

Lire Mireille Delmas-Marty – *La recomposition du champ juridique*

« Réinventer toujours » Mireille Delmas-Marty ou l'art de raconter le Droit

Juliette Tricot

Maîtresse de conférences à l'Université Paris Nanterre

(Re)lire Mireille Delmas-Marty en deux ouvrages : *Le flou du droit*⁽¹⁾ et *Pour un droit commun*⁽²⁾. Deux balises pour penser le droit. Et trois dates, pour faire le récit de ses transformations, car ce dont il s'agit c'est bien de « raconter comment le droit est devenu autre »⁽³⁾.

1986, alors que Mireille Delmas-Marty publie, non sans un certain goût de la provocation⁽⁴⁾, *Le flou du droit*, le monde se pense encore en blocs, l'Europe en Communautés à tout juste douze et le droit – continental – en codes.

1994, lorsque paraît *Pour un droit commun*, les blocs ont implosé (et les conflits se sont transformés), l'Europe est devenue Union, le droit mondialisé et l'économie globalisée se donnent à voir comme horizon total, unique.

2004, date de la seconde édition⁽⁵⁾ du *Flou du droit*, c'est à la fois l'heure des confirmations (la « banalisation »⁽⁶⁾ du flou, l'urgence du commun) et des inquiétudes, avec le tournant du 11 septembre qui a transformé le monde, l'Europe et le droit, désormais pensés à l'aune de la pluralité et de l'imminence des crises où les logiques binaires du type ami/ennemi, dedans/dehors, trouvent un nouvel essor.

Leur relecture, faite à rebours de leur parution, me conduit de nouveau à remonter le chemin (du commun au flou), puis à le parcourir encore, avec l'espoir d'engager à le continuer, en explorant ce qui, au-delà d'une lecture très personnelle, lie les ouvrages, et de tenter d'en dégager la puissance alors et aujourd'hui.

(1) PUF, coll. « Les voies du droit », 1986.

(2) Seuil, coll. « La librairie du xx^e siècle », 1994.

(3) *Le flou du droit*, p. 31.

(4) Elle le reconnaît elle-même dans la préface à la seconde édition, p. 13.

(5) Dans la collection « Quadrige » aux PUF.

(6) Préface à la seconde édition du *Flou du droit*, p. 13.

Parmi ces liens, il y a peut-être d'abord l'importance pour Mireille Delmas-Marty du contexte. Car pour comprendre, elle s'emploie à contextualiser : c'est-à-dire autant observer que penser le contexte. Quel est-il ? Prolifération des normes, profusion de sources, instabilité des règles, affaiblissement ou renversement des hiérarchies, éclatement ou dilution des catégories, déstabilisation des logiques juridiques... Le droit n'est plus ce qu'il était. Ou plutôt ce qu'il est officiellement supposé être ou prétend être. Dès la (re-)présentation du paysage juridique, apparaît ce qui me semble constituer l'un des invariants de ses recherches : la quête d'un ordre caché⁷ ou en devenir⁸, d'une rationalité⁹ qui permette dans un même mouvement de saisir le réel et de l'orienter. Décrire non pas seulement pour révéler mais afin d'ordonner. Au vrai, si le droit n'est plus ce qu'il était, Mireille Delmas-Marty paraît bien douter qu'il ne l'ait jamais été. Mais plutôt que de le regretter et de chercher à réassembler le discours et l'image, elle y trouve matière à enquête. D'abord, pour découvrir ce qui se joue dans les écarts entre les modèles (les discours, représentations, mythes ou dogmes) et les pra-

tiques. Puis, non sans prendre soin de répertorier et trier les effets voulus ou non de ces écarts, les ajustements et les corrections qu'ils induisent¹⁰, pour se doter des instruments permettant d'atteindre des ordres souhaitables tout en fourbissant les armes pour se protéger des (dés-)ordres indésirables.

De cet effort de contextualisation¹¹ naît une démarche (appuyée sur une méthode), qui serait un deuxième lien entre les deux opus, ainsi qu'un programme, qui en fournit un troisième ; un programme pour la pensée et l'action, un programme de travail, de recherche donc¹². La démarche¹³, celle du *Flou du droit*, c'est un parti pris, servi par un récit qui est lui-même un pari. Parti pris, voilà peut-être un autre de ces invariants : indiquer les options, les alternatives en présence, et assumer d'en choisir/préférer une, en conscience – explicitée elle aussi – des limites qui s'y attachent et quitte à reconnaître la part de rêve¹⁴ qui anime ce choix. Ainsi, Mireille Delmas-Marty l'annonce, elle n'entend pas prendre le parti¹⁵ de la « décomposition sans espoir »¹⁶ ou du « retour du droit »¹⁷ mais celui de la recomposition¹⁸. Ce qui le lui per-

- (7) Non qu'existe « un état-major qui préside à la rationalité » (*Le flou du droit*, p. 209), car l'ordre, s'il existe, peut être invisible aux acteurs eux-mêmes, surtout s'ils sont enfermés dans des aires disciplinaires ou spatiales closes.
- (8) Un devenir qui n'est pas non plus donné d'avance, ne serait-ce que parce qu'aucun « "Grand juge" ne détient la clé pour mettre en compatibilité tous les ensembles (ou sous-ensembles) de normes », *Le Flou du droit*, p. 386.
- (9) *Le flou du droit*, p. 41 : « si l'ordre pénal traditionnel paraît voler en éclats, se disperser en une politique criminelle aux contours incertains, est-ce le signe annonciateur d'une rationalité différente ? Une rationalité dont l'observateur ne perçoit que des fragments. Qu'il devine pourtant, qu'il rêve peut-être, comme le passage du simple au complexe, de l'unique au multiple ».
- (10) V. le chapitre sur le « modèle [libéral] en dérive » dans *Le flou du droit*, p. 209 s.
- (11) Ce « long détour [...] nécessaire » annoncé dans l'avant-propos de *Pour un droit commun*, p. 9.
- (12) Qui se déploiera d'abord à l'UMR de droit comparé de Paris qu'elle a créé, puis au Collège de France dans les quatre volumes des *forces imaginantes du droit* et prendra forme, plus près de nous, dans la *boussole des possibles*, cet objet-manifeste conçu avec Antonio Benincà.
- (13) Déjà présente en 1983 dans *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica.
- (14) Cf. citation en note 9.
- (15) L'avant-propos du *Flou du droit* s'ouvre ainsi : « Mais le droit n'est pas flou, direz-vous [...] Et s'il est flou, il n'est plus droit, ajouterez-vous à l'idée de ces encombrants droits de l'homme qui se répandent dans notre vie comme par l'effet d'une mode, au détriment de toute rigueur juridique. Si vagues qu'ils seraient périmés avant que d'être nés, source de désordre, d'injustice même [...]. Ce livre prend un autre parti », p. 29 (nous soulignons).
- (16) La phrase est trop belle par son énergie et sa curiosité gourmande pour ne pas être citée *in extenso* : « Décomposition sans espoir ou recomposition d'un paysage dont il faudrait pouvoir saisir les plans. L'alternative presse d'y aller voir », *Pour un droit commun*, p. 16.
- (17) *Pour un droit commun*, p. 199.
- (18) Central dans *Pour un droit commun* où il donne son titre à la première partie (« Recomposition du paysage »), le mot a déjà sa place dans *Le flou du droit*, là où il est question de « recomposition du modèle selon une logique juridique qui organise le multiple, met en cohérence cette pluralité des réseaux et des normes simultanément applicables dans chaque réseau, et préserve cette complexité apparue à la fois comme la fragilité du modèle libéral, et sa force par rapport au modèle totalitaire qui, par sa nature même, a horreur du multiple », p. 208.

met c'est le récit des mouvements du droit – du code pénal aux droits de l'homme ⁽¹⁹⁾ – et de la pensée sur le droit – du droit pénal à la politique criminelle, des processus d'internationalisation au droit commun. Or, ce récit est un pari ⁽²⁰⁾, celui d'un droit devenu flou ⁽²¹⁾. En 1994, le pari est progressivement devenu réalité. Le temps est mûr alors pour proposer un programme, en germes déjà dans le Flou, mais désormais affiché dès le titre (*Pour un droit commun*). Ce dont il s'agit c'est ni plus ni moins de « réinventer le droit commun » ⁽²²⁾.

Ainsi se tisse le lien entre flou et commun. Re-lie flou et commun, c'est d'abord affronter le réel, confronter les

discours (idéologiques, dogmatiques, mythologiques ou utopiques) aux pratiques (I). Formé, le lien se consolide ensuite, alors que dans l'entre ⁽²³⁾, dans les écarts entre le droit (ou la politique criminelle) officiel(le) et le droit (ou la politique criminelle) appliqué(e) émerge une réalité commune : le flou (II). Mais que faire de ce flou en commun ? Le fuir ? Le dissiper ? Ce serait se priver d'un garde-fou nécessaire à la complexité qui est elle-même une garantie ⁽²⁴⁾ contre les dérives totalitaires. Aussi, le lien se resserre-t-il encore : mieux vaut apprivoiser le flou du droit et en maîtriser les pièges pour que de l'en commun advienne du commun : un droit commun (III).

I - Flou et commun

Pour saisir et ainsi commencer à percevoir le lien entre flou et commun, le mieux m'a semblé de remonter le chemin en partant de ce « besoin d'un droit commun » qui ouvre *Pour un droit commun* ⁽²⁵⁾. Que recouvre-t-il ?

D'abord, le besoin d'un « droit accessible à tous, qui ne serait pas imposé d'en haut comme vérité révélée, détenue par les seuls interprètes officiels, mais consacré d'en bas comme vérité partagée, donc relative et évolutive ».

Ensuite, le besoin d'un droit commun « à différents secteurs du droit pour assurer la cohérence de chaque système malgré la spécialisation croissante des règles ».

Enfin, le besoin d'un droit commun « à différents États dans la perspective d'une harmonisation qui ne leur imposerait pas de renoncer à leur identité culturelle et juridique » ⁽²⁶⁾.

À ces trois sens, comment ne pas associer au premier un idéal (démocratique et éthique), au second, une exigence (de rationalité et de rigueur), au troisième, un horizon (de concorde et de solidarité) ?

Mais affirmé en ouverture, le besoin doit encore être établi, ses causes déterminées, pour prétendre y répondre. D'où vient donc ce besoin d'un droit commun ? De ce que le droit ne semble plus

(19) Sous-titre du *Flou du droit*.

(20) Dernière phrase sur laquelle se clôt *Le flou du droit*, où il est aussi question de rêve : « le rêve un peu fou d'un droit devenu flou », p. 388.

(21) Avant-propos, *Le flou du droit*, p. 30.

(22) *Pour un droit commun*, p. 10. Où sont subtilement soulignées la modestie et l'audace de l'entreprise, car si l'on n'invente rien, il est toujours permis – voire indispensable – de réinventer (cf. déjà dans *Modèles et mouvements de politique criminelle*, l'idée que « Comme la liberté – qu'elle brise et fonde tout à la fois –, la politique criminelle est à réinventer toujours », p. 223 ; dans *Le flou du droit*, à propos du modèle État-société libéral : « Pour retrouver la liberté comme impossible horizon. Réinventer le modèle qui n'existe pas », p. 255).

(23) « [E]ntre les lignes, dans les blancs ou dans les marges, [...] se lit l'avenir du droit », *Pour un droit commun*, p. 117.

(24) *Le flou du droit*, p. 386.

(25) *Pour un droit commun*, première phrase de l'avant-propos, p. 7.

(26) *Ibid.*

à même de tenir sa promesse d'un ordre qui paraît voler en éclats, à mesure que les grands repères s'évanouissent, que les catégories fondamentales bien délimitées perdent de leur tranchant, que les sources se diversifient, faisant varier le temps, l'espace et l'ordre normatifs, que les hiérarchies normatives se brisent ou se mêlent. « Enlèvement de bornes », « surgissement de sources », « déplacement des lignes », l'enchaînement des intitulés, qui empruntent parfois au poète²⁷, signale déjà l'attention au(x) mouvement(s) ; une attention bienveillante et curieuse plutôt que méfiante ou frileuse qui lui permet d'entrevoir la possibilité d'ordre au-delà des désordres, de percevoir que si l'ouverture des catégories, des normes et des espaces est source de contradictions selon les logiques juridiques classiques, elle peut aussi, à la condition d'accueillir de nouvelles logiques, engendrer une autre cohérence, un autre ordre. Un ordre moins rassurant car il n'est pas donné d'avance, mais plus « réaliste » car il fait avec la complexité « qu'il ne suffit pas de déplorer et qu'il faut bien s'efforcer de "penser" »²⁸.

C'est cette ouverture du champ pénal qui est minutieusement exposée dans *Le flou du droit* puis élargie aux droits de la personnalité (mais aussi au droit et à l'esprit du marché) et retravaillée dans *Pour un droit commun*. Plusieurs concepts sont mobilisés.

Outre le marché (mais non sans lien avec lui), c'est celui d'espace, dont il est perçu, déjà, combien l'hétérogénéité « implique bien autre chose que l'apparition de nouveaux lieux institu-

tionnels »²⁹ ; cela, plus d'une décennie avant l'inscription dans les traités sur l'Union de l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui a profondément transformé le droit issu de l'intégration européenne.

Mais c'est surtout celui de (droit des) droits de l'homme dont l'entrée dans le champ pénal exprime aussi l'idée « d'une communauté entre les États, et malgré les États »³⁰. Et même si « la pratique en dément chaque jour l'effectivité, l'idée porte en elle, au moins dans une partie du monde, une certaine force agissante. Force d'ouverture qui peut transformer, sinon les hommes et les États, du moins les rapports juridiques (entre les hommes, entre les hommes et les États, entre les États) et la façon dont ces rapports juridiques structurent les champs du droit en général. Et le champ des peines en particulier »³¹.

Ouverture du champ pénal valorisée à la fois comme constat qui s'impose à l'observateur, et que l'accélération de la mondialisation et de la globalisation ne feront que consolider, mais aussi en ce qu'elle est porteuse de l'internormativité comme réponse tant à « l'hyper-normativité qui caractérise le modèle d'inspiration pourtant libérale » qu'aux limites du raisonnement juridique classique « qui a horreur du multiple, assimilé au désordre, et s'acharne à le réduire sous prétexte de l'ordonner »³². Or c'est dans et par cette internormativité que se déploie le flou du droit, que se découvre cette « [m]utation de la logique binaire à la logique du flou »³³. Une logique qui ne se substitue pas aux anciennes, mais les enrichit. « Le droit traditionnel des

(27) Ainsi de la référence à *La beauté* dans la phrase d'annonce du paragraphe sur le « déplacement des lignes » : « Tout se passe comme si, avec moins de bornes et davantage de sources, il devenait impossible de symboliser par une métaphore unique le principe qui ordonne le paysage et préside à l'engendrement des normes. Comme si, en effet, le plan de composition avait été brouillé par l'inéluctable mouvement qui tôt ou tard déplace des lignes », p. 88.

(28) *Pour un droit commun*, p. 193.

(29) *Le flou du droit*, p. 135.

(30) *Le flou du droit*, p. 153.

(31) *Ibidem*.

(32) *Pour un droit commun*, p. 225.

(33) *Le flou du droit*, p. 317.

manuels et des codes n'a pas disparu, mais il se trouve comme enveloppé par un droit différent. Mobile et flou [...], il n'impose pas un ordre juridique unique et immuable, mais il ne permet pas n'importe quoi et

refuse le hasard par inadvertance »³⁴. Il permet (sans toujours y parvenir³⁵) d'ordonner le multiple sans le réduire, en évitant la dispersion, l'incohérence ou l'éclatement qui menacent tout pluralisme³⁶.

II - Le flou en commun

La « découverte » de cette mutation des logiques juridiques s'opère à partir de l'observation du droit pénal, ce champ pourtant clos sur lui-même, qui, à force de perturbations, s'en trouve « malgré lui, entrouvert »³⁷. Fragilisée, la triple identité « peine = prison », « réseau de distribution des peines = réseau pénal », « normes applicables dans le réseau pénal = droit pénal » ne parvient plus à produire cet effet de fermeture et de cohérence du système. « Ébranlé du dedans et débordé dans ses contours, [le champ pénal] se trouve dessaisi de sa logique juridique propre, comme placé hors de cohérence »³⁸.

Or, s'il en est ainsi, c'est en particulier sous la « pression, juridiquement multiforme »³⁹, des droits de l'homme, dont paraît émerger, bien que par fragments⁴⁰, une autre rationalité qui transforme de l'intérieur le modèle libéral⁴¹ et pourrait annoncer une conception autre (enrichie) du droit. C'est le « laboratoire » européen qui permet de le montrer le mieux, car la diversité y est existentielle – le pluralisme des ordres, systèmes, espaces et normes juridiques y règne sans possibilité d'hégémonie ou de complète hiérarchie qui viendrait

tôt ou tard le détruire – et que s'y expérimente une logique nouvelle, floue, vecteur – potentiel – d'harmonie, c'est-à-dire de mise en ordre.

La notion de laboratoire est ici essentielle car elle permet de poser l'hypothèse du flou en partage, en commun. Commun aux deux Europes, mais au-delà aux processus d'internationalisation du droit « dans un monde qui se voudrait à la fois pluraliste et solidaire »⁴².

Surtout, si les logiques floues se donnent à voir dans les processus d'européanisation, c'est au travers des droits de l'homme qui « apparaissent comme le flou du droit »⁴³. « Car les droits de l'homme portent une dimension morale ou éthique [qui en font une catégorie juridique différente des règles de droit techniques et] qui relève nécessairement d'une rationalité autre. Et même inverse : universalisante (ce qui ne veut évidemment pas dire universelle), alors que le droit est d'abord délimité par un territoire ; mobile et évolutive, face au droit immobile ; floue au contraire de la précision juridique »⁴⁴ ; une « [r]ationalité issue du droit comparé »⁴⁵.

(34) *Le flou du droit*, p. 31.

(35) *Ibid.* p. 30.

(36) *Ibidem.*

(37) *Ibid.* p. 34.

(38) *Ibid.* p. 40-41.

(39) *Le flou du droit*, p. 386.

(40) *Ibid.*, p. 41.

(41) « C'est l'objet de ce livre de poser l'hypothèse d'une transformation de la structure interne du modèle État-société libéral. Transformation qui organiserait dans le modèle le passage du simple au complexe, de l'unique au multiple », *Le flou du droit*, p. 255 (les italiques sont dans le texte original).

(42) *Le flou du droit*, p. 30.

(43) *Ibid.*, p. 376.

(44) *Ibid.*, p. 347.

(45) *Ibid.*

Or, ce « droit des droits de l'homme » se forme au moyen de notions autonomes ou indéterminées et de marges. Ainsi, de la notion autonome de matière pénale qui impose, d'une part, de penser la punition ou la répression au-delà du droit pénal dans et par la politique criminelle et qui, d'autre part, se structure autour de principes directeurs⁴⁶, dont « l'adjectif et son pluriel marquent toute la différence avec la règle de droit »⁴⁷. « Au lieu d'imposer une solution unique déduite d'un raisonnement en forme de syllogisme, les principes directeurs donnent plutôt un sens, une direction, une orientation dans le labyrinthe des circuits ouverts par une organisation sociale et juridique à la fois plus complexe et diversifiée. Ils permettent d'éviter à la fois l'automatisme – fixer les choix – et le hasard – choisir n'importe quoi »⁴⁸. Ainsi encore de la marge nationale d'appréciation qui permet d'interpréter les notions imprécises ou indéterminées, ce qui – et c'est essentiel – ne veut pas dire indéterminable⁴⁹, mais requiert d'en dégager de manière transparente (et ainsi discutable) mais aussi stable (et ainsi prévisible) les conditions de déterminabilité soit, précisément, l'objet de l'apprentissage des logiques floues qui remplacent le principe d'appartenance ou de non-appartenance⁵⁰ par le degré d'appartenance⁵¹ « plus apte à ordonner la pluralité d'ensembles normatifs simultanément applicables sans en supprimer la diversité »⁵².

C'est ainsi que se développe une argumentation juridique différente de la logique classique fondée sur les principes d'identité, du tiers-exclu et de non-contradiction : « à l'obligation d'identité se substitue une obligation de "proximité" »⁵³, qui suppose une échelle de gradation. Celle-ci requiert à son tour des critères ou indicateurs (de variation de la proximité) que le juge se doit d'explicitier. En conséquence, la prise de décision s'en trouve également modifiée puisqu'elle ne peut advenir « qu'après la fixation, même implicite, d'un seuil au-delà duquel la proximité est jugée suffisante pour que la pratique considérée soit "compatible" avec la norme de référence. Au couple identité et conformité se trouve ainsi substitué un couple proximité et compatibilité dont les caractéristiques sont la référence à une échelle de gradation et la fixation d'un seuil de décision »⁵⁴.

L'analyse instruite du laboratoire européen ne s'y réduit pas, tant la logique nouvelle, fondée sur l'usage de la marge (ici nationale d'appréciation, pour les notions imprécises, ou européenne de contrôle, pour les notions autonomes) paraît pouvoir se déployer au-delà : « en droit interne ce peut être la marge du Parlement face au contrôle de constitutionnalité, celle de l'administration et du gouvernement face au contrôle du Conseil d'État, ou encore celle de l'expert face au juge et du juge face à la

(46) Et ouvre le champ pénal, imposant par là un changement d'objet – du droit pénal à la politique criminelle qui le déborde – et de méthode – de la méthode systémique à la méthode systématique qui ne définit pas son objet par référence à un contenu fixe, mais comme l'intersection d'un ensemble de relations et d'oppositions qui déterminent la construction de modèles structurant le champ observé. Inauguré par *Modèles et mouvements de politique criminelle*, la construction est reprise et synthétisée dans *Le flou du droit* avant d'être développée au sein de ce manuel hors du commun : *Grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. « Thémis », 1992 ; sur lequel v. not. RSC 2022. 495, ainsi que E. Fronza, N. Guillou, K. Martin-Chenut, C. Sotis, J. Tricot, Du droit pénal à la politique criminelle : l'envers du décor, in *Cheminer avec Mireille Delmas-Marty. Mélanges ouverts*, Mare & Martin, 2022, p. 127 s.

(47) *Le flou du droit*, p. 323.

(48) *Ibid.*

(49) *Pour un droit commun*, p. 122.

(50) La règle A appartient à l'ensemble E, la règle B n'appartient pas à l'ensemble E.

(51) La règle A appartient pour 0,9 à l'ensemble E, la règle B n'appartient pas pour 0,2 à l'ensemble E.

(52) *Le flou du droit*, p. 318 s.

(53) *Pour un droit commun*, p. 160.

(54) *Pour un droit commun*, p. 160.

loi »⁵⁵. À plusieurs reprises, Mireille Delmas-Marty identifie les frémissements d'un tel usage ou les sièges possibles – à venir – de son épanouissement. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, en est-il de l'observation, teintée d'impatience (et pourtant les arrêts de la chambre criminelle du 1^{er} février 2017⁵⁶ comme leur suite⁵⁷ sont encore lointains), tirée de l'apparition « timide » dans le « nouveau code pénal » de l'obligation de motiver, comme condition du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme, qui « pourrait amener la Cour de cassation française, à l'image de la Cour allemande, à contrôler cette motivation et à établir progressivement des critères donnant un contenu normalisateur aux notions de gravité et de proportionnalité qui commandent implicitement le choix

de la peine d'emprisonnement (et, *a contrario*, celui d'autres sanctions) »⁵⁸.

Aussi faut-il s'initier aux nouvelles logiques qui ne créent pas la complexité, ni l'incertitude ou l'imprécision (« inhérent[es] à la vie elle-même ») mais aident à les maîtriser par (et à la condition d') « un surcroît d'attention et de rigueur »⁵⁹.

Surcroît d'attention et de rigueur de la part du juge mais aussi du législateur et de l'observateur appelés à préciser/affiner les critères et assurer/vérifier la constance dans leur maniement ou, le cas échéant, à fonder/justifier l'inconstance. Instrument d'aide à la décision juridique (et d'analyse des décisions), les logiques floues imposent en somme un surcroît d'exigence.

III - Du flou au commun : une utopie réaliste⁶⁰

Reconnaître le flou du droit, accueillir et faire l'apprentissage des logiques floues, c'est se doter d'instruments pour penser juridiquement la complexité qu'il est vain mais aussi périlleux de vouloir supprimer et, ainsi, ordonner le multiple, c'est-à-dire ne pas se contenter de le constater mais le dépasser pour « réinventer un droit commun ». C'est faire le pari que des « systèmes juridiques différents peuvent produire, grâce à leurs zones de sous-détermination, une vérité juridique commune »⁶¹.

Mais c'est aussi reconnaître par avance – pour mieux les anticiper – les limites et les pièges auxquels s'expose l'entreprise. Or, « la difficulté de cette

recherche d'un droit "commun" tient moins à l'obstacle, même puissant, des particularismes qu'à l'ambiguïté qui sous-tend la démarche. Car l'internationalisation du droit crée l'illusion que le droit devient commun, alors qu'elle comporte le double risque de le rendre plus opaque encore aux non-juristes – donc de renforcer l'hégémonie des professionnels du droit – et de l'imposer sous la pression économique à l'ensemble des pays – donc de renforcer l'hégémonie des pays développés. Il serait donc naïf de croire que l'internationalisation du droit (et la complexité croissante qui l'accompagne) garantira l'avènement d'un droit commun dans tous les sens du terme »⁶². Et l'aver-

(55) *Ibidem*.

(56) Pourvois n° 15-83.984, 15-85.199, 15-84.511.

(57) Sur laquelle v. not. P.Y. Gahdoun, R. Parizot, A. Ponselle, M. Touillier (dir.), *La motivation des peines correctionnelles et criminelles : recherche sur les déterminants de la motivation des décisions pénales*, IERDJ, 2022.

(58) *Pour un droit commun*, p. 128.

(59) *Ibid.*, p. 186.

(60) *Ibid.*, p. 202.

(61) *Ibid.*, p. 194.

(62) *Ibid.*, p. 201.

tissement vaut en particulier pour le laboratoire européen, « le piège étant cette fois que les États ne s'ouvrent les uns aux autres qu'au prix de la fermeture des frontières européennes et que, pour être harmonisé entre les pays de la Communauté (incorporée à l'Union européenne), ce droit leur soit réservé en exclusivité. Ou encore qu'il soit imposé aux autres pays de façon unilatérale, comme condition de l'aide économique et support d'une domination culturelle et politique »⁶³.

Mais, si la voie est étroite, « l'échec n'est pas inéluctable. Plutôt que d'engager un combat d'arrière-garde, pour préserver jalousement les conceptions traditionnelles d'un droit strictement national et étatique, la voie de ce que l'on pourrait appeler une utopie réaliste consiste à prendre appui sur les transformations en cours pour réinventer le droit commun »⁶⁴.

Transformations engendrées par la force d'ouverture (des systèmes, ordres, normes et catégories juridiques) qu'ont en commun les droits humains d'une part et le marché de l'autre. D'autres recherches⁶⁵ permettront de vérifier l'intuition tout en précisant l'inégale vitesse et intensité des deux processus ; l'esprit du marché soufflant souvent plus fort et plus vite que celui des droits de l'homme.

Outre les pièges, ce sont encore les limites qu'il faut connaître. Car « tout

n'est pas flou »⁶⁶ et c'est heureux, d'autant qu'« il y a flou et flou »⁶⁷.

Les logiques floues ou graduées doivent être conçues comme un enrichissement de la logique juridique classique qui n'a pas vocation à disparaître mais à perdre sa prétention totalisante. Là aussi, la pluralité, le multiple doivent pouvoir se maintenir et se déployer de sorte qu'il soit possible « de concevoir un espace normatif fait de plusieurs ensembles, les uns parfaitement ordonnés, d'autres partiellement, d'autres non encore ordonnés. La logique classique peut seulement saisir le premier modèle et conclut, pour le reste, au désordre. Alors qu'en la combinant avec une logique de gradation (c'est-à-dire en combinant au couple identité et conformité le couple proximité et compatibilité) on peut saisir une plus grande partie de l'assemblage »⁶⁸ et on évite le risque d'unification hégémonique (hégémonie d'une culture, d'un État ou d'une région) ou bureaucratique (bureaucratie publique ou managériale).

« La démarche ne renonce [donc] pas aux acquis de la pensée juridique traditionnelle, mais la prolonge en utilisant d'autres concepts, d'autres outils logiques. En apprenant comment la rigueur du raisonnement peut aussi s'appliquer à des formes ou à des objets instables ou imprécis, le juriste découvre en effet de nouvelles perspectives »⁶⁹. Encore doit-il pour cela accepter par avance cette autre limite qu'est la part

(63) *Ibid.*, p. 200.

(64) *Ibid.*, p. 201-202.

(65) Notamment, les sept volumes publiés à la Maison de Sciences de l'Homme, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*.

(66) *Le flou du droit*, p. 386.

(67) *Ibidem* ; ainsi, « lorsqu'elle touche au droit de punir d'une part et au droit de la personnalité d'autre part [...] l'imprécision des catégories juridiques risque de devenir menace de désordre. C'est là tout particulièrement que l'enlèvement de bornes peut signifier autre chose qu'un ajustement des techniques juridiques, qui pourrait passer pour une simple adaptation à la complexité du monde post industriel, car ils mettent en cause le principe de raison par lequel le droit n'est pas seulement organisation de la vie en société mais façon d'instituer et la société et l'homme », *Pour un droit commun*, p. 18.

(68) *Pour un droit commun*, p. 267.

(69) *Ibid.*, p. 284.

d'indécidable de toute logique⁷⁰. Qu'il s'agisse du postulat sur lequel repose la majeure du syllogisme⁷¹ en logique classique, ou du seuil de décision⁷², en logique floue. « Nécessaire, la logique ne suffit pas à garantir la juridicité des normes »⁷³. Mais l'acceptation n'est pas renoncement. Elle suppose de reconnaître l'importance des processus de surdétermination qui fondent les choix du législateur ou du juge sur un code culturel rarement explicite et qui n'est légitime qu'à condition d'être commun. D'autant que les qualités de celui qui décide l'indécidable ne suffisent pas à écarter le risque d'arbitraire. Or, vérifiable support du multiple en raison de leur extrême hétérogénéité, les droits de l'homme marquent une rupture avec les autres formes d'expression de la surdétermination des choix législatifs ou jurisprudentiels. Et, leur marque s'imprime plus profondément dans l'ordre normatif. De la sorte, à mesure que se recompose un « droit des droits » s'introduit le multiple dans l'idée même de légitimité⁷⁴.

Ainsi, le flou devient l'un des garde-fous de la complexité qui nous protège

des hégémonies⁷⁵, de la sclérose et de l'anarchie⁷⁶. S'il n'est pas la recette magique⁷⁷ qui résoudrait tous nos problèmes, le flou du droit participe des voies vers ce pluralisme juridique ordonné, autre nom du droit commun, car ce pluralisme juridique là n'est plus seulement subi au détour d'une situation de domination, il est voulu⁷⁸, ce qui change naturellement tout.

Au terme de cette lecture partielle et forcément partielle, en un mot sélective, ayant tenté de donner à voir cette démonstration de rigueur qui est le contraire de la rigidité, il faut souligner combien nombreux ont été les silences sur d'autres trésors du flou et du commun : trésors de style que sont les plans des deux ouvrages où se lit l'élan d'une pensée du et en mouvement ; trésors de la synthèse qui s'emploie à faire la pédagogie de la complexité ; trésors d'intuitions ou de trouvailles vers lesquelles à chaque question, apparemment inédite, crise, catastrophe ou révolution, il fait bon revenir et (re-)découvrir que les outils pour les penser étaient/sont déjà là.

(70) *Ibid.*, p. 170-171.

(71) Qui pose par exemple comme pénal ou comme administratif (*stricto sensu*) certain type de norme.

(72) Qui détermine sans être démontrable la proximité acceptable ou inacceptable avec la norme de référence.

(73) *Pour un droit commun*, p. 171.

(74) *Ibid.*, p. 173.

(75) *Le flou du droit* (préface de la seconde édition), p. 28.

(76) *Le flou du droit*, dernière phrase de l'ouvrage.

(77) *Le flou du droit* (préface de la seconde édition), p. 13.

(78) *Le flou du droit*, p. 387.