

## ***Zone de non-droit, zone de conflit ?***

*Réflexions sur les finalités et les outils de la démarche juridique*

---

LOUIS-PHILIPPE CARRIER

Doctorant, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

L'expression « zone de non-droit » est entrée dans le vocabulaire courant. Elle s'emploie désormais aussi bien pour évoquer des territoires périurbains particulièrement touchés par les incivilités<sup>1</sup>, des pratiques financières très créatives permettant d'échapper à certaines contraintes réglementaires et fiscales<sup>2</sup>, des régions du globe où aucune force ne semble durablement capable de faire régner l'ordre<sup>3</sup>, l'espace abstrait des informations qui circulent sur le réseau mondial des communications électroniques<sup>4</sup>. Ces espaces<sup>5</sup> se caractériseraient par une absence relative d'autorité formelle, rendant impossible tout système de sanction cohérent

---

<sup>1</sup> « Oui, il y a des zones de « non-droit » parce que les différents gouvernements qui se sont succédé l'ont voulu ainsi. Quand la seule présence extérieure à une cité, ce sont les hommes de la brigade anticriminalité, qui arrivent comme des cow-boys, fusil à pompe à la main, avec le peu de vocabulaire et de psychologie que leur formation leur permet d'utiliser, il y a de quoi se sentir vraiment menacé. Quand on abandonne des quartiers entiers, sans vie économique, sans établissement scolaire, évidemment que des gens se prendront pour les maîtres des lieux... », Vincent KOEBEL, « Banlieue. Non, ce n'est pas la « voyoucratie » », *L'Humanité*, 13 décembre 2007.

<sup>2</sup> « On ne peut être que surpris que des responsables politiques réalisent subitement qu'il existe des places offshore ! Nous l'avions dénoncé avec d'autres juges en 1996, en lançant l'appel de Genève contre ces zones de non-droit, car les paradis fiscaux sont aussi des "paradis" judiciaires », Renaud VAN RUYMBEKE, « En finir avec l'enfer des paradis fiscaux », *Le Monde*, 22 novembre 2008.

<sup>3</sup> « La communauté internationale a négligé la Somalie, considérée, depuis la débâcle de l'armée américaine en 1993, comme un problème trop difficile à résoudre. Résultat : le pays a sombré dans une guerre civile interminable, est devenu une zone de non-droit, l'une des régions les plus dangereuses au monde » Pierre ROUSSELIN, « La Somalie, conflit local et menace mondiale », *Le Figaro*, 18 novembre 2008.

<sup>4</sup> « Il n'y a aucune raison qu'internet soit une zone de non-droit », Nicolas Sarkozy, cité par le porte-parole du gouvernement Luc Chatel, Dépêche AFP, 18 juin 2008.

<sup>5</sup> Dans ce qui suit, on utilisera régulièrement le mot « espace » pour désigner les lieux concrets ou abstraits auxquels s'appliquent les concepts. Le terme « zone » sera alternativement utilisé pour désigner les mêmes objets.

donc susceptible d'enrayer la spirale de la violence. Là où l'autorité ne peut s'imposer par faute de reconnaissance, personne ne peut empêcher celui qui souhaite régler ses désaccords par la violence d'exercer cette violence, qui à son tour génère une violence censée résoudre le désaccord dans un sens favorable aux intérêts de l'autre partie – cette défense violente d'un intérêt constituant l'essence du conflit. Une « zone de non-droit » serait donc un foyer de conflit permanent – dont les effets pourraient d'ailleurs éventuellement ne se manifester qu'à l'extérieur de ladite zone : ainsi la paix et la prospérité dont sont supposés jouir les « paradis fiscaux » seraient-elles proportionnelles aux dommages que ces « zones de non-droit » financières et fiscales causent au reste du monde, par leur inaction, en empêchant les États honnêtes et vertueux d'asphyxier économiquement le terrorisme et la corruption organisée. Quasiment plus immorale que le crime lui-même, la zone de non-droit serait le lieu de réalisation des penchants au mal que toute société moderne normalement constituée ne peut que réprimer. En anglais nord-américain, *lawlessness* semble devenu un synonyme de « climat propice à la criminalité »<sup>6</sup>.

Dans le langage du juriste, cependant, les choses sont plus compliquées. La notion même d'une « zone » sans droit se prête difficilement à une acception littérale ou immédiate, à une définition allant de soi. Le conflit n'étant jamais totalement absent de ces « zones » qui échappent à la qualification de « zones de non-droit », le critère distinctif entre l'une et l'autre catégorie demande une réflexion plus approfondie. Le droit est bien un ensemble de règles cohérentes, conçu pour promouvoir la paix en résolvant les conflits. Toutefois il serait excessif d'affirmer que le droit élimine tous les conflits ou que la cause des conflits résulte toujours d'une application insuffisante de la Loi, que soit parce que l'on n'arrive pas à forcer la réalité à se conformer à la règle de droit ou parce que la règle de droit qui aurait résolu le conflit n'existe pas encore. Le rapport entre la légalité et la conflictualité est plus complexe que cela : des formes d'organisation différentes du droit peuvent exister, constituant un « non-droit » régulant les comportements des individus grâce à un tissu de normes sociales incitatives. On s'attachera donc dans un premier temps à conceptualiser en quoi le droit est une réponse à la conflictualité supposée des sociétés. Il s'agit notamment de penser comment des communautés dépourvues des

---

<sup>6</sup> « Les situations de non-droit ne peuvent se résumer aux crimes et délits faisant l'objet d'indicateurs statistiques dans la nomenclature du FBI, mais peuvent aussi faire référence à une atmosphère de désordre dans laquelle ces infractions et d'autres moins graves peuvent advenir à n'importe quel moment » (« Lawlessness consists not just in the relatively rare "index" crimes counted by the FBI, but can also refer to an atmosphere of disorder in which it seems like these and less serious crimes and harassments might occur at any time »), George KELLING, « Measuring What Matters : A New Way of Thinking About Crime and Public Order », dans Robert H. LANGWORTHY (dir.), *Measuring What Matters : Proceedings From the Policing Research Institute Meetings*, U.S. Department of Justice – National Institute of Justice (Office of Community Oriented Policing Services), 1999, p. 27.

institutions « classiques » du droit parviennent à ne pas sombrer dans le néant, voire à obtenir une certaine efficacité dans la prévention et la résolution des conflits. Puisque l'on peut supposer que quelque chose d'autre que la seule application de la Loi par les autorités étatiques contribue à préserver l'intégrité structurelle des sociétés, en particulier ces communautés peu « juridicisées » et néanmoins peu conflictuelles, on se demandera dans un deuxième temps en quoi une approche intégrant droit et non-droit se justifie conceptuellement et comment législateurs et praticiens du droit peuvent en tirer parti, dans une logique plus totalisante de régulation des conflits.

### I – LA LÉGALITÉ OU LE CONFLIT ?

L'idée qu'un espace géographique ou social où le conflit est particulièrement fréquent est *a priori* une zone où le droit est insuffisamment présent paraît naturelle, puisqu'il y a de nombreuses raisons de penser que le droit est « le principal » mode de règlement des conflits. Ainsi les conflits les plus violents se règlent-ils par le droit, au moins dans le monde « civilisé » : procès en Cour d'assises, Traités d'armistice, saisie de biens par un huissier de justice... De plus, chaque nouvel enjeu de société amène toujours les pouvoirs publics à produire des normes dont le justiciable pourra se prémunir devant un tribunal afin d'éviter que les nouvelles réalités sociales ne créent par leur seule existence des situations d'indétermination des droits subjectifs. Par exemple, l'apparition de l'automobile rendait *nécessaire* la définition d'un sens de circulation, sans lequel les conflits (les accidents) se seraient naturellement multipliés, tout simplement parce que, dans la plupart des endroits suffisamment peuplés, la conduite est impossible ou terriblement dangereuse si le droit ne définit pas les comportements autorisés ou interdits au volant. L'apparition du téléphone mobile a ensuite suscité l'apparition de nouvelles règles, pour savoir si le risque supplémentaire d'accident devait être supporté par les conducteurs utilisant leur téléphone mobile au volant ou par leurs victimes sensiblement plus probables. L'automobile « intelligente » appellera à son tour d'autres règles, pour lesquelles les initiatives ne manqueront pas. Enfin, un argument « historique » tendrait à conforter l'idée que le nombre de conflits supportés par chaque être humain a diminué au fur et à mesure que la taille des corpus juridiques augmentait<sup>7</sup>. Cependant, ce que ces intuitions nous apprennent du droit et de ses fonctions ne nous renseigne pas vraiment sur l'émergence et la résorption des conflits lorsque ceux-ci concernent des espaces sociaux restés à l'écart du droit. On peut donc s'interroger sur la nature de ce qui est

---

<sup>7</sup> Cette idée tient largement à l'association que les juristes de droit romano-germanique font entre la période antique et l'émergence d'une société efficacement régulée par le droit. La Renaissance puis les Lumières ont largement appuyé cette vue.

hors du droit, du « non-droit ». Cela permet de dépasser le raisonnement intuitif selon lequel le droit est le seul remède aux conflits.

1) *La notion de non-droit*

La notion de non-droit ne s'impose pas comme une évidence dans le champ académique, car elle se heurte à une certaine vision du positivisme juridique, largement représentée dans le discours des chercheurs. Cependant, la notion de non-droit trouve toute sa place dans une approche sociologique du droit, notamment.

a) L'approche positiviste : l'omniprésence du droit ?

Dans la vision positiviste du droit<sup>8</sup>, s'il existe des espaces si peu pourvus de normes juridiques que la sanction de la violence illégitime y soit impossible, de tels espaces sont probablement rarissimes. L'intégralité des terres émergées se répartit entre le territoire des États et des territoires à statut international. Les océans sont eux aussi partagés entre divers régimes juridiques. Les transactions financières comme les données informatiques peuvent être rattachées à leur lieu d'émission ou de destination, aux personnes impliquées, ou à d'autres caractéristiques qui les lient bien à un régime juridique. Quant aux quartiers frappés par l'incivilité, ils ne se singularisent pas par l'absence de normes juridiques applicables ni même par l'absence d'une autorité formelle, mais par l'inefficacité de l'application du droit, en termes de règlement des conflits. L'approche positiviste apporte donc une réponse simple à la question du non-droit – le droit est partout – que l'on peut extrapoler en disant que pour améliorer les effets du droit sur la société et le monde, il suffit de modifier le droit. Si le droit ne parvient pas à supprimer le conflit, qu'il s'agisse de dettes impayées, de conflits de voisinage, ou de crimes plus graves, c'est soit parce que les normes juridiques sont inadaptées à l'état de la société, soit parce qu'elles sont mal appliquées, deux faiblesses auxquelles il est possible de remédier par des voies qui sont elles-mêmes prévues par le droit. Si ce raisonnement est correct, poussé à l'extrême il implique qu'un État extrêmement bien informé et bien géré serait capable de supprimer le conflit, par sa seule action en droit. Cela revient cependant à nier la possible interaction du droit formel avec d'autres forces qui structurent la société. Comment faire respecter toute la Loi, surtout si elle couvre

---

<sup>8</sup> On entend ici par « positiviste » l'approche doctrinale selon laquelle le droit se distingue des autres conventions sociales en ce qu'il est défini comme droit par une autorité juridique reconnue, grâce, notamment, à des principes comme la hiérarchie des normes ou l'autorité de la chose jugée. Voir notamment Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, L.G.D.J., 1999, 2<sup>ème</sup> éd. originale 1960 ; Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press (Clarendon Law Series), 1997, éd. originale 1961 ; Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2003, éd. Originale 1921 (tome I) et 1922 (tome II).

tous les domaines possibles, à des citoyens qui ne peuvent être tous juristes ? Peut-on concevoir aujourd'hui des institutions juridiques qui apporteront demain tous les éléments pour résoudre les conflits liés à des technologies actuellement inimaginables ? Même l'État parfait décrit ci-dessus serait impuissant à régir l'avenir si une majorité de citoyens se prononçait pour son abolition<sup>9</sup>. Donc, puisque l'on ne peut admettre l'utopie juridique d'un droit épousant parfaitement les besoins de son temps, on ne peut concevoir le droit qu'en interaction avec des dynamiques sociales qui peuvent s'écarter de lui – ce qui sera toujours plus ou moins le cas, d'ailleurs, puisque la création des normes de droit prend davantage de temps que n'en prend une infinité de faits sociaux pour advenir à tout moment. On sait que Jean Carbonnier tira de ces failles un certain ressentiment contre l'approche positiviste, qui l'amena à approfondir la notion de non-droit<sup>10</sup>, en montrant que certaines réalités sociales non juridiques, se combinent avec le droit, le complètent, rendent son application possible. Plus récemment Bruno Latour a même montré<sup>11</sup>, en décrivant le fonctionnement du Conseil d'État, que la création du droit était le résultat de nombreuses délibérations et interactions entre des individus, des institutions et des idées qui, tous ensemble, contribuaient à la décision finalement rendue. Ainsi les équilibres entre les pouvoirs des différentes institutions, les connaissances et le parcours des juges, ou les courants intellectuels influents participent-ils tous du processus normatif, qui échappe donc en partie à la formalisation juridique. De manière similaire, la société interdit certaines choses et en autorise d'autres au gré de tendances sociales que le droit ne traduit qu'imparfaitement : on peut notamment penser au statut socialement ambigu, quoique juridiquement clair, de l'euthanasie.

b) L'hypothèse du non-droit, par-delà la sociologie juridique

Un certain nombre d'éléments dans la littérature académique confortent l'idée que cet ensemble de tendances sociales non traduites en droit mais sanctionnant effectivement les comportements des individus, ce « non-droit », participe de la démarche juridique. On peut en tirer un raisonnement sur la méthode juridique. À l'extrême, les interactions sociales spontanées peuvent, sous certaines conditions, se

---

<sup>9</sup> Il faut d'ailleurs garder à l'esprit que le droit peut habiller élégamment des pratiques politiques par ailleurs tout à fait « immorales », de telle sorte que le système juridique garde largement l'apparence de la cohérence au sens de Kelsen, alors qu'il s'écarte largement des idées de justice ou de paix que l'on peut attacher au droit. Voir par exemple : Danièle LOSCHAK, « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », in *L'Institution*, CURAPP, Paris, PUF, 1981, pp. 125-184.

<sup>10</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>ème</sup> édition, Paris, L.G.D.J., 2001, 1<sup>ère</sup> éd. 1969 ; *L'Hypothèse du non-droit*, Paris, Sirey, 1963.

<sup>11</sup> Bruno LATOUR, *La Fabrique du droit*, Paris, La Découverte, 2002.

substituer au droit formel pour résoudre efficacement les conflits. Pour F.A. von Hayek, elles sont aussi le berceau du droit formel<sup>12</sup> : le droit serait l'émanation d'un consensus social préexistant auquel le juge ou, faute de contentieux permettant au juge d'agir, le législateur et l'exécutif apportent leur autorité. Dans tous les cas, l'interaction entre droit et non-droit est indéniable et de mieux en mieux prise en compte dans les pratiques juridiques. Les systèmes juridiques issus de la *common law* connaissent depuis longtemps la notion de *reasonableness*<sup>13</sup>, ouvrant le droit sur des dimensions sociologiques, économiques, scientifiques, pratiques. Mais le droit continental reconnaît lui aussi l'importance des usages, ou de figures sociologiques comme le « bon père de famille »<sup>14</sup>. Le droit de la concurrence déplace sa focalisation depuis des règles systématiques vers des appréciations toujours plus économiques et ouvertes sur les réalités du marché<sup>15</sup>. Les droits « de la régulation » sectorielle *ex ante* permettent aux autorités compétentes l'entretien de « conversations régulatrices », pour reprendre l'expression de Julia Black<sup>16</sup>, avec les acteurs du secteur régulé, afin d'orienter et d'évaluer, de manière informelle, leurs comportements. En matière financière, les codes de bonne conduite, le droit mou – le *soft law* –, voire la structure organisationnelle des entreprises, à travers la notion de « chinese wall »<sup>17</sup>, font entrer des arguments non juridiques dans la résolution des

<sup>12</sup> Friedrich A. von HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 2007 (éd. originale 1973-1979).

<sup>13</sup> On trouve dès le début du 19<sup>ème</sup> siècle une référence à la « personne raisonnable » dans la jurisprudence anglaise, avec la fameuse affaire *Vaughan v. Menlove* (1837), 3 Bing. N.C. 467, 132 E.R. 490 (C.P.). Avec l'affaire *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223, le caractère « déraisonnable » d'une décision administrative est admis comme moyen dans les procédures administratives en droit anglais. L'espèce, dans le contexte de la gestion d'un cinéma, portait sur les conditions d'une concession qui posaient de réelles difficultés fonctionnelles : c'était bien par rapport au sens de l'activité voulue, dans son contexte, que la décision administrative était « déraisonnable ». Pour une discussion de la notion, voir par exemple : Neil MCCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press (Clarendon Law Series), 9<sup>ème</sup> édition, 1994.

<sup>14</sup> Parmi les articles utilisant cette référence, l'article 1962 du Code civil en donne un des portraits les plus précis, qui reste pourtant très vague, donc ouvert à une interprétation en fonction du lieu et de l'époque : « L'établissement d'un gardien judiciaire produit, entre le saisissant et le gardien, des obligations réciproques. Le gardien doit apporter, pour la conservation des effets saisis, les soins d'un bon père de famille. Il doit les représenter soit à la décharge du saisissant pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions ont été faites, en cas de mainlevée de la saisie. L'obligation du saisissant consiste à payer au gardien le salaire fixé par la loi ».

<sup>15</sup> Ioannis LIANOS, *La Transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

<sup>16</sup> Julia BLACK, « Regulatory Conversations », *Journal of Law and Society*, 2002, vol. 29, pp. 163-196.

<sup>17</sup> « Muraille de Chine : un dispositif organisationnel par lequel une information détenue par une personne dans le cadre d'une certaine activité doit être cachée de, ou ne pas être utilisée par, ou ne pas être utilisée au profit de, personnes avec qui ou pour qui cette information jouerait un rôle dans un autre domaine d'activité » (« *Chinese wall : an arrangement that requires information held by a person in the course of carrying*

conflits. Le recours croissant à l'arbitrage prolonge cette tendance<sup>18</sup>. En matière de commerce international, une « *lex mercatoria* » sans attaches étatiques sert de référence à certains contrats<sup>19</sup>. La liste est longue des pratiques faisant du droit un moyen subsidiaire de règlement des conflits.

## 2) *Les limites du règlement des conflits par le droit*

L'idée selon laquelle le droit serait le moyen quasi-exclusif de résoudre les conflits se heurte à des réalités connues de tous : la présence forte ou faible du droit peut être une question orthogonale à celle de la présence forte ou faible du conflit. Certains conflits échappent à une résolution par le droit, voire sont créés par lui. Au contraire, certains espaces peu touchés par le droit peuvent être remarquablement peu touchés par le conflit.

### a) De l'incapacité du droit à régler tous les conflits

On peut difficilement imaginer que le droit résolve tous les conflits, car en assurer l'application requiert des efforts, que la société aura tendance à maintenir, peu ou prou, proportionnés au danger que représente pour elle le non-respect de chaque règle. Il y a donc des limites aux protections que la société est prête à apporter au respect des diverses règles. Pour reprendre la fameuse citation de Jean Carbonnier, « Le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons »<sup>20</sup>, ce que les législateurs savent d'ailleurs depuis bien longtemps : « D'ailleurs, supposez les hommes unis par l'amitié, ils n'auraient pas besoin de la justice ; mais, en les supposant justes, ils auront encore besoin de l'amitié ; et certes, ce qu'il y a de plus juste au monde, c'est la justice qui peut se concilier avec la bienveillance »<sup>21</sup>. Depuis Aristote et probablement avant lui, on sait qu'il n'a jamais été question que le droit se substitue à tous les équilibres sociaux. Même si tous les hommes étaient « justes » (voulaien respecter le droit), le conflit ne pourrait être évité s'ils étaient incapables d'être amis (d'éprouver de la bienveillance les uns envers les autres). L'Histoire a malheureusement montré que l'État de droit pouvait tout à fait se révéler un État

---

*on one part of its business to be withheld from, or not to be used for, persons with or for whom it acts in the course of carrying on another part of its business »*, Financial Services Authority, 2009/6 *Listing Rules Sourcebook* (Rights Issue Subscription Period) Instrument 2009.

<sup>18</sup> Notamment, l'article 1474 du Code de procédure civile autorise le tribunal arbitral, si les parties le désirent, à pratiquer l'amiable composition, donc à statuer en équité.

<sup>19</sup> Voir notamment : Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

<sup>20</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, note 10, p. 487.

<sup>21</sup> Aristote, *Éthique à Nicomaque*, livre VIII, fragment 1155a. Traduction M. THUROT, Paris : éd. Firmin Didot, 1823.

conflictuel voire, notamment dans le cas du totalitarisme, que le droit pouvait être lui-même le vecteur du conflit. L'existence de la règle est donc insuffisante à juguler la conflictualité lorsqu'existe la volonté favorable au conflit. Cela est aussi vrai dans des cas plus communs, dont celui des banlieues touchées par l'incivilité ou la violence. Loin d'être des zones non régies par le droit, ces zones ne sont pas non plus dépourvues de présence policière. Mais il y règne une ambiance de violence, que les sociologues décriraient volontiers comme multidimensionnelle : parfois physique, en effet, mais aussi plus souvent symbolique<sup>22</sup>, vis-à-vis de l'extérieur, de l'extérieur vis-à-vis de la communauté résidant dans la zone, ou encore entre membres de cette communauté.

b) De la capacité du non-droit à régler certains conflits

L'espace dans lequel le droit est incomplet ou dans lequel le droit est uniformément<sup>23</sup> peu appliqué est d'une tout autre nature. Les véritables zones de non-droit, ne sont pas les espaces soumis au droit dans lequel prospère néanmoins le conflit mais au contraire les espaces dans lequel le droit, moins présent qu'ailleurs, s'articule avec d'autres formes de régulation afin de régler les conflits de manière optimale. Il s'agit par exemple de petites communautés non traditionnelles<sup>24</sup> régulées<sup>25</sup> par l'ajustement mutuel, librement consenti, des comportements de leurs membres : équipes de travail multiculturelles, missions d'exploration en terrain sauvage, jeunes enfants dans une cour de récréation, populations insulaires isolées et d'implantation récente<sup>26</sup>, communautés villageoises coupées des institutions étatiques

<sup>22</sup> Pierre BOURDIEU et Jean-Claude PASSERON, *La Reproduction : éléments d'une théorie du système d'enseignement*, éditions de Minuit, 1970.

<sup>23</sup> On introduit cette précaution conceptuelle pour éviter la confusion entre la zone de non-droit et la zone dans laquelle règne l'arbitraire d'un droit appliqué de façon inégale.

<sup>24</sup> On peut en effet discuter le caractère juridique ou non de certaines pratiques traditionnelles de règlement des conflits.

<sup>25</sup> On entend ici par « régulation » le fait qu'un système contraigne les libertés des éléments qui le composent, dans le but de maintenir ou de rétablir sa propre cohérence et sa pérennité.

<sup>26</sup> Selon David D. FRIEDMAN, « Private Creation and Enforcement of Law – A Historical Case », *Journal of Legal Studies*, Mars 1979, pp. 399-415, l'Islande de la période viking (10<sup>ème</sup> siècle) serait un exemple de petite communauté au départ dépourvue de souverain et qui a su, pendant un temps, gérer ses conflits par la délibération, sur la base de règles minimales. L'exemple a, bien entendu, ses limites, puisque ce système de résolution des conflits a par la suite évolué en un droit formel (le *Grágás*), d'ailleurs rapidement codifié (le *Jónsbók*) avec la soumission au roi de Norvège. Cependant, cette évolution corrobore le propos de cet article selon lequel, là où une délibération efficace est possible, la résolution voire la prévention des conflits peut être obtenue sans recours à des règles générales, abstraites et obligatoires. Au départ, la délibération était largement possible avec l'*Althing*, une sorte de Parlement qui réunissait périodiquement tous les Islandais avec un statut égal. Avec la « globalisation » de l'Islande, l'accroissement de la tension sur les



pour diverses raisons<sup>27</sup>, communautés d'utilisateurs d'un service Internet<sup>28</sup>, populations de locuteurs d'une langue non codifiée<sup>29</sup>, camps de réfugiés ou de clandestins... Dans de telles communautés, l'idée selon laquelle le raffinement du droit est un corollaire de l'ordre et de la paix se révèle clairement simpliste, parce que le droit est difficile à appliquer dans une communauté trop petite pour compter en son sein un nombre suffisant de spécialistes. Des modes de régulation plus rudimentaires peuvent alors être plus efficaces. L'« avantage » dont disposent ces zones, si l'on peut dire, c'est que chaque individu y est largement identifiable – au moins au niveau des fonctionnalités de la communauté qui peuvent requérir une coordination –, de telle sorte que sa relation au reste du groupe est une relation personnelle. Or, en revenant à la morale d'Aristote, si tous les hommes pouvaient être amis (éprouver de la bienveillance les uns envers les autres), les conflits seraient évités même sans avoir recours à la justice (une procédure de type juridictionnel), ce qui peut s'entendre comme l'idée que les hommes s'arrangeraient entre eux pour résoudre les problèmes avant qu'ils ne dégénèrent. Sans vouloir dépeindre les zones de non-droit sous un jour toujours positif, elles fournissent de nombreux exemples de régulations efficaces : le programme de recherche piloté par l'économiste Elinor Ostrom a permis<sup>30</sup>, en explorant à travers le monde les méthodes traditionnelles ou modernes de gestion de ressources rares, de découvrir de bonnes pratiques ayant souvent émergé spontanément, hors de tout cadre juridique. Des pêcheurs, des agriculteurs, des commerçants décident ensemble des modalités grâce auxquelles leurs activités pourront coexister sans détériorer les ressources sur lesquelles ces activités reposent. Parce qu'elles se sont imposées d'elles-mêmes et sont appliquées spontanément, ces pratiques sont moins « coûteuses », donc plus efficaces, que l'application de règles formelles qu'édicterait l'autorité publique dans le même domaine.

---

ressources et l'impact de la croissance des inégalités sur le système de vote, les conditions de cette délibération se sont détériorées.

<sup>27</sup> Voir par exemple les communautés d'éleveurs du Wyoming décrites par Robert C. ELLICKSON, *Order without Law : How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1994.

<sup>28</sup> Sur les réseaux informatiques, une bonne partie des interactions sont autorégulées par les limites imposées par « l'architecture », c'est-à-dire les fonctionnalités logicielles choisies par les concepteurs du système, qui ont en fait une portée régulatrice. Dans une large mesure, l'architecture répond aux besoins en matière de gestion des conflits, comme l'illustre l'internet des débuts. C'est en tout cas la thèse de David G. POST, « What Larry Doesn't Get : Code, Law, and Liberty in Cyberspace », *Stanford Law Review*, Vol. 52, p. 1439, 2000. Disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=251014>.

<sup>29</sup> David G. POST, *ibid.*, remarque que les locuteurs d'une langue donnée trouvent de fortes « externalités positives » à se mettre d'accord sur les termes employés et leur sens. Les intérêts des locuteurs tendent donc à se coordonner spontanément, même si le processus n'est pas instantané.

<sup>30</sup> Elinor OSTROM, *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

Tous les secteurs de la société ne sont pas aussi vertueux que les pêcheurs turcs décrits par Ostrom. Mais les désordres que ces acteurs pourraient occasionner ne justifient pas toujours que leur soient imposées des règles très contraignantes. Par exemple, il n'est pas de l'intérêt des quelques gros opérateurs de téléphonie mobile français de condamner l'avenir de leur secteur en méprisant leur clientèle par une qualité de service insuffisante. Leur bonne volonté peut donc être supposée dans un certain nombre de domaines, que les « conversations régulatrices » permettront de comprendre. Le régulateur aura par ailleurs toute légitimité pour intervenir sur les autres aspects. La préférence pour une solution endogène aux défaillances du marché, par rapport à une intervention excessive du régulateur, a souvent pour effet d'encourager le dialogue entre entreprises d'un même secteur, encourageant une certaine autorégulation. La « co-régulation »<sup>31</sup> *ex ante* opérée par les autorités publiques de régulation avec le concours des opérateurs eux-mêmes est donc un des points du continuum entre droit et non-droit que décrivaient les juristes « réalistes »<sup>32</sup>. Il s'agit de tenir compte des intérêts des différentes parties existant dans la société et de s'assurer qu'ils concordent<sup>33</sup>. Lorsque cela est possible, il s'agit aussi de faire apparaître ou de créer l'intérêt commun, par la délibération ou l'information institutionnalisées. En rendant possible la cohérence des intérêts, le droit permet au non-droit de contribuer pleinement à la régulation sociale. Ce droit qui facilite la mise en évidence de l'intérêt commun – qui, au-delà de la paix, facilite la *concorde* – en se basant sur les mécanismes spontanés du non-droit peut jouer un rôle prophylactique, par opposition à la conception classique selon laquelle le droit régule en distillant la crainte de la sanction ou en redistribuant les ressources entre groupes d'intérêt.

---

<sup>31</sup> Fédération Française des Télécommunications, « La *soft-regulation*, ça marche ! », *La Lettre de l'Autorité*, n° 65, ARCEP, janvier-février 2009. L'article décrit une interaction entre l'autorité de régulation et les opérateurs régulés, qui délibèrent continuellement pour adapter le régime juridique aux conditions du marché, afin de réduire au minimum les surcoûts occasionnés par les obligations réglementaires et ainsi atteindre tous les objectifs fixés par les textes sans détériorer excessivement la performance du secteur. Cette « co-régulation » consiste non seulement en un échange au sujet des règles de droit, mais aussi en l'adoption par les opérateurs d'attitudes conciliantes permettant d'éviter d'avoir recours au droit quand un consensus pratique peut spontanément se dégager. Cela évite d'ériger des règles qui ne seront plus valides à l'avenir et pourraient représenter un coût inutile pour les différentes parties prenantes.

<sup>32</sup> Voir notamment : Alf ROSS, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959 et *Directives and Norms*, Londres, Routledge, 1968.

<sup>33</sup> François OST, « Entre le droit et le non-droit, l'intérêt : essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé », dans Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

## II – VERS UNE CONCEPTION TOTALISANTE DES CONFLITS : DU DROIT COMME MODE DE RÉGULATION

Si l'on peut imaginer qu'il existe un moyen de rechercher la concorde, qui est le meilleur mode de régulation sociale, pour ne pas avoir à chercher à résoudre les conflits, alors c'est là un but plus que légitime pour quiconque produit du droit. Cela va bien au-delà du rôle minimal du droit, que l'on peut définir comme un mode d'organisation sociale basé sur des règles conçues comme générales, abstraites et obligatoires. Puisqu'il est clair que l'on souhaite une obligation à laquelle chacun consent, plutôt qu'une obligation obtenue par la contrainte, le droit cohérent avec le non-droit suppose un contrat social dans lequel la possibilité de recours à la force n'est pas un élément suffisant. Implicitement admise dans les constitutions démocratiques et les traités instituant les grandes organisations internationales contemporaines, cette nouvelle mission du droit est rarement explicitée ou, *a fortiori*, décrite. La tâche est ingrate : l'État, le Léviathan, doit graduellement restituer à la société civile certaines prérogatives qui en faisaient l'indispensable outil de paix. Il s'agit à présent de faire en sorte que le droit public se fonde sur l'objectif de coordonner les intérêts en une solution qui bénéficie au plus grand nombre, dans un contexte d'information incomplète. Plutôt que de créer artificiellement la paix par la contrainte, il s'agit de créer la concorde, donc une paix spontanée, en harmonisant les intérêts autour d'équilibres politiques mutuellement profitables.

### 1) Complexité, post-modernité, régulation

La question de la recherche de la concorde ne peut se poser que dans un contexte d'information suffisamment riche pour que chaque individu puisse connaître les données élémentaires lui permettant d'imaginer certains aspects des intérêts de chaque autre individu. Dans une société de taille raisonnable, la quantité d'information requise devient rapidement immense, son traitement une problématique politique. L'approche classique de l'État répond à cette difficulté en renonçant à coordonner les intérêts pour substituer aux comportements déviants des comportements imposés. Cependant, avec le développement de sociétés plus diversifiées, techniquement et institutionnellement plus avancées, une contrainte forte sur les individus réduit les fonctionnalités de l'ordre social, alors que par ailleurs les nouveaux moyens de coordination permettent de nouveau d'espérer reconquérir la liberté et la concorde.

a) Le conflit comme justification de l'État hobbesien

L'idée de créer la concorde par le droit a des implications profondes, puisque Hobbes définit<sup>34</sup> le rôle de l'État comme le maintien d'une paix armée, la création du monopole d'État de la violence légitime devant signer la fin d'un conflit sinon perpétuel. La logique du droit, dont Kelsen<sup>35</sup> ou Carré de Malberg<sup>36</sup> ont montré le lien étroit avec l'organisation étatique, doit être réinterprétée si l'on tient compte de la possibilité d'une paix en dehors de la contrainte étatique. Cette paix hors l'État n'étant possible que dans les domaines où un intérêt consensuel la rend possible, droit et non-droit sont nécessairement liés dans la recherche des conditions optimales de la paix. Cependant les exemples que l'on a évoqués plus haut, de communautés peu conflictuelles malgré une faible présence du droit, concernaient des communautés de petite taille. La concordance des intérêts pouvait y reposer sur la reconnaissance mutuelle de l'autre comme égal. Une telle reconnaissance est beaucoup plus délicate dans une société plus vaste, dans laquelle l'autre est parfois un inconnu et souvent une personne avec laquelle je n'entretiens qu'un lien distant. Dans une petite communauté, les comportements sont largement assez observables, dans un champ social donné, pour que les ajustements des individus les uns aux autres puissent se concevoir spontanément, par l'observation immédiate ou presque. Dans une société vaste, c'est la complexité qui règne : je ne peux pas tout savoir des individus qui m'entourent, je ne peux donc pas définir mon comportement par rapport au comportement des autres, sur lequel je dispose de peu d'information. Les sociétés « avancées », celles qui connaissent une forte division du travail, sont en effet des systèmes complexes, caractérisés par l'interdépendance de sous-groupes innombrables, mouvants et en partie autonomes, leur évolution ne se prête pas à une planification<sup>37</sup>. La mise en cohérence des intérêts n'a donc pas forcément lieu spontanément, elle ne peut avoir lieu que de manière fortuite. Elle peut aussi ne pas avoir lieu, lorsque les intérêts des uns et des autres deviennent trop disparates. La discorde peut donc s'installer, alors faute d'amitié le conflit ne peut être résolu que par l'imposition de la contrainte. L'État hobbesien repose sur un contrat social

<sup>34</sup> Thomas HOBBS, *Léviathan*, Paris, Vrin, 2005, éd. originale 1651.

<sup>35</sup> Hans KELSEN, *op. cit.*, note 8.

<sup>36</sup> Raymond CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, note 8.

<sup>37</sup> Les systèmes complexes connaissent notamment des effets d'émergence (le tout a des caractéristiques – voire des fonctionnalités – que les parties n'ont pas), de circularité (les dynamiques du système peuvent être « explosives » car les conséquences des mouvements décentralisés des composantes élémentaires qui le constituent amènent elles-mêmes des conséquences qui entretiennent le mouvement), d'auto-organisation (des effets de stabilisation automatique ou de « récursivité » se produisent qui peuvent éventuellement permettre au système de préserver une certaine intégrité). Voir par exemple : Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF Éditeur, 1990. Voir également : <http://www.mcxapc.org> ; <http://complexite.epikuricu.com>, sites consultés le 5 mars 2009.

simple, dans lequel l'intérêt le plus basique – la sécurité – suffit à résoudre le conflit, à défaut d'en éradiquer la cause, la discorde. L'État hobbesien élimine la complexité pour construire une solution partiellement satisfaisante.

b) De l'action publique démocratique comme prévention du conflit

Néanmoins la société la moins conflictuelle ne peut être l'État hobbesien, dans lequel le droit ne crée pas la concorde. La société la moins conflictuelle est forcément une société de l'information et de la délibération, mais cette société-là est complexe. Le rôle du « droit de la concorde » est donc de rendre possible la délibération et l'information, puis la mise en cohérence des intérêts, dans des sociétés complexes. Ce droit de la concorde est donc inséparable d'une logique démocratique, dans laquelle les institutions juridiques créent un processus politique par lequel les intérêts s'expriment et se subordonnent à un intérêt supérieur auquel tous peuvent consentir. Le droit inscrit dans une logique démocratique doit cependant composer avec les forces qui concourent à sa propre création, qui sont variées. En démocratie libérale, système institutionnel qui préserve les intérêts du plus grand nombre de sujets de droit tout en préservant la paix, l'État le plus efficace à empêcher le conflit recherche l'assentiment de ses sujets, pour que l'intérêt commun rende les causes de conflit aussi rares que possible. À l'intérieur comme à l'extérieur, les États doivent composer avec une myriade d'autres pouvoirs normatifs. La tâche du législateur, celle de l'exécutif et celle du juge gagne en subtilité, parce qu'ils doivent désormais tenir compte de plusieurs strates de droit international et de droit local, admettre parfois la légitimité de droits coutumiers, consulter les acteurs économiques, réaliser des études d'impact... Comme l'ont dépeint des auteurs comme Jacques Chevallier<sup>38</sup> ou Mireille Delmas-Marty<sup>39</sup>, de nombreux facteurs ont amené le droit à se confronter à la complexité, à entrer dans une certaine post-modernité<sup>40</sup>. Si la modernité est la prise de conscience par le sujet de l'autonomie de sa raison, la post-modernité est la découverte par le sujet de sa capacité à utiliser sa raison pour définir jusqu'à cette raison elle-même. Au plan social, cela se traduit par des identités à la fois plus marquées parce que plus conscientes d'elles-mêmes et par des identités plus insaisissables parce que mouvantes et multidimensionnelles. Ainsi, dans une société post-moderne, l'objet « contrat » – objet moderne qui traduit la conscience des volontés des parties par les raisons de chacune d'elles – se voit-il reconfiguré par l'existence de sujets et de volontés aux propriétés inhabituelles : manifestés par un

<sup>38</sup> Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2004.

<sup>39</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du droit*, Paris, PUF, 2004.

<sup>40</sup> On entend par là que le droit doit désormais incorporer une réflexion susceptible de remettre en cause ses propres contours, ce qui peut le fragiliser mais aussi lui permettre de se redéfinir de manière plus flexible, plus adaptée au contexte de chaque moment.

support informatique, à distance, à propos d'un patrimoine intellectuel, entre des personnes morales ayant un pied dans plusieurs systèmes de droit, qui auront donc choisi leur loi pour des raisons qui échappent peut-être à l'idée que s'en faisait le législateur. Les États doivent composer avec des acteurs polymorphes, capables d'agir de diverses manières (en respectant un droit ou pas, en choisissant éventuellement leur droit, par le recours aux services publics ou par des initiatives entièrement privées, etc.), sous diverses identités (à titre professionnel ou personnel, en tant que personnes physiques ou par le biais d'une personne morale, etc.), en formant des alliances de circonstance autour de leurs intérêts du moment (par exemple les *class actions*, qui réunissent des inconnus autour d'une cause commune temporaire). Les lieux de décision se font innombrables, les règles applicables peuvent être redéfinies de façon relativement flexible et décentralisée, les frontières perdent de leur importance, les catégories de droit se brouillent et se recourent. Il faut donc désormais prendre une infinité d'éléments en compte dans chaque arrangement juridique. Cette complexité est le prix à payer pour un droit plus efficace, davantage capable de prévenir le conflit. La grande difficulté à laquelle se confronte la démocratie qui, souhaitant dépasser la régulation sociale par la coercition, recherche la concorde, c'est la multitude des micro-pouvoirs qui peuvent s'opposer entre eux et générer la discorde et le conflit plutôt que l'équilibre et la délibération.

## 2) Définir un droit de la concorde

Compte tenu de ce qui précède, le droit qui permet la concorde doit présenter certaines caractéristiques, permettant aux individus qui y sont soumis de coordonner aux mieux leurs intérêts pour les rendre compatibles à long terme. Pour rendre possible cette coordination, le droit de la concorde ne doit pas écraser les intérêts individuels sous une chape de coercition hobbesienne : les intérêts doivent pouvoir s'exprimer. C'est donc un droit « léger » plutôt que « lourd », un droit qui, dès sa création, adopte à son niveau de la hiérarchie des normes une sorte de principe de subsidiarité. Il peut ainsi se greffer sur un non-droit préexistant dont la contribution à la coordination des intérêts n'est, dans la plupart des situations sociales, pas nulle (personne n'a intérêt au conflit permanent), et qu'il vient alors de compléter en s'y adaptant. Là où le non-droit est impuissant, le droit doit le relayer<sup>41</sup>. Le droit de la

---

<sup>41</sup> En toute logique, il faut préciser que l'adjonction du droit à un système social régulé par le non-droit modifie ce système social. L'équilibre souhaitable au final n'est donc pas juste l'état de nature sur lequel on aurait greffé des normes de droit pour résoudre les conflits constatés : l'équilibre créé après l'introduction des nouvelles normes est un équilibre imparfait, qui devra lui-même être amélioré par l'adjonction ou la suppression de nouvelles normes. Comme l'a développé Friedrich A. VON HAYEK, *op. cit.*, note 12, il est donc souhaitable que le système juridique soit lui-même construit pour s'améliorer

concorde repose donc sur une démarche de recherche d'information et de traitement coordonné de cette information. Ainsi, une norme de droit ne peut s'inscrire dans la logique de concorde que si elle réunit au moins un critère substantiel, relatif à ses objectifs finaux et intermédiaires, et un critère organique, relatif au processus de décision qui organise sa conception et sa mise en œuvre.

a) Un critère substantiel

Le type de démarche normative qui découle de cette conception du droit, c'est-à-dire du droit comme complément d'un non-droit souvent suffisant à organiser la société si les individus peuvent partager des intérêts communs, est une démarche normative à la fois humble et extrêmement précise. Au plaidoyer pour la sociologie juridique de Jean Carbonnier, on ajoutera une reconnaissance de l'apport de toutes les approches interdisciplinaires du droit, dans la mesure où le droit ne peut plus se penser isolément, car il n'a plus vocation à s'imposer aveuglément à tous ses sujets. Le droit de la concorde ne peut être qu'un droit éclairé, visant le bien à travers l'étude scientifique de ses conséquences. Le droit de la concorde sera *rule of reason*<sup>42</sup> plutôt que *per se rule*<sup>43</sup>, lorsqu'une norme non juridique préexistante le justifiera. On entend par là que la conception encore trop courante d'un droit fortement et lourdement interventionniste qui prétend se suffire à soi-même doit céder la place à une conception humaniste et raisonnée du droit, dont les droits de la régulation constituent un premier exemple. Le droit économique n'est peut-être pas le domaine dans lequel ce changement de perspective est le plus urgent, d'autres pans du droit, à commencer par le droit pénal et les droits procéduraux, étant sans doute plus en retard. Le premier gagnerait énormément à se fonder, aussi bien pour la création des normes que pour leur application, sur les apports d'une criminologie qui répondrait à toutes les exigences d'une science sociale : le droit pénal efficace est celui qui réduit au maximum le coût pour la société des infractions commises contre sa loi. En intégrant au droit pénal toutes les dimensions sociologiques qui permettent de

---

selon un processus organique efficace. Les systèmes de droit sont autopoïétiques (voir Niklas LUHMANN, « Le droit comme système social », *Droit et société*, 1989, n°11-12), c'est-à-dire qu'ils produisent eux-mêmes du droit, cependant tous les systèmes ne sont pas égaux en matière d'adaptabilité aux circonstances sociales, donc notamment au non-droit.

<sup>42</sup> En droit de la concurrence, il s'agit de la doctrine élaborée par la Cour suprême des États-Unis selon laquelle l'intervention de l'État ne se justifie que quand l'économie n'est pas capable de s'autoréguler efficacement : *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). La *rule of reason* introduit dans le droit de la concurrence un raisonnement économique, qui établit les critères selon lesquels les parties peuvent se prévaloir de tel ou tel droit.

<sup>43</sup> « *Illegal per se* » fait référence à l'application automatique d'une règle juridique, sans étude du contexte de l'action considérée. Dans une certaine mesure, la règle *per se* s'oppose donc à la logique économique de la *rule of reason*.

prévenir les dégâts de la délinquance sur la société, et en adaptant les peines à un niveau optimal en ce sens, on progresse depuis un droit porteur de valeurs et de signaux politiques vers un droit relativement plus neutre et plus efficace. Quant aux droits procéduraux, ils pourraient renforcer la légitimité de la justice s'ils étaient conçus pour s'adapter aux caractéristiques, sociologiques ou autres, des sujets de droit, ce qui permettrait d'offrir aux justiciables des conditions aussi bonnes que possible d'accès à la justice<sup>44</sup>. Il s'agirait notamment de faire en sorte que les procédures puissent faire l'objet d'un débat continu et éclairé par les sciences sociales ou expérimentales, qui contribuerait à les améliorer, non seulement sous l'angle de la cohérence juridique, à laquelle les juristes veillent déjà, mais aussi sous l'angle d'une adaptation aux conditions réelles de l'exercice de la justice. Encore trop souvent marquées par le désir d'afficher une sorte de puritanisme d'État<sup>45</sup> – non sans contradiction avec d'autres pratiques politiques, serait-on tenté d'ajouter – la production et l'application du droit doivent s'ouvrir vers l'objectif de concorde, vers la possibilité d'une cohabitation avec un non-droit qui n'est pas toujours source de conflit.

b) Un critère organique

Mais le droit ne peut contribuer à la concorde par la seule affirmation d'objectifs raisonnables tirés de l'observation du monde. Car l'harmonisation des intérêts ne saurait reposer sur des principes dont le but est d'isoler une vérité unique, quand les individus décident, eux, de manière largement subjective. D'une part les droits procéduraux sont confrontés à la question des apparences<sup>46</sup>, à laquelle l'existence d'institutions pluralistes, inclusives et transparentes est une réponse crédible. D'autre part, la recherche de la solution raisonnable n'exonère pas le système juridique de la prise en compte de la multiplicité initiale des intérêts, parce que ces intérêts doivent, pour que la contrainte soit minimale, pouvoir se manifester et, par suite, délibérer. Le critère le plus important dans la régulation du conflit par le droit, celui qui permet au droit d'être un outil pour la concorde, c'est celui qui permet l'expression en vue de la délibération efficace. Pour que dans le cas général le droit puisse, comme le non-droit dans des cas exceptionnels, permettre l'ajustement

---

<sup>44</sup> Jean CARBONNIER, *op. cit.*, note 10, p. 415, ironise sur les possibilités offertes par ce genre d'études, par exemple en imaginant les effets de la caféine sur l'indulgence d'un jury d'assises.

<sup>45</sup> On entendra par là les politiques dont le but est d'afficher des valeurs morales consensuelles (par exemple « la solidarité avec les victimes ») au détriment des résultats qui, eux, reposeraient sur une approche plus nuancée (par exemple, le recours à des sanctions optimisant les chances de réinsertion une fois la peine purgée).

<sup>46</sup> Voir, par exemple, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (Grande Chambre) du 7 juin 2001, *Kress c. France*, et du 11 juillet 2006, *Martini c. France*.



---

mutuel des intérêts, il faut que le droit soit dans une large mesure un ensemble d'institutions qui créent les conditions de la délibération. Ces conditions de la délibération ne sont pas, en général, de l'ordre de l'interdiction. Elles sont plutôt de l'ordre du processus politique dans lequel tous les intérêts peuvent être pris en compte et défendus. Cela suppose donc que le droit de la concorde fasse une large place à des institutions pluralistes et transparentes<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> On rejoint donc Jürgen Habermas, pour qui la réalisation du projet kantien de « paix perpétuelle » requiert une éthique de la communication et une démocratie délibérative (pour reprendre les titres de quelques-uns de ses plus fameux ouvrages). Voir : Jürgen HABERMAS, *Droits et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard (nrf essais), 1997, éd. originale 1992.

**RÉSUMÉ :**

*L'expression « zone de non-droit » est couramment employée pour évoquer des parties du monde particulièrement conflictuelles. Cependant, divers programmes de recherche en sciences sociales ou juridiques ont montré que certains systèmes sociaux régulés de manière informelle peuvent se révéler quasi-exempts de conflits. Cela tendrait à rendre légitimes d'autres modes de régulation en parallèle avec le droit et l'on peut penser que la doctrine juridique gagnerait à mieux prendre en compte ces régulations non juridiques. Dans ces conditions, une pratique optimale du droit ne vise plus à établir un ensemble autosuffisant et auto-soutenable de contraintes sociales, mais vise plutôt à créer un ensemble de contraintes qui maximise la capacité du système social dans son ensemble à éviter le conflit. Ainsi défini, le droit est essentiellement un moyen de coordonner des intérêts divergents pour aboutir à des compromis acceptables, auxquels personne n'a intérêt à s'opposer. Ces nouveaux objectifs impliquent que, dans une démocratie libérale idéale, la création des règles de droit devrait satisfaire au moins deux critères. Le critère matériel est que chaque nouvelle norme devrait s'appuyer sur des études d'impact appropriées, afin de clarifier quels sont les intérêts en jeu. Le critère organique est que le droit devrait, presque toujours, créer des occasions de délibération, sous la forme d'institutions de représentation pluralistes partout où cela est nécessaire. Cela permettrait à la société tout entière d'intégrer aux processus de décision collective la diversité des intérêts, qui autrement pourrait créer les conditions d'un conflit.*

**SUMMARY:**

*Conventional wisdom often describes the most conflictual parts of the world as « lawless areas ». However, a number of legal and social science research programmes show that some informally regulated social systems can in fact be nearly exempt of conflict. This would tend to legitimate other modes of social regulation in parallel with the law, and makes a strong case for a conception of the law that takes into account these non-legal modes of regulation. In this context, an optimal approach of the law no longer seeks to establish a self-sufficient and self-sustaining set of social constraints, but instead seeks to establish a set of constraints that maximises the conflict-avoidance capacity of the whole social system. So defined, the law is essentially a means to coordinate divergent interests into acceptable compromises, which no one would have an interest in opposing. These new objectives imply that liberal-democratic law-making should ideally satisfy at least two criteria. The material criterion is that each new rule should be based on proper impact assessment, so as to clarify the interests at stake. The organic criterion is that the law should, in most cases, create opportunities for deliberation, in the form of pluralist representative institutions at all levels. This allows the whole society to integrate into its decision processes the diversity of interests which can otherwise create the conditions for conflict.*

**BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

- ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Traduction M. THUROT, Paris, éd. Firmin Didot, 1823, disponible sur :  
<http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Aristote/table.htm>  
(consulté le 5 mars 2009)
- BLACK J., « Regulatory Conversations », *Journal of Law and Society*, 2002, vol. 29, pp. 163-196
- CARBONNIER J., *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>ème</sup> édition, Paris, L.G.D.J., 2001, 1<sup>ère</sup> éd. 1969
- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2004
- DELMAS-MARTY M., *Le Flou du droit*, Paris, PUF, 2004
- ELLICKSON R. C., *Order without Law : How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1994
- HABERMAS J., *Droits et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard (nrf essais), 1997, éd. originale 1992
- HAYEK F. A., *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 2007 (éd. originale 1973-1979)
- HOBBS T., *Léviathan*, Paris, Vrin, 2005, éd. originale 1651
- LATOUR B., *La Fabrique du droit*, Paris, La Découverte, 2002
- LOSCHAK D., « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », in *L'Institution*, CURAPP, Paris, PUF, 1981, pp. 125-184
- OST F., « Entre le droit et le non-droit, l'intérêt : essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé », in Ph. GÉRARD, F. OST, et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990
- OSTROM E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 1990
- POST D. G., « What Larry Doesn't Get : Code, Law, and Liberty in Cyberspace », *Stanford Law Review*, Vol. 52, p. 1439, 2000
- ROSS A., *On Law and Justice*, Los Angeles : University of California Press, 1959