



**OÙ VA LE DROIT ?** Depuis des mois, et de toutes parts, des évolutions considérables se font sentir. Justice prédictive, essor des legaltech et modifications des structures de la pratique juridique, bouleversement amorcé des méthodes d'enseignement et de diffusion du droit, comment ignorer les mouvements à l'oeuvre ? On y ajoutera des tendances de fond, internationalisation et mondialisation au premier chef. Pris dans ces bouleversements, où va le droit ? C'est cette question, cruciale et complexe, que *La Semaine juridique, édition générale*, a choisi de poser à différents auteurs, juristes comme sociologues. Au rythme d'un article par mois, cette chronique éphémère qui s'étalera jusqu'à la fin de l'année vous livrera leurs réponses. N. M.

Le droit connaît une révolution profonde en passant d'un ordre juridique à un fonctionnement systémique. Un système organise les relations entre des éléments disparates dans un ensemble abstrait en vue d'assurer un certain équilibre. Sa pénétration du droit se manifeste par une migration du centre de gravité du système juridique du législateur vers l'individu, par une valorisation de la coopération et de la transaction et par une internalisation du tiers. La réalisation d'un tel projet, qui doit être comprise dans le mouvement plus vaste des sciences cognitives, se heurte à de nombreuses avanies, à commencer par une montée de la violence.

587

# Le devenir systémique du droit



Étude rédigée par  
**ANTOINE GARAPON**

Antoine Garapon est magistrat, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la Justice

1 - Est-il besoin d'y insister ? Nous vivons la fin d'un monde et donc aussi le crépuscule d'une certaine conception du droit. Tout se passe comme si plusieurs cycles historiques arrivaient à échéance en même temps : le cycle court du positivisme juridique inauguré par le Code civil ; le cycle plus long de la nationalisation du droit commencé au XIII-XIV<sup>e</sup> siècles qui empêche de considérer l'État comme le *terminus ad quem* de l'histoire du droit ainsi que le pensait Max Weber<sup>1</sup> ; le cycle très long, millénaire à vrai dire, qui associait le droit à l'écriture (le Code d'Hammourabi remonte à 1750 avant notre ère) ou la justice à une décision humaine.

2 - L'épuisement de ces périodes historiques affecte moins le contenu des obligations juridiques que leur structure profonde, leurs médiations symboliques, c'est-à-dire l'*archè* du droit – re-

<sup>1</sup> M. Weber, *Sociologie du droit*, trad. de l'allemand par J. Grosclaude : PUF, 1986.



© BRUI1979 - GETTYIMAGES

giste que nous nommerons ci-après « légalité » pour le distinguer du droit proprement dit. Cela nous permettra d'avancer l'hypothèse suivante : sous l'effet de la mondialisation économique, de la disruption numérique, de la mobilité accrue des hommes et du défi écologique, la légalité classique qui associait le droit à un ordre politique et social territorialisé, pâlit au bénéfice d'une légalité radicalement inédite qui confond la norme avec un système.

## 1. La légalité externe de l'ordre juridique

3 - Avant l'État, le pré-droit<sup>2</sup> puisait son ressort – sa « légalité » dans les catégories que nous proposons – non pas d'un territoire mais d'un groupe. Les obligations prenaient une signification très différente selon qu'elles concernaient les relations à l'intérieur du groupe, *Thémis*, ou les relations entre groupes, *Dikè*<sup>3</sup>. Les premières s'adossaient à un droit religieux, les secondes se bornaient à régler des rapports de vengeance et de composition. La frontière structurante du pré-droit n'était donc pas géographique mais ethnique. L'avènement d'un droit de la cité, magnifiquement mis en scène par Eschyle dans *les Euménides*, se traduit par l'application d'une même loi à tous les citoyens ; la frontière n'est plus ethnique mais politique et territoriale.

4 - Pour opérer le passage d'une loi du groupe à une loi étatique, l'État a dû à la fois monopoliser l'exercice de la violence, et donc de la vengeance privée, mettre fin à la féodalité, attribuer à la loi civile une valeur symbolique supérieure à la loi religieuse

et exercer le monopole de la représentation dans les relations avec les autres États. Un tel processus, qui a pris des siècles, n'est jamais acquis et doit être sans cesse repris, relancé voire recommencé (après l'effondrement de l'empire romain, on vit réapparaître la loi personnelle où chaque groupe – les Francs, les Romains, les Wisigoths par exemple – bénéficiait d'un droit propre et la vie de chaque homme avait une valeur différente dans le rachat du prix du sang).

5 - **Les quatre dimensions de la légalité du droit dans un ordre juridique.** - La légalité du droit classique reposait donc sur un ordre externe de nature à la fois sociale, économique, juridique et politique. Le droit tout d'abord reflète les mœurs d'une société comme le montre « L'Esprit des lois » de Montesquieu. La célèbre thèse de Durkheim sur la division du travail social qui passerait d'une solidarité mécanique à une solidarité organique, éclaire le lent dégagement du droit interne au groupe, exclusivement répressif, à un droit coopératif et restitutif qui prospère dans des sociétés où les fonctions se différencient<sup>4</sup>.

6 - Le droit doit ensuite être soutenu par un certain investissement politique ; un investissement paradoxal puisque le pouvoir accepte de se soumettre à des formes et à des institutions qui vont faire travailler la force au service de sa propre neutralisation. L'État se pose ainsi en position d'extériorité pour médiatiser des intérêts contradictoires mais solidaires, comme ceux des gouvernants et ceux du peuple pour qui subit le droit comme une contrainte mais qui le respecte néanmoins afin de se protéger de l'arbitraire et de jouir d'une « demi-liberté ».

2 L. Gernet, *Droit et pré-droit en Grèce ancienne in Anthropologie de la Grèce antique : Maspero, 2<sup>e</sup> éd., 1976.*

3 Fr. Tricaud, *L'accusation. Recherche sur les figures de l'agression ethnique : Dalloz, 2000.*

4 É. Durkheim, *De la division du travail social : PUF, 1930.*

7 - La rationalisation de la force ne suffit cependant pas à épuiser le sens du droit car les lois doivent pointer vers une dimension plus grande qui les dépasse. Dès le haut Moyen-Âge, l'Église « répandait l'idée d'une règle, d'une loi supérieure à toutes les lois humaines ; elle professait cette croyance fondamentale pour le salut de l'humanité, qu'il y a au-dessus de toutes les lois humaines, une loi appelée, selon les temps et les mœurs, tantôt la raison, tantôt le droit divin »<sup>5</sup>.

8 - Ces trois dimensions du droit – sociale, politique et symbolique – sont réunies dans des instruments écrits et sont régulièrement régénérées par de nombreux rituels. L'ordre juridique est la forme sous-jacente qui donne aux règles de droit leur véritable sens en arbitrant en cas de contradiction entre deux normes à l'intérieur d'un même système juridique, et qui confère aux institutions leur énergie sociale et leur dimension symbolique. Cet agencement logique des obligations juridiques se fera grâce à l'écrit (y compris dans les pays de *Common Law* où il est confié aux juges). Ainsi, la légalité classique du droit reposait sur le lien entre des textes et leur extérieur. Qu'elle soit cherchée dans l'aspiration au *vivere libero* par Machiavel<sup>6</sup>, dans l'articulation entre l'*Ordnung* et l'*Ortung* par Carl Schmitt<sup>7</sup>, dans la vie sociale par Santi Romano<sup>8</sup> ou dans la *Grund Norm* par Hans Kelsen, c'est à chaque fois la même idée du lien nécessaire entre l'ordre juridique et ses forces vives qui est exprimée.

9 - Le système westphalien articulait les différents ordres juridiques nationaux entre eux, autour du pivot central que constituait l'État, seul sujet de droit international et auteur ultime du droit interne (ce point est souvent négligé par les juristes qui abordent le droit le plus souvent amputé de son hors-champ, c'est-à-dire de son extérieur, de l'espace où il ne s'applique pas). La force de ce système était d'accorder l'ordre juridique interne et son extérieur sans toutefois y parvenir complètement car il n'était viable que dans un monde où les colonies étaient nombreuses<sup>9</sup>. Le modèle systémique que nous allons détailler s'enorgueillit, au contraire, d'être véritablement global (et non universel) en transcendant la différence intérieur/extérieur.

## 2. La légalité interne du système

10 - Cet équilibre, qui a mis des siècles à se construire en Europe, s'effondre aujourd'hui du fait de la mondialisation tout

d'abord, de la généralisation ensuite d'un regard économique et non plus politique sur le monde ainsi que sur toute relation humaine, et, *last but not least*, de la révolution numérique. Ces trois événements, qui se renforcent mutuellement, ont permis de relever le double défi, interne et international, que posait le monde d'après 1989. Sur le pan interne, les institutions étaient confrontées à une crise de l'autorité liée à une libéralisation des mœurs et une poussée sans précédent de l'individualisme démocratique. Au niveau international, les relations entre États subissaient une dépressurisation subite après la chute du Mur de Berlin, qui mit fin à la division du monde entre pays communistes et pays capitalistes.

11 - L'enjeu était dans les deux cas identique : comment organiser la coexistence d'individus à qui l'on garantit en même temps une liberté quasi-totale ? Comment assurer la coexistence pacifique d'États indépendants qui ne sont plus tenus de choisir leur camp, ni soumis à la peur d'une apocalypse nucléaire ? Qu'il s'agisse des rapports internes ou internationaux, il fallait discipliner (c'est-à-dire fournir un cadre et rendre prévisibles) les relations entre des individus – personnes physiques, personnes morales ou personnes publiques c'est-à-dire les États – en l'absence d'un « ordre moral » dominant ou d'un *nomos* international. Ce défi fut relevé en confiant désormais ce rôle non plus à un ordre mais à un système.

12 - À la légalité d'un ordre juridique territorialisé combinant une réalité physique, une société concrète et un ordre symbolique, s'est insidieusement substitué un système, entendu comme l'organisation des relations entre des éléments disparates dans un ensemble abstrait en vue d'assurer un certain équilibre. « Le savoir qu'il mobilise est irréductiblement distribué sur l'ensemble de ses éléments constitutifs, il ne saurait être synthétisé en un lieu qui serait celui du « savoir absolu » du système sur lui-même »<sup>10</sup>. Or, c'est précisément cette force de synthèse et capacité réflexive qui caractérisaient l'ordre juridique. La « légalité »<sup>11</sup> systémique est une nouvelle manière de produire de la norme à partir et dans un système. Elle bifurque radicalement de la précédente légalité qui était un moteur à quatre temps. Si, dans l'ordre juridique, la loi dépendait d'une structure externe politique, sociale et symbolique, dans un système, la norme est intérieure ; elle siège dans le mécanisme même qui en assure le fonctionnement. Le système **convertit la forme en force**.

5 F. Guizot, *Histoire générale de la civilisation en Europe depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la Révolution française* : Didier, 1843, p. 58.

6 E. Roux, *Machiavel, la vie libre : Raisons d'agir*, Paris, 2013.

7 J.-Cl. Monod, *Penser l'ennemi, affronter l'exception : La Découverte*, 2<sup>e</sup> éd., 2016, p. 124.

8 S. Romano, *L'ordre juridique, trad. de l'italien par L. François et P. Gothot* : Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1975.

9 C. Schmitt, *Le Nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum, trad. de l'allemand par L. Deroche-gurcel* : PUF, 2001.

10 J.-P. Dupuy, *Aux origines des sciences cognitives : La découverte*, 1994, p. 172.

11 C'est le terme employé par Ernst Cassirer. Nous avons choisi d'opposer l'ordre au système pour rendre notre propos plus facile d'accès mais, pour lui, il s'agit de deux formes symboliques.

13 - La force du système est de transcender l'opposition interne/externe qu'elle soit géographique ou culturelle (ce que ni les rapports entre groupes, ni l'État territorialisé n'avaient réussi à faire) ; il n'a plus besoin de territoire puisqu'il devient lui-même l'espace abstrait des relations. Les liens entre les éléments qui le composent ne passent plus par le centre ; c'est pourquoi, il peut réunir des gens différents et qui souhaitent le rester, les faire communiquer sans les rassembler, le faire coexister sans les embarquer dans une même communauté, les rapprocher économiquement sans les incorporer politiquement. Il est acéphale et polycentrique à l'image du réseau internet. C'est l'âge de la multitude<sup>12</sup>, du diffus ou d'un ordre distribué comme sur la *blockchain*. Par rapport au modèle de l'ordre juridique, le système se caractérise donc par la migration de la légalité de l'extérieur vers l'intérieur qui se vérifie dans tous les éléments de son fonctionnement.

### A. - La migration du centre de gravité du système juridique du législateur à l'individu

14 - Le système a pour centre de gravité non plus un État souverain mais des individus. Il faut donner à ce terme une acception large c'est-à-dire toute entité indépendante dotée d'une volonté autonome qui peut être une personne physique, une personne morale (comme une entreprise) ou une personne publique. Le droit systémique ne commande plus ces différents individus de l'extérieur et du haut, par une injonction ou une interdiction, mais il fait pression sur leur consentement de façon à ce qu'ils se disciplinent eux-mêmes. Le droit n'intervient plus directement mais il modifie l'environnement dans lequel évoluent ces individus pour influencer sur les termes des choix qu'ils devront effectuer. Ainsi la loi pénale n'énonce plus des actions prohibées mais délivre une information à chaque individu sur les risques qu'il prend à accomplir un acte ; le système transforme le respect de la loi commune à un calcul individuel de risques (ce qui revient à une négation du principe même de loi et de droit).

15 - Qu'il s'agisse des relations entre les États ou entre individus, ce qui est sollicité par le système n'est plus la conscience de ses droits mais la défense de ses intérêts. Une pression s'exerce sur les individus pour qu'ils renoncent à leurs droits : on le voit dans les « deals de justice »<sup>13</sup> mais aussi dans la justice colla-

borative. Le système est construit de telle sorte que l'intéressé lui-même fera prévaloir ses intérêts sur ses droits. Ses intérêts le poussent à des calculs et donc à des choix rationnels - plus prévisibles également pour le pouvoir. Le système ne connaît plus de citoyens mais des « hommes de système » (dont on trouve une version très précoce, comme le fait remarquer Denis Baranger<sup>14</sup>, chez Adam Smith, le père fondateur de l'économie). La contrainte ne vient plus directement de l'ordre émis par la loi mais elle s'appuie indirectement sur l'évidence d'une maximisation de ses intérêts mais aussi de son confort, voire de l'attraction qu'exerce sur les modernes une vie intensifiée.

16 - Un même mécanisme se vérifie dans la mondialisation qui pousse la souveraineté à renoncer à elle-même. Aucun État ne peut s'offrir le luxe de refuser des investissements externes mais en les acceptant, il se lie à des arbitrages CIRDI qui limiteront sa volonté politique. Les traités dits de « nouvelle génération » qui portent sur les normes exigent des États qu'ils s'engagent à ne plus avoir de volonté politique à l'avenir dans les secteurs concernés. La mondialisation prend la valeur de *transcendantal existentiel* en se posant comme la condition de survie des États contraints de se lancer dans une course folle vers le bas en abaissant les garanties sociales.

### B. – La recherche de l'équilibre à l'intérieur d'une relation

17 - Le droit systémique cherche son équilibre non plus socialement (à l'image du droit du travail qui tentait de redresser la relation asymétrique entre l'employé et l'employeur) mais de manière interne dans la *transaction* (terme qui a été repris par le vocabulaire numérique). La négociation couronnée par un accord à l'amiable connaît aujourd'hui une poussée extraordinaire qui se constate aussi bien en matière familiale (divorce par consentement mutuel, développement de la médiation), qu'en droit du travail (la rupture conventionnelle et la récente réforme du droit du travail), que dans le domaine pénal (la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), ou dans les pratiques du commerce mondialisé (les *settlements* avec l'administration américaine - notamment le Département de la justice (DOJ) qui illustrent les nouvelles relations entre les entreprises et les agences de régulation à travers le monde). Dans tous ces secteurs, en apparence très

**« Le droit systémique cherche son équilibre non plus socialement mais de manière interne dans la transaction. »**

12 N. Colin et H. Verdier, *L'âge de la multitude. Entreprendre et gouverner après la révolution numérique* : Armand Colin, 2012.

13 Nous nous permettons de renvoyer à : A. Garapon, P. Servan-Schreiber, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée* : PUF, 2013.

14 D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes* : Gallimard, 2018, p. 293

hétérogènes, se vérifie un même souci d'efficacité ainsi qu'une nouvelle place pour le droit qui se conçoit désormais non plus comme l'architecte d'un groupe social mais comme l'ingénieur de relations efficaces.

18 - L'appartenance à un même ordre juridique produisait par contraste un type de relations marquées par la « réciprocité conditionnelle » dans lesquelles les transactions ne reposent pas sur « des relations bilatérales entre agents mais sur des règles »<sup>15</sup>. Bien différent est l'échange entre étrangers qui doit trouver dans son économie interne, la raison de l'exécuter. Thomas Schelling concevait la négociation comme une interaction composée de menaces et des promesses. « Le but même de la menace est de faire l'économie de son exécution, sans quoi elle n'est d'aucune utilité »<sup>16</sup>. Promesse et menace sont donc les deux faces d'une même pièce : si la promesse suppose un engagement de celui qui la propose, la menace montre son envers négatif : la plausibilité d'une exclusion.

### C. – Coopération et exclusion

19 - Si l'on ne respecte pas la légalité, un système cesse de fonctionner, la sanction est donc immédiate. Mais lorsque la légalité systémique se hisse au niveau de l'existence humaine, la sanction répond à une logique partenaire/paria. La sanction réelle qui motive les transactions que les entreprises étrangères signent avec les agences américaines de régulation est la **mise à l'écart** du marché américain ce qui veut dire un arrêt de mort. Le caractère infamant de la sanction ne pèse pas beaucoup face à la menace que brandit l'autorité de régulation (l'amende est moins grave que le déréférencement par la Banque mondiale). La sanction d'une transgression de la légalité systémique est le bannissement mortel (ce qui était un pléonisme dans un monde où toute protection venait du groupe). La sanction est d'ordre existentiel, elle ne passe plus par l'opprobre moral jeté par une autorité comme dans l'ordre juridique.

20 - La brutalité de l'exclusion a partie liée avec la division structurante intérieur/extérieur propre à la légalité systémique. Elle tend d'ailleurs à pénétrer la sphère interne. Alors que le propre de la prison ou de l'amende était d'être des instruments d'équivalence universelle, l'on constate que la peine elle-même prend le sens d'une exclusion avec des peines d'élimination qui n'ont plus de terme (comme la rétention de sûreté). Les peines n'ont plus, comme dans l'ordre juridique classique, la fonction de

rapatrier des actes de nature très différente dans une échelle de peine commune.

21 - La dureté de la sanction prend le sens d'un incitatif à collaborer avec l'autorité. La coopération est le point d'application de la légalité systémique. Cette dernière ne peut supporter l'idée d'un droit opposable au système, d'un quant à soi politique, l'équivalent de la *privacy*. Ce n'est donc pas un hasard si la vie privée et l'idée de droit comme barrière artificielle disparaissent concomitamment. À l'intérieur d'un système, toute revendication de droits est interprétée comme un défi sécessionniste.

### D. – Une inclusion des tiers

22 - Le juge comme tiers public externe perd du terrain par rapport à de multiples « tiers inclus » qui fleurissent aujourd'hui. Qu'il s'agisse des directeurs juridiques dans l'entreprise<sup>17</sup>, des arbitres, des experts, des « oracles » de la *blockchain* : la fonction tierce ne disparaît pas mais tend à devenir interne au système. Le tiers doit provenir des métiers concernés, il doit connaître la culture de l'entreprise et notamment comprendre le rapport spécial au temps. Les oracles chargés de régler les conflits sur la *blockchain* suivent les mêmes conditions de légitimité que la *blockchain* elle-même. On attend de ces tiers inclus qu'ils trouvent des solutions, qu'ils débloquent des situations, qu'ils facilitent la fluidité pour respecter la valeur suprême de la *business continuity*.

23 - Dans les relations de travail ou de famille, le juge étatique est réservé aux cas les plus graves ; il ne doit plus rechercher un équilibre sociétal dans des relations nécessairement asymétriques, parmi des intérêts contradictoires mais solidaires. Il est maintenu en lisière de cette légalité systémique et on lui demande d'ailleurs de jouer un rôle de garde-frontière. Il doit garder les frontières morales de la dignité ou des droits fondamentaux. Il a également la charge de préserver l'intégrité du système, d'où la valorisation de nouvelles infractions que l'on pourrait qualifier de « systémiques » car elles prennent tout leur sens par rapport à lui. Qu'il s'agisse de la corruption, du harcèlement, de la discrimination, de la fraude, à chaque fois le fondement de l'incrimination réside dans une relation qui est faussée, pervertie. Le juge devra, au cas par cas, décider du moment où les cadeaux d'affaires deviennent de la corruption, où une plaisanterie franchit la ligne rouge et doit être qualifiée de harcèlement, où une remarque génère de l'humiliation, où une caresse cesse d'être une marque d'affection parentale...

15 P. Dumouchel, *Le Sacrifice inutile. Essai sur la violence politique* : Flammarion, 2011, p. 276.

16 Th. C. Schelling, *The Strategy of Conflict* : Harvard University Press, 1990, cité par B. Dubreuil, Ch. Nadeau, Jon Elster. *Passions,*

*raisons et délibération* : Michalon, coll. *Le bien commun*, 2011, p.

17 Nous nous permettons de renvoyer à : A. Garapon, *Le tiers inclus - Rôle et enjeux de la fonction de directeur juridique dans la mon-*

*dialisation, Rapport, mars 2016 : Conventions et Cercle Montesquieu*, [http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2016/04/Rapport\\_ConventionS-vf-.pdf](http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2016/04/Rapport_ConventionS-vf-.pdf).

## « Le droit n'est plus un cadre à interpréter pour agir mais une information parmi d'autres que l'acteur rationnel doit prendre en compte. »

### E. – Une internalisation de la légitimité (par l'efficacité)

24 - Dans un ordre juridique, la légitimité d'une décision ou d'un acte lui vient de sa correspondance avec les sources sociales, politiques et symboliques de l'autorité. Dans un système en revanche, le flux porte en lui-même sa propre légitimité. La dimension symbolique qui fondait l'autorité du droit passe à la trappe puisque le droit est réduit à sa performance sociale et économique. Est juste ce qui est efficace, plus exactement ce dont l'efficacité peut être mesurée. Alors que le droit classique se légitimait en amont par l'émetteur de droit, l'autorité de la nouvelle légalité s'établit par l'aval.

25 - Cela se vérifie dans le numérique, l'ordre graphique est une circulation indéfinie de nombres qui génère des flux de façon exponentielle. Pour l'économie, les flux sont source de plus-value et donc de prospérité ; c'est enfin vrai des relations sociales dans lesquelles les mérites de la mobilité sont sans cesse vantés. On parle ainsi de la **fluidité** non seulement pour la circulation de l'information mais aussi pour la vie sociale. Les flux doivent dépasser les blocages, les irritants. Toute convention sociale doit être supprimée, la culture est arasée aussi bien par les règles impersonnelles de la mondialisation, que par le calcul rationnel ou la révolution graphique. La culture en général et le droit sont considérés comme des biais cognitifs et le souci de la justice devient suspect de « capture ».

26 - La légalité systémique congédie toute idéalité. La vie est à elle-même sa propre justification. Il n'y a plus de distinction entre l'être et le devoir être, ce qui caractérisait l'ordre juridique. Il n'y a pas de différence entre les paramètres techniques qui permettent à un mécanisme de fonctionner et la vertu du système puisque sa seule légitimité est de fonctionner. C'est la raison pour laquelle Niklas Luhmann a pu écrire que le normatif tend à se confondre avec le cognitif.

### F. – Une intégration de l'éthique dans le système

27 - On aurait tort de croire que la légalité systémique, purement fonctionnelle, est hostile à toute préoccupation éthique. Celle-ci n'en est pas absente, bien au contraire, mais elle se loge différemment que dans l'ordre juridique où elle s'effaçait devant le droit dur. Les droits fondamentaux, la dignité humaine, le respect de l'environnement (tous domaines qui ne sont pas spontanément liés par des frontières) n'ont pas déserté mais ils doivent s'articuler au système pour être effectifs. Le meilleur

exemple en est la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : elle doit faire converger les intérêts économiques de l'entreprise avec ces nouveaux impératifs de nature extra-économique. C'est aussi l'esprit de l'*ethic by design* qui inscrit des valeurs dans l'architecture d'information elle-même. C'est très en amont par un travail de collaboration entre juristes et concepteurs du logiciel que les droits pourront être respectés, non par une déclaration politique extérieure à la technique. On retrouve une conception identique pour la *blockchain* qui inscrit les garanties dans les *smarts contracts* et qui rend toute transaction non modifiable et infalsifiable. Enfin, l'on ne compte plus les comités d'éthique qui fleurissent aussi bien dans la *legal tech* que dans les instances internationales.

28 - Une telle conception de la régulation du numérique se heurte à plusieurs obstacles majeurs. Tout d'abord, s'en remettre à l'éthique des acteurs néglige le fait qu'ils sont en situation de concurrence ; d'une concurrence féroce qui va voir la plupart d'entre eux disparaître ou se faire absorber à terme par de grands groupes du numérique. Comment dans ces conditions, leur demander de faire passer l'éthique avant le souci de leur propre existence ? Est-ce seulement réaliste ? Ensuite, cette conception postule qu'il est possible de remonter du local au global, de l'instrumentalité à la finalité, ce qui est plus que contestable. Enfin, une telle stratégie pourrait se concevoir dans un espace homogène et fondé sur un consensus moral mais ce dernier n'existe pas. Notre monde n'est pas uni : il est divisé entre des espaces de régulation : L'Europe impose à Facebook de respecter un droit à l'oubli ? Le géant s'y soumet en limitant ces principes à un quart de ses *followers*.

## 3. Un conflit de légalités

29 - Repartons du terme de « légalité » qui est commun au droit, à la technique et à la philosophie (Cassirer parle de la légalité d'une forme symbolique<sup>18</sup>). Il nous met sur la voie de la rupture actuelle qui affecte le droit et dérouté les juristes. Cette nouvelle légalité n'inaugure pas une nouvelle école de pensée juridique après celle du positivisme juridique, mais conteste l'idée même de droit ; non pas au nom d'une philosophie de l'histoire ou d'une loi de la nature comme les totalitarismes du XX<sup>e</sup> siècle, mais en prétendant instaurer une manière non politique d'organiser la coexistence humaine. Le chiffre est opposé à la parole, la statistique à la dialectique, le code à l'alphabet, l'ordre graphique au monde physique<sup>19</sup>, les avocats sont aux prises avec des mathématiciens, les juristes avec des économistes, les nationaux avec des fonctionnaires

18 E. Cassirer, *Substance et fonction. Éléments pour une théorie du concept*, trad. de l'allemand par P. Caussat : Minuit, 1977, p. 178.

19 Nous nous permettons de renvoyer à A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale. Révolution*

*graphique et rupture anthropologique* : PUF, 2018.

du FMI ou de la Banque mondiale. Le décrochage se situe à un niveau plus profond que des divergences sur la nature du droit : il concerne le registre de la **constitution du sens**. Cette légalité prétend réguler sans passer par le sens. La raison juridique n'a plus vocation à imprégner des actions mais à provoquer des réactions qui sortent du droit en ressortant de la raison instrumentale. Le droit n'est plus un cadre à interpréter pour agir mais une information parmi d'autres que l'acteur rationnel doit prendre en compte.

## A. – Le droit de la sortie du droit

30 - Le droit formel, tel qu'enseigné dans les facultés de droit et appliqué par les juges, subsiste bien entendu mais il fait désormais l'objet d'un usage paradoxal. Il n'a plus vocation à s'appliquer dans le sens fort du terme c'est-à-dire à modifier le réel en sollicitant une interprétation des juges et une participation des sujets de droit, mais à provoquer une réaction. Le droit dans un nombre grandissant de situations, joue à contre-emploi, c'est-à-dire comme repoussoir, la politique consiste moins à réformer la justice qu'à profiter de ses vices congénitaux (elle est longue, onéreuse et incertaine) pour réduire l'offre de justice et pousser à d'autres formes de règlement des conflits. Plutôt que d'améliorer l'institution on organise son contournement.

31 - Des conventions internationales existent comme celle de La Haye pour la coopération en matière civile mais leur mise en œuvre est très lourde et trop longue. Il faut, à l'heure de la communication électronique, faire au plus vite ; on n'a plus le temps de faire du droit ! Et puis il faut s'en remettre à d'autres que soi, ce qui n'est pas apprécié à l'ère du *do it yourself*.

32 - La nouvelle légalité systémique n'a pas vocation à succéder au modèle de l'ordre juridique politique et territorialisé mais elle l'habite en le disloquant sans toutefois le détruire, et donc, ce faisant, en le complexifiant : elle agit comme une force de délocalisation dans un droit localisé, de sidération des montages symboliques, de temps zéro dans une construction temporelle, de privatisation jusque dans le droit public.

## B. – Une forme paradoxale de la contrainte et du contrôle

33 - Cette légalité agit de manière paradoxale car elle discipline la coexistence humaine mais sans se présenter comme une contrainte. Mieux, elle semble agrandir nos libertés alors qu'elle les restreint mais selon des modalités inédites. À l'image de tous les acquis de la modernité qui, comme le remarque Marcuse,

peuvent se retourner en instruments de contrôle : « Tout ce qui est touché par notre société devient un potentiel de progrès *et* d'exploitation, d'aliénation *et* de satisfaction, de liberté *et* d'oppression »<sup>20</sup>. Cette légalité systémique post-politique multiplie les libertés individuelles (notamment sociétales) peut-être dans le but d'éloigner la liberté politique, elle contraint en multipliant les choix, elle enferme par l'ouverture infinie mais sans alternative, elle demande d'obéir en collaborant, elle donne la parole à tous tout en rejetant toute référence critique, elle organise une répression par la désublimation, elle obtient une obéissance par le sourire de la technologie.

34 - Prenons l'exemple du numérique : notre liberté est immédiatement satisfaite par la fourniture d'informations mais elle est en même temps secrètement menacée sur le long terme par la capitalisation d'informations sur nous par des géants du net. Une plus grande égalité à l'intérieur des groupes est concomitante d'un creusement des inégalités sur le plan global. L'enfermement prend la forme d'un service. La légalité systémique exacerbe l'opposition entre le micro et la macro, entre l'immédiat et le long terme, entre l'expérience et le réel, entre ce qui est bon pour l'individu et ce qui est bon pour le groupe voire pour l'espèce. Elle est rattrapée, piégée en quelque sorte par son postulat individualiste.

## 4. Le futur rôle du droit

35 - La révolution systémique, qui bouleverse le droit, doit se comprendre dans un mouvement d'idées de plus grande ampleur, l'apparition des sciences cognitives (et notamment de la cybernétique aujourd'hui oubliée) dans lesquelles il faut chercher ses postulats fondamentaux. Même si elles s'étaient constituées dès 1945<sup>21</sup> selon les uns, 1956 pour d'autres, c'est après la chute du Mur de Berlin en 1989 que les sciences cognitives s'imposent comme la direction dans laquelle il faut attendre les plus grands développements. Elles opèrent une véritable révolution symbolique en bouleversant des distinctions aussi fondamentales que les rapports nature/culture, être/devoir-être, homme/animal, sujet/objets. L'année 1989 marque un tournant car elle inaugure un monde unipolaire sous la domination des États-Unis qui se sentent investis de la mission d'exporter l'économie de marché, les droits de l'homme et la démocratie en kit partout dans le monde, et qui confèrent ainsi une consistance politique à une représentation systémique du monde.

36 - La révolution qu'opèrent les sciences cognitives doit nous amener à les considérer comme une nouvelle étape qui s'ouvre dans l'histoire de la modernité, à la suite de la Renaissance, du

20 H. Marcuse, *L'homme unidimensionnel*, trad. De l'américain par Monique Wittig : Les éditions de Minuit, 1968, p. 102.

21 V. à ce sujet J.-P. Dupuy, *préc. note 10*.

classicisme, des Lumières, du romantisme et du marxisme. Même si l'on peut en trouver des prémisses dans les Lumières écossaises, il n'en demeure pas moins que cette nouvelle vision du monde marque une rupture radicale. L'approche mécanique de la vie en société, la prétention d'organiser de manière non politique la coexistence humaine par l'économie, le numérique ou la mise en concurrence généralisée dénotent par rapport aux périodes précédentes qui s'appuyaient sur une réinterprétation de l'histoire (la Renaissance redécouvre l'Antiquité par exemple).

37 - Les sciences cognitives procèdent non seulement d'un refoulement du passé mais plus encore de la finitude de la condition humaine. Elles font miroiter la possibilité d'une humanité enfin délivrée des vicissitudes que lui impose son « insociable socialité »<sup>22</sup>, du tourment du désir et du drame de la volonté de puissance. Comme si l'avènement d'un « ordre social spontané » allait nous permettre d'en finir avec le tragique de notre condition politique.

### A. – Le prix de l'oubli du droit

38 - La triste réalité de notre monde nous fait vite redescendre sur terre. L'on découvre que lorsque les quatre dimensions, qui étaient réunies dans la légalité classique de l'ordre juridique, deviennent autonomes, elles ne tardent pas à devenir folles. La politique redevient force en faisant un usage purement instrumental des formes politiques comme le montre l'illibéralisme. Un droit dissocié de la morale pousse au cynisme celui qui le pratique et n'attire plus le respect de celui auquel il s'applique comme le montre le capitalisme prédateur décomplexé. Certains individus font sécession et cherchent dans une loi religieuse intransigeante l'absolution à leurs actions radicales et sanglantes comme en témoigne le terrorisme djihadiste. D'autres aimeraient que les mœurs soient de nouveau investies du pouvoir de gouverner directement la vie en société comme le montre le populisme. Sans compter que cette vision naïve d'une convergence spontanée

aboutissant à un équilibre dans la mondialisation produit exactement l'inverse<sup>23</sup>. Ce sont là des maladies du syndrome dissociatif qui affecte la légalité systémique qui méprise la profondeur sociale, symbolique et politique de l'ordre juridique. Ce péché d'orgueil se paie par un retour de la violence : violence sanglante du terrorisme, violence prédatrice de l'économie, violences éruptives de protestation, violence insidieuse du vide symbolique qui frappe les sociétés occidentales, violence invisible de la possession numérique.

### B. – Que peut-on attendre du droit ?

39 - La légalité systémique, an-humaine<sup>24</sup> encore plus qu'inhumaine, signerait-elle la mort du droit ? Elle pourrait tout aussi

bien marquer sa renaissance. Si le droit a perdu son *imperium*, il n'est pas privé de *jurisdictio*, entendue comme pouvoir de dire le juste, et plus profondément encore comme habilitation à tenir une parole publique d'autorité. La première arme du droit reste en effet l'usage public de la parole, ce qui lui confère une infinie supériorité sur le marché ou le numérique qui sont des régulations sans langage. Or, comme le rappelle Ricœur, « nous sommes nés de la parole et nous devons sans cesse nous la réapproprier. C'est au niveau

du langage que, finalement, sens et non-sens s'affrontent »<sup>25</sup>. Sans langage, aucune chance de renouer avec la signification, et donc aucun espoir de sortir de l'exil du monde dans lequel nous condamnons les sciences cognitives.

40 - C'est une nouvelle page pour le droit et pour la philosophie du droit qui s'ouvre aujourd'hui et qui attend ses scribes. Dresser le constat d'échec de cette prétention des systèmes d'informations à absorber le droit : voilà la tâche urgente à laquelle les juristes doivent s'engager. Avec intelligence, sans nostalgie ni conservatisme car l'on ne va pas désinventer le numérique, ni se refermer sur des territoires étriés et cloisonnés. On les attend pour construire avec les instruments de la modernité un monde habitable par l'homme. ■

**« La première arme du droit reste l'usage public de la parole, ce qui lui confère une infinie supériorité sur le marché ou le numérique qui sont des régulations sans langage. »**

22 Pour reprendre la célèbre expression de Kant.

23 R. Baldwin, *The Great Convergence. Information technology and the new globalization* : Harvard University Press, 2016.

24 Jacques Ellul parlait « d'ab-humanité ».

25 P. Ricœur, *Histoire et vérité* : Seuil, 3<sup>e</sup> éd., 1964, p. 316.