

## Argumentaire pour l'application de la systémique au droit

Christophe SAMPER

Université d'Aix-en-Provence

RÉSUMÉ. — La systémique et le droit ne sont pas antinomiques. Ce point semble acquis, pourtant rares sont les travaux juridiques qui y font référence. Cette étude a pour objet de démontrer que le droit a intérêt à recourir à la systémique, qui plus qu'une simple méthode, peut se révéler une véritable méthodologie. Elle permet alors d'expliquer le droit, mais également d'expliquer au droit (pris en tant que système).

Le droit évolue sans cesse afin de s'adapter aux phénomènes sociaux. Pour ce faire, il a recours à de nombreux concepts qui se développent en périphérie des domaines connus. L'essor des relations internationales et, à un moindre niveau, le rapprochement européen, accentuent un sentiment de complexité. Ce dernier suit l'évolution sociale selon une croissance exponentielle. Les mouvements du droit deviennent difficiles à suivre. Cela permet de comprendre le recours à de nouvelles méthodes issues de diverses sciences<sup>1</sup>. Les théories du jeu<sup>2</sup>, de l'adaptation<sup>3</sup>, de l'organisation<sup>4</sup>, de la décision<sup>5</sup>, des

<sup>1</sup> A. W. Born et L.B. Goldschmidt, « La création légale de systèmes autopoïétiques. Le cas du risque », *Droit et société*, n° 35, 1997, p. 125-150.

<sup>2</sup> D. Lecourt, *L'ordre et les jeux. Le positivisme logique en question*, éd. B. Grasset, Paris, 1981 ; « Droit et jeu : "variations interdisciplinaires" », *Droit et société*, n° 17-18, 1991 ; E. Mackary, « Le droit saisi par le jeu », *Droit et société, ibid.*, p. 57-81 ; G. Ferrari, « Le droit dans la forme praxéologique du jeu », *Droit et société, ibid.*, p. 82-96 ; W. Krawietz, « Droit et jeu. Le point de vue de la théorie des systèmes », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. Ost et M. Van de Kerchove, L.G.D.J. « Droit et Société », 1992, pp. 218-235 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF « Les voies du droit », 1992, des mêmes auteurs, « Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit », in *Le jeu : un paradigme pour le droit, op. cit.*, p. 239-276.

<sup>3</sup> Sur ce point cf. J. Piaget : *L'équilibration des structures cognitives, problème central du développement*, PUF, Paris, 1975 (cité par J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme, tome 1 Des fondements*, éd. E.S.F. « Communication et complexité », 1994, p. 127).

<sup>4</sup> E. Morin, *La méthode*, tome 1 *La nature de la nature*, éd. du Seuil, Paris, 1977, et du même auteur, *La méthode*, tome 2 *La vie de la vie*, éd. du Seuil, Paris, 1980, (en ce sens J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme, op. cit.*, p. 127).

<sup>5</sup> R. Gassin, « Système et droit », *Revue de droit prospectif*, P.U.A.M., 1981-3, p. 353-365, p. 354.

ensembles flous<sup>6</sup>, de l'auto-réflexivité<sup>7</sup>, etc. en sont des exemples connus dans tous les domaines juridiques. La systémique<sup>8</sup> constitue une de ces méthodes, mais étonnamment, elle n'a pas connu le succès attendu, comme dans d'autres disciplines<sup>9</sup> humaines (économie, linguistique, didactique,...) Pourtant il a été démontré sa possible adéquation au droit délaissant il est vrai l'aspect utilitaire de cette méthode. En effet, certains auteurs se sont penchés sur ce problème et ont dégagé trois critères<sup>10</sup> de définition d'un système :

- il faut qu'il y ait un ensemble d'éléments ou de composants<sup>11</sup>. Ils peuvent être de nature différente d'un système à l'autre, mais aussi à l'intérieur d'un même système<sup>12</sup>. Ils peuvent d'ailleurs constituer eux-mêmes des sous-systèmes.

<sup>6</sup> M. Delmas-Marty : *Le flou du droit*, PUF « Les voies du droit », 1re éd. 1986 ; Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques, « La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *R.S.C.* 1987, p. 819-862 ; v. aussi B. Walliser, *Systèmes et modèles. Introduction critique à l'analyse des systèmes*, éd. du Seuil, Paris, 1977, p. 240.

<sup>7</sup> C. Grzegorzczuk, « Système juridique et réalité : discussion de la théorie autopoïétique du droit », in *Controverse autour de l'ontologie du droit* sous la direction de P. Amselek et C. Grzegorzczuk, PUF « Questions », 1989, pp. 179-210 ; H. Willke, « La théorie autopoïétique du droit, autonomie du droit et transférences contextuelles », in *Controverse autour de l'ontologie du droit*, op. cit., pp. 161-178 ; G. Teubner : *Le droit, un système autopoïétique*, PUF « Les voies du droit », 1993, du même auteur, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, traduit de l'allemand par N. Boucquoy avec la collaboration de G. Maier, Bruylant éd. et L.G.D.J. « La pensée juridique moderne », Bruxelles-Paris, 1996.

<sup>8</sup> Nous ne rentrerons pas dans le débat sur l'emploi de l'expression analyse systémique, ou analyse de(s) système(s), ou encore modélisation systémique, ou science des systèmes,.... Sur ce point v. R.J. Vernengo, « Le droit est-il un système ? », *Arch. phil. droit* n° 36, « Droit et Science », éd. Sirey, 1991, p. 253-264. Sur la distinction analyse systémique et analyse systématique, v. *Avant propos* de M. Delmas Marty et G. Timsit, in *Modèles et mouvements de politique criminelle*, éd Economica, 1983. Toutefois, il nous semble que l'expression analyse systémique est antinomique puisque précisément la systémique se veut une méthode plus synthétique qu'analytique. Nous opterons par conséquent pour le terme de systémique.

<sup>9</sup> L'utilisation du mot « discipline » nous permet de ne pas entrer dans la polémique relative à certaines matières dont on s'interroge sur leur nature exacte. S'agit-il d'une science ? Tel est le cas de la linguistique par exemple. Le terme discipline se montre ainsi plus général.

<sup>10</sup> En ce sens cf. K. Pleszka et T. Gizbert-Studnicki, « Le système du droit dans la dogmatique juridique », *Arch. phil. droit*, n° 31, « Le système juridique », 1986, p. 107 à 120 et not. p. 110 pour qui « l'image du système est fonction de trois éléments :

- de la définition de l'ensemble
- de la définition des éléments de l'ensemble
- de la définition de l'ordre de l'ensemble et des propriétés de cet ensemble ».

Ici la notion d'ordre de l'ensemble renvoie à celle d'organisation et donc d'interaction, celle de propriété à la notion de structure. Les propriétés d'un ensemble lui confèrent en effet une spécificité qui caractérise la structure du système.

<sup>11</sup> V. not. C.W. Churchmann, *Qu'est-ce que l'analyse par les systèmes ?*, trad. par B. et M.A. Leblanc, Paris, 1974, p. 43 ; J. Ladrière : v° système in *Encyclopédia Universalis*, tome 17, Paris, p. 586.

<sup>12</sup> F. Ost et M. Van De Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF « Les voies du droit », 1988, p. 25.

- il faut que ces éléments soient en interaction et présentent ainsi une certaine organisation au sein du système. Il ne s'agit pas de se limiter à une juxtaposition qui relève plutôt des ensembles. Cette interaction<sup>13</sup> peut aussi se traduire par l'idée d'interdépendance<sup>14</sup> ou de solidarité<sup>15</sup>.

- il faut enfin qu'il existe une certaine unité, ce qui va au-delà du simple jeu de l'interaction entre les éléments. Cette idée est fondamentale puisqu'elle confère au système sa spécificité et permet de distinguer si tel élément appartient ou non au système. Elle accorde un aspect d'identité aux éléments<sup>16</sup> qui n'existerait pas sans une certaine unité. Cette dernière se fonde sur un ou plusieurs principes qui déterminent la structure du système<sup>17-18</sup>.

Ils ont ensuite confronté ces différents critères au droit, démontrant de la sorte la possible application de cette méthode. Elle est maintenant admise indiscutablement au point que le droit est représenté en général comme étant un système<sup>19</sup>, et MM. Ost et Van de

<sup>13</sup> R. Gassin, *op. cit.* ; J. Chevallier, in J. Chevallier, D. Loschak *et al*, *Le droit en procès*, PUF, Paris, 1983, p. 9 (cité par Ost et de Kerchove, *Ibid.*, p. 25 note 28).

<sup>14</sup> F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*

<sup>15</sup> A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, v° système, PUF, Paris, 17e éd. 1996.

<sup>16</sup> J. Chevallier, *Ibid.*, p. 14.

<sup>17</sup> F. Ost et M. Van de Kerchove, *Ibid.*, p. 24 ; R. Gassin, *Ibid.*, p. 362 ; A.J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, tome 1 *Où va la sociologie du droit ?*, L.G.D.J. « Bibliothèque de philosophie du droit », n° 26, Paris, 1981, p. 22. Pour J. Combacau, « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », *Arch. phil. droit*, n° 31, « Le système juridique », éd. Sirey, 1986, pp. 85-105, présente le droit international comme n'étant pas un agrégat d'éléments, mais comme un ensemble organisé et animé d'une logique globale qui permet d'insérer des éléments nouveaux sans risque de détruire cette organisation. Cette idée de logique globale compose ici le rôle de structure du système. P. Orianne, *Introduction au système juridique*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 24 retient aussi ces trois éléments, de même P. Braillard, *Théories des systèmes et relations internationales*, Préface de P. Friedlander, éd. Bruylant « Organisation internationale et relations internationales », Bruxelles, 1977, p. 53.

<sup>18</sup> Ce type de définition est à rapprocher de certaines conceptions qui laissent l'idée de structure sous-jacente préférant s'attacher plutôt à l'idée d'évolution. Pour ces auteurs, le système se caractériserait par trois idées :

« celle d'un ensemble en rapport réciproque avec un environnement, ces échanges lui assurant une certaine autonomie,

celle d'un ensemble formé de sous-systèmes en interaction, cette interdépendance lui assurant une certaine cohérence,

celle d'un ensemble subissant des modifications plus ou moins profondes dans le temps, tout en conservant une certaine permanence » (B. Walliser, *op. cit.*, p. 10 et 11.) L'idée de structure se retrouve à travers celle d'autonomie (ou de permanence spatiale) puisqu'elle confère une certaine spécificité ; et à travers l'idée de permanence temporelle qui ne peut exister qu'à la condition d'une certaine unité. Sans cette dernière, l'évolution l'entraînerait à une modification de sa nature et donc à terme, à une disposition du système initial et à la naissance d'un nouveau système.

<sup>19</sup> Beaucoup d'auteurs emploient le concept de système juridique sans démonstration révélant ici l'idée d'une certaine évidence de la présentation du droit comme système. M. Miaille, « Désordre, droit et science », in *Théorie du droit et science* sous la direction de P. Amselek, PUF « Leviathan », 1994, p. 87-103 et not. p. 89 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz « Philosophie du droit » n° 7, Paris, 2e éd. 1962, p. 257 ; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove avec la collaboration de J. van

Kerchove commencent un de leurs ouvrages par l'affirmation suivante : « Que le droit – du moins le droit occidental moderne – se produise sous la forme de système est une évidence difficilement réfutable »<sup>20</sup>. Une partie de la doctrine a perçu l'importance de cette approche estimant que son application à l'univers juridique apparaît comme une évidence<sup>21</sup> et en a fait un des thèmes fondamentaux de la théorie du droit moderne<sup>22</sup>. Mais les différentes études opposant droit et systémique se bornent à en retenir l'adéquation sans définir les intérêts de cette méthode dans le domaine juridique<sup>23</sup>. Elles ont, dans le meilleur des cas, ouvert certaines pistes, sinon elles se sont limitées à reprendre les apports généraux qu'elle présente dans les autres matières pour en faire une application parcellaire. Pourtant, elle peut être d'un apport certain dans des matières comme la théorie du droit où elle a déjà sa place. Elle peut aussi servir de manière plus usuelle pour différentes recherches dans des domaines nouveaux afin d'expliquer certains phénomènes comme le droit économique. Elle peut enfin, avoir un intérêt pratique dans la détermination des décisions judiciaires, voire extrajudiciaires<sup>24</sup>, ou dans la compréhension de celles-ci.

Ainsi le développement de son application en droit dépend des intérêts méthodologiques qu'elle propose. Si on s'en tient à la finalité première de la systémique qui est d'envisager les phénomènes dans leur globalité et leur complexité, elle se limiterait le plus souvent à proposer un angle d'approche différent pour confirmer un résultat. Ce serait déjà faire preuve d'une utilité certaine, mais cela conforterait les réfractaires. De manière extrême, elle pourrait offrir des réponses ou tout au moins ouvrir des pistes de réflexion non perçues jusque-là. Par conséquent, afin d'accorder à la systémique la place qui lui convient, il faut déterminer les intérêts qu'elle propose à la science juridique. Sans avoir la prétention d'être exhaustif, tant les apports sont nombreux et variés, il est possible d'en préciser quelques-uns relevant de la confrontation du droit à la notion de système puis à la systémique elle-même.

## I. — LES INTÉRÊTS TIRÉS DE LA CONFRONTATION DE LA NOTION DE SYSTÈME AU DROIT

Drooghenbroeck et R. Celis, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976 ; S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. par L. François et P. Gothot, Dalloz « Philosophie du droit » n° 15, 2e éd. 1975, pp. 7 et 31 ; M. Troper, « Système juridique et État », *Arch. phil. droit*, n° 31, p. 29-44 et not. p. 30, qui parlent d'ordre juridique mais qui l'utilisent comme synonyme de système juridique.

<sup>20</sup> F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 9 et p. 233.

<sup>21</sup> R. Sève, *Introduction*, *Arch. phil. droit* n° 31, « Le système juridique », éd. Sirey, 1986, pp. 1-10, p. 6.

<sup>22</sup> R. Sève, *ibid.*, p. 1, va plus loin en considérant qu'« envisager le droit comme système est le thème fondamental de la théorie du droit moderne ».

<sup>23</sup> N. G. Indjessiloglou, *L'apport de l'analyse systémique dans le domaine juridique*, Thèse Paris II, 1980.

<sup>24</sup> Celles de l'administration par exemple, avec le développement du droit administrato-répressif. Sur un exemple d'application de la systémique dans le champ administratif v. G. Houchon, « Le système pénal dans le système social belge », in *Le système pénal belge, professions, fonctionnements, politiques*, Liège, École de criminologie de l'Université de Liège, 1974, pp. 27-60.

Le système, selon les trois critères définis, requiert un agencement tel qu'il s'oppose à l'idée de désordre. Dans cette dernière hypothèse, nous ne serions pas en présence d'un système, mais d'un ensemble ; les conditions d'interaction et d'unité contraignant à une certaine discipline des éléments. Cette idée d'assembler, de disposer dans un certain ordre se retrouve dans l'origine étymologique grecque du mot « système »<sup>25</sup>. Plus récemment on a donné à ce terme d'autres acceptions dérivant de la notion d'ordre comme caractéristique du système. On a parlé d'ensemble de procédés méthodiquement ordonnés<sup>26</sup> ou d'ensemble d'éléments liés par des rapports stables<sup>27</sup>. Cet ordre qui se retrouve par conséquent dans tout système ne répond pas au même type selon le domaine considéré, sauf à préciser qu'il est rarement centré au sens d'une organisation stricte et rigide. Il faut plutôt penser à un « ordre mou », autrement dit un agencement minimum commun à l'ensemble des systèmes et dont le degré d'ordonnement varie selon le système étudié. On retrouve nettement ce principe d'agencement minimum en mathématique ou en physique lorsque l'on se trouve devant des relations asymétriques<sup>28</sup>. On a un élément premier (un axiome en mathématique, une particule en physique) qui génère les suivants. Il s'ensuit une avalanche de relations mutuelles, croisées où chaque partie s'explique par les précédentes qui elles-mêmes s'expliquent par les suivantes<sup>29</sup>. Ainsi on retrouve dans le concept de système l'idée d'agencement. Appliqué au droit cela doit révéler un certain type d'organisation puisque le droit est lui-même fondé sur l'idée d'ordre (et son contraire, de désordre)<sup>30</sup>, c'est une science d'organisation<sup>31</sup>. Aussi le système juridique devrait proposer un schéma organisationnel poussé, associant un double degré d'agencement de ses éléments (d'un côté celui propre au système, de l'autre,

<sup>25</sup> « Systema » en grec exprimait l'action d'arranger de disposer en ordre, en dérivant du verbe « synistavai ». V. R. Sève, *op. cit.* p. 2 ; de même D. Parrochia, « Quelques aspects épistémologiques et historiques des notions de "système" et de "modèle" », in *La modélisation : confluent des sciences*, éd. du CNRS, Paris, 1990, pp. 215 à 233 et not. p. 216.

<sup>26</sup> Nous pensons ici au système procédural de défense d'une partie, mais aussi au système numérique, métrique,... V. R. Sève, *ibid.*

<sup>27</sup> Il s'agit d'une vision plus globale et plus commune renfermant tant la science biologique avec le système vivant, que la science physique (système solaire), les sciences économiques, la science juridique,... cf. R. Sève, *ibid.*

<sup>28</sup> On peut citer comme exemple une relation d'égalité, celle-ci ne respectant pas une symétrie mais traduit un résultat. Ainsi si  $A = B$  où  $A = a/b$  cela ne peut se traduire par  $a/b$  symétrique de  $B$  car  $B$  peut prendre une forme différente asymétrique. Tel est le cas si  $B = d^2$  car  $d^2$  n'est pas symétrique de  $A$ , la division n'était pas la symétrie de la multiplication. Une relation d'équivalence respecte quant à elle la symétrie : si  $A \Leftrightarrow B$  où  $A$  correspond à  $y = ax + b$  et  $B$  à  $y - b = ax$ .

<sup>29</sup> Ce sont les parties résultantes de l'élément original qui justifient son existence et ainsi participent à son explication. En ce sens E. B. de Condillac, *Traité des systèmes*, texte revu par F. Markovits et M. Authier, Paris, Fayard, 1991, p. 121 (cité par R. Sève, *ibid.*, p. 4) « Un système n'est autre chose que la disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement et où les dernières s'expliquent par les premières. Celles qui rendent raison des autres s'appellent principes... »

<sup>30</sup> En ce sens v. S. Romano dont l'ouvrage s'intitule « L'ordre juridique », *op. cit.*, et not. p. 7 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.* ; K. Pleszka et T. Gizbert-Studnicki, *op. cit.*, p. 110 et s.

<sup>31</sup> CREDECO, « L'évolution récente du droit économique français », *Revue internationale de droit économique*, n° 2, 1991, pp. 211-246, et not. p. 244, « le droit est une science d'organisation ».

celui propre à la science juridique). Cela conduit à penser le droit comme un système ordonné.

La représentation de l'ordonnement du droit est l'une des questions les plus importantes de la théorie juridique. Elle a intéressé les auteurs depuis longtemps, mais la prise en considération du droit comme système ne s'est faite que progressivement et récemment. Le droit romain ne connaissait pas de systématisation réelle malgré certains efforts tels les *Institutes* de Gaius opérant une classification tripartite : personnes, choses et actions<sup>32</sup>. Il faut attendre le XIII<sup>e</sup> siècle pour voir une possible ouverture vers l'idée de système avec la redécouverte de la logique aristotélicienne<sup>33,34</sup> qui coïncide au passage de la glose qui relève de la méthode analytique, au commentaire appartenant à la méthode synthétique<sup>35</sup>. De cette étape s'ensuit un processus d'évolution marquant tout d'abord un effort de systématisation du droit avant d'intégrer véritablement la systémique à ce dernier afin de l'aborder sous l'angle d'un système à part entière.

#### A. — La systématisation du droit

Si le droit n'a pas été perçu dès le départ comme un système, il a quand même fait l'objet d'un effort de systématisation. Il s'agissait de le représenter sous un angle plus général. On envisage le droit dans l'environnement social dans lequel il évolue, en s'attardant sur sa fonction de réglementation. Le droit est alors entendu comme « un ensemble de relations sociales intelligibles à l'intérieur d'une collectivité organisée par le droit »<sup>36</sup>. Hobbes parlera ainsi de « systèmes réguliers » à propos de certains types de sociétés : républiques, corporations,...<sup>37</sup>

Cette perspective sera poursuivie et approfondie au sein même du droit où l'on va s'attarder à systématiser la matière en tant que telle et non plus dans son environnement et le rôle qu'elle y joue. Il existe à ce niveau deux types de systématisation. La première est formelle en ce qu'elle se concentre sur l'étude de notions. Tel est le cas du concept d'institution en tant que mécanisme et non en tant qu'organe<sup>38</sup>. La seconde systématisation est matérielle et relève de la théorie du droit. Nous nous concentrerons essentiellement sur ce type de systématisation qui permet de mieux ressentir le passage à la systémique. Celui-ci s'est fait à partir de l'apparition dans un courant de la théorie du droit

<sup>32</sup> J. Gaudemet, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *Arch. phil. droit* n°31, « Le système juridique », éd. Sirey, 1986, pp. 11-28 et not. p. 11.

<sup>33</sup> R. Sève, *op. cit.*, p. 6 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 11 mais ils font remonter la date au XII<sup>e</sup> siècle.

<sup>34</sup> Celle-ci révélant une vaste entreprise d'interprétation systématique.

<sup>35</sup> En effet, la glose est destinée à rendre moins complexe un texte obscur par l'emploi de mots plus intelligibles, tandis que le commentaire vise le même but mais emploie des remarques permettant l'explication.

<sup>36</sup> R. Sève, *ibid.*, p. 7.

<sup>37</sup> T. Hobbes, *Leviathan : Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, traduit de l'anglais par F. Tricaud, éd. Sirey, Paris, 1994, chap. 22.

<sup>38</sup> On peut envisager le cas de la codification qui comprend bien un effort de systématisation. En effet, il faut regrouper les textes par catégories, puis les classer selon certains critères en tenant compte de l'environnement juridique et plus généralement social dans lequel se retrouvent les différentes réglementations.

de ce que l'on peut appeler une systématisation par hiérarchie<sup>39</sup>. Mais celle-ci révélera une certaine insuffisance incitant la doctrine à aller plus loin.

#### 1. – La systématisation par hiérarchie.

L'incontournable lorsque l'on parle de systématisation du droit est bien entendu H. Kelsen qui dans son ouvrage *La théorie pure du droit*<sup>40</sup> a démontré l'existence d'une hiérarchie des normes. Pour lui, la science du droit est une science normative, autrement dit, une science dont l'objet est constitué par les normes juridiques<sup>41</sup>. À partir de là, il considère que les normes sont agencées sous la forme d'une pyramide au sein de l'ordre juridique, ou du système juridique présenté comme synonyme<sup>42</sup>, dont le point de départ est la norme fondamentale<sup>43</sup>.

Pour développer sa conception d'une organisation hiérarchique du droit, Kelsen distingue deux principes d'unité. D'une part, un principe statique qui « envisage le droit à l'état de repos, comme un système de normes en vigueur »<sup>44</sup> et où les normes découlent les unes des autres selon un principe de déduction<sup>45</sup>. Un principe dynamique d'autre part, qui a pour objet « le droit en mouvement, le processus juridique par lequel le droit est créé et expliqué »<sup>46</sup>. On retrouve ici la distinction de G. Timsit entre ordre normatif et espace normatif<sup>47</sup> où le premier est « ordonné par des chaînes d'habilitation : une proposition est justifiée parce qu'elle a été émise selon une procédure prescrite par une norme supérieure »<sup>48</sup>. L'espace normatif relève d'une chaîne logique c'est-à-dire qu'une proposition se trouve justifiée par le fait qu'elle découle d'une autre selon son contenu<sup>49</sup>. À partir de là Kelsen va démontrer sa théorie de la formation du droit par degré. Il s'agit d'une construction hiérarchique où la norme supérieure règle la création de la norme inférieure en lui communiquant sa validité. Cet édifice ordonné définit l'ordre juridique. Il considère en effet, que « l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice de plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou de couches de normes juridiques »<sup>50</sup>. Au sommet on trouve la constitution qui règle la

<sup>39</sup> Sans que cela soit une tautologie car si la systématisation implique un certain agencement, celui-ci peut ne pas être sous forme hiérarchique.

<sup>40</sup> H. Kelsen, *La théorie pure du droit*, *op. cit.*

<sup>41</sup> En ce sens P. Dubouchet, « La théorie pure du droit et la logique », *R.R.J.* 1991-3, P.U.A.M., n° 46, pp. 725 à 754 et not., p. 727.

<sup>42</sup> H. Kelsen, *ibid.*, p. 257, v. aussi S. Romano, *op. cit.*, p. 7 et 31 et la liste d'auteurs énumérés par F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 23 (J. Raz, *The concept of Legal System*, Oxford, 1970 ; M. Troper, *Système juridique et État*, *op. cit.*, p. 30 ; C.E. Alchourron et E. Bulygin, *Normative Systems*, New-York-Vienne, 1971, p. 4).

<sup>43</sup> C. M. Stamatisis, « La systématisme du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale », *Arch. phil. droit* n° 31, « Le système juridique », éd. Sirey, 1986, pp. 45-56, et not. p. 45, « La norme dite fondamentale prend allure de notion véritable clef de voûte de la Théorie pure du droit ».

<sup>44</sup> H. Kelsen, *ibid.*, p. 96.

<sup>45</sup> F. Ost et M. Van de Kerchove, *ibid.*, p. 33.

<sup>46</sup> H. Kelsen, *ibid.*

<sup>47</sup> G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF « Les voies du droit », 1986.

<sup>48</sup> R. Sève, *op. cit.*, p. 8.

<sup>49</sup> R. Sève, *ibid.*

<sup>50</sup> H. Kelsen, *ibid.*

création des normes juridiques générales. Ensuite, se situent les règlements, puis les normes individuelles (actes administratifs, décisions juridictionnelles, et les clauses contractuelles<sup>51-52</sup>). Par conséquent « toutes les normes du système sont unies par un lien commun de validité : la norme supérieure communiquant, par une véritable délégation, sa validité à la norme inférieure »<sup>53</sup>. On assiste ainsi à un phénomène de transmission en cascade<sup>54</sup>. En ayant recours à la notion d'ordre juridique (ou de système juridique), Kelsen met en exergue le fait que le droit règle lui-même sa création mais aussi son application<sup>55</sup>. Cependant, il est nécessaire de préciser d'où découle la règle première qu'est la constitution, car la logique implique une justification de sa validité au sens kelsénien.

En effet, si chaque norme tire sa validité d'une règle supérieure ou égale, il se pose un problème évident en ce qui concerne la première norme. D'où la constitution tire-t-elle sa validité ? Kelsen considère qu'il y a au-dessus de la constitution une norme fondamentale qui est une norme supposée. On retrouve ici le recours à un axiome. Aussi, sans entrer dans le débat concernant le caractère de la norme (est-elle posée ou supposée) ou du degré de la logique appliquée (logique, métalogue, méta-métalogue)<sup>56</sup>, on peut estimer qu'il y a une référence à une nouvelle forme de pensée, qu'elle soit fondée sur des principes mathématiques (axiome mathématique) ou sur des principes logiques (axiome de la logique). Cette ouverture sur de nouveaux horizons, comme cet essai de systématisation du droit marque un point de départ important dans l'application de la systémique à l'univers juridique.

## 2. – L'ouverture systémique.

Quel que soit le fondement des rapports entre les normes (subordination, causalité, compétence,...), ce qui nous importe c'est l'idée d'une représentation systématisée interne au droit. D'autres auteurs ont poursuivi cette orientation : Hart<sup>57</sup>, Carré de Malberg<sup>58</sup>, S. Romano<sup>59</sup>,... entretenant certaines divergences. Malgré l'avancée indiscutable de cette vision, on peut regretter une insuffisance d'assimilation de la méthode systémique qui se ressent à deux niveaux.

<sup>51</sup> On retrouve ici aussi une hiérarchie. Celle-ci est double puisqu'un acte administratif peut primer une clause contractuelle, mais à l'intérieur des actes administratifs, certains priment sur les autres. Cas de l'arrêté qui est inférieur à un décret.

<sup>52</sup> H. Kelsen, *op. cit.*, p. 299-314.

<sup>53</sup> P. Dubouchet, *op. cit.*, p. 731.

<sup>54</sup> Ainsi A. Brimo a-t-il caractérisé ce lien de validité commun à toutes les normes : « Toute règle apparaît comme un acte d'exécution par rapport à la règle supérieure et un acte de législation par rapport à la règle inférieure à laquelle elle transmet sa validité » ; *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, A. Pédone, Paris, 3e éd. 1978, p. 315.

<sup>55</sup> « L'application du droit est en même temps création du droit », H. Kelsen, *Ibid.*, p. 315.

<sup>56</sup> Cf. M. Jori, « Ordre juridique », *Arch. phil. droit* n° 29, « Dialogue, dialectique en philosophie et en droit », éd. Sirey, 1984, pp. 347-352, et not., p. 347 qui propose deux acceptions en ce qui concerne la norme fondamentale : la méta-métanorme qui donne leur spécification à toutes les autres métanormes, ou comme métanorme en tant que simple somme de toutes les métanormes.

<sup>57</sup> H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*

<sup>58</sup> R. Carré de Malberg, *Théorie de la formation du droit par degrés*, Lib. Sirey, 1933.

<sup>59</sup> S. Romano, *op. cit.*



Au niveau externe, l'analyse effectuée par Kelsen ne porte que sur le domaine juridique l'envisageant de manière isolée. Ce qui ressemble à une hypothèse d'école à l'instar du concept de concurrence pure et parfaite en économie dont personne n'ignore son aspect utopique. Lorsque l'on est confronté à l'univers global dans lequel évolue le droit, on se rend compte de l'immense complexité des relations, réfutant ainsi la simplicité d'un schéma linéaire<sup>60</sup>. Ce dernier simplifiant trop en arrive à oublier la réalité et à créer un mythe : celui de la pyramide des normes. On ne saurait nier l'existence de lien de rétroaction, d'enchevêtrement des rapports,...

Au sein du droit on retrouve le problème de la complexité<sup>61</sup> étant entendu que l'idéal pyramidal ne s'inscrit que dans une hypothèse de droit public limité<sup>62</sup>. Ainsi si l'on aborde le contenu des normes, le schéma constitution, loi, règlement, n'est plus respecté. S'il s'avère exact dans l'absolu (relation hiérarchique de supériorité<sup>63</sup>), il se révèle erroné dans le spécifique (relation hiérarchique d'équivalence<sup>64</sup>). En effet, si le respect de la constitution est obligatoire en règle générale, celui d'un règlement vis-à-vis de la loi est soumis à une condition initiale : que la règle supérieure contienne un lien de compétence avec la règle inférieure<sup>65</sup>. Autrement dit qu'il existe un lien quant au fond entre les deux normes. Un arrêté préfectoral concernant l'interdiction de vente de certains produits dans un endroit donné et pour une période donnée ne saurait être soumis à une loi visant à prévoir les conditions d'admission d'un type de divorce déterminé. On retrouve ici l'idée d'unité et d'organisation propre à la systémique. La situation se complexifie si l'on fait interférer le droit international, voire même le droit européen. La constitution n'apparaît plus dès lors comme la norme première.

Devant ces critiques, certains auteurs vont aller plus loin qu'une simple systématisation du droit, et vont l'envisager véritablement comme un système.

### B. — *Le droit comme système et l'ordonnement juridique*

Le système juridique, au sens de l'utilisation de la systémique au droit, propose une hiérarchie plus développée que l'approche systématisée. Hiérarchie qui intègre parfaitement les données du droit positif<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> M. Miaille, *Désordre, droit et science*, *op. cit.*, p. 91. « L'univers social est multiple, complexe, chaotique même rien ne s'y réduit à la simplicité du schéma linéaire ».

<sup>61</sup> M. Miaille, *ibid.*, « Le désordre concerne aussi les pratiques juridiques elles-mêmes et les normes auxquelles elles renvoient. L'image de la pyramide savamment organisée et hiérarchisée appartient plus au monde de la mythologie qu'à celui de la réalité. Ce que l'on appelle ordre juridique est, la plupart du temps, un labyrinthe plus ou moins obscur, un dédale où plusieurs portes offrent des choix multiples, où plusieurs ordres juridiques se croisent, se combattent quelquefois, se conjuguent sans véritablement se hiérarchiser ».

<sup>62</sup> R. Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 16.

<sup>63</sup> K. Pleszka et T. Gizbert-Studnicki, *op. cit.*, p. 115.

<sup>64</sup> K. Pleszka et T. Gizbert-Studnicki, *ibid.*

<sup>65</sup> En ce sens K. Pleszka et T. Gizbert-Studnicki, *ibid.*, p. 116.

<sup>66</sup> Mais aussi du droit naturel. L'analyse systémique est présentée ici comme une méthode et en ce sens elle peut très bien s'accorder avec le droit naturel. Il ne s'agit pas d'un courant philosophique, d'une quelconque idéologie.

Pour aborder le phénomène de hiérarchie dans la systémique, il faut assimiler deux principes :

- l'existence de sous-systèmes au sein d'un même système. Ceux-ci pouvant constituer des systèmes composés à leur tour de sous-systèmes <sup>67</sup>.

- l'existence de deux classes de relations <sup>68</sup> :

les relations arborescentes qui regroupent des relations simples : les relations en cascade (s'il s'agit d'une succession verticale) ou caténaire (à l'image d'un train) <sup>69</sup> (dans le cas d'une succession horizontale), les relations à structure arborescente stricte reprenant l'idée de l'arbre généalogique, et les relations centrées où tout part d'un point central <sup>70</sup>.

les relations rétroconnectées ou bouclantes qui correspondent à un enchaînement bouclé de relations <sup>71</sup>.

Le progrès de la référence au système est de passer d'un modèle arborescent à celui du treillis <sup>72</sup>, c'est-à-dire intégrant les deux classes de relations dans un même modèle <sup>73</sup>. On dépasse de cette manière l'ouverture faite par la systématique qui opère sur des schémas simples pour tenir compte de relations complexes mises en valeur par la systémique <sup>74</sup>. Ces modes d'organisation relationnels sont tout à fait transposables au droit positif.

Le modèle complexe élaboré à travers la notion de système quant aux réseaux de relations n'est pas qu'un modèle théorique abstrait. Il s'agit d'une réalité dans la science juridique. On le retrouve à deux niveaux : à l'intérieur du droit en tant que système juridique global, et à l'intérieur d'un même droit pris en tant que sous-système (le droit civil par exemple).

#### 1. – L'ordonnement à l'intérieur du droit.

Il existe plusieurs articulations <sup>75</sup> possibles de la matière mais deux sont habituellement pratiquées : l'articulation en normes et l'articulation en branches.

<sup>67</sup> Il en est ainsi du droit public et du droit privé au sein du système juridique que nous qualifierons de global, où chaque branche est elle-même composée de branches spécifiques (par exemple : droit civil, droit commercial,... pour le droit privé).

<sup>68</sup> B. Walliser, *op. cit.*, p. 52-53 distingue quatre types mais il nous apparaît que trois d'entre eux peuvent être réunis. On retrouve alors la distinction opérée par J.-L. Le Moigne, *La théorie du système général. Théorie de la modélisation*, PUF, 4e éd. 1994, p. 127.

<sup>69</sup> Cf. B. Walliser, *Ibid.*, p. 53.

<sup>70</sup> Reprenant le terme de J.-L. Le Moigne, *ibid.*

<sup>71</sup> On revient au point de départ ou à un point précédent.

<sup>72</sup> A. Pizzorno, « L'incomplétude du système », in *Connexion*, Paris, ARIP, vol. n° 9 et 10, juin et sept. 1974, vol. 9, pp. 33-64 et vol. 10, pp. 5-26 not. p. 21 (cité par J.-L. Le Moigne, *ibid.*, p. 118).

<sup>73</sup> La systémique permet en effet de combiner un modèle arborescent, et un modèle cyclique pour analyser l'ensemble de ces relations.

<sup>74</sup> En ce sens J.-L. Le Moigne, *Ibid.*, p. 118, « La science de la systémique était fondée sur une théorie de la classification conçue exclusivement sur des systèmes ne comportant que des relations arborescentes ».

<sup>75</sup> Nous parlerons d'articulation plutôt que de division qui est pourtant communément employée. En effet, ce terme a un aspect destructeur alors que les séparations opérées ne sont envisageables que dans leur interdépendance. Chaque branche de droit ne peut exister que par rapport à l'autre ou aux autres (cas du droit public à l'égard du droit privé).

- L'articulation en normes <sup>76</sup>.

Articuler le système juridique en sous-système de normes se retrouve chez Kelsen, Santi Romano, G. Timsit,... Cette articulation est intéressante dans l'absolu permettant d'opérer les distinctions bien connues entre la loi et le règlement, mais aussi dans le cadre du droit international entre un traité et la loi. De manière spécifique, et cela ressort de la précision apportée vis-à-vis du droit international, il peut paraître intéressant d'opérer une sous-distinction intermédiaire entre le droit et les normes étant donné la disparité et la quantité de celles-ci. Cela nous conduit à l'articulation du droit en branches.

- L'articulation en branches.

Le droit est représenté traditionnellement comme s'articulant en deux parties : le droit privé et le droit public, qui elles-mêmes s'articulent en de nombreux droits spécifiques (droit civil, droit commercial, etc.) <sup>77</sup>. Cette articulation à deux niveaux est critiquée par une partie de la doctrine comme étant artificielle et purement pédagogique. C'est essentiellement la distinction droit privé-droit public qui souffre le plus de cette situation. Malgré le fait qu'elle constitue la *summa divisio* du droit <sup>78</sup> et qu'elle existait déjà en droit romain <sup>79</sup>, elle tend à disparaître <sup>80,81</sup> à l'époque actuelle par un développement de l'interpénétration des deux branches <sup>82</sup>. Cet effacement de la distinction relative <sup>83</sup> entre le droit public et le droit privé est admis par l'unanimité de la doctrine <sup>84</sup>. Unanimité qui se retrouve dans l'acceptation du fait que ce phénomène a comme source le développement du droit économique <sup>85,86</sup>. Cette disparition se manifeste à plusieurs niveaux <sup>87</sup> en dehors du phénomène économique :

<sup>76</sup> La « division » des institutions permet aussi de « subdiviser » le droit. En ce sens J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, p. 104.

<sup>77</sup> En ce sens R. Sève et S. Goyard-Fabre, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF « Questions », Paris, 2e éd., 1993, not. p. 23.

<sup>78</sup> R. Sève et S. Goyard-Fabre, *ibid.*, p. 9.

<sup>79</sup> F. Terré et R. Sève, « Droit », *Arch. phil. droit*, n° 35, « Vocabulaire fondamental du droit » 1990, pp. 43-57 et not. p. 53 qui citent Ulpien : (le droit public *ad statum rei romanae spectat* et le droit privé *ad singulorum utilitatem pertinent*, Digeste, livre I, titre I, F. 1, § 2), sur la critique de l'articulation du droit en deux branches l'aspect public et l'aspect privé v. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 218-222 et 352-376 ; F. Rigaux, *Introduction à la science du droit*, éd. Vie ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 121.

<sup>80</sup> L. Richer et A. Viandier, « La loi de privatisation », *J.C.P.* éd. E., 1993, I, n° 281, p. 445-451 « la distinction du droit public et du droit privé qui n'en finit pas de disparaître ». En effet, elle est annoncée dès 1897 : C. Andler, *Rev. Métaphysique*, 1897, p. 520 (cité dans l'article du C.R.E.D.E.C.O. : *L'évolution récente du droit économique français*, *op. cit.*, p. 86, note 4).

<sup>81</sup> Sur la critique de la division du droit public et du droit privé, v. H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 218-222 et 352-376 ; F. Rigaux, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 121.

<sup>82</sup> Tran Van Minh, *Droit public économique*, Les Cours du droit, Paris, 1982, p. 18 ; cette interpénétration a été rappelée par R. Savatier, « Droit privé et droit public », *D.* 1946, I, pp. 25-28 ; J. Rivero, « Droit public et droit privé », *D.* 1947, I, XVIII pp. 67-72 ; Ch. Eisenmann, « Droit public, droit privé », *R.D.P.* 1952, pp. 903-979.

<sup>83</sup> Tran Van Minh, *ibid.* ; D. Linotte, A. Mestre et R. Romi, *Services publics et droit public économique*, éd. Litec, 2e éd. 1992, p. 14.

<sup>84</sup> G. Farjat, *Le droit économique*, PUF « Thémis », 2e éd. 1982, p. 27.

<sup>85</sup> G. Farjat, *op. cit.*, p. 766.

- les domaines respectifs de chaque branche tendent à se confondre, ainsi certaines missions dévolues exclusivement à l'État se retrouvent partagées avec le secteur privé : la justice par exemple, n'est plus l'œuvre exclusive de l'État, on assiste à un développement du recours à l'arbitrage ;

- il n'existe plus de critère organique de distinction des deux branches. Il existe encore des institutions relevant exclusivement d'un des deux droits (ex. : les services publics administratifs,...), mais on voit de plus en plus d'institutions à caractère mixte (ex. les autorités administratives indépendantes, les services publics industriels et commerciaux, etc.) ;

- le critère finaliste n'est pas opérant puisque certaines personnes privées se voient attribuer des missions d'intérêt général, et l'État devient dans certains cas acteur privé (banquier, producteur,...) ;

- enfin, les techniques se révèlent de moins en moins spécifiques : le secteur privé a lui aussi recours au dirigisme, tandis que les pouvoirs publics utilisent la technique contractuelle. On peut parler de « publicisation » du droit privé<sup>88</sup> et de « privatisation » du droit public.

Outre ces critiques concernant la *summa divisio*, il en existe qui se concentrent sur l'articulation même du droit en branches. Celle-ci ne serait pas une division logique mais ressortirait plutôt d'une typologie à cause de l'absence de critères nets<sup>89</sup>. Il est vrai qu'il n'existe pas de critères définis d'une branche de droit tant de premier degré (droit civil, droit commercial par exemple) que de second degré (droit public – droit privé)<sup>90</sup>. Les propositions, assez rares, ne précisent pas à quel type de branche elles font référence. Ainsi a-t-on pu proposer le critère d'existence d'une juridiction<sup>91</sup>, ou l'existence d'un code, ce qui constituerait des conditions relatives aux branches de premier degré. Le doyen Vedel a quant à lui préconisé de s'attacher à « un corps de principes jouant de façon autonome... et conduisant à des résultats qui ne sont pas les mêmes que ceux qui avaient été obtenus par l'application des disciplines classi-

<sup>86</sup> C. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, pp. 215-220, p. 217, « Le droit économique se trouve à mi-chemin entre le droit privé et le droit public, sa nature n'apparaît pas clairement ». « Il faut (...) admettre que le droit économique n'est ni "privatiste" ni "publiciste" », de même F.C. Jeantet, « Aspects du droit économique », in *Études de droit commercial offertes à J. Hamel*, 1961, pp. 33-46, et not., pp. 34 et 35 ; B. Cubertafond, « Pour une autre approche du droit : l'exemple du droit économique », *Revue administrative*, 1982, p. 499-505 et not. p. 504 ; A. Jacquemin et G. Schrans, *Le droit économique*, PUF « Que sais-je ? » n°1383, 3e éd. 1982, p. 48. ; F. de Kiraly, « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système », in *Recueil d'études en l'honneur de F. Gény*, éd. Sirey, tome 3 *Les sources des diverses branches du droit*, pp. 110-123, p. 112.

<sup>87</sup> G. Farjat, *op. cit.*, pp. 714 et 715.

<sup>88</sup> G. Farjat, *Le droit économique*, *op. cit.*, préface p. 5.

<sup>89</sup> K. Pleszka et T. Gizbert-Studnicki, *op. cit.*, p. 114 : « Les critères fournis ne sont généralement pas nets, et donc la distinction entre les branches du droit revêt le plus souvent le caractère d'une typologie, et non pas d'une véritable division logique ».

<sup>90</sup> Reprenant ainsi une image de P. Dubouchet qui reprend lui-même Kelsen, pour qui la « norme inférieure » serait une norme de « premier degré par rapport à la norme supérieure, norme de deuxième degré ». *La théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 738.

<sup>91</sup> G. Farjat, *La notion de droit économique*, *op. cit.*, p. 3, citant le doyen M. Waline.

ques »<sup>92</sup>. Toutefois malgré l'effort fourni, l'application pratique de cette définition pose des problèmes difficiles à résoudre et on ne peut que regretter l'absence d'une définition nette permettant une délimitation précise. À cela s'ajoute le fait que certaines branches sont difficiles à définir, ce qui accroît l'incertitude et la confusion, du droit des affaires par exemple.

Apparaît alors un intérêt supplémentaire à recourir à la systémique, qui en l'occurrence, permet de légitimer une telle distinction<sup>93</sup>. Concernant la *summa divisio*, elle offre une réponse possible aux principales critiques visant l'existence et le développement de branches mixtes (droit de la concurrence ou droit de la consommation par exemple). Il s'agit d'une représentation qui tient compte des champs d'interaction entre les deux divisions. De la même manière, il est possible de retrouver une certaine cohésion du découpage en branches, en ce que chaque branche renferme une certaine particularité<sup>94</sup>. Cela résulte du fait qu'elles composent chacune un sous-système. Elles doivent donc présenter une structure spécifique distincte des autres. La systémique fait ressortir l'extraordinaire simplicité de cette articulation tout en tenant compte de la complexité des relations<sup>95</sup>. D'un autre côté, elle ne pouvait se faire sans une telle articulation<sup>96</sup>. L'intérêt est donc réciproque.

Ainsi admise, cette articulation permet d'opérer une première hiérarchisation du droit dans laquelle on retrouve de nombreux sous-systèmes. Ceux de droit public et de droit privé, à l'intérieur desquels on trouve le droit administratif, le droit fiscal... pour le premier, le droit civil, le droit commercial... pour le second, ceux-ci s'articulant encore en sous-systèmes. Le droit civil renfermera le sous-système de droit de la famille, celui du droit des biens,... Le droit de la famille s'articulera lui-même en droit de la filiation, droit du mariage,... On assiste de cette manière à une nette organisation arborescente du droit. Ce processus de hiérarchisation se retrouve ainsi à l'intérieur d'une même branche du droit lorsque l'on se situe au dernier niveau ou sous-système.

## 2. – L'ordonnancement juridique à l'intérieur d'un même droit.

Au dernier niveau de l'articulation du droit on retrouve un ensemble de normes qui ont tendance à s'agencer. Cet agencement respecte l'organisation : loi – règlement – normes individuelles. À celui-ci s'ajoute une nouvelle organisation entre norme spéciale et norme générale. La première prime la seconde en raison de son caractère de spécialité. De la même manière la norme de droit commun s'écarte devant la norme particulière, la première s'appliquant en l'absence de règles particulières.

<sup>92</sup> G. Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à P. Vigreux*, collection Travaux recherches de l'I.P.A.-I.A.E. de Toulouse, Toulouse 1981, p. 767-783 et not. p. 770.

<sup>93</sup> En ce sens sur l'intérêt du recours à l'analyse systémique, P. Poncela, « Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », *Arch. phil. droit* n° 31, « Le système juridique », éd. Sirey, 1986, pp. 121-131, et not. p. 122, « L'analyse systémique fait apparaître comme cohérents des faits incohérents sur le plan phénoménal ».

<sup>94</sup> K. Pleszka et T. Gizbert-Studnicki, *op. cit.*, p. 114-115.

<sup>95</sup> En effet, il existe de nombreuses relations entre les diverses branches qui sont tantôt d'autonomie, tantôt de subordination, tantôt de compétence, etc.

<sup>96</sup> B. Walliser, *op. cit.*, p. 223, « il est généralement impossible d'étudier un système sans le découper en sous-systèmes et sans identifier séparément leurs relations ».

Le droit apparaît alors comme un système à part entière dont la particularité est sa profonde organisation par-delà sa complexité qui conduit à l'idée de désordre. Ainsi le droit renferme de nombreux sous-systèmes<sup>97</sup> qui entretiennent entre eux de multiples relations complexes. Ces dernières ont lieu entre les sous-systèmes ou entre système et sous-systèmes et sont tantôt directes<sup>98</sup>, tantôt indirectes (c'est-à-dire utilisation d'un système tiers)<sup>99</sup>. Sans oublier les relations « bouclantes » ou rétro-mettantes qui viennent interférer dans les deux types de liens précédents<sup>100</sup>. On se retrouve devant un ensemble complexe qui se trouve aux antipodes de la pyramide kelsénienne. Il ne s'agit pas d'un agencement compliqué mais bien d'une organisation complexe<sup>101</sup>. En effet, outre les nombreuses relations croisées, de natures différentes (directe, indirecte, rétro-mettante, externe) entre sous-systèmes d'un même niveau, entre sous-systèmes de niveaux différents, et système et sous-systèmes, se rajoutent des relations avec l'environnement extérieur au droit. Celles-ci concernent le système juridique global, mais aussi chaque sous-système. C'est la conséquence du fait que « le droit fait, de plus en plus partie de tous les aspects de la vie sociale »<sup>102</sup>. On pense dès lors à un processus d'« inclusion »<sup>103</sup> de la société vers le système juridique ou ses éléments (sous-systèmes). Les choses se compliquent quand on pénètre dans les relations effectivement entretenues, car on s'aperçoit que l'inclusion n'est que partielle, elle s'accorde d'une exclusion en ce que chaque sous-système ou système opère une sélection des événements sociétaux en présence. Il ne prend que ce qui concerne son domaine et le remodèle<sup>104</sup>. Un sous-système ou système ne subit, par conséquent, qu'une influence globale de la part du système sociétal, et n'assimile qu'une partie des informations en fonction de critères de sélection qui lui sont propres. Enfin, à ces relations extérieures, il faut rajouter que si le droit présente un aspect profondément hiérarchique, celui-ci se

<sup>97</sup> En ce sens M. Miaille, *Désordre, droit et science*, op. cit., p. 100.

<sup>98</sup> Un cas évident est celui des rapports d'autonomie entre branches du droit de premier degré. Il s'agit d'un problème opposant deux de ces branches sur une notion bien déterminée.

<sup>99</sup> L'interaction d'un système tiers se rencontre notamment lorsqu'une affaire est soumise au tribunal des conflits, juridiction ne relevant ni de la branche de droit public, ni de celle de droit privé.

<sup>100</sup> On peut citer à titre d'exemple le recours aux principes généraux du droit d'une branche de droit déterminée, ou d'un certain type de responsabilité. Ainsi, les problèmes concernant la responsabilité pénale des mineurs ne jouent qu'au sein du droit pénal. L'arrêt *Laboube* du 13 déc. 1956 par exemple, Cass. crim. 13/12/1956, *D.* 1957, p. 349 note Patin, venu réintégrer la notion de discernement pour les mineurs de treize ans n'a eu qu'un impact au sein du droit pénal. Il s'agit là d'une question interne à la matière. Pourtant elle a eu des conséquences dans le domaine civil puisque l'assemblée plénière s'est prononcée le 9 mai 1984, *D.* 1984, II, p. 525, note Chabas, en ce qui concerne la responsabilité civile des mineurs rompant avec la solution adoptée au pénal, c'est-à-dire, la prise en compte du discernement.

<sup>101</sup> Au sens de L. Gérardin, *La théorie des systèmes*, D.I.G. Paris, Thomson CSF, note interne n° 531/75, 1975 (cité J.-L. Le Moigne, *Théorie du système général*, p. 119) selon que les systèmes compliqués seraient constitués de processeurs nombreux connectés uniquement par des relations arborescentes, tandis que les systèmes complexes contiendraient des processeurs qui sans être nécessairement nombreux, sont connectés aussi par des relations rétro-mettantes.

<sup>102</sup> H. Willke, « Diriger la société par le droit ? », *Arch. phil. droit* n° 31, « Le système juridique », éd. Sirey, 1986, pp. 189-214, p. 197.

<sup>103</sup> H. Willke, *ibid.*, citant lui-même Luhmann et Parsons.

<sup>104</sup> H. Willke, *ibid.*

trouve limité par le principe de la circularité <sup>105</sup>. Chaque sous-système entretient en son sein ce genre de relation. Cela conduit d'ailleurs certains auteurs à considérer que le système juridique n'a ni centre, ni sommet, le considérant comme une vaste boucle <sup>106</sup> ce qui rappelle, compte tenu de sa complexité, le cercle de Ionesco.

• Il résulte de cette confrontation du droit à la notion de système qu'une certaine rigueur est développée par la systématique, ce qui la rapproche du droit. Mais plus encore, la notion de système induit une idée de globalité et d'interaction qui peut permettre de mieux cerner le droit vis-à-vis de l'environnement dans lequel il évolue. La systématique semble donc présenter certains intérêts dans son application au droit.

## II. — LES INTÉRÊTS TIRÉS DE LA CONFRONTATION DE LA SYSTÉMIQUE AU DROIT

La systématique s'est développée récemment <sup>107</sup> bien que ses premières applications remontent à plusieurs siècles <sup>108</sup>. Elle est née au sein de certaines disciplines où elle s'est développée de manière indépendante. Puis devant la présence d'une certaine unité des modèles utilisés, est apparue l'idée de développer une étude propre des systèmes à travers une recherche tentant d'en faire la synthèse <sup>109</sup>. L'empreinte mathématique y était assez marquée <sup>110</sup>. Le but avancé était de restructurer un savoir parcellisé <sup>111</sup> et de donner une certaine dynamique à l'objet étudié. On retrouve nettement ce double objectif de globalisation et d'interaction dans certains mouvements économiques tels que celui de l'École de Carnegie <sup>112</sup>. Cette finalité particulière est présentée comme l'intérêt majeur de la méthode, à tel point que l'on peut s'interroger s'il n'en est pas le seul intérêt. Cet aspect réduirait l'importance de la systématique à un effort de synthèse général lié à la prise en compte des rapports entre les éléments composant le domaine étudié. Mais la systématique pourrait offrir d'autres types d'apports notamment lorsqu'elle s'applique à un secteur considéré. En droit, par exemple, nous pouvons l'imaginer offrir des intérêts spécifiques non dévoilés jusqu'à présent. En fait, elle présente une utilité liée à sa fina-

<sup>105</sup> V. *supra*, v. aussi F. Ost et M. Van de Kerchove, *Le système juridique, op. cit.*, p. 104.

<sup>106</sup> En ce sens les partisans de l'autopoïèse (N. Luhmann, H. Willke,...).

<sup>107</sup> Dans les années soixante-dix en Europe en tant que concept selon J.-L. Le Moigne, *Le Constructivisme, op. cit.*, p. 113. M. Gassin fait remonter son développement à partir des années cinquante en ce qui concerne l'idée, aux États-Unis avec la théorie générale des systèmes. On est alors en plein ensembliste. *Système et droit, op. cit.*, p. 356.

<sup>108</sup> J.-L. Le Moigne, *Ibid.* Il est à noter que le mot « système » tient quarante pages dans l'*Encyclopédie* de Diderot. C'est l'article le plus long de cet ouvrage, il fait référence à la notion de système de musique.

<sup>109</sup> L. Von Bertalanffy, *Théorie générale des systèmes*, Dunod, 1973.

<sup>110</sup> En ce sens R. Gassin, *Ibid.*

<sup>111</sup> B. Walliser, *op. cit.*, p. 10.

<sup>112</sup> École qui s'est intéressée notamment à la formulation de la stratégie à travers le processus de décision. On peut citer H.A. Simon, J.G. March, H.I. Ansoff, F.F. Gilmore, R.G. Brandenburg, R.M. Cyert, etc.

lité. Cette dernière constitue l'apport général commun à toutes les disciplines. Et lorsqu'elle est confrontée à une matière précise, elle fait preuve d'adaptation.

#### A. – *L'apport général de la systémique à la science juridique*

De manière générale, la systémique est reconnue comme ayant une utilité certaine quant à l'amélioration des connaissances des phénomènes étudiés<sup>113</sup>. Ce rôle important résulte de l'objectif de globalisation et d'interaction qu'elle propose à toutes les matières où elle a vocation à s'appliquer. Cependant il n'est pas précisé si l'intérêt de globalisation joue isolément à l'égard de celui d'interaction, ou s'ils jouent obligatoirement de manière conjointe. La réponse est qu'ils peuvent intervenir soit isolément, soit conjointement selon les cas. Cela se retrouve nettement lorsque l'on considère l'ensemble des disciplines prises séparément, et lorsque l'on envisage les disciplines dans leur ensemble.

##### 1. – Les intérêts tirés de l'ensemble des disciplines.

La systémique s'est développée au sein de nombreux domaines : les mathématiques, la physique, la biologie<sup>114</sup>, les sciences humaines,... permettant d'adopter une vision synthétique rompant de cette manière avec la « tradition » analytique<sup>115</sup>. Cela constitue une ouverture très appréciable puisqu'elle oriente la recherche vers de nouveaux angles d'études jusqu'à présent inconnus. On abandonne les tendances ultra-analytiques<sup>116</sup> trop réductionnistes pour se réconcilier avec une approche plus synthétique<sup>117</sup>. Cependant il faut éviter de tomber dans le piège du réductionnisme par excès inverse, c'est-à-dire de n'avoir plus qu'une vue globalisante de la matière. On pense ici au holisme qui en constitue un bon exemple<sup>118</sup>. Il convenait par conséquent, de trouver un degré intermédiaire entre le parcellaire et le globalisant. C'est précisément tout l'intérêt de la systémique avec la reconnaissance de l'interaction entre les éléments de l'ensemble<sup>119</sup>. D'une conception synthétique qui considère le tout de façon quantitative : le tout est plus que la somme des parties, et la partie est plus que la fraction du tout<sup>120</sup>. On passe à une conception synthétique différente qui envisage le tout sous

<sup>113</sup> En ce sens R. Gassin, *op. cit.*, p. 353.

<sup>114</sup> Le système nerveux reprend bien l'idée de globalisation avec la prise en compte du cerveau, de la moelle épinière, des nerfs et des différents récepteurs ; ainsi que de l'interaction entre ces éléments et à l'intérieur même de ces éléments, ne serait-ce qu'au niveau du cerveau entre chaque neurone qui sont reliés par de nombreuses dendrites présentant de cette manière un enchevêtrement complexe de relations.

<sup>115</sup> J. L. Le Moigne, *Le constructivisme*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>116</sup> En reprenant l'exemple tiré de la biologie, on peut citer l'étude d'un élément isolé du système nerveux tel que le cerveau ou la moelle épinière.

<sup>117</sup> B. Walliser, *op. cit.*, p. 9.

<sup>118</sup> Sur ce point v. J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>119</sup> Dépendance de l'élément avec le système (en ce sens P. Poncela, *op. cit.*, p. 122), mais aussi du système envers les éléments qui le composent.

<sup>120</sup> G. Weinberg, *An introduction to general systems thinking*, New-York, Wiley Interscience, 1975, p. 43, « si tout le monde est plus que la somme des parties, la partie est ainsi plus que la fraction du tout ! » (cité par J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme*, *ibid.*, p. 126



l'angle qualitatif : « le tout est dans la partie qui est dans le tout »<sup>121</sup>. On va de l'holisme à l'holonomie<sup>122</sup>. L'idée est qu'il existe des interactions entre le tout et les parties, et aussi entre les parties elles-mêmes<sup>123</sup>. Il s'agit bien d'une œuvre transactionnelle puisque l'on découpe l'objet d'étude conformément à la méthode analytique, tout en l'envisageant dans sa globalité et dans son environnement. Mais on adjoint à ces deux perspectives (analytique et synthétique) les conséquences importantes de la prise en compte de la notion d'interaction. À partir de là, nombre d'orientations sont possibles<sup>124</sup> et c'est ainsi que se sont développées les théories de l'adaptation, les théories de l'organisation, les théories des jeux, etc. À ce titre, la théorie autopoïétique apparaît comme une des plus liées à la systémique puisque c'est de cette dernière qu'elle puise toute sa force. Il s'agit d'envisager le système comme s'auto-produisant à l'image d'une cellule biologique<sup>125</sup>. Appliquée au droit, quelques auteurs y ont vu une possibilité de démontrer certains phénomènes complexes<sup>126</sup>. Une conception transactionnelle va plus loin en envisageant l'intégration d'éléments extérieurs au lieu d'une reproduction purement interne. Il s'agit d'une immersion de la réalité extérieure par le droit.

Parallèlement à l'élargissement du champ d'investigation, le raisonnement s'est lui-même transformé ; passant d'un raisonnement cartésien simple à un raisonnement complexe. En effet, le raisonnement cartésien se présentait comme l'essentiel de l'approche analytique, mais progressivement fut reconnu son aspect limité voire pervers. Il fallait trouver une ouverture. La systémique s'est alors présentée comme un salut offrant un renouvellement des méthodes et de la prise en compte de l'objet d'étude. De nouvelles logiques (conjonctives et disjonctives<sup>127</sup>) permettent d'aborder les objets dans leur complexité sans modifier leur aspect<sup>128</sup>. On ne cherche pas à simplifier pour comprendre, il faut comprendre la complexité avant tout. Celle-ci se retrouve d'ailleurs dans

---

et du même auteur, *La théorie du système général. Théorie de la modélisation*, PUF « Systèmes-décisions », 4e éd. 1994, not. p. 244.)

<sup>121</sup> E. Morin, *La méthode*, tome 3 *La connaissance de la connaissance*, éd. du Seuil, Paris, 1986, p. 102 (cité par J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme*, *op. cit.*, p. 126).

<sup>122</sup> Visant ainsi les organisations hologrammatiques d'E. Morin, *Ibid.*, p. 101 et s., (cité par J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme*, *Ibid.*, p. 126.)

<sup>123</sup> L'image du corps humain permet de bien cerner les rapports.

<sup>124</sup> V. par exemple B. Walliser, *op. cit.*, p. 220, qui estime que la systémique « apparaît en fait essentiellement comme une amorce de rapprochement des langages et des méthodologies des sciences physiques et des sciences humaines, en passant par les sciences biologiques et technologiques. »

<sup>125</sup> Cette théorie est d'ailleurs issue des travaux consacrés à l'organisation du vivant par deux biologistes : H. R. Maturana et F. J. Varela, *Autopoiesis and cognition. The realization of the living*, Dordrecht, Holland, D. Reidel Pub. cy., 1980. On trouve aussi les travaux de H. Atlan, *L'organisation biologique et la théorie de l'information*, éd. Herman, Paris, 1972 ; M. Zeleny, *Autopoiesis. A theory of living organization*, N. Y., North Holland, 1981. Même position partagée par P. Dumouchel et J.-P. Dupuy, *L'auto-organisation de la physique au politique*, éd. du Seuil, 1983, et G. Teubner, *op. cit.*

<sup>126</sup> En ce sens G Farjat, « La notion de droit économique », *Arch. phil. droit* n° 37, éd. Sirey, 1992, pp. 27-62., et not. p. 30 et s.

<sup>127</sup> J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme*, *ibid.*, p. 128.

<sup>128</sup> B. Walliser, *ibid.*, p. 9 ; P. Oriane, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, p. 25, « elle permet de maintenir l'identité de l'objet auquel elle s'applique tout en prenant correctement en compte les relations d'échange qu'il entretient avec les autres et plus généralement le milieu (environnement) ».

l'interaction des éléments du système et du système lui-même vis-à-vis d'autres systèmes <sup>129</sup>. Il s'agit par conséquent d'un point intéressant pour le droit qui est un système complexe (car composé de sous-systèmes eux-mêmes en interaction <sup>130</sup>) et qui entretient des relations avec d'autres systèmes (systèmes politique, économique, etc.). À cela il faut ajouter un changement dans le degré de complexité suivant que l'on s'intéresse à des interactions à caractère spatial <sup>131</sup> ou temporel <sup>132</sup>. La systémique se propose, par conséquent, d'assimiler la complexité afin de pouvoir mieux l'appréhender. Mme Delmas-Marty s'est inspirée de ce principe lorsqu'elle revendique le recours à une autre logique en droit <sup>133</sup> que la logique binaire (oui-non).

Il est indiscutable qu'il y a là des ouvertures très intéressantes qui s'offrent au droit, auxquelles il faut ajouter un intérêt commun qui concerne les disciplines prises dans leur ensemble.

## 2. – Les intérêts tirés des disciplines prises dans leur ensemble.

L'idée est que la systémique propose implicitement, une réunification des différentes matières. Nous savons qu'elle était utilisée dans la biologie, dans la physique ou encore dans les sciences humaines, domaines totalement différents et qui pourtant, à travers elle, présentent certains caractères communs. En effet, afin d'envisager une vision globale de la matière, il a fallu en modifier le type de raisonnement, mais aussi le langage jusque-là pratiqué, etc. Certains auteurs ont alors jugé intéressant d'opérer un rapprochement des différentes disciplines <sup>134</sup>. C'est le travail fourni par Von Bertalanffy à travers sa *Théorie générale des systèmes* <sup>135</sup>. Cette unification de la méthode de la systémique ne pouvait s'opérer que par l'élaboration d'un langage commun permettant une cohésion optimale <sup>136</sup>. Elle se montre donc « comme un moyen privilégié de l'analyse transdisciplinaire » <sup>137</sup>. On voit dès lors comme possible le recours à des méthodes ou à des concepts qui étaient jusque-là développés dans d'autres disciplines. La théorie des jeux bien connue en sciences sociales, tout comme la théorie de l'autopoïèse développée en

<sup>129</sup> P. Poncela, *op. cit.*, « le particulier est rendu intelligible par sa relation avec le tout. »

<sup>130</sup> V. *supra* partie I.

<sup>131</sup> Comme par exemple les rapports entretenus entre deux systèmes au temps t1, ou entre le système et un ou plusieurs de ses éléments à la même période.

<sup>132</sup> Le caractère temporel de l'interaction se retrouve lorsqu'il existe un temps de réponse entre le départ de l'information et son arrivée. Il est certain que la division est purement théorique, l'interaction se révélant le plus souvent spatiale et temporelle, quelques rares fois uniquement spatiale.

<sup>133</sup> M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, *op. cit.*, p. 269.

<sup>134</sup> B. Walliser, *op. cit.*, p. 220. L'approche systémique « apparaît en fait essentiellement comme une amorce de rapprochement des langages et des méthodologies des sciences physiques et des sciences humaines, en passant par les sciences biologiques et technologiques. Elle se veut également une tentative de conciliation entre des options épistémologiques souvent antagonistes, que l'on retrouve dans chacune des disciplines ».

<sup>135</sup> L. Von Bertalanffy, *Théorie générale des systèmes*, *op. cit.*

<sup>136</sup> « Nécessité, face à une fragmentation et une dispersion du savoir, de promouvoir un langage unitaire, qui puisse servir de support à l'articulation et à l'intégration de modèles théoriques et de préceptes méthodologiques épars dans de diverses disciplines », B. Walliser, *ibid.*, p. 9.

<sup>137</sup> P. Oriane, *op. cit.*, p. 25.

biologie peuvent être envisagées dans de nouvelles matières. Le droit en fera ainsi utilisation ouvrant de la sorte de nouveaux horizons tant dans des jeunes secteurs (droit de l'urbanisme, droit du travail, droit économique,...) que dans des branches confirmées (droit administratif, droit pénal,...)

Envisagée de la sorte, la systémique devient une véritable méthode de recherche permettant de justifier la pensée de M. Vullierme pour qui elle aide à résoudre certaines difficultés<sup>138</sup>. Mais pour que cet effort soit récompensé, il reste à s'intéresser aux intérêts spécifiques qu'elle propose aux matières qui ne la connaissent pas ou peu, et plus particulièrement au droit.

### B. — *L'apport spécifique de la systémique à la science juridique*

La majorité des auteurs qui se sont penchés sur le problème de la confrontation de la systémique et du droit sont d'accord pour considérer que ce dernier a beaucoup à gagner à utiliser cette nouvelle méthode<sup>139</sup>. Et ce « même si les phénomènes juridiques ne se prêteront sans doute jamais au traitement systémique intégral et rigoureux »<sup>140</sup>. Certains vont jusqu'à la montrer comme un passage obligé dans la résolution de questions juridiques majeures<sup>141</sup>. Sans opter pour une telle conception, il faut reconnaître qu'eu égard à la complexité de la matière, cette méthode se présente comme un « miracle »<sup>142</sup> puisqu'elle se complaît dans le complexe pour le simplifier. Toutefois cet intérêt doit être relativisé si l'on s'en tient à une globalisation interactive du droit. Certes il y a là un intérêt majeur mais qui est partagé avec les autres sciences. L'idée est qu'appliquée au droit, la double finalité de la systémique peut offrir un renouvellement de la pensée juridique. La systémique va ainsi saisir le caractère complexe du droit et confronté à sa finalité, elle va offrir deux intérêts propres à la matière. Le premier concerne un changement dans la nature de l'approche juridique qui était essentiellement subjective et que cette méthode propose d'orienter vers plus d'objectivité. Le second reprenant cette modification de la nature incite à espérer une anticipation possible du résultat recherché.

1. — La proposition d'une orientation différente dans l'approche effectuée.

L'approche effectuée à travers la systémique se veut désormais objective et rigoureuse rompant de cette manière avec une tradition subjective et empreinte d'un

<sup>138</sup> J.-L. Vullierme, « Descriptions systémiques du droit », *Arch. phil. droit* n° 33, « La philosophie du droit aujourd'hui », éd. Sirey, 1988, p. 155 -167 et not. p. 167.

<sup>139</sup> R. Gassin, *Système et droit*, *op. cit.*, p. 360.

<sup>140</sup> F. Ost et M. Van de Kerchove, *Le système juridique...*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>141</sup> F. Ost et M. Van de Kerchove, *ibid.* : « il est indéniable que l'idée de système et l'idéal de systématisation caractérisent directement le droit occidental moderne. La preuve en est qu'on ne voit guère de questions majeures le concernant qui puissent se traiter actuellement sans recourir à cette idée ».

<sup>142</sup> R. Sève, *Introduction*, *op. cit.*, p. 6 : « On ne s'étonnera pas de voir la notion de système appliquée au droit puisque l'esprit ne peut comprendre un objet complexe que sous la catégorie de la systématité ».

certain laxisme <sup>143</sup>. En intégrant des formules à caractère mathématique, il est évident que la part de subjectivité tend à se restreindre, même si elle demeurera malgré tout, dans une discipline aussi marquée humainement que le droit. Le but n'est pas de la faire disparaître, mais de permettre une certaine objectivité quand celle-ci n'est pas exclue par les fondements mêmes du domaine dans lequel on se trouve. Et même lorsque la subjectivité doit régner, la systémique peut en réduire les effets pervers. Ainsi en matière pénale où le côté subjectif est le plus marqué, le degré de personnalisation de la sanction est très important. Elle est fonction des faits entendus de manière large <sup>144</sup>, et de la personnalité du prévenu ou de l'accusé <sup>145</sup>. Pour ce dernier facteur, il existe des critères objectifs relatifs <sup>146</sup> (âge, état mental, existence d'un casier judiciaire,...) et des critères revêtant une plus grande part de subjectivité et qui influent de manière non négligeable sur la personnalité de l'agent (situation professionnelle, vie privée, enfance,...). Ces différents facteurs seront pris en compte pour la détermination de la sentence. Toutefois, en systématisant l'ensemble des procès de ce type, on peut essayer de diminuer l'effet pervers d'une trop grande personnalisation des sanctions et donc du droit. Cela permet en outre d'introduire une certaine rigueur dans l'agencement des critères et dans leur prise en compte <sup>147</sup>. Une certaine classification pour ne pas dire hiérarchisation s'opère de cette manière. Cette rigueur qui passe par un contrôle et un équilibre des parts de subjectivité et d'objectivité, permet d'envisager un possible pronostic du résultat.

## 2. – La proposition d'anticipation du résultat recherché.

Maîtrisant la complexité (intérêt commun à toutes les disciplines proposé par la systémique) et réduisant la subjectivité à sa plus stricte nécessité (intérêt spécifique au droit), le tout dans le souci d'une certaine rigueur, il apparaît possible d'envisager par anticipation les solutions qui seront proposées. Ayant expliqué le pourquoi d'une solution jurisprudentielle dans un cas déterminé, il est tout à fait envisageable d'imaginer que le résultat d'un litige ultérieur ayant un même profil, pourra se prévoir <sup>148</sup>. On retrouve dans cette hypothèse certaines théories à caractère mathématique avancées dans la systé-

<sup>143</sup> En ce sens R. Gassin, *Système et droit, op. cit.*, p. 355, qui considère qu'« on peut observer [...] que les constructions que nous élaborons pour dispenser nos enseignements sont des constructions très empiriques fondées beaucoup plus souvent sur des impressions ou des suppositions, que sur une analyse rationnelle véritablement rigoureuse de la société juridique. De là, le fait que souvent deux cours portant sur le même programme mais faits par deux professeurs différents, apparaissent comme totalement étrangers l'un à l'autre [...]. On ne peut pas ne pas se poser de questions sur l'excès de subjectivisme qui en résulte ».

<sup>144</sup> C'est-à-dire aux faits proprement dits mais aussi à l'époque où cela s'est passé...

<sup>145</sup> Selon que l'on se trouve, respectivement, devant un tribunal correctionnel ou une Cour d'assises.

<sup>146</sup> Tout individu ne présente pas la même maturité à un âge déterminé, de même que l'état mental est apprécié à travers une expertise psychiatrique qui revêt une certaine subjectivité,... Malgré tout, ces facteurs sont pris en compte de manière quasi automatique et avec une part de subjectivité réduite vis-à-vis des autres facteurs qui sont beaucoup plus empreints de subjectivité, comme le fait bien sentir la prise en compte de la vie privée ou de l'enfance de la personne poursuivie.

<sup>147</sup> C'est ce qui est pratiqué pour les placements en détention provisoire selon les risques de collusion avec les complices, le trouble porté à l'ordre public, les risques de pression sur les témoins ou la victime, les risques de disparition de preuves,...

<sup>148</sup> R. Gassin, *ibid.*

mique : la théorie de l'anticipation, la théorie des décisions,... Il est certain qu'avec une plus grande rigueur et une réduction de l'aspect subjectif, on peut envisager la solution de certains conflits, tout au moins, dans un premier temps, ceux ne révélant pas un aspect trop complexe. Certains types de divorce, la fixation d'une pension alimentaire,... seraient appréhendés de manière plus rigoureuse <sup>149</sup>.

• La systématique permet ainsi de concrétiser autant que possible une situation abstraite. Cela se révèle difficile puisque l'objet d'étude (la situation juridique) est complexe tant dans sa dimension temporelle que spatiale. Si l'on part de l'aspect plus théorique tiré de la hiérarchisation du droit, tout l'ensemble des relations étudiées donne une impression de désordre que l'on trouve grâce à la systématique, mais que l'on ressentait déjà en sociologie juridique <sup>150</sup>. Il ne s'agit que d'une mise en exergue dont l'intérêt est conséquent puisqu'elle introduit un apport dans la théorie juridique <sup>151</sup>. Ce désordre se retrouve également dans les relations du droit par rapport à l'extérieur (insertion de données sociales dans le système juridique), et au sein du droit ou rien n'est acquis <sup>152</sup> et où l'interaction entre normes est incertaine <sup>153</sup>. Cette situation n'est pas un phénomène éphémère (temporaire), ni un épiphénomène (secondaire), il s'agit véritablement d'un « nouveau mode d'existence de la règle juridique » <sup>154</sup>, un phénomène actuel et essentiel. Aussi en tenant compte de ce flou, on peut développer une méthode propre au droit et l'appréhender sous un autre angle, permettant de comprendre certains problèmes. L'élément clef devient alors la complexité qui est de plus en plus prise en compte dans de nombreuses disciplines <sup>155</sup>. L'intérêt de cette méthode est donc la compréhension du droit dans sa complexité et sa globalité afin de traiter des problèmes liés à la théorie du droit (hiérarchie des normes) ou plus pratiques (aide dans la prise de décisions, commentaires de jurisprudence,...) Ainsi si l'on tient compte de la complexité devant l'effort de

<sup>149</sup> Un tel système existe déjà en matière de responsabilité concernant l'indemnisation des préjudices corporels avec la fixation de certains taux, coefficients en fonction du préjudice subi. Cela n'affectant en rien la possibilité d'une certaine latitude pour pouvoir personnaliser l'indemnisation, le handicap n'étant pas le même selon le préjudice corporel et la profession exercée par exemple.

<sup>150</sup> J. Carbonnier qui considérait le droit comme un « flexible ». *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 5e éd. 1983.

<sup>151</sup> En ce sens M. Miaille, *op. cit.*, p. 101, « ce qui serait nouveau, c'est que cette approche sociologique devienne maintenant une approche théorique et puisse revendiquer une problématique de théorie du droit ».

<sup>152</sup> Ainsi lorsque le juge doit qualifier un fait, ou interpréter un texte, cela se fait non pas de manière automatique, mais à chaque fois au cas d'espèce. Cela entraîne une certaine imprécision : une décision n'est jamais certaine tant qu'elle n'a pas été rendue quand bien même l'individu aurait « le droit pour lui ».

<sup>153</sup> Nous pensons ici à la législation européenne et à son impact sur les textes nationaux soit de manière directe (primauté), soit de manière indirecte à travers ses institutions notamment la Cour de Justice des Communautés Européennes. M. Delmas-Marty parle à ce sujet de « flou du droit ». *Le flou du droit, op. cit.*

<sup>154</sup> M. Miaille, *op. cit.*, p. 103.

<sup>155</sup> Ainsi pour la sociologie : E. Morin, « Complexité et liberté », in Collectif, *La société en quête de valeurs pour sortir de l'alternative entre scepticisme et dogmatisme*, éd. Laurent du Mesnil « Institut du Management d'E.D.F. et de G.D.F. », Paris, 1996, p. 217-231.

hiérarchisation du droit, rien ne nous empêche grâce à la systémique de concevoir une circularité dans la hiérarchie. On peut parler à ce niveau de « hiérarchie enchevêtrée »<sup>156</sup>. Elle présente alors un apport essentiel quant à la cohérence, à la condition de ne pas faire trop d'abstraction, car elle concerne la réalité humaine. La systémique aide en fait à envisager la complexité plutôt que le phénomène. L'explication de celui-ci sera facilitée par la maîtrise de sa modélisation, de la description de la situation. Cette méthode va précisément en ce sens puisqu'elle a en outre l'avantage de faire intervenir de nombreux paramètres, voire des méthodes nouvelles<sup>157</sup> se posant alors en véritable méthodologie. Elle enrichit le contexte<sup>158</sup> dans lequel le juriste intervient, or le choix du moyen réagit sans cesse dans le choix de la fin. La systémique peut induire une transformation du mode de raisonnement. L'inconvénient corrélatif en droit, est son étiquette « mathématique ».

Elle mériterait donc d'être plus souvent appliquée. Pour cela il faudrait que les juristes y soient formés comme dans les autres disciplines<sup>159</sup>. D'un autre côté elle est souvent employée dans son aspect globalisant sans que son utilisateur en ait conscience<sup>160</sup>. Mais le handicap majeur de la systémique est la peur légitime qu'elle génère car elle semble avoir vocation à s'appliquer à tout.

I.S.P.E.C.

21 rue Gaston de Saporta  
13100 Aix-en-Provence

<sup>156</sup> Reprenant ainsi l'expression chère à MM. F. Ost et M. Van de Kerchove, *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>157</sup> B. Walliser, *op. cit.*, p. 220.

<sup>158</sup> Tant dans sa complexité que dans sa globalité. V. not. N. Luhmann, « Le droit comme système social », *Droit et société*, n° 11-12, 1989, p. 55-66.

<sup>159</sup> En économie par exemple où il existe des enseignements qui y font un recours direct.

<sup>160</sup> P. Poncela, *op. cit.*, note que « l'une des caractéristiques de la justice pénale est d'être communément nommée ou saisie comme un système. »