, un colosse aux pieds d'argile ; le droit est partout, mais aussi plus vulnérable. Il suffira que l'Etat providence entre en crise pour qu'un doute s'installe sur les bienfaits de ce droit nouveau. Le mouvement de déréglementation qui se développera à partir de la fin des années soixante-dix³⁵ est l'indice de cette *perte de fiabilité* du droit : il montre que le droit peut être considéré, non plus comme le garant nécessaire du progrès, mais aussi comme un frein et un obstacle, entravant le dynamisme de l'économie et de la société, voire comme un instrument d'intervention dans les rapports sociaux immoral et injuste (Hayek). Néanmoins, la crise de la modernité juridique ne signifie pas la mort du droit : elle annonce et prépare tout au plus le passage à une conception nouvelle, donc « post-moderne », du droit, dont la singularité reste à évaluer. Pour certains, la conception moderne du droit serait bel et bien « morte », avec la fin des « illusions » qu'elle véhiculait (dans le Progrès, la Simplicité, la Raison, l'Universalité) ; simplement, elle survit encore quelque temps dans le droit positif, en tant qu'héritage historique³⁶. On peut cependant penser que cette post-modernité comporte des aspects équivoques et qu'elle se présente tout autant comme une « hyper-modernité » que comme une « anti-modernité ».

II / LE DROIT POST-MODERNE COMME ANTI-MODERNITE

Anti-moderne, le droit post-moderne l'est dans la mesure où, sans pour autant renier les valeurs de la modernité (Raison, Ordre, Justice, Progrès...), il ne les situe plus dans l'ordre de l'*absolu* mais du *relatif*, ces valeurs n'étant plus conçues comme des attributs substantiels, des qualités intrinsèques, mais des cadres axiologiques très généraux : quittant l'univers des certitudes, il s'efforce de prendre en compte la complexité du réel ; et rompant avec une certaine dogmatique juridique, il entend faire preuve de pragmatisme. Le droit post-moderne entre ainsi de plein pied dans le monde de la *complexité*³⁷ : complexité des mécanismes de production du droit ; complexité des modalités d'articulation des normes juridiques. Mais le droit post-moderne est aussi caractérisé par la *flexibilité* : flexibilité du contenu des normes ; flexibilité des processus d'adaptation. Par ces deux dimensions, le droit post-moderne s'oppose au droit moderne : à l'unité, il oppose en effet le pluralisme ; à la hiérarchie, la diversité ; à la contrainte, la régulation ; à la stabilité, l'adaptabilité³⁸. Le droit post-moderne serait donc bien caractérisé par un ordre et une logique (propriétés inhérentes à tout système juridique), mais différents de « l'ordre euclidien » (ordre géométrique, fondé sur une représentation unifiée de l'espace) et de la « logique aristotélicienne » (logique formelle de raisonnement de nature déductive)³⁹.

³⁴ D. Loschak, « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1984, n° 13, p. 84.

³⁵ J. Chevallier, « Les enjeux de la déréglementation », *Revue du droit public*, 1987, n° 2, pp. 281 ss.

³⁶ C'est l'interprétation d'A.J. Arnaud, *op. cit.*, p. 200.

³⁷ Complexité qui, pour M. Van de Kerchove et F. Ost (*Le droit et les paradoxes du jeu*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1992, p. 12), se reconnaît au triple signe de l'incertitude, de la récursivité et de la dialectique.

³⁸ Pour A.J. Arnaud, la post-modernité signifierait que tout droit est *relatif* ; qu'il existe un *pluralisme* des sources ; qu'un retour au *pragmatisme* s'impose ; qu'on ne peut plus traiter du droit sans gérer la *complexité* du processus de création des normes juridiques.

³⁹ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 284.

Le droit européen constitue sans nul doute, comme le notent A.J. Arnaud et M. Delmas-Marty, du fait de l'absence du support d'un « Etat », un lieu privilégié d'émergence, voire un « laboratoire d'expérimentation », des nouvelles figures de la post-modernité juridique⁴⁰ : marqué par le pluralisme, en raison des modalités mêmes de la construction européenne et de ses équilibres institutionnels, le droit européen est aussi un droit complexe, foisonnant, flexible⁴¹, traversé par des logiques contradictoires ; mais ce pluralisme reste « ordonné », une harmonisation s'effectuant progressivement par l'utilisation d'un « double jeu de clés » — « clés d'interprétation », que fournit la technique des principes directeurs, « clés de légitimation » qu'impose la primauté éthique des droits de l'homme⁴². L'Europe juridique se construit ainsi, mais en suivant un mode souple et pluraliste, aux antipodes de l'unitarisme moderne ; et ce modèle juridique nouveau tendrait à se diffuser de proche en proche dans l'ensemble des pays européens, entraînant un processus de rapprochement des systèmes juridiques : de même que la construction européenne a eu pour effet de promouvoir un « style nouveau de politiques publiques »⁴³, fondé sur le pluralisme et l'ouverture, la négociation et le compromis, la conception nouvelle du droit mise en oeuvre au niveau européen travaille en profondeur les ordres juridiques nationaux, en accélérant le passage à la post-modernité.

A) *Complexité*

La complexité se mesure d'abord à la multiplicité des foyers de droit, très diversement articulés les uns aux autres, ce qui tend à transformer l'ordre juridique en une *construction baroque* ; elle se mesure aussi à l'éclatement des processus d'élaboration des normes, qui font désormais appel à de nombreux intervenants.

I° Pluralisme — Le droit moderne est, on l'a vu, fondé sur une *conception moniste* : un seul foyer de droit, l'Etat, conçu comme la source exclusive de la normativité juridique ; et, par conséquent, un seul ordre juridique, les normes juridiques formant un ensemble cohérent, intégré, monolithique, dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement. Sans doute, ce schéma moniste ne rendait pas totalement compte de la réalité : malgré ses prétentions totalisantes et sa recherche de l'exclusivité, l'ordre juridique étatique n'est jamais parvenu à ramener à lui et à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques ; il s'est toujours trouvé pris à revers et court-circuité par des normes se formant en d'autres lieux et échappant au moins en partie à sa médiation⁴⁴. Néanmoins, ces brèches étaient comblées en permanence par l'action continue et persévérante de ces puissants agents d'unification que sont la jurisprudence et la doctrine⁴⁵.

Ces phénomènes ont pris une dimension nouvelle dans les sociétés contemporaines. D'abord, *les foyers de droit se sont multipliés* : dans un paysage normatif « bouleversé, où les règles de droit semblent surgir de partout, à tout moment et en tous sens »⁴⁶, l'Etat n'apparaît plus que comme un producteur de droit parmi d'autres ; l'ordre juridique étatique est pris en tenaille entre des ordres juridiques infra-étatiques, fondés sur des solidarités « partielles » ou «

⁴⁰ Pour A.J. Arnaud (op. cit.), Europe juridique et post-modernisme iraient de pair, la rationalité de l'une coïncidant exactement avec celle de l'autre.

⁴¹ On sait le rôle joué dans ce droit par les « principes généraux » et les « standards ».

⁴² M. Delmas-Marty, *op. cit.*, 1994, p. 244.

⁴³ Y. Mény, P. Muller, J.L. Quermonne (Ed.), *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, Coll. Logiques politiques, 1995.

⁴⁴ En ce sens G. Gurvitch, *L'idée de droit social*, Sirey, 1932.

⁴⁵ CURAPP, *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

⁴⁶ M. Delmas-Marty, 1994, *op. cit.*, p. 52.

locales », et des ordres juridiques supra-étatiques, nés de l'émergence de communautés plus larges, « régionales » (par exemple, l'ordre juridique européen) ou « mondiale » (ordre juridique international) — « mondialisation juridique » répondant à la « mondialisation économique »⁴⁷. La thèse du pluralisme juridique, qui avait été soutenue entre les deux guerres par un certain nombre de théoriciens comme Santi Romano, Maurice Hauriou ou Georges Gurvitch⁴⁸ semble ainsi mieux à même de rendre compte de la dynamique juridique à l'oeuvre dans les sociétés contemporaines. Une analyse réaliste conduit à penser qu'on est désormais en présence de « plusieurs espaces juridiques qui agissent simultanément sur des échelles différentes »⁴⁹, locale, nationale, mondiale, et non pas par rapport à des « objets » différents ; la pluralité juridique devient ainsi « le concept-clé d'une vision post-moderne du droit ». Cela ne signifie pas pour autant la fin de tout principe d'« ordre » ; mais cet ordre est fondé sur la diversité plutôt que sur l'uniformité : la rigidité fait place à la souplesse, la verticalité à l'horizontalité, la hiérarchie à la coordination. Il s'agit « d'ordonner le multiple »⁵⁰, par des procédés visant à réaliser la mise en cohérence et à assurer la compatibilité de normes de provenances diverses : on parlera ainsi d'« inter-légalité »⁵¹ ou d'« inter-normativité »⁵² pour caractériser ces processus de communication et d'échange entre « espaces juridiques » différents, « ordres juridiques » distincts, traduisant l'émergence d'une conception nouvelle d'un droit structuré « en réseau ». Mais le pluralisme gagne aussi le droit étatique, à travers le développement de « poches d'autonomie normative » au sein de l'appareil d'Etat, comme celles qui résultent de l'extension du pouvoir réglementaire locale et de l'institution d'autorités administratives indépendantes, génératrices d'« intransitivité »⁵³, ou encore la montée en puissance du pouvoir juridictionnel, génératrice de « co-détermination » du sens de la Loi, celui-ci n'étant plus « pré-déterminé » par l'auteur du texte⁵⁴. L'existence au sein de l'Etat de foyers autonomes de production du droit explique le recours à des procédés nouveaux de mise en cohérence : c'est ainsi que le contrat est devenu un moyen privilégié de régulation des rapports entre Etat et collectivités locales⁵⁵ ; il permet de contrebalancer les effets du pluralisme juridique par un dispositif souple d'harmonisation.

Le droit post-moderne romprait ainsi avec la conception monolithique et pyramidale de l'ordre juridique qui est celle du droit moderne : les rapports entre les normes juridiques seraient désormais caractérisés, sinon par la « circularité » et la « récursivité » (N. Luhmann), au moins par des figures baroques — hiérarchies « discontinues » ou « enchevêtrées », « alternatives » ou « inversées »⁵⁶, formant autant de « boucles étranges » (D. Hofstadter) ; si systématiquement il y a, elle ne résulte plus que de mécanismes complexes d'articulation et d'hybridation,

⁴⁷ Ce processus de mondialisation juridique se manifestant notamment à travers le développement d'un droit international du commerce, auquel la création de l'Organisation mondiale du commerce confère une nouvelle dimension, notamment à travers l'institution d'une véritable juridiction mondiale des échanges (voir J. Chevallier, « L'Etat-Nation face à la mondialisation », in *Regards sur l'actualité*, septembre 1997).

⁴⁸ J. Chevallier, 1983, préc., pp. 44 sq.

⁴⁹ B. De Sousa Santos, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n° 10, 1988, p. 373.

⁵⁰ M. Delmas-Marty, 1994, *op. cit.*, p. 268.

⁵¹ B. De Sousa Santos, préc., p. 382.

⁵² M. Delmas-Marty, *Ibid.*, p. 268.

⁵³ G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1986 et N. Belloubet-Frier, G. Timsit, « L'administration en chantiers », *Revue du droit public*, 1944, pp. 299 sq.

⁵⁴ G. Timsit, *Les noms de la Loi*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1991 ; *Figures du jugement*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1993 ; *Gouverner et juger. Les blasons de la légalité*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1995.

⁵⁵ G. Marcou, in CURAPP, *La gouvernabilité*, PUF, 1996, pp. 196 sq.

⁵⁶ M. Delmas-Marty, *Ibid.*, pp. 92 sq.

excluant toute idée de linéarité ou d'unilatéralité. On serait ainsi en voie de passer d'un droit « monologique », reposant sur la « transitivité », la génération des normes se faisant suivant un processus en cascade, à un droit « dialogique », reposant sur l'« intransitivité », c'est-à-dire où il n'y a plus, ni ordonnancement hiérarchisé, ni « pré-détermination » de la signification des normes⁵⁷. Cette interprétation du pluralisme juridique apparaît sans nul doute trop simple : l'Etat conserve en effet une position centrale par rapport aux autres ordres juridiques, auxquels il est en mesure d'imposer sa tutelle ou sa médiation ; et la complexification des processus de production du droit n'est pas telle qu'elle sape une hiérarchie des normes qui apparaît consubstantielle au système de l'Etat de droit.

2° Négociation — Expression d'une Raison aussi bien transcendante qu'immanente, le droit moderne était doté d'une puissance normative intrinsèque : parole puissante, il bénéficiait d'un capital d'autorité qui lui permettait d'obtenir l'obéissance et d'emporter l'adhésion des assujettis ; son bien-fondé ne faisait pas question, ne souffrait pas la moindre discussion. Foncièrement marqué par l'unilatéralité, le droit apparaissait comme l'expression d'un *ordre hétéronome*, auquel il était, non seulement impossible de se soustraire, mais encore nécessaire et juste de se soumettre. « Systématicité » et « normativité » étaient ainsi indissolublement liées. La crise de la Raison juridique a compromis cette efficacité normative : la force de la règle de droit ne provient plus de ce qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire, auquel tous sont tenus de se soumettre ; elle dépend désormais du consensus dont elle est entourée. Ce consensus suppose que les destinataires soient partie prenante à son élaboration : la concertation préalable, la participation à la définition de la règle devient la caution de son bien-fondé ; le droit devient ainsi un *droit négocié*, qui est le fruit d'une *délibération* collective. A une légitimité intrinsèque, fondée sur la représentation du droit comme incarnation de la Raison, succède une *légitimité procédurale*⁵⁸, attestée par ses modes d'élaboration. On voit ainsi se développer une « direction juridique autonome des conduites »⁵⁹, dans laquelle les assujettis sont invités à participer à la définition des normes auxquelles ils sont soumis : le droit tendrait à devenir « une sorte de technique de cogestion des conduites », produit d'un dialogue permanent entre gouvernants et gouvernés ; aussi, les procédures d'élaboration des normes deviennent-elles longues et complexes, afin d'ajuster et d'harmoniser progressivement les points de vue des uns et des autres.

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

⁵⁷ G. Timsit, *op. cit.*, 1986, pp. 120 sq.

⁵⁸ J. Habermas, *Discours philosophique de la modernité*, Gallimard, 1985, p. 380.

⁵⁹ P. Amsselek, *préc.*, pp. 291-292.

compétence » acquise sur le plan professionnel devient le véritable fondement de l'autorité normative. C'est ainsi que la législation en matière de bio-éthique a été préparée en France par l'organisation de « colloques », rassemblant des spécialistes de diverses disciplines — médecins, psychiatres, juristes —, dessinant progressivement le cadre normatif à venir. Enfin, les *citoyens eux-mêmes* peuvent obtenir un droit de regard sur la production des règles. La procédure de l'enquête publique est, dans les pays anglo-saxons, d'application étendue et donne lieu à l'ouverture d'un véritable débat, entouré de formes quasi juridictionnelles ; ailleurs, et même en France, la formule tend à se développer, notamment dans tous les cas où la norme a une portée limitée, des effets individualisables et les destinataires localisables. Parallèlement, les techniques de consultation directe de la population par la voie référendaire⁶⁰ ont pour effet de faire participer directement les citoyens à l'édiction des normes juridiques.

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

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

B) Flexibilité

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

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

Avec le développement du droit post-moderne, on assiste à l'émergence d'une conception toute différente du droit, marquée par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité. Les commandements juridiques traditionnels tendent à faire place à des techniques plus souples, relevant d'une « direction juridique non autoritaire des conduites »⁶¹ : les textes indiquent des «

⁶⁰On sait que le référendum local a été légalisé par la loi du 6 février 1992, sous la forme d'une consultation de la population, complété par l'introduction de l'initiative populaire (loi du 4 février 1995 sur l'aménagement du territoire) (voir sur l'ensemble du problème, M. Paoletti, *La démocratie locale et le référendum*, L'Harmattan, 1997).

⁶¹ P. Amssek, préc., pp. 287 sq.

objectifs » qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des « directives » qu'il serait opportun de suivre, formulent des « recommandations » qu'il serait bon de respecter, mais sans leur donner pour autant force obligatoire ; si norme il y a, elle n'a plus de caractère impératif et son application dépend, non plus de la soumission, mais de l'adhésion des destinataires. Bien entendu, cet avènement d'un « droit non prescriptif »⁶², « déclaratoire » voire « incantatoire », est indissociable du passage au « droit négocié » précédemment évoqué : la concertation pratiquée au niveau de l'élaboration implique en effet le consentement des assujettis et débouche donc sur la rétention de la contrainte. Ce *droit mou* (*soft law*), ou *doux*, parce que dépourvu de dimension contraignante, est aussi inévitablement un *droit flou*⁶³ : formulé en termes, d'objectifs, directives, recommandations, le droit perd de sa précision ; non seulement se multiplient les termes flous⁶⁴, tels que « charte » ou « partenariat », mais encore la formulation sous forme de « principes » ou de « standards » crée une zone d'incertitude et d'indétermination. Faute de « pré-détermination », la signification des énoncés juridiques dépendra dans une large mesure de l'interprétation qui en sera donnée, notamment par le juge, dont le rôle de « co-détermination », voire de « sur-détermination » se renforce⁶⁵ — modèle « herculéen » et non plus « jupitérien », selon F. Ost ; mais ce « flou du droit » est en même temps ce qui permettrait de passer d'un ordre à l'autre, en transcendant le pluralisme des foyers de droit, par la référence à des principes communs et transversaux⁶⁶. Corrélativement, le procédé contractuel a connu un spectaculaire renouveau, au point d'apparaître comme emblématique de la post-modernité juridique : le contrat illustre pleinement en effet le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur le libre accord de volontés. Cette promotion du contrat a été particulièrement nette dans le domaine économique. L'évolution est sensible par rapport aux techniques traditionnelles d'encadrement par la voie réglementaire : l'Etat ne cherche plus à imposer sa volonté par la contrainte ; il discute avec les entreprises et s'efforce d'obtenir leur collaboration, qui n'est jamais acquise d'avance. Il y a donc, en apparence au moins, engagements réciproques et prestations équilibrées de deux partenaires, qui sont censés discuter sur un pied d'égalité : le contrat est le moyen de traduire cet accord de volontés et de consigner les engagements pris par les deux parties. Cette technique contractuelle s'inscrit dans le cadre plus général de « règles publiques négociées », qui se présentent, soit comme des « contrats » formels (mais contrats « forcés », caractérisés par des « relations dysymétriques » et dont la conclusion est fondé sur l'« intérêt » bien compris des partenaires), soit comme des « conventions » informelles (reposant sur des rapports « équilibrés » à base de « confiance »)⁶⁷. A contrario, l'écho que rencontrera le thème de la « déréglementation » traduit le discrédit qui frappe désormais l'idée de contrainte juridique.

Cette souplesse nouvelle rend par contrecoup plus floues les frontières du droit. D'une part, la spécificité de la norme juridique par rapport à d'autres dispositifs normatifs est d'autant moins évidente qu'elle tend de plus en plus à prendre appui sur eux. La relation entre normes techniques et normes juridiques avait par exemple été conçue en termes d'opposition dichotomique, l'élément cardinal de cette opposition résidant dans le binôme consensuel/non obligatoire, inhérent à la normativité technique : à la différence de la norme juridique, la norme technique ne s'impose pas par voie de contrainte ; elle n'est pas d'applicabilité immédiate, cette

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

⁶³ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1986.

⁶⁴ J. Rivero, « Etat de droit, Etat du droit », in *L'Etat de droit*, Mélanges Braibant, Dalloz, 1996, p. 611.

⁶⁵ G. Timsit, *op. cit.*

⁶⁶ M. Delmas-Marty, 1986, *op. cit.* p. 12.

⁶⁷ Voir « Contrats et pratiques contractuelles : approches pluridisciplinaires », *Sociologie du travail* n° 4, 1996.

applicabilité dépendant de l'accord des intéressés sur son contenu. Or, non seulement ces différences se sont estompées, mais encore une relation d'imbrication, ou d'emboîtement, conduit à une complémentarité croissante⁶⁸ : tandis que la juridicisation des standards techniques est indispensable pour leur donner leur plein effet, la technicisation de la norme juridique contribue à conforter son efficacité ; ainsi, la normativité juridique vient-elle se sur-imposer à la normativité technique, en redoublant ses effets. Le même constat peut être fait en ce qui concerne les rapports entre le droit et l'éthique. D'autre part, et plus généralement, la norme juridique tend à être englobée dans une problématique plus large de la régulation⁶⁹, qui infléchit sa logique : visant à assurer la reproduction des équilibres sociaux, la régulation suppose en effet le recours à une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non-juridiques ; le droit n'apparaît plus que comme un instrument de « guidance » ou de « pilotage », au service de politiques qui le dépassent. Ce glissement est très explicite dans le cas des autorités administratives indépendantes : ces autorités sont dotées d'une série de pouvoirs juridiques, dont le cumul contraste avec les typologies classiques ; mais ces pouvoirs sont mis au service d'une fonction plus globale de régulation sectorielle, qui passe aussi par des moyens plus informels d'influence et de persuasion. La problématique de la régulation débouche ainsi sur une vision instrumentale du droit, faisant passer au second plan l'idée de commandement qui était au cœur de la conception moderne.

La souplesse du droit post-moderne implique sa capacité à s'adapter à l'évolution du réel.

2° Adaptabilité — Dans la conception moderne du droit, le problème de son adaptation ne se pose pas : incarnation de la Vérité, de la Raison, de la Justice, son bien-fondé ne saurait être mis en doute ; moyen de « rationalisation » de la vie sociale, il est investi d'une efficacité de principe. Cette vision apparaît caduque. D'abord, le droit n'est plus assuré d'une légitimité *ab initio*, liée à ses attributs intrinsèques : sa légitimité dépend de son aptitude à produire certains effets économiques et sociaux ; à une légitimité fondée sur la régularité des procédures mises en oeuvre, se substitue une légitimité fondée sur l'efficacité des actions entreprises. Le droit n'est plus dès lors qu'un instrument, une « technique opérationnelle » ou encore « une technique de gestion »⁷⁰, qui n'a plus de valeur en soi, mais seulement en fonction des résultats qu'elle permet d'obtenir : l'efficacité devient la condition et la caution de sa légitimité ; l'instrumentalisation du droit, consécutive à l'avènement de l'Etat providence, a donc eu un effet durable. Investi et subverti par une rationalité technico-économique qui lui est extrinsèque⁷¹, le droit est désormais soumis à une obligation permanente d'adaptation : alors que le droit moderne était doté d'une relative stabilité, le droit post-moderne apparaît, tout comme celui de l'Etat providence, un « droit transitoire »⁷², à espérance de vie limitée, qu'on n'hésitera pas à modifier au gré des circonstances⁷³ ; et l'augmentation toujours plus grande de l'incertitude, l'escalade de la complexité, le vouent à une obsolescence de plus en plus rapide. Dominé par

⁶⁸ J. Chevallier, Synthèse, Colloque du CEDIJ sur *Les enjeux juridiques des normes techniques*, Conseil d'Etat, 6-7 avril 1995.

⁶⁹ M. Miaille (Ed.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1995.

⁷⁰ P. Amsselek, préc.

⁷¹ J. Chevallier, D. Loschak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *Revue française d'admi. publique*, n° 24, oct.-déc. 1982, pp. 53 sq.

⁷² A. Holleaux, préc.

⁷³ L'intitulé de la loi 97-60 du 24 janvier 1997 est à lui seul un condensé de la logique nouvelle sous-tendant le droit post-moderne : il s'agit en effet d'une loi « *tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance* » : il s'agit donc à la fois d'un droit « transitoire », d'un droit « proclamatoire » et d'un droit « concret »

l'impératif de l'*urgence*, qui marque désormais la vie sociale entière⁷⁴e droit post-moderne se présente ainsi comme un *droit réflexif*, caractérisé par la récursivité : au vu des résultats enregistrés, des dispositifs de correction seront mis en oeuvre pour procéder aux ajustements nécessaires.

L'essor de procédures d'*évaluation* répond à ce souci d'adaptabilité. Cet essor est directement lié à l'avènement du « droit interventionniste » de l'Etat providence⁷⁵, droit conçu comme un instrument de réalisation des politiques publiques : au coeur de la problématique des politiques publiques, la démarche évaluative⁷⁶ s'inscrit dans le cycle de l'action : elle assure le bouclage des processus décisionnels, au sein desquels les phases d'élaboration/décision/exécution/évaluation rétroagissent constamment les unes sur les autres. Or, l'évaluation d'une politique implique nécessairement une réflexion sur l'« efficacité »⁷⁷ de la législation qui l'a concrétisée, et donc une évaluation de celle-ci ; et, dès l'instant où cette évaluation déborde les considérations traditionnelles relatives à la « légitimité » de la législation au regard de certaines valeurs, ou à la « validité » de son édicton au regard des normes en vigueur, pour s'intéresser à l'« efficacité » de l'action engagée⁷⁸, elle implique un processus d'ajustement qui conduit tout droit à l'idée d'*expérimentation*, qui permet d'intégrer pleinement l'évaluation au cycle de production du droit. L'apparition dans tous les pays, et en France aussi, de « lois expérimentales »⁷⁹ traduit la remise en cause de la conception traditionnelle de la loi. L'expérimentation législative suppose la réunion de quatre conditions : qu'un terme soit fixé ; que ce terme figure dans le texte même ; qu'une évaluation des effets soit prévue ; que la pérennisation du dispositif soit subordonnée à l'adoption d'une nouvelle loi. Ainsi, le législateur procède-t-il « par tâtonnement », en remettant en chantier son ouvrage. On peut aller plus loin encore dans cette intégration de l'évaluation au processus décisionnel, en en faisant la condition explicite du maintien ou de la disparition d'une législation : c'est le cas aux Etats-Unis des *Sunset laws*, c'est-à-dire des lois instituées pour un délai déterminé et qui tombent automatiquement à l'expiration de ce délai — la prorogation étant subordonnée à une procédure d'évaluation. L'exigence d'adaptation est dès lors inscrite au coeur de la production juridique.

Rompant avec la dogmatique juridique inhérente à la modernité, le droit post-moderne — *droit pluraliste, droit négocié, droit mou, droit réflexif* — présente ainsi des caractéristiques nouvelles par rapport au droit moderne : épousant la complexité du réel, il se transforme en instrument flexible de pilotage et de régulation ; de moyen de « gouvernement » des sociétés, il devient l'outil d'une « gouvernance »⁸⁰, qui emprunte des voies plus sinueuses. Néanmoins, cette rupture avec la modernité est peut-être plus apparente que réelle.

⁷⁴ Z. Laïdi (*Le temps mondial : enchaînement, disjonctions et médiations*, Ed. Complexe, 1997 et « L'urgence ou la dévalorisation culturelle de l'avenir », *Esprit*, février 1998, pp. 8 sq) montre ainsi que les sociétés contemporaines (sociétés « n'attendant rien mais exigeant tout ») connaissent une « surcharge du présent », qui aboutit à les placer sous la dictature de l'« urgence », traduite par l'exigence du « tout, tout de suite » ; cette pression de l'urgence atteint le droit lui-même.

⁷⁵ C.A. Morand, « Le droit de l'Etat providence », *Revue du droit suisse*, 1988, pp. 527 sq.

⁷⁶ L. Mader, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, 1985.

⁷⁷ F. Rangeon, « Réflexions sur l'efficacité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, pp. 126 sq.

⁷⁸ A. Jeammaud, E. Serverin, « Evaluer le droit », *Dalloz*, 1992, I, Chron. LII.

⁷⁹ J. Chevallier, « Les lois expérimentales : le cas français », in *L'écriture du droit*, Ed. Diderot, 1996, pp. 167 sq..

⁸⁰ Sur la problématique de la « gouvernance », voir J. Leca, *Gouvernance et institutions publiques. L'Etat entre sociétés nationales et globalisation*, juillet 1995 (à paraître) ; P. Le Galès, « Du gouvernement des villes à la gouvernance urbaine », *Revue française de science pol.* 1995, n° 1, pp. 57 sq ; CURAPP, *La gouvernabilité*, 1996, *op. cit.*

III / LE DROIT POST-MODERNE COMME HYPER-MODERNITE

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

A) *Rationalisation*

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

I° *Rationalisation du dispositif* — Loin de saper les fondements de l'ordre juridique, la post-modernité tend à la *reconstruction d'un nouvel ordre*, à partir d'un pluralisme et d'une diversité assumés : non seulement l'ordre juridique étatique demeure, on l'a dit, au centre des processus normatifs, mais encore son architecture formelle s'est perfectionnée, par une rigueur plus grande dans l'aménagement des différents étages de la hiérarchie des normes et le renforcement des mécanismes de contrôle ; et le mouvement s'est, comme le montre bien l'exemple français, accentué au cours des dernières années, sous l'empire de la diffusion du thème de « l'Etat de droit »⁸¹. Cette rigueur plus grande a été attestée d'abord par le renforcement de l'assujettissement de l'Exécutif au droit : la montée en puissance de l'Exécutif, illustrée par un processus d'émancipation juridique et la crise du principe de légalité, a été contenue par le recours à une conception élargie de la légalité ; parallèlement, le renforcement de l'indépendance du juge administratif et l'approfondissement de son contrôle, étendaient les garanties offertes aux administrés. Ensuite, l'étage le plus élevé de la hiérarchie des normes s'est trouvé consolidé par la constitutionnalisation des droits fondamentaux et l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Enfin, l'ordre juridique s'est complexifié par la construction d'un étage supplémentaire, formé des normes internationales et européennes, dont la primauté sur les lois internes a été reconnue par l'ensemble des juridictions. Sans doute, quelques éléments nouveaux d'incertitude sont-ils apparus, du fait notamment de la coexistence d'ordres juridiction-

⁸¹ J. Chevallier, 1994, op. cit., pp. 74 sq.

nels distincts, aussi bien au niveau interne (constitutionnel, judiciaire, administratif) qu'euro-péen (Cour de justice des Communautés, Cour européenne des droits de l'homme) ; mais les dissonnances et les divergences sont progressivement résorbées par un rapprochement et une harmonisation des jurisprudences. Corrélativement, les dispositifs nouveaux, apparus en marge de la hiérarchie des normes ou des systèmes de contrôles classiques sont ramenés dans les replis de l'ordre juridique : on l'a constaté pour les autorités administratives indépendantes, qui se sont acclimatées grâce à un travail d'interprétation, notamment jurisprudentiel, visant à rogner certains de leurs particularismes, à gommer certaines de leurs aspérités, de façon à les rendre compatibles avec l'architecture institutionnelle⁸² ; on le constate aussi pour les normes nouvelles nées de la pratique internationale et pour les nouveaux modes de règlement des litiges, qui ont tendance à s'institutionnaliser et se procéduraliser, au point de perdre une bonne part de leur spécificité.

La rationalisation passe aussi par la *remise en ordre* du droit. Cet objectif est au centre d'une discipline nouvelle, la « légistique »⁸³, qui vise à étudier l'activité de production normative et à définir les techniques adaptées à la gestion de cette production ; il s'agit tout à la fois de valoriser une meilleure connaissance des normes existantes, d'assurer la mise à jour et l'actualisation du dispositif juridique, d'améliorer la rédaction et la formulation des textes⁸⁴. La remise en ordre passera par la révision du droit en vigueur, d'une part en élaguant le dispositif normatif des rameaux morts, par la suppression des règles dépassées, redondantes, superfétatoires ou inutiles⁸⁵, d'autre part en simplifiant, condensant et synthétisant celles qui subsistent, en les rassemblant en quelques textes généraux, concis et stables : la *codification* devient ainsi un vecteur privilégié de l'entreprise de rationalisation, en contraignant à un effort de remise en ordre et d'harmonisation des textes, de manière à les transformer en un ensemble cohérent et accessible ; la création en France de la « Commission supérieure de codification » lui a donné une nouvelle impulsion⁸⁶. A travers l'idée de codification se profile la figure bien connue de la Raison juridique : elle témoigne d'une volonté de retour à la systématisme du droit, par le rassemblement en un texte unique de dispositions dispersées ; la dynamique du droit post-moderne rend cependant ce retour aléatoire⁸⁷.

⁸² J. Chevallier, in *La vie politique en France*, Seuil, 1993. On enregistrerait même, à travers ces autorités, un « retour au droit » classique (rapport N. Decoopman).

⁸³ J.M. Woehrling, « L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative », *Revue française d'administration publique*, n° 26, 1983, pp. 141 sq.

⁸⁴ Voir la circulaire du 30 janvier 1997 « relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel et à la mise en oeuvre de procédures particulières incombant au Premier ministre » (*JO* 1 février 1997, pp. 1720-1760). La circulaire du 6 juin 1997 insiste elle aussi sur l'exigence d'amélioration de la qualité des textes, en assurant « leur intelligibilité et leur lisibilité ».

⁸⁵ La circulaire Rocard du 25 mai 1988 parlait ainsi de la nécessité de « débarrasser notre ordonnancement juridique de règles devenues désuètes ou inutilement contraignantes » ; la circulaire Juppé du 26 juillet 1995 demande que tout projet de texte nouveau soit accompagné de « propositions d'abrogation de dispositions au moins équivalentes » ; la circulaire Jospin du 6 juin 1997 entend plus généralement lutter contre « certaines dérives » qui affectent la production des normes juridiques.

⁸⁶ Voir « L'expérience française de codification », *Revue française de droit administratif* 1994, n° 4 ; « Codification », *Actualité juridique-droit administratif*, septembre 1997 ; « Faut-il codifier le droit ? ». *Revue française d'administration publique*, n° 82, 1997. Sur le problème plus général de la codification, *Droits*, n° 24, 1996 et n° 26, 1997. Un programme général de codification, visant à la création ou à la refonte de quarante-deux codes d'ici l'an 2000, a été adopté le 4 décembre 1995 par la Commission supérieure de codification et avalisé par le Premier ministre (voir la circulaire du 30 mai 1996). Ce programme a été entériné par le gouvernement Jospin (voir l'installation de la Commission supérieure de codification dans sa nouvelle composition, le 13 octobre 1997).

⁸⁷ M. Van de Kerchove, F. Ost, 1988, *op. cit.* p. 115

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

2° Rationalisation des processus — S'ils témoignent de la crise de la rationalité juridique classique, en montrant que la norme juridique n'est plus assurée d'une légitimité de principe, les nouveaux modes de production du droit sont en même temps un moyen de replacer celui-ci sous l'empire de la Raison : c'est désormais par la rigueur de ses conditions d'élaboration que le droit va chercher à restaurer la croyance en sa « rationalité ».

Cette entreprise de rationalisation passe d'abord par le recours à une *démarche méthodique*, visant à parer le droit des attributs de la *scientificité* : il s'agit de faire de la norme le produit d'un « calcul objectif »⁸⁸, appuyé par des instruments d'analyse toujours plus complexes et sophistiqués. L'élaboration des normes implique une préparation technique, dont l'importance va croissant : l'adoption d'un texte est précédée par un travail de collecte de données, effectué au moyen de dispositifs de plus en plus perfectionnés, ainsi que d'études préalables très fouillées aboutissant, par le biais de la modélisation, à baliser le champ décisionnel. Le décideur bénéficie d'abord des progrès considérables accomplis dans les procédés de collecte et de traitement des données, liés à l'essor spectaculaire des technologies de l'information : grâce au développement de l'informatique, il dispose d'une information, non seulement incomparablement plus étendue, mais aussi instantanément mobilisable et immédiatement exploitable ; l'essor des banques de données juridiques a notamment contribué, non seulement à une meilleure maîtrise de la documentation juridique, mais aussi à une transformation des conditions d'édiction des normes. Les nouvelles technologies de l'information ne permettent pas seulement une meilleure mobilisation de l'information : elles offrent aussi la possibilité d'une préparation « scientifique » de la décision⁸⁹ ; le développement des « systèmes d'aide à la décision » tend à modifier ainsi le sens même de la production normative, en réduisant la part de subjectivité qui s'y attache et en poussant à faire de la norme juridique le produit d'un calcul logique. Ces systèmes ont connu au cours des années soixante-dix un nouveau développement sous la forme des « systèmes-experts », notamment juridiques⁹⁰ : mobilisant les ressources de l'intelligence artificielle pour améliorer la qualité des décisions, le système-expert ne permet plus seulement au décideur de mieux maîtriser un problème par la modélisation ; à partir de la « base de connaissances » et du « moteur d'inférence » dont il est doté, il est capable d'opérer des déductions logiques et de proposer des solutions.

La démarche méthodique se traduira encore par la mise en oeuvre de dispositifs d'évaluation à la fois *ex ante*, cherchant à mesurer les effets prévisibles, et *ex post*, visant à mesurer les résultats enregistrés. Typique de la première démarche est la généralisation par la circulaire du 26 janvier 1998 de l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, qui avait été introduite à titre expérimental par la circulaire du 21 novembre 1995⁹¹. Mais il s'agit aussi

⁸⁸ P. Amserek, préc.

⁸⁹ D. Bourcier, « Les technologies de l'information peuvent-elles améliorer le processus normatif ? », in *Les déréglementations*, Economica, 1988, pp. 357 sq.

⁹⁰ D. Bourcier, J.P. Costa (Ed.), *L'administration et les nouveaux outils d'aide à la décision*, Ed. STH, 1992 ; D. Bourcier, *La décision artificielle : le droit, la machine et l'humain*, PUF, Les voies du droit, 1995.

⁹¹ Visant à « évaluer *a priori* les effets administratifs, juridiques, sociaux, économiques et budgétaires des mesures envisagées et de s'assurer, de manière probante, que la totalité de leurs conséquences a été appréciée préalablement à la décision publique », l'étude d'impact comporte un « bilan coûts-avantages » récapitulatif de manière synthétique les principaux éléments d'appréciation. Devant procéder à une « véritable évaluation du droit aux plans qualitatif et quantitatif », l'étude d'impact est appelée notamment à contribuer « à endiguer la prolifération des textes législatifs et réglementaires et à maîtriser la complexité de l'ordonnement juridique ».

de s'interroger en permanence sur l'efficacité des normes édictées, sur la pertinence de leur contenu, et ne pas hésiter à les remettre en cause ; l'adaptabilité apparaît sous cet angle comme la garantie du bien-fondé de la norme. L'évaluation n'est donc pas seulement l'indice du déclin de la rationalité juridique, mais aussi la clef de voûte du mouvement de rationalisation, dans la triple mesure où elle entend : combiner rationalité technique et rationalité sociale, en faisant de l'efficacité sociale un élément du calcul rationnel ; s'attaquer à la fois au dispositif normatif existant et encadrer pour l'avenir les mécanismes de production des normes ; boucler le processus de production du droit sur lui-même, en prenant en compte au moment de l'élaboration des règles nouvelles les effets déjà enregistrés ou prévisibles. L'utilisation de procédés d'expérimentation ne fait que tirer toutes les conséquences de cette logique, en imposant une procédure de réexamen.

Cette démarche méthodique n'est cependant pas suffisante : elle est doublée par une *démarche incrémentale*, visant cette fois à entourer le droit du *consensus* qui lui est nécessaire ; il s'agit de faire de la norme le produit d'une « délibération » collective⁹² et les procédés de négociation deviennent l'instrument de cette autre rationalisation. Cette démarche incrémentale est, on l'a vu, illustrée par la présence des représentants des groupes sociaux, voire des citoyens eux-mêmes, dans les processus d'élaboration de la norme : elle se profile aussi, en amont, à travers les enquêtes préalables, destinées à réduire la part d'incertitude et à atténuer les résistances éventuelles des destinataires ; et elle se poursuit, en aval, par la prise en compte des réactions des assujettis.

En fin de compte, cette rationalisation apparaît, non seulement comme la perpétuation, mais encore comme l'*exacerbation du mythe rationnel* sur lequel reposait le droit moderne, comme l'atteste bien le programme de codification : sans doute, la norme juridique n'est-elle plus assurée d'une légitimité de principe ; néanmoins, la double caution de la science et de la démocratie suffit à couper court à toute interrogation sur son bien-fondé. Aussi, n'est-il pas surprenant que la place du droit, loin de régresser, se renforce dans les sociétés contemporaines.

B) Juridicisation

La crise de la Raison juridique n'a nullement entraîné un mouvement de désaffection pour le droit : bien au contraire, la part du droit dans la vie sociale a continué à se développer, au point d'alimenter la perspective d'un pan-juridisme ; et le droit reste plus que jamais solidement arrimé à un postulat subjectiviste.

1° Pan-juridisme — Loin de régresser, la réglementation juridique connaît dans les sociétés contemporaines un développement exponentiel : les textes prolifèrent, couvrant des domaines toujours plus étendus et diversifiés de la vie sociale ; et les dispositions qu'ils comportent sont de plus en plus précises et détaillées. Il semble que l'on assiste à une « juridicisation » croissante des conduites, la norme juridique devenant le vecteur privilégié d'encadrement et d'orientation des activités individuelles et collectives. Ce mouvement a été pendant longtemps considéré comme le sous-produit de l'avènement de l'Etat providence : conçu comme un instrument au service de l'Etat, servant à la réalisation des politiques publiques, le droit était appelé à suivre la dynamique d'expansion étatique ; mais il ne s'agissait plus que d'un droit instrumentalisé, ayant perdu certains de ses attributs essentiels. Or, la crise de l'Etat providence, loin d'entraîner un reflux, a tout au contraire pris l'aspect d'un *mouvement de retour au droit*, dont témoigne éloquemment le succès du thème de l'Etat de droit, qui entraîne une nouvelle explosion

⁹² Le « »paradigme procéduraliste, devenu indispensable pour assurer la légitimité du droit, passerait pour J. Habermas (*Droit et démocratie*, 1992, Gallimard, 1997) par « l'institutionnalisation de différents types de discussion et de formes de communication correspondantes ».

juridique. Sans doute, la réglementation héritée de l'Etat providence a-t-elle fait l'objet, à partir de la fin des années soixante-dix de rudes assauts⁹³ : mais cette critique a été paradoxalement bénéfique, en réactivant la vision libérale d'un droit au service de la liberté et conçu comme dispositif de protection contre l'Etat ; et l'impact concret des politiques de déréglementation a été, en fin de compte, limité, le déclin de certains formais de réglementation ayant été plus que compensé par l'émergence de nouveaux supports et de nouveaux terrains de réglementation.

La société post-moderne connaît donc un *nouvel élargissement du champ de la juridicité*, attesté par de multiples signes : la multiplication des foyers de droit, au niveau européen et au niveau local, ou encore sous la forme d'instances de régulation indépendantes ; l'explosion judiciaire, qui montre que les acteurs sociaux ont recours de manière croissante aux dispositifs de protection juridiques ; la formulation des revendications en termes de droits à conquérir ou de statut à obtenir ; la demande de droit appelée par l'apparition de problèmes nouveaux, comme l'environnement ou la bio-éthique ; l'élévation du niveau d'exigence par rapport à la norme, qui n'a plus seulement pour devoir d'assurer la liberté ou de veiller à la sécurité, mais encore « de traquer le risque, voire l'inconfort ou le simple désagrément »⁹⁴ ; le besoin croissant de sécurité et de protection, traduit par l'extension du champ d'une responsabilité administrative ou pénale, qui tend à devenir un des modes privilégiés de régulation des rapports sociaux. Tous ces phénomènes illustrent l'importance toujours plus grande du droit dans la vie sociale⁹⁵ : le passage par la norme juridique est considéré comme la garantie suprême pour mettre certains principes hors d'atteinte, stabiliser une situation, encadrer des comportements ; le droit tend à devenir « une panacée », en étant appelé à prendre le relais d'autres modes de régulation et censé être capable de résoudre n'importe quel problème éthique, social ou économique.

Sans doute, ne s'agit-il plus du même droit que par le passé ; mais on n'en retrouve pas moins derrière cette profusion normative le culte du droit inhérent à la modernité et ravivé par le discours de l'Etat de droit ; et, par ce processus de pan-juridisme, la post-modernité juridique tend à apparaître encore comme une hyper-modernité.

2° Subjectivisation — Le retour au droit s'accompagne d'un accent mis sur les droits subjectifs, congruent avec « l'absolutisation du moi » caractéristique de la post-modernité. Déjà, à vrai dire, les « droits-créances », nés avec le développement de l'Etat providence, avaient un statut ambigü : droit sociaux, ils se traduisaient bien par un pouvoir d'exigibilité vis-à-vis de l'Etat ; ils restaient donc ancrés sur l'individu. Cette dimension apparaît plus nettement avec la multiplication de ces droits-créances dans la société contemporaine⁹⁶ : si cette reconnaissance n'a que peu d'implications juridiques concrètes — illustration de ce droit déclaratoire, proclamatoire, voire incantatoire⁹⁷ typique de la post-modernité (droit au transport, droit au logement, droit à la ville...) —, elle n'en a pas moins une forte portée symbolique ; elle pose l'individu, titulaire de droits subjectifs comme la figure centrale de l'univers juridique.

⁹³ J. Chevallier, 1987, préc.

⁹⁴ G. Carcassonne, « Société de droit contre Etat de droit », in *L'Etat de droit*, Mélanges Braibant, op. cit., 1996, pp. 38 sq.

⁹⁵ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Cinquième République*, Flammarion, Coll. Forum, 1996.

⁹⁶ Pour J. Carbonnier (*op. cit.* p. 121), on assisterait à « la pulvérisation du droit ... en une averse de droits subjectifs » : comme le dit G. Carcassonne (préc.), « l'Etat de droit » devient « les tas de droits »...

⁹⁷ L'article 1 de la loi du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie indique ainsi par exemple que son objectif est « la mise en oeuvre du droit reconnu à chacun de respirer un air qui ne nuise pas à sa santé »...

Cette subjectivisation est confirmée par une série de phénomènes. D'abord, l'accent mis sur le thème des droits de l'Homme, qui implique que les individus sont titulaires, en tant qu'Hommes, de droits face au pouvoir et disposent des moyens de les faire valoir : le socle de l'Etat de droit est ainsi constitué désormais dans tous les pays libéraux d'un ensemble de droits fondamentaux, inscrits dans des textes de valeur juridique supérieure ; et cette commune référence constitue un moyen de mise en cohérence des ordres juridiques interne, européen, international⁹⁸. Ensuite, l'octroi aux individus de possibilités nouvelles d'intervention dans les processus décisionnels : admis à exprimer leur point de vue, à faire valoir leurs droits, ils bénéficient désormais, dans une série de domaines, de « droits procéduraux », qui transforment les conditions de production de la norme juridique. Enfin, et plus généralement, l'inflexion de certains mécanismes juridiques : l'évolution du droit de la responsabilité est à cet égard significative, le mouvement apparemment irrésistible d'extension de la responsabilité objective, ayant été inversé par un retour à l'idée de faute ; par là, la responsabilité retrouve une fonction de moralisation, qui avait eu tendance à s'estomper. Cette subjectivisation constitue le prolongement de l'individualisme né avec la modernité.

L'interprétation des tendances qui agitent le droit dans les sociétés contemporaines ne relève donc pas de l'évidence. Une certitude : la technique juridique a subi de profondes transformations ; et ces changements sont indissociables de mutations sociales plus globales qu'elles contribuent en retour à alimenter. A partir de là, l'accent peut être mis, soit sur l'idée de *rupture* avec la modernité, soit sur celle d'*activation* de dimensions déjà présentes au coeur de la modernité. La thèse de la rupture sous-estime l'héritage de la modernité, qui continue à peser fortement sur le système juridique ; mais, à l'inverse, la thèse de l'hyper-modernité sous-estime les éléments d'innovation. En fait, la post-modernité juridique apparaît à *la fois* comme une *anti-modernité* et une *hyper-modernité* : rompant avec les canons de la dogmatique juridique moderne, elle n'en reste pas moins fidèle aux valeurs qui forment l'essence de la modernité ; et c'est cet *amalgame complexe* qui constitue sans doute sa véritable spécificité.

⁹⁸ M. Delmas-Marty, 1994, *op. cit.*, p. 268 ; *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 1996.