



HAL
open science

Le droit en mille morceaux : décomposition et dilutions des normativités

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Le droit en mille morceaux : décomposition et dilutions des normativités. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2018, 02, pp.529. halshs-02250219

HAL Id: halshs-02250219

<https://shs.hal.science/halshs-02250219>

Submitted on 30 Jun 2023

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.

Le droit en mille morceaux : décomposition et dilutions des normativités

M. Delmas-Marty, *Où va le droit ? Entre pot au noir et pilotage automatique, le droit peut-il nous guider vers une mondialité apaisée ?*, JCP 2018. 403

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Mireille Delmas-Marty se livre à un exercice délicat mais profond, répondre à la question de savoir ce que deviendra le droit. En la matière, il est difficile de résister au pessimisme car nous savons à peine ce qu'est le droit aujourd'hui. Nous pouvons douter de son utilité et être tentés de voir dans les systèmes juridiques un strict enjeu de pouvoir. Il faut encore reconnaître que le modèle étatique est en voie de décomposition. La prolifération des normes et le foisonnement de leurs centres de production est bien plus horizontal et mondial que vertical et national. La dogmatique, dernier rempart contre un droit réduit à un phénomène de force, se fissure avec la promesse d'une justice prédictive. Toujours selon l'auteur, l'épistémologie kelsenienne n'est alors plus de mise, il faut plutôt penser à la fois l'interaction et l'assouplissement des formes et se préparer à l'interprétation évolutive des normes. En effet, la dilution des normativités est encore patente à travers les exemples de l'application extraterritoriale du droit américain, des nouvelles routes de la soie lancées par le gouvernement chinois ou de l'empire croissant du droit souple (*soft law*). À défaut d'un droit commun mondial interactif, évolutif, pluraliste et humaniste, le droit tend à se dissoudre « dans le vaste océan de la mondialisation ».

Indéniablement, le droit tend de plus à plus à l'éclatement et sera sans doute bientôt en mille morceaux. Cependant, nous voudrions nuancer l'analyse éclairée de Mireille Delmas-Marty en posant la question de savoir si ce n'est pas seulement « un » droit qui s'éclate et non pas « le » Droit. En effet, il est tentant pour tout théoricien de généraliser la structure du droit dont il a l'expérience. La théorie pure du droit de Kelsen convient merveilleusement pour décrire des ordres juridiques centrés sur l'État et fortement hiérarchisés. Elle est déjà moins pertinente pour rendre compte du droit romain dont la production plus centrée sur les figures du juge et du jurisconsulte. De manière semblable, Ronald Dworkin a promu sa distinction entre les règles (rigides) et les principes (souples) par généralisation de certains cas issus du système judiciaire américain. Son approche se marie bien avec la logique du *common law* mais sans doute moins avec les droits romano-germanique où le pouvoir créateur du juge est moins revendiqué. Pour le dire autrement, nos jugements sur l'avenir du droit dépendent inéluctablement de notre concept de droit.

Il est vrai que l'écrasante majorité des théorisations contemporaines du droit insistent sur la normativité. Mireille Delmas-Marty emboîte inévitablement ce pas dans l'analyse. Mais puisqu'il est question d'avenir, ne pourrait-on pas imaginer le droit sans la norme ? N'est-ce pas là un avenir possible pour le droit voire une explication de son passé ? La proposition peut étonner voire détonner dans le chœur quasi-unanime de la définition du droit ; il faut l'explicitier.

Associer le droit et la norme repose sur une intuition forte : le droit paraît toujours accompagné de contraintes, de sanctions et d'obligations. Toutefois, cela tient au fait que le droit est un produit politique. C'est une réalité historique : le droit romain a été secrété par la cité. C'est aussi une réalité théorique : la politique et la morale sont les conditions de possibilité du droit (J. Freund, *Droit et politique. Essai de définition*, *Archives phil. dr.* 1971, p. 15-35). Cependant, si la force est bien le moyen de la politique, elle ne peut en même temps être un critère du droit. Définir le droit par la norme engendre finalement des confusions structurelles. D'une part, la distinction entre droit et morale ne peut alors se faire que par un critère politique (la sanction) qui conduit vers une analyse stato-centrée. D'autre part, tout ce qui est normatif paraît être « du droit », des règles de politesse comme les codes de conduite. Ainsi, ce qui est voué à la dilution pourrait bien être un droit défini comme un ensemble de normes. Dès lors, en dehors d'une forme de gouvernance mondiale comment penser le droit de demain ?

L'hypothèse que nous soumettons à la sagacité du lecteur est la suivante : le droit serait avant tout une méthode de raisonnement et non un objet. À cet égard, il ne serait pas en dilution mais bien présent et à de fortes doses. Preuve en

est que les formes contemporaines du pouvoir s'exercent dans la forme du droit. De même, l'histoire du droit peut s'écrire comme celle de sa constante expansion. Le droit a gagné progressivement toutes les sphères et tous les aspects de la société. Le conflit civil est devenu litige, le pouvoir de punir est devenu droit pénal, le gouvernement des citoyens est devenu droit administratif, l'édiction des lois a été soumise à un juge constitutionnel, l'éthique et les valeurs au juge des droits de l'homme, le marché économique au juge de l'Union européenne. Dans tous ces domaines, il y avait une normativité préexistante. Cependant, le passage des lettres de cachet à la procédure pénale ou du juge administrateur au juge administratif montrent qu'un saut qualitatif s'opère. On peut punir sans le droit et administrer sans juger. Chaque fois que le droit intervient, il stabilise et normalise les raisonnements. En rationalisant le débat, il limite le pouvoir. Bref, le droit est une source de légitimité en lui-même, il est le langage proprement moderne du désaccord et du conflit. C'est peut-être ce qui lui assure certainement un avenir brillant dans un monde en tension où il agit comme une force cachée. À cet égard, la mondialisation est moins l'espoir d'un droit substantiellement unifié que celle d'un phénomène qui nécessite une pensée proprement juridique, c'est-à-dire proprement rationnelle. Les normes seront sans doute de plus en plus éclatées mais le savoir juridique sera toujours là pour recoller les morceaux. Qui sait si la pensée juridique n'a pas plus d'avenir que le droit lui-même ?