



HAL
open science

Éléments pour une approche analytique de la complexité

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Éléments pour une approche analytique de la complexité. Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédrot. Droit et Complexité (Pour une nouvelle intelligence du droit vivant), Presses Universitaires de Rennes, pp.141-153, 2007, L'univers des normes. halshs-00144944

HAL Id: halshs-00144944

<https://shs.hal.science/halshs-00144944v1>

Submitted on 7 May 2007

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.

Eléments pour une approche analytique de la complexité

Eric Millard

Professeur de droit public

Centre de théorie et analyse du droit (UMR 7074 CNRS)

1 - Le thème de la complexité est évidemment présent dans nombre de discours soit juridiques, soit métajuridiques. Le récent rapport du Conseil d'Etat se demande notamment si la complexité croissante des normes est une menace¹ ; de plus en plus de discours doctrinaux, s'inspirant de *la* démarche post moderne (démarche pourtant bien complexe et loin d'être unique ou unifiée), se réclament de la pensée complexe, et refusent les disjonctions disciplinaires ou méthodologiques.

Que le droit soit (en un sens) complexe n'est pourtant pas une découverte, du moins pour ceux qui ne s'en sont jamais tenus à une dogmatique simpliste qu'illustrèrent en leur temps (entre autres) l'exégèse, la théorie de l'acte clair ou la vulgate de la hiérarchie des normes. Qu'il se complexifie est possible, mais demande à être précisé et analysé. Il reste que même si ce fait était avéré, la complexité ne pourrait concerner que l'objet, et non la méthode ; bien au contraire, on pourrait légitimement soutenir qu'à la complexification croissante du droit devrait répondre une plus grande rigueur théorique et méthodologique.

¹ Conseil d'Etat, Rapport public pour 2006, Sécurité juridique et complexité du droit.

Je n'ai à vrai dire aucun *a priori* sur les discours de la complexité. Sans doute parce que je ne les ai pas assez travaillés, et sans doute ne l'ai-je pas fait parce que je n'en ai pas éprouvé l'indispensable besoin d'une part (ce qui, si c'est une faute, ne peut que m'être imputable), d'autre part parce que je ne les ai jamais rencontrés sous une forme qui soit totalement satisfaisante pour que je les comprenne parfaitement (et ici on m'accordera que la faute peut être partagée). Laisant de côté la question de la vérification de l'hypothèse de la complexité du droit (qui viendrait dans un second temps), je veux donc simplement avancer quelques éléments pour envisager d'analyser la signification de l'hypothèse et de sa formulation.

Je partirai de trois intuitions ou soupçons (2) pour pouvoir ensuite formaliser 6 questions (3) à adresser aux théories de la complexité. Je terminerai en proposant quelques conclusions toutes provisoires (4).

2 – Trois intuitions pour point de départ.

Intuitivement, quand je rencontre les discours sur la complexité, je soupçonne tour à tour trois choses. Je parle de soupçon non comme dans le cadre d'une enquête criminelle, comme si je parlais à la recherche d'un coupable qu'il me faudrait dénoncer. Ce n'est ni le propos, ni l'intention. D'ailleurs, les soupçons tiennent davantage à l'hétérogénéité de la référence à la complexité, qu'à tel ou tel discours particulier ou au concept lui-même en tant que tel.

Je parle de soupçon simplement parce que, intuitivement, je me demande pourquoi on formule l'hypothèse de la complexité dans ces

discours, et que je ne rencontre pas, relativement à certaines questions, des réponses explicites, ou des fondements univoques. Et parce que je ne retiendrai évidemment, comme je le pense bon nombre de chercheurs en droit, l'hypothèse de la complexité que si ces soupçons sont levés, ces questions clarifiées ou élucidées. Je soupçonne donc que des choses doivent être dévoilées, précisées, peu importe.

Ma première intuition est que le discours sur la complexité est mobilisé pour rendre compte de changements dans l'objet (a) ; la seconde que le concept de complexité renvoie à des utilisations très différentes (b) ; la troisième que derrière l'hypothèse de la complexité apparaît une question épistémologique majeure (c).

a) Changements dans l'objet du discours ; pour faire court, mais bien sûr un des enjeux de la clarification du discours sur la complexité apparaît à ce stade, un discours *à propos du* droit. Cet objet droit aurait changé, et deviendrait (plus ?) complexe (qu'il ne l'était). Le discours sur la complexité serait un discours sur la mutation de l'objet, et le terme de complexité signifierait plus exactement complexification.

Il serait aisé de montrer, comme je l'ai dit, que le droit n'a jamais été chose simple, pour autant que par ce terme on désigne un peu plus que quelques vagues règles de conduite affirmées comme évidentes et incontestables. En réalité, on peut même soupçonner que le discours sur la complexité traduit bien plutôt un discours *lié* à la mutation de la complexité elle-même : le passage d'une complexité maîtrisée (celle de la modernité) à une complexité autre, que traduirait la post-modernité ; sur une complexification de la complexité.

A l'appui de cette intuition, il suffit d'évoquer le lien fréquent entre le discours sur la complexité et quelques affirmations se référant à

des données auxquelles un statut empirique est donné par ce discours : l'instauration de nouveaux types de rapports juridiques qui échapperaient à la logique classique de l'unilatéralité ou du contrat, ou à la logique de répartition des compétences entre la sphère publique et l'autonomie individuelle (par exemple, de ces deux points de vue, la question de la régulation, ou de la mondialisation) ; la crise des notions juridiques traditionnelles, consubstantielles de la modernité, et notamment la crise de la figure de l'Etat ; l'émergence et la prise en considération par le droit, ou dans le droit, ou par la science du droit, de nouvelles données liées à l'innovation technologique (par exemple : internet, bio-technologies, etc.), aux changements sociaux (par exemple : mouvements migratoires, société de services, etc.), et aux évolutions idéologiques (hégémonie libéral-économique, protection environnementale, assouplissement du contrôle moral sur les choix de vie, etc.).

b) Il s'ensuit une seconde intuition, qui a trait aux imprécisions du concept de complexité, parce que rencontré dans des utilisations très hétérogènes, qui lui confère au moins 4 significations différentes.

Dans un premier sens, complexe est fréquemment employé pour signifier « compliqué » (par opposition à simple) et d'un point de vue dynamique, comme on l'a dit en notant qu'il renvoyait à l'idée de complexification, « complication » (au sens de rendre plus compliqué). Selon l'approche, on verra cette complication substantiellement (les énoncés et solutions juridiques, ou les questions posées au droit se compliquent) ou procéduralement (les modalités d'identification des problèmes juridiques, ou des prises de décision quant à ces problèmes, deviennent plus compliquées). Selon le degré d'approfondissement, on fera découler très banalement la complication de l'inflation quantitative

des textes, ou de la difficulté de les mettre en œuvre pour les faire respecter (complication qualitative), ou encore plus finement de l'accroissement de la difficulté d'interprétation de ces textes aux fins d'identifier d'éventuelles antinomies et de les résoudre. A vrai dire, ce sens qui est le plus fréquent est le moins problématique, et on pourrait aisément montrer que la complexité ainsi conçue est ici largement fantasmée.

Dans un second sens, complexe peut ensuite renvoyer à la situation d'un objet fragmentée, découpée. L'ensemble social n'est pas simple, au sens d'une théorie des ensembles : il résulte de l'addition ou de l'interaction entre une pluralité d'ensembles partiels, eux-mêmes sans doute entremêlés. A la représentation d'une société unitaire, aux statuts uniformes, qu'idéalise ou prescrit le principe de l'universalisme (républicain), répond la question du communautarisme, des citoyens situés (socialement, idéologiquement, etc.). Ce complexe social n'est sans doute pas chose nouvelle, ni dans sa constatation, ni dans sa critique. Complexe en ce sens peut s'absoudre de référence à la complexification. Le discours est cependant de plus en plus présent, soit que la complexité sociale devienne plus évidente, soit que la réponse juridique doit renoncer à nier le complexe (universalisme) pour organiser officiellement un statut du partiel dans la totalité. Selon une autre perspective, la même signification peut porter non sur la société régie par le droit, mais sur l'ensemble juridique lui-même, qui ne serait plus un système unitaire hiérarchisé, mais le résultat de la conjonction de normes issues de plusieurs ordres juridiques selon des rapports variables (européen et nationaux en premier lieu).

Dans un troisième sens, complexe peut se rapporter à la raison en action : quels sont les principes qui la gouvernent ou quelles sont les

modalités de sa manifestation ? Par opposition à une raison *a priori*, qui ferait découler les choix et décisions de certains principes clairs (dans sa figure la plus manifeste, la loi universelle), la raison serait complexe en ce sens qu'elle deviendrait pragmatique, liée à autre chose qu'à l'inférence pratique du type de la subsumption. Dans le domaine juridique, la remise en cause du mythe de la loi comme règle générale, abstraite et impersonnelle, qu'accompagne l'interrogation sur le syllogisme juridique et l'interprétation, aussi bien que le recours supposé de plus en plus fréquent à des principes non écrits, et la généralisation de l'interrogation sur la justification des décisions, participerait de cette mobilisation d'une théorie de la complexité.

Enfin, dans un quatrième et dernier sens (il y en a sans doute d'autres mais je ne cherche pas à être exhaustif, simplement à souligner la complexité du recours au « complexe »), complexe signifierait l'interdépendance des objets, par rapport à un discours sur l'autonomie des objets. Nos sociétés vivraient à l'heure de la complexité en ce sens que l'on y observerait des interdépendances de champs territoriaux (territoire national, local, supra national : cf Schengen par exemple), de champs normatifs (droit et éthique par exemple), enfin de champs cognitifs. De ce point de vue alors, ni l'objet « droit », ni les discours sur cet objet, ne seraient concevables de manière autonome sans intégrer une prise en compte des effets du droit, des raisons du droit, et du contexte social, économique, moral, etc. dans lequel le droit s'inscrit. C'est évidemment en ce sens que l'hypothèse de la complexité est à la fois la plus ambitieuse et la plus problématique : ambitieuse parce qu'elle implique de repenser globalement l'appréhension des sciences humaines et sociales, sur un mode unitaire permettant un compte rendu de la complexité de l'objet ; problématique car elle nécessite la mise au jour d'une épistémologie à cette fin.

c) Là apparaît ma troisième intuition : que le discours sur la complexité, pris au sérieux, pose une question épistémologique majeure, dont il n'est pas sûr que ceux qui le véhiculent aient conscience, ou qu'ils l'assument. A trois égards pour le moins.

Conceptuel. Le discours sur la complexité, avant d'être un discours sur la société et (éventuellement) sur le droit d'une société, est une théorie visant à élaborer ce concept de complexe pour rendre compte de la société en ces termes. On a vu que, d'un point de vue simplement lexical, coexistent quatre significations au moins de la complexité, qui renvoient à au moins autant de concept. Tout discours sur la complexité ne peut être pris au sérieux que s'il est en mesure de fournir son concept unique de complexe, et s'il se tient dans son utilisation du vocable à la signification conceptualisée. Je ne prétends pas que seul un des quatre sens que j'ai mentionnés soit pertinent, ni même qu'il ne soit pas possible de construire un concept de complexe qui unit sous certaines conditions explicitées plusieurs de ces sens primaires : il appartient à ceux qui prétendent se référer à une théorie de la complexité de le dire. En revanche, je tiens sans imaginer que cela puisse être sérieusement contester qu'un discours qui jouerait avec différentes significations de la complexité ne découlerait pas d'une théorie conséquente, et n'aurait aucune valeur épistémologique. La complexité signifierait alors confusion, et non pour rendre compte de l'objet mais pour caractériser le discours. Si de ce que j'en sais, certaines théories de la complexité effectuent ce travail analytique essentiel pour ce qui les concerne, il reste que de ce que je constate, une vulgate de la complexité existe sur le mode alchimique, qui se réfère à la post modernité comme un moyen d'occulter ses faiblesses théoriques et de transformer ses propres faiblesses en auto-justification.

Disciplinaire. Le discours sur la complexité se présente assez facilement comme un discours (au moins modérément) critique sur le savoir juridique (notamment). Ce savoir, et ses modalités de constitution, sont toujours interrogés quant à leur aptitude à rendre compte de la complexité, en quelque sens que ce soit. Du point de vue épistémologique alors, le discours sur la complexité se voit contraint soit de proposer une épistémologie alternative à la science du droit, qui tienne compte de la pluridisciplinarité notamment là où la science du droit se construit comme une science spécifique, entraînant la négation de cette discipline comme discipline cognitive ; soit à renoncer à toute idée de science, au profit d'un discours agissant. Toutes positions qui s'attaquent à la conception (positiviste) de la science du droit sans pour autant se confondre avec la dogmatique juridique classique ; qui donc ne trouvent pas place dans les courants disciplinaires existant.

Scientifique. Le discours sur la complexité semble emporter avec lui une rénovation de la conception même de la science, en reliant parfois dans une démarche cognitive unique des champs conçus comme séparés jusqu'à présent, en revenant éventuellement sur une question classique constitutive des épistémologies modernes entre statuts descriptifs et prescriptifs des propositions, en ne choisissant pas toujours clairement entre une démarche de restitution du réel ou de constitution du réel. Autant de prétentions qui doivent être situées et justifiées, et il appartient à ceux qui se réfèrent à ce discours de fournir des justifications, autrement que sur un mode imprécatoire tirant, avec la trompeuse évidence que fournit la foi, d'une modification de l'objet d'étude non seulement une modification des méthodes de l'étude, mais aussi une mutation de son ontologie.

3 – Six questions aux théories de la complexité.

Les dernières intuitions justifient à mes yeux que l'on adresse quelques questions à ceux qui mobilisent le discours sur la complexité ; chacun pour ce qui le concerne ; comme préalable à une évaluation de ces théories d'après leurs propres réponses.

Je l'ai dit, certains usages semblent particulièrement hasardeux et il n'y a aucune raison de s'y attacher. On peut en effet douter que ces usages procèdent de quelque réflexion épistémologique que ce soit. En revanche, certains discours sur la complexité font l'objet d'une théorisation conséquente, et c'est évidemment de celles-ci que les réponses peuvent venir, et qu'elles sont attendue, puisqu'aussi bien tout n'y relève pas de l'explicite.

Mes six questions sont les suivantes : quel est l'objet complexe ? Comment établit-on que cet objet est complexe ? Par rapport à quoi établit-on qu'il est complexe ? Dans quel but le conceptualise-t-on comme complexe ? Quelle évaluation sous-tend la conceptualisation de cet objet comme complexe ? Qui décrète qu'il est complexe ?

On conviendra que nombre de ces questions sont liées, et que les réponses des unes peuvent conditionner les réponses des autres, autant que l'ordre dans lequel on les envisage ; que certaines se chevauchent peut-être même et appellent une seule et même réponse. C'est exact. On dira donc peut être qu'il y a ici une complexité, dans un certain sens. Je crois cependant que, même s'il y a une telle complexité, et peut-être même surtout s'il y a cette complexité (en quelque sorte donc : parce qu'il y a cette complexité), il faut distinguer et ne pas confondre.

a) quel est l'objet complexe ? A quoi est attribuée cette qualité de complexe. Trois réponses alternatives sont envisageables, qui n'ont pas les mêmes conséquences et implications du point de vue du savoir juridique.

La société d'abord peut être comprise comme complexe (dans tous les sens du mots complexe précédemment vus, je n'y reviens pas). Une telle affirmation est sans doute plausible, et la littérature sociologique nous le confirmerait amplement ; mais la question est alors de déterminer en quoi cette complexité de la société aurait une incidence sur la connaissance et la compréhension du droit réglant cette société, ou émis par cette société (l'hypothèse que le droit soit aussi complexe étant pour l'instant réservée) ? Il n'y a strictement aucun lien logique évident entre la complexité de l'objet régi par les normes de droit, et la complexité des normes de droit ; et le savoir juridique est un savoir qui porte sur les normes. S'en tenir à l'affirmation que la société est complexe (ou de plus en plus complexe) est insuffisant à justifier le recours au concept de complexité dans l'analyse juridique.

Le droit peut à l'inverse bien entendu être compris comme complexe. Ce qui suppose à son tour différentes précisions. D'abord bien entendu sur l'objet droit, dont on sait qu'il ne connaît pas de définition unique (valeurs, ensemble structuré de normes, etc.). Pourtant, qualifier un objet de complexe, ou constater qu'il possède cette caractéristique naturellement, suppose pour le moins que nous disposions d'un concept de droit cohérent et susceptible d'avoir cette qualité. Ce qui renvoie toute conception de la complexité à la théorie générale du droit, avec les difficultés que cela implique². Ensuite, il faut dire à partir du concept pertinent ce qui traduit la complexité. S'agissant par exemple d'une mobilisation dans le cadre d'une théorie qui

² Sur lesquelles notamment Eric Millard, Théorie générale du droit, Dalloz, 2006.

accepterait un minimum de prémisses positivistes, on peut envisager la complexité du point de vue des structures elles-mêmes, en raison notamment de l'entrelacement des ordres juridiques nationaux et internationaux (construction européenne ? système européen de protection des droits de l'homme ?) ou des normativités publiques et privées (ordres juridiques sportifs dont les fédérations internationales, etc.) ; la complexité du point de vue des techniques mobilisées dans le droit positif, en raison de la spécialisation et de l'inflation des règles, ou du recours à des modalités alternatives de règlement des conflits par exemple ; la complexité du point de vue substantiel, du fait de l'apparente disparition des idées de principes normatifs ou de modèles de conduite, nourrissant l'hypothèse du pragmatisme, de l'utilitarisme, ou des relais de légitimité (dans certains recours aux processus dits éthiques).

Enfin on peut tenir l'hypothèse que ce sont à la fois le droit et la société qui sont complexes, et évidemment en ce cas, outre toutes les interrogations que l'on vient de soulever, il faudra répondre à la question de savoir s'il y a un lien entre ces deux complexités : l'une répond-elle à l'autre (ce qui suppose donc une cause et un effet, et soulève à son tour la question de la possibilité d'un objet non complexe en cas de mutation de l'autre objet, ou préalablement à cette mutation)? Et dans quelle logique, unilatérale ou dialectique, les complexités s'alimentent l'une l'autre ?

Comme on le verra, pour la suite, je m'en tiens prioritairement à l'idée que l'objet complexe est (au moins) ce que l'on appelle droit, et mes remarques n'ont d'utilité que pour une compréhension de la complexité du droit dans une démarche de juriste.

b) Comment établit-on que cet objet est complexe ? La complexité est-elle une qualité constatable de l'objet (droit, société, les deux) ou bien un concept mobilisé et construit par celui qui rend compte de l'objet ? La différence tient à ce que dans le premier cas, toute restitution qui ne rendrait pas compte de la complexité de l'objet ne pourrait rendre compte de l'objet et serait donc erronée ; alors que dans le second cas, une restitution sans recours à l'idée de complexité est possible, même si par ailleurs elle pourrait être plus difficile ou moins fructueuse. Le choix n'est cependant pas tout à fait libre : si la complexité relève de l'ontologie de l'objet, il conviendra de fournir les éléments qui permettent d'affirmer cette ontologie, ce qui peut, s'agissant du droit ou de la société, comme objets vagues, présenter d'insurmontables difficultés épistémologiques ; d'un autre côté, le recours au concept de complexité supposera évidemment une évaluation de l'utilisation du concept, du point de vue analytique comme du point de vue heuristique.

c) Par rapport à quoi établit-on que cet objet est complexe ? La complexité marque-t-elle, par rapport à un objet qui ne serait pas dit complexe, une différence de nature ou une différence de degré ?

Outre la nécessité d'une conceptualisation cohérente, cette question ouvre la voie à une évaluation du volet empirique lié à une théorie de la complexité (et donc en définitive une évaluation des propositions qu'une telle théorie permet de construire pour parler de son objet).

Lorsque l'on affirme que le droit est complexe *parce que* il y aurait une inflation du nombre des textes édictés, ou parce que ces textes seraient de plus en plus longs, ou parce qu'ils seraient de plus en plus précis, multipliant les catégories juridiques, et les statuts différents, est-

on sûr que le droit aurait changé de nature ? Pourtant quelques conceptions dites simples, ou quelques règles, peu nombreuses, et faciles à énoncer, parce que reposant sur peu de standards comme l'intérêt général, l'ordre public, ou l'intérêt de l'enfant, ou encore le bon père de famille, ne rendent pas la connaissance du droit plus facile. Car le constat dépend d'une évaluation quantitative des énonciations directives, et non de la constatation quantitative comme qualitative de l'état des normes, en tant que significations effectivement retenues par des autorités.

L'illusion « moderne », héritée de Portalis notamment, confinant le droit à l'expression de règles simples et élémentaires, puisées dans la raison naturelle,³ qui ne poseraient aucun problème d'interprétation parce que claires et évidentes, relève sans doute d'une croyance quasi religieuse (et Portalis est législateur....) ; mais on ne peut valablement confronter une croyance (ce qu'est la supposée simplicité de l'objet, falsifiable en tant que proposition descriptive) et un fait (la base empirique d'une proposition établissant la postulée complexité de l'objet) pour en tirer une différence de nature dans l'objet : il n'y aurait, dans le meilleur des cas, de différence qu'entre la nature vérifiable de l'objet et sa représentation ; plus vraisemblablement qu'entre deux représentations invérifiées. Qu'il y ait aujourd'hui quelques bons milliers de pages dans le journal officiel nous apprend que l'on publie davantage de texte, non que le droit a changé de nature, sauf à apporter d'autres éléments à l'appui de l'affirmation, ou à donner des définitions plus claires de la complexité. De ce point de vue, l'utilisation du concept de complexité paraît souvent peu justifiée, en exagérant l'appréciation des faits rapportés.

³ Observation que l'on trouve déjà en germe chez Toqueville, dans l'Ancien Régime et la Révolution.

d) Dans quel but conceptualise-t-on cet objet comme complexe ?
Le recours au concept de complexité peut participer de plusieurs démarches qui ne recherchent pas les mêmes objectifs et qui ne reposent pas sur les mêmes méthodes.

Une première motivation peut résider dans la volonté de rechercher la production de nouveaux modèles, parce que l'on considère que les modèles dont on dispose, conçus pour un objet différent (plus simple, plus isolé, etc.) ne sont pas adaptés ou ne sont plus adaptés aux besoins actuels. La complexité est alors une théorie permettant de concevoir de nouveaux outils à intégrer, ou des outils pour penser de façon nouvelle. En toute hypothèse, le test de validité d'une telle théorie résidera dans sa capacité à permettre de faire des choses : soit il s'agira d'une modélisation cherchant à rendre compte d'un objet, et donc à saisir dans un modèle les caractéristiques de cet objet, dont sa complexité (ces modèles seront fréquemment des idéaux-types, avec la fonction qui leur est corrélée) ; soit il s'agira d'une modélisation à vocation plus pratique, permettant dans un contexte dit complexe de modéliser des processus de réaction ou d'action, par exemple d'indiquer des modèles désignant les modalités de prise en compte (assumée comme nécessaire) des intérêts pertinents dans un processus de prise de décision (il est ici évident que l'objectif est la recherche de la « bonne » décision, ou de la décision « juste » et que, même sous couvert de savoir-faire, il ne peut s'agir que de modèles dépendant de présupposés politiques forts, que la prétendue complexité ne légitime pas d'occulter).

Une seconde motivation, analytiquement nécessaire, tient à la nécessité de clarifier des concepts. En présence de discours nombreux et hétérogènes sur la complexité, ou au contraire de discours qui ne laisseraient pas place à la complexité si par ailleurs d'autres raisons nous

laissent à penser qu'il est utile ou nécessaire de retenir cette hypothèse, la production de concepts adaptés, ou la clarification des termes employés, est inévitable. Quoi que l'on pense par ailleurs de la complexité. Les présentes annotations relèveraient de cet exercice, si elles n'étaient aussi embryonnaires.

Enfin, on peut penser (c'est une troisième motivation) la complexité pour permettre l'adaptation des outils de raisonnement théoriques. Un exemple assez frappant me paraît être présent dans une démarche qui (depuis une certaine lecture de Quine et de la philosophie analytique actuelle, mais on trouverait bien des illustrations ailleurs, dans le post-modernisme, ou bien dans certaines écoles critiques du droit par exemple) semble remettre en cause les fondements communément acceptés du raisonnement : place de la logique dans l'argumentation, séparation des niveaux de discours ou des propositions, séparation de la science et du droit, etc.). La complexité est alors présentée aussi bien comme la raison de la remise en cause du paradigme qualifié de scientifique, que comme potentiellement constitutive d'un nouveau paradigme : elle participerait d'une révolution scientifique.

e) Quel type d'évaluation de l'objet est implicite derrière l'affirmation qu'il est complexe ? Il est fort possible (et par ailleurs hautement souhaitable à mes yeux, tant au moins que la complexité ne s'est pas installée comme nouveau paradigme à la place du paradigme actuel) qu'une théorisation de la complexité ne repose sur aucune évaluation morale ou politique de l'objet dit complexe, ou de la complexité de cet objet, et n'appelle aucune évaluation de ce type. Il demeure qu'il est assez fréquent et parfaitement compréhensible que l'accent mis par un chercheur ou une communauté de chercheurs sur un objet de recherche tient à des éléments parfaitement humains, dont une

certaine conception du monde : à cet égard, l'intérêt pour la complexité peut laisser transparaître aussi bien le regret d'un idéal mythique disparu (la modernité, la clarté et la simplicité) que la satisfaction de voir en action des éléments par le passé ou bien négligés, ou bien absents (par exemple dans la déconstruction des mythes fondateurs du libéralisme politique, et d'une philosophie juridique incarnée dans les grandes déclarations de droits, particulièrement de l'universalisme républicain). Bien entendu, cette question intéresse prioritairement une sociologie de la science, ou une histoire des idées juridiques (dogmatiques et scientifiques), parce que trois choses ne peuvent être confondues : la raison psychosociologique qui a amené à une interrogation ; la structure même de la formalisation de cette interrogation et de la réponse apportée ; l'usage social réservé ensuite à l'interrogation et aux éléments de réponse. On ne peut toutefois exclure *a priori* que ce qui peut être intellectuellement séparé, et devrait l'être, ne soit parfois, sciemment ou non, confondu par le chercheur. Avec effets sur la nature de son discours.

f) Qui décrète que l'objet est complexe ? C'est là une dernière question que l'on ne peut éviter, et à laquelle encore une fois plusieurs réponses sont concevables, entraînant des significations différentes de l'usage du terme ou des théories de la complexité.

Très basiquement, la complexité peut en premier lieu être constatée et déclarée par le praticien ou le technicien, qui constate l'inadaptation de ses savoirs-faire aux espèces qu'il rencontre, ou aux normes qu'il rencontre. Cette réaction, spontanée ou réfléchie, ne saurait tenir lieu néanmoins de preuve que l'objet est complexe. Quelques autres raisons peuvent l'expliquer, comme le défaut de formation ou d'adaptation à un objet qui pour évoluer n'acquiert pas nécessairement une caractéristique de complexité. (D'ailleurs, le profane dit lui aussi que

le droit est complexe). Et les conséquences à tirer du constat du technicien sont souvent limitées à des conséquences elles aussi pratiques (et politiques) : modification de la norme ou de son processus d'élaboration, ou d'interprétation, ou de concrétisation, ou encore du système de normes. Questions qui échappent à une démarche cognitive.

Il en va différemment lorsque la complexité est décrétée par le juriste savant. Prétendant connaître le droit, et en rendre compte (pour le moins), il doit être en mesure, s'il le dit complexe, de dire ce qu'il entend ainsi, et à partir de quels faits. C'est à ce stade seulement qu'un débat théorique sur la complexité du droit peut s'établir entre juristes, ou plus vraisemblablement entre théories du droit concurrentes mobilisées par les juristes. Sans en tirer vraiment des conséquences, je constate néanmoins que les juristes (*lato sensu*) qui parlent de la complexité en ces lieux sont relativement rares, et que lorsqu'ils le font, ils apportent rigoureusement les réponses nécessaires aux questions que je pose, ce qui les conduit d'ailleurs à retenir un sens très spécifique (et limité) de la complexité, aux antipodes souvent de l'usage commun (cf. par exemple la théorie de la complexité mobilisée progressivement par A.-J. Arnaud en maints endroits, et notamment dans cet ouvrage).

La complexité peut ensuite être un concept mobilisé dans une démarche tout aussi scientifique (peut être même davantage scientifique) que la démarche juridique : certains courants en science politique, évidemment certaines approches sociologiques du droit des sociologues. Ces démarches peuvent même avoir le droit pour objet et le définir pour de bonnes raisons comme complexe : je veux dire que la complexité peut ainsi être imputée directement à l'objet droit, sans être médiatisée par la complexité sociale. Il ne m'appartient pas de discuter ici des démarches qui ont leurs propres cohérence et légitimité. Il suffit de rappeler que

chaque science construit son objet et que (sauf à nier qu'il existe un savoir particulier des juristes savants, ce qui n'est pas illégitime mais qui en même temps révèle un enjeu essentiel, que j'ai déjà évoqué, du débat entre juristes sur la complexité) le droit des juristes n'est pas le droit des sociologues ou des politistes ; non que les uns disposent du concept de vrai droit dont ne disposeraient pas les autres ; mais simplement qu'il n'existe pas de concept *a priori* de droit, indépendant de la démarche qui le mobilise. En ce sens les conceptualisations des autres savoirs sur le droit ne s'impose pas épistémologiquement aux juristes (sauf à eux-mêmes justifier des mêmes conceptualisations par rapport à leurs propres règles épistémologiques constitutives). Ces savoirs sur la complexité du droit deviennent critiquables dès lors que, et uniquement quand, ils sont imposés aux juristes dans une démarche hégémonique niant une discipline spécifique, ou importés par des juristes qui croient découvrir dans d'autres sciences une « vérité » qu'ils peinent à trouver (ou à accepter) dans leur champ : je trouve assez piquant d'ailleurs que certains de ceux qui veulent s'appuyer sur l'idée de la complexité pour contester la science du droit se réfèrent à une conception aussi simpliste de la science, croyant trouver leur objet *là*, disponible pareillement pour tous et pour tous discours.

Enfin la complexité peut être décrétée par la philosophie morale, à la recherche d'une prétendue raison pratique. Ce qui dans certains cas rejoint, grandes valeurs pour savoir-faire, la première des hypothèses envisagées, celle du discours technicien : le lieu des questions qui échappent à une démarche cognitive.

4 – Trois conclusions provisoires mais pratiques.

a) Le discours sur la complexité ne fait sens que si toutes les questions que je viens d'évoquer (et sans doute quelques autres encore) sont clairement précisées.

Je veux ici redire que je ne fais pas grief en général aux théories de la complexité de ne pas apporter leurs réponses. Je dis simplement que ces réponses sont parfois très différentes entre elles, et que nombre de recours à l'idée de complexité ne s'inscrivent pas dans une démarche justificative qui apporte ces réponses ; qu'il y a donc une vulgate de la complexité, au côté de différentes doctrines de la complexité ; et qu'il résulte de cela une extrême confusion proche du *anything goes* dès lors que le mot magique de complexité est prononcé ; enfin que cette confusion dessert toute démarche sérieuse, y compris les démarches partant de l'hypothèse de la complexité.

Pour l'heure, si la plupart des théories du droit disponibles, chez les juristes, n'intègrent pas sérieusement l'idée de complexité *en tant que telle*, c'est dû à deux raisons dont l'une peut être valable durablement selon une certaine conception du droit que les juristes doivent justifier, et dont l'autre peut n'être valable que momentanément, et devoir être repensée si les tenants de la complexité le justifient : soit les juristes n'ont pas besoin de concevoir la complexité ; soit les juristes se méfient de théories insuffisamment claires.

b) Je me méfie pour ma part de trois postures éventuellement présentes derrière certains discours sur la complexité.

D'abord la volonté de constituer une nouvelle école du droit, ou des juristes, ou contre le droit, ou contre des juristes, à partir de l'hypothèse de la complexité. Certaines des questions précédemment soulevées permettent de concevoir cette posture comme possible. Si

l'hypothèse de la complexité est valable, elle s'imposera ; s'il s'agit de la retenir uniquement pour imposer une école avec tout ce que cela suppose d'uniformisation, d'hégémonie, etc., je n'en vois pas l'intérêt, et j'en vois les dangers : ce sont ceux dont souffrent les juristes depuis trop longtemps, dans la reproduction d'un académisme qui n'aurait de nouveau que le *leitmotiv*.

Ensuite, tout aussi réactionnaire, la condamnation du présent au nom de l'âge doré, qui n'a pas sa place dans une démarche théorique et conceptualisatrice (sinon de sa propre conceptualisation) : certains discours sur la complexité se réfèrent trop ouvertement à une figure parfaite de l'Etat, à un fantasme de la clarté et de la rationalité du droit, pour parvenir à occulter qu'ils rendent moins compte de leur prétendu objet que des préférences de leurs auteurs, ou de leur incapacité à penser l'objet tel qu'il est. La doctrine du droit administratif est familière de ces tendances, de la référence constante et mythique à un âge d'or du service public et du droit administratif, à l'interrogation sur la généralité des principes du droit par exemple. Jacques Caillosse montre bien ailleurs dans cet ouvrage où résident les vrais enjeux de la mutation du droit administratif, et à quelles conditions les saisir sous l'angle de la complexité.

Enfin, l'utilisation du discours sur la complexité pour présenter des solutions politiques comme des solutions techniques. A supposer qu'effectivement le droit et la société soient complexes, cela ne saurait justifier aucune prescription, ni modifier quelque question de légitimité que ce soit. Les réponses juridiques à apporter à la complexité restent des réponses politiques liées à des questions sociales, et valides en fonction de théories politiques de la souveraineté et des compétences normatives. Or la complexité apparaît assez classiquement comme

justifiant une remise en cause de ces théories au motif que les « bonnes » réponses dépendraient d'un savoir technique, ou d'une légitimité fragmentée, inabordable dans et par le débat démocratique. Je ne suis pas opposé à ce que l'on pose politiquement la question de notre acceptation des théories politiques en vigueur dans une démocratie de type procédural, et à ce que nous débattions des valeurs qui fondent notre type de société ; j'aurais à cette occasion, en tant que citoyen, quelques critiques politiques sur le formalisme juridique issu des Lumières, et sur quelques autres questions liées au fonctionnement de nos institutions, et j'aimerais qu'il en soit débattu. Je juge néanmoins que toute utilisation prescriptive d'une théorie de la complexité qui, d'une part, viserait à priver d'effet pratique les théories dominantes de la souveraineté (du peuple) et des compétences (des représentants du peuple) sans, d'autre part, dépendre d'un jugement légitime du peuple (quelle que soit la conception que nous ayons de cette entité théorique) ne peut en rien être compatible avec la démocratie (quelle que soit la conception que nous ayons de ce régime politique théorique) ; et doit être présentée comme effectivement incompatible avec une adhésion politique à la démocratie.

c) Je constate que trois problèmes sont assumés en général par les théories cohérentes de la complexité, et présentes dans les autres discours sur la complexité généralement.

D'abord, les théories de la complexité s'inscrivent dans un refus de la causalité mécanique comme alpha et oméga de toute explication. Elles acceptent un savoir fondé sur une conception probabiliste de la causalité, voire même sur une « causalité » aléatoire.

Ensuite, les théories de la complexité insistent sur l'absence des soi-disant caractères clair, ou statique, du droit ou des éléments

juridiques, au profit d'une prise en compte du mouvement et de l'évolution : de la dynamique et de la construction.

Enfin les théories de la complexité s'attachent à l'étude des relations entre systèmes ou entre champs.

Thèmes post-modernes en apparence, ces questions ne sont pourtant pas si extraordinaires pour des juristes. Sur ces trois points, ou sur seulement certains de ces trois points, ou ne serait-ce que sur certaines parties de certains de ces points, nombre des théories du droit dominantes (à vrai dire, la plupart : normativisme kelsénien, réalismes américains ou scandinaves, analyses critiques du langage, etc.) ont des éléments de réponse, ou en tous cas des questions formalisées. Elles peuvent constituer un point de départ pour un approfondissement en direction de ce qui intéresse, me semble-t-il, les théories de la complexité les plus proches des juristes. Elles peuvent déboucher sur des impasses, et devoir être dépassées. Mais il me paraît plus aisé de repartir, pour commencer, de ce qui est assez bien maîtrisé par les juristes, pour s'ouvrir aux bonnes questions que soulève l'hypothèse de la complexité du droit, avant de vouloir absolument faire table rase de tout pour s'obliger à tout reconcevoir à partir d'une seule hypothèse.

Il est vrai qu'en définitive, la complexité n'est pas mon objet (tout au plus, et si c'est démontré, une de ses caractéristiques), car une théorie du droit complexe est *seulement* une théorie du droit ; si elle devait être une théorie de la complexité, elle supposerait un savoir que les juristes n'ont pas, et, n'en déplaie aux prétentions des juristes, je n'ai pas la conviction qu'elle parlerait beaucoup, ou prioritairement, du droit...