

Table des matières

INTRODUCTION.....	11
Les mutations de la structure juridique à grands traits.....	13
La nature des modèles présentés.....	17
LE DROIT MODERNE.....	21
I. La formation du droit moderne.....	23
II. Les grands traits du droit moderne.....	28
A. Un droit général et abstrait.....	29
B. Un droit hiérarchisé.....	32
C. Un droit conçu sur la base de la division entre droit public et droit privé.....	35
D. Un droit public contraignant.....	38
E. Un droit strictement confiné.....	40
F. Un droit créé selon le principe de la séparation des pouvoirs.....	43
G. Un droit sans finalités particulières.....	45
H. Un droit autonome.....	47
I. Un droit systématisé.....	49
LE DROIT DE L'ÉTAT PROVIDENCE.....	53
I. De l'État providence à l'État social.....	57
II. Les grands traits du droit régissant a fourniture de prestation.....	59
A. Un droit public plus étendu, mais moins contraignant.....	60
B. Un droit mixte privé et public.....	62
C. Un droit des inégalités.....	63
D. Un droit comportant des droits subjectifs à l'octroi de prestations.....	64
E. Un droit dont l'efficacité doit être évaluée.....	66
LE DROIT DE L'ÉTAT PROPULSIF.....	69
I. Les programmes finalisés.....	74
A. Nature des objectifs.....	77
B. Nature des normes juridiques mises au service de la réalisation des objectifs.....	78

1. Un droit détaillé et piloté par l'administration.....	80	A. Nature des objectifs.....	132
2. Le droit des principes directeurs.....	83	B. Les moyens d'action.....	133
3. La planification.....	86	1. La contractualisation de la formation, de la mise en œuvre et de l'application du droit.....	134
C. L'évaluation des effets.....	87	a. La contractualisation de la formation de la législation.....	135
D. La structuration dans le temps.....	89	b. La participation des groupes à la mise en œuvre et à l'application de la législation.....	137
II. Les grands traits du droit des programmes finalisés.....	91	c. La négociation des décisions concrètes.....	138
A. Un droit totalitaire.....	91	2. L'autoréglementation dirigée.....	140
B. Un droit surdéterminé.....	93	3. Les réglementations opérant un couplage avec les systèmes dirigés.....	142
C. Un droit instrumentalisé.....	95	a. Les taxes d'orientation.....	142
D. Un droit dont l'autonomie est réduite.....	96	b. Les permis négociables (bons de pollution).....	143
E. Un droit gouvernemental et bureaucratique à faible densité normative.....	98	4. La planification réflexive et émergente.....	144
1. La délégation législative.....	99	II. Les grands traits du droit des programmes relationnels.....	145
2. La délégation administrative.....	99	A. Un droit opérant un mixage entre les intérêts publics et privés.....	146
3. La mise en place de processus.....	100	B. Un droit néocorporatif?.....	147
F. Un droit en quête de légitimité.....	101	C. Un droit peu transparent et présentant des risques d'arbitraire.....	149
1. La légitimation par l'efficacité de l'action.....	101	D. Un droit à sectorialisation renforcée.....	151
2. La recherche de compensations.....	102	E. Un droit sélectif et inégal.....	152
3. La régularisation.....	104	F. Un droit impliquant une légistique et une évaluation réflexives.....	153
G. Un droit dont la production est rationalisée.....	105	LE DROIT DE L'ÉTAT INCITATEUR.....	157
1. Le développement de la légistique matérielle.....	106	I. Les actes incitateurs.....	162
2. La juridicisation de certaines exigences de rationalité.....	108	A. La fonction des actes incitateurs en droit interne.....	163
a. Exigences des rationalité découlant de droits et principes constitutionnels.....	109	B. Aperçu de quelques actes.....	165
b. L'obligation d'évaluer les effets des lois.....	111	1. Les recommandations.....	165
c. L'obligation jurisprudentielle de respecter certains préceptes de méthode législative.....	112	2. Les accords amiables.....	167
H. Un droit en mettes générant un immense besoin de coordination.....	113	3. Les principes directeurs dépourvus de force obligatoire.....	167
1. La coordination des législations.....	114	4. Les actes incitateurs des autorités administratives indépendantes.....	169
2. La coordination des décisions.....	116	5. La création d'institutions dépourvues de pouvoir de décision.....	170
a. La coordination dans le temps.....	117	C. La valeur juridique des actes incitateurs.....	170
b. La coordination matérielle.....	118	II. L'exercice d'une influence : quand faire c'est dire.....	176
ba. Tous les intérêts doivent être pris en considération.....	118	A. L'action de l'État sur lui-même et pour les autres.....	178
bb. Les intérêts doivent être comparés et pondérés.....	119	B. L'action sur l'environnement humain.....	178
bc. Les intérêts doivent être pesés globalement.....	119	C. L'expertise à effets normatifs.....	179
c. La coordination formelle.....	119	III. L'action incitative et le droit.....	181
1. Un droit individualisé et concret.....	120	A. L'incertitude sur les frontières du droit.....	181
LE DROIT DE L'ÉTAT RÉFLEXIF.....	125	B. Le mixage entre le droit et la persuasion.....	183
I. Les programmes relationnels.....	132	C. Des exigences de légalité à géométrie variable.....	184

ÉPILOGUE 187

I. Le rôle des principes directeurs 189

II. Un nouveau paradigme 194

 A. La flexibilité 196

 B. Le flou du droit 197

 C. La complexité 199

 1. La complexité intersystémique 200

 2. La complexité intrasystémique 203

 D. La structuration en réseaux 205

III. Un droit post-moderne? 209

BIBLIOGRAPHIE 213

Introduction

en tout cas pas un idéal à atteindre. Les idéaux-types établis en analysant l'interventionnisme étatique sont pour l'essentiel descriptifs.

Le modèle du droit moderne qui sous-tend la pensée juridique et qui voit dans l'activité judiciaire une application mécanique de règles générales et abstraites possède une certaine cohérence. Il n'y a en revanche pas de modèle bien défini permettant d'expliquer la construction du droit des politiques publiques. On s'est contenté de le caractériser comme un droit flou (*fuzzy*), incertain, aléatoire, souvent négocié, fréquemment mou et sans grande consistance. Il ne faut pas s'étonner de la difficulté à construire le nouveau modèle. On ne passe pas facilement du simple au complexe, du prévisible à l'imprévisible, du droit dur et contraignant aux formes molles de l'incitation et de la persuasion. Pour construire ce modèle, il faut aussi surmonter le mépris qu'inspire au juriste ces formes dégénérées qui sont tellement contraires aux idéaux d'ordre, de cohérence, de simplicité, qui forment le fond de leur culture. En effet, que n'a-t-on pas entendu au sujet du droit des politiques publiques? Il représenterait un droit en déclin¹¹, «un antidroit, qui nourrit l'incivisme», un retour au Moyen Âge¹², une prolifération cancéreuse manifestant l'indigestion du corps social¹³, un droit abâtardi¹⁴. On est tenté de leur répondre: cherchez à comprendre ce droit, tout dégénéré qu'il vous paraisse. Vous déciderez ensuite s'il mérite vraiment d'être brûlé.

Le droit moderne

11 RIBERT G. (1949), *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*.

12 HOLEAUX A. (1976), «La fin des règles générales», *Bulletin de l'IIAP*, juillet-septembre, 39, 37.

13 SAVATIER R. (1977), «L'inflation législative et l'indigestion du corps social», *Dalloz*, 6ème Cahier, *Chr. I*, 43ss.

14 BRIGNON J./SAUVADET (1995), *L'insouvenable application de la loi*. Rapport n° 2172, 58, 59.

Parler de droit moderne pour désigner la forme juridique qui a trouvé sa consécration lors de la Révolution française et s'est affinée au cours du 19^e siècle, est discutable. Nous utiliserons pourtant l'expression, parce qu'elle correspond à un certain usage¹, parce qu'elle marque bien la rupture opérée avec le droit féodal et qu'elle connote cet esprit ordonné, systématique et épuré qui anime la construction, esprit que l'on retrouve dans d'autres disciplines comme l'architecture moderne. Et du moment que l'on qualifie fréquemment de post-moderne les formes juridiques désordonnées et complexes issues de l'interventionnisme étatique, on peut appeler moderne une construction fondée, comme l'a montré Max Weber, sur une légitimité légale rationnelle.

Avant de décrire à grands traits les caractéristiques du droit moderne (II), il faut au moins brièvement évoquer l'origine de ce droit et rappeler qu'il repose sur deux grands piliers : l'État de droit et l'État démocratique (I).

I. La formation du droit moderne

C'est une construction originale qui trouve son origine dans la pensée de l'école du droit naturel moderne et qui trouve son fondement de validité dans le fait que l'exercice du pouvoir repose sur des règles générales légitimées directement ou indirectement par le caractère démocratique de leur adoption.

L'origine du droit moderne formé de règles générales, autonomes, posées délibérément par des autorités publiques remonte, selon certains² à la réforme grégorienne et à la formation du nouveau droit canon. Sur ce modèle s'est développé un ensemble cohérent de règles issues de la stratification progressive du droit des marchands, du droit des villes libres et du droit royal qui devient prépondérant à partir du 16^e siècle³.

On peut aussi, dans une perspective de théorie sociale, expliquer la naissance du droit moderne par la conjonction entre la croyance en un droit supé-

¹ Voir UNGER R.M. (1977), *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, 48 sq.; ARNAUD A.-J. (1998), *Entre modernité et mondialisation*, 147 sq.

² Voir BERMAN H.J. (1983), *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, 2, 251.

³ *Ibid.*, 2, *passim*.

rieur, le droit naturel, et l'existence d'une compétition entre des groupes d'intérêts. Unger⁴ montre d'une manière convaincante pourquoi l'admission d'un droit supérieur a pu faire l'objet d'un compromis entre la bureaucratie monarchique, l'aristocratie et la bourgeoisie. Un droit systématisé et rationnel constituait pour le monarque un instrument de pouvoir d'une grande efficacité. Un droit général et prévisible devait garantir à l'aristocratie le maintien de privilèges menacés et à la bourgeoisie la stabilité nécessaire à la conduite des affaires. Le droit moderne a ainsi constitué pour chacune des forces en présence un deuxième choix.

Il est hors de propos de tracer ici l'évolution de la pensée juridique qui a conduit à faire de la loi et des codes l'instrument essentiel de garantie contre l'arbitraire. Sinon pour souligner que la conception de la loi du droit moderne est le résultat d'un énorme retournement des idées politiques et juridiques. Depuis le Moyen Âge, les lois divines et humaines, c'est-à-dire aussi la loi au sens juridique du terme, ont été le modèle sur la base duquel ont été conçues les lois scientifiques. «Les "lois de la nature" ont été primitivement, et jusqu'à un passé très proche, identifiées à une variété de décrets, de lois, de normes juridiques, élaborées par un législateur suprême ... et que le savant retrouverait en observant les comportements de la nature — celle-ci étant supposée "obéir", se conformer, au moins d'une manière générale ... à ces lois divines, à ces lois naturelles»⁵. On a dès lors assisté à la convergence, dont il existe aujourd'hui des traces, entre ces deux types de lois comme modèles devant impérativement se réaliser.

L'école du droit naturel moderne opérera un retournement d'ailleurs non dénué d'ambiguïtés, considérant que c'est dans la conception géométrique et mathématique des lois illustrée par les découvertes de Galilée qu'il fallait trouver le modèle de la règle de droit⁶. La conception révolutionnaire de la loi et du code trouve ses racines dans le modèle mécaniste et le paradigme systématique déductiviste du jusrationalisme⁷. C'est ce modèle qui inspire la conception du juge comme bouche de la loi, reprise par l'école de l'Exégèse. Conception que Thiers exprime si bien en 1848 lorsque, pour s'opposer à l'introduction de droits sociaux, il s'écrit : «Un droit est forcément universel, automatique, d'application indifférenciée»⁸. Le modèle de la règle générale permettant de déduire mécaniquement la solution de cas particuliers est fondé sur un déterminisme aussi absolu que celui que Newton et Laplace font régner dans les

4 UNGER R. M. (1977), *op. cit.*, (note 1), 66 sq.

5 AMSELER P. (1964), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, 290.

6 DUFOUR (1993), «Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne», *Théorie du droit et science*, 157 sq.

7 *Ibid.*, 162.

8 Voir ROSANVALLON P. (1990), *L'État en France de 1789 à nos jours*, 160.

sciences de la nature. La loi est conçue à la manière de l'horloge qui constitue pour Laplace le modèle de la «mécanique céleste». L'idéal des Lumières est de façonner le droit comme un ensemble cohérent de règles aussi prévisibles et faciles à appliquer que les règles physiques et mathématiques de l'univers newtonien ou laplacien.

Cette «redoutable inféodation» de la pensée juridique aux principes et méthodes des sciences exactes⁹, explique que l'on ait pu croire et enseigner si longtemps que la décision du juge pouvait se déduire d'une norme générale et abstraite. Cette conception mécaniste a constitué un précieux instrument de légitimation des décisions administratives et judiciaires. L'administration et le juge n'exercent aucun pouvoir propre, puisqu'ils ne procèdent qu'à une déduction à partir de règles générales qui, par leur structure même, garantissent l'impartialité des commandements. Le fondement de ces règles générales dans la volonté générale, un processus démocratique de formation de la loi, parachèvera le système de légitimation du droit moderne. Cette construction comporte une part de mystification en donnant à penser que le pouvoir ne consiste pas dans le gouvernement des hommes mais dans «le règne des normes»¹⁰. Elle est pourtant à la base du système de légitimation que les pays occidentaux cherchent à imposer au monde. C'est pourquoi les concepts d'État de droit et d'État démocratique doivent être évoqués ici.

L'État de droit, premier pilier de légitimation, est à la fois un concept synthétique décrivant les grands principes qui forment l'armature d'une conception libérale de l'exercice du pouvoir et un principe directeur autonome de rang constitutionnel.

Dans sa composante descriptive, l'État de droit implique plusieurs exigences, que l'on peut rattacher de près ou de loin à la protection des droits fondamentaux. Que toute action contraignante repose sur une règle générale et abstraite. Que tout acte étatique infraconstitutionnel trouve son fondement dans un acte supérieur. Que chaque acte respecte le droit supérieur. Que l'État n'utilise que la contrainte indispensable à la poursuite de l'intérêt général. Que des contrôles juridictionnels soient établis pour assurer à la fois le respect de la construction hiérarchique et la correspondance des normes inférieures aux normes supérieures¹¹.

En droit positif, divers principes déduits de ceux qui garantissent les libertés et l'égalité concourent à réaliser ces exigences. Le principe de la primauté de la loi, qui comprend celui de la primauté de la Constitution, assure la cor-

9 DUFOUR (1991), *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, 113.

10 LEISNER W. (1975), «L'État de droit : une contradiction», *Mélanges Eisenmann*, 66.

11 Pour le contrôle de constitutionnalité, voir CHEVALLIER J. (1994), *L'État de droit*, 2ème éd., 137.

responsabilité des normes inférieures aux normes supérieures. Le principe de la base légale garantit qu'un commandement trouve son fondement dans une règle générale. Celle-ci doit même avoir une qualité particulière, une certaine densité normative, être suffisamment précise pour que son application soit prévisible¹² ou, comme le dit la Cour européenne des droits de l'homme, pour que les citoyens puissent régler leur conduite et être à même de prévoir les conséquences de leurs actes¹³. C'est ce que l'on appelle aussi l'exigence de l'administration réglementée. Le principe de proportionnalité garantit de son côté que seules les mesures nécessaires à la réalisation d'un intérêt public ou à la protection d'une liberté sont prises par l'État. Les principes, qui paraissent complémentaires, peuvent se révéler contradictoires. Ainsi par exemple le principe de proportionnalité injecte dans les règles fixes une relativisation et une indétermination qui va à l'encontre de l'idéal de prévisibilité qui est à la base de la construction du droit moderne¹⁴. La décision étatique qui doit subir le test de proportionnalité ne peut plus se déduire complètement de la règle fixe, car elle doit être prise sur la base d'une pesée entre les intérêts publics et privés existant dans chaque situation particulière.

L'État de droit, comme principe directeur autonome¹⁵, comme macro-principe dominant le mystère constitutionnel, exerce une fonction subsidiaire par rapport à ces principes détaillés. Dans les constitutions récentes, il est prévu expressément dans des textes¹⁶. Dans d'autres pays, comme la Suisse, il est consacré par la jurisprudence qui s'y réfère, lorsqu'elle ne réussit pas à trouver un ancrage plus précis à ses raisonnements. Contrairement aux libertés individuelles, il s'agit d'un principe objectif. Il ne peut dès lors pas être invoqué à l'appui d'un recours constitutionnel, lorsque celui-ci est conditionné par l'invoquant de la violation d'un droit subjectif.

Le principe de l'État de droit a pour fonction de remplir les vides qui peuvent exister dans un système constitutionnel d'inspiration libérale. Plus les règles et principes constitutionnels spécifiques sont complets, moins on aura besoin de recourir au principe directeur autonome de l'État de droit. C'est lorsque certaines dispositions qui paraissent nécessaires ne sont pas encore consacrées

¹² MOOR P. (1994), *Droit administratif*, vol. 1, 2^e éd., 339.

¹³ Arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, Série A, Vol. 30, 31.

¹⁴ Voir MORAND C.-A. (1996), «Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes», *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, 261ss; MORAND C.-A. (1996), «Besede d'intérêts et décisions complexes», *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, 41ss; MORAND C.-A. (1996), «Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles», *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, 57 sq.

¹⁵ Voir SOMMERMANN K.-P. (1997), *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 205 sq.

¹⁶ Pour l'Allemagne, voir les articles 20 al 1 et 28 al 1 GG; pour les Constitutions des anciens États socialistes, voir CHEVALLIER J. (1994), *op. cit.*, (note 11), 139.

par la jurisprudence et les textes que le besoin se fait sentir d'invoquer le macro-principe. Ce n'est pas un hasard si en Suisse le Tribunal fédéral s'y réfère fréquemment¹⁷ dans sa jurisprudence relative à l'existence de droits constitutionnels non écrits. Le macro-principe oriente les pesées d'intérêts globales auxquelles le législateur doit procéder et les pesées d'intérêts concrets que le gouvernement, l'administration et le juge doivent faire dans le cadre de l'application du droit¹⁸. En raison de son caractère subsidiaire et très abstrait, il n'assure la protection que d'un noyau très restreint de valeurs d'inspiration libérale¹⁹.

L'État démocratique sert à clore le système de légitimation établi par le modèle mécanique d'application du droit. En donnant un fondement démocratique aux règles, qui par la suite peuvent être appliquées de manière déductive, il assure à l'ensemble du système d'exercice du pouvoir la meilleure légitimité qui se puisse imaginer. Il est lui aussi à la fois un concept descriptif synthétique et un principe directeur autonome.

Dans sa première composante, l'État démocratique décrit une série de principes directeurs découlant des droits fondamentaux, comme la garantie des droits politiques, l'égalité dans l'exercice de ces droits, le principe de légalité formelle. Ce dernier exige que les normes importantes, les normes primaires, figurent dans une loi formelle, un acte approuvé par le législateur ordinaire, généralement le Parlement. La situation n'a pas fondamentalement changé dans la Constitution de la Vème République, contrairement à ce que l'on aurait pu croire à la lecture de l'article 37 Cst, qui fait du Gouvernement le législateur de principe. Par interprétation convergente du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, la loi a recouvré, si elle l'avait perdu, son domaine traditionnel²⁰. L'édiction des règles importantes est du ressort du Parlement dans toutes les matières, la mise en œuvre de ces règles étant de la compétence du Gouvernement. Dans la plupart des pays, la constitution a institué une deuxième ligne de défense du principe de légalité formelle. Le Parlement peut procéder à des délégations de pouvoirs, mais les normes les plus importantes doivent figurer dans la loi. Le Parlement doit fixer la matière sur laquelle la délégation porte, son but, son étendue²¹. C'est ce que l'on appelle, dans une tradition remontant à la Monarchie constitutionnelle allemande, la réserve de la loi²².

¹⁷ Voir ROSSINELLI M. (1987), *Les libertés non écrites*, 122, 130 et passim.

¹⁸ Voir SOMMERMANN K.-P. (1997), *op. cit.*, (note 15), 412.

¹⁹ *Ibid.*, 484, 485.

²⁰ GICQUEL J/HAURIU A. (1985), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 8^e éd., 892 sq.

²¹ Voir MOOR P. (1994), *op. cit.*, (note 12), 344.

²² Pour la France, voir TRÉMEAU J. (1997), *La réserve de la loi. Compétence législative et Constitution*.

Comme but de l'État (*Staszczel*), comme principe directeur fondamental, l'État démocratique pose quelques exigences minimales, comme les vides qui pourraient se présenter si un principe détaillé ne pouvait pas être invoqué pour résoudre un problème. Le principe de l'État démocratique a la même structure que celui de l'État de droit. C'est un principe consacré soit par les textes²³, soit par la jurisprudence. C'est une norme objective qui s'impose à tous les organes de l'État et qui donne lieu à des pesées d'intérêts abstraites ou concrètes. Le noyau de protection est lui aussi très étroit.

L'État démocratique et l'État de droit font fréquemment l'objet d'une confusion. L'État de droit démocratique est la synthèse des deux macro-principes d'une société libérale et démocratique. Le noyau protégé pourrait être circonscrit par référence à l'arrêt *Sunday Times*: La Cour de la CEDH considère qu'il «il n'est pas de société démocratique sans que le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture se traduisent dans son régime institutionnel, que celui-ci soit soumis au principe de prééminence du droit, qu'il comporte essentiellement un contrôle efficace de l'exécutif, exercé sans préjudice du contrôle parlementaire, par un pouvoir judiciaire indépendant, et qu'il assure le respect de la personne humaine»²⁴.

II. Les grands traits du droit moderne

Par droit moderne, il faut entendre un droit autonome, formé de règles générales et abstraites applicables de manière déductive par syllogisme juridique; un droit hiérarchisé et organisé de manière systématique; enfin un droit légitimé au moins en dernière instance par des institutions démocratiques. Ce droit réalise la synthèse entre la conception du droit de l'État de police (*Polizstaat*) qui voit dans le droit un commandement, une force irrésistible et la conception de l'État de droit démocratique qui rend ce commandement acceptable, parce que fondé sur des règles générales et acceptées, du fait qu'elles émanent du peuple (démocratie directe) ou d'autorités élues par lui (démocratie représentative). Cette synthèse réalise le mieux possible le problème de l'État idéal posé par Rousseau²⁵ en ces termes : «Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'avant». Synthèse que l'on trouve chez Max Weber, lorsqu'il définit l'État par le monopole qu'il revendique de la violence physique légitime.

²³ Voir par exemple les art. 20 al. 1 et 28 al. 1 GG.

²⁴ Arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, Série A, Vol. 30.

²⁵ ROUSSEAU J.-J., *Contrat social*, livre I, chapitre VI.

Très souvent, on attribue à l'interventionnisme étatique la responsabilité d'avoir dénaturé la forme juridique du droit moderne. Nombre de ces soi-disant déformations sont pourtant dues soit au caractère irréalisable du modèle, soit à des transformations qui se sont produites au sein même de la structure du droit moderne. C'est pourquoi, il n'est pas suffisant de présenter les grandes caractéristiques du droit moderne. Il faut encore montrer les apories qui sont inhérentes au modèle même. Celles-ci sont largement dues au fait que la pensée libérale est fondée sur des catégories trop tranchées. L'art de la séparation est au coeur de la pensée libérale²⁶. Mais les scissions trop brutales ont fait abstraction des liens nécessaires qui unissent les contraires. On n'a ainsi pas compris ceux qui unissent le droit et le non-droit, le droit et les choses²⁷, l'État et la société civile, le droit privé et le droit public, le général et l'individuel, l'abstrait et le concret, les trois pouvoirs dont on préconise la séparation. La «constitution moderne» rend, selon Bruno Latour²⁸, «invisible, impensable, irréprésentable le travail de médiation qui assemble les hybrides.» C'est pourquoi le philosophe peut prétendre que nous n'avons jamais été modernes.

Il n'empêche que les divisions construites par la pensée libérale ont forgé les représentations que l'on se fait du droit et qu'elles se sont révélées efficaces. Elles constituent le point de départ obligé de toute analyse cherchant à déterminer les modifications de structure subies par le droit à la suite des changements qui sont intervenus dans les modalités de l'action étatique.

A. Un droit général et abstrait

La séparation du général et de l'individuel, de l'abstrait et du concret n'est qu'un prolongement de la doctrine de la séparation des pouvoirs. L'idée de soumettre les relations interindividuelles à des règles générales s'est imposée spontanément en raison des besoins de sécurité et de prévisibilité qui étaient ressentis. Il n'y avait là rien de révolutionnaire. Une *lex mercatoria* à même été établie sans intervention de l'État, car elle était nécessaire au développement du commerce. Il en va tout autrement en ce qui concerne la soumission de l'État au droit. Que celui-ci s'autolimité en renonçant à commander à sa guise, en acceptant de n'agir que sur la base d'une règle de droit n'allait pas de soi. La pensée libérale ne s'est pourtant pas contentée d'exiger une généralité technique, consistant à dire que tout commandement individuel doit trouver son fondement dans une règle s'adressant à un nombre illimité de personnes et pour

²⁶ CHEVALLIER J. et al. (1995), *Public/Privé*, 6.

²⁷ BASTIT M. (1990), *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, 362.

²⁸ LATOUR B. (1994), *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, 53.

un nombre illimité de situations. Elle postulait une généralité qualifiée, très exigeante, trop exigeante pour pouvoir être respectée.

Hayek²⁹ formule la généralité qualifiée que postule la pensée libérale. Les lois ne doivent contenir que des règles de juste conduite, des *nomoi* par opposition aux *theses*, qui ne sont que de simples commandements. À l'appui de son opinion, il cite un texte aussi ancien que le *First Agreement of the People* de 1647 disant que «dans toute loi faite ou à faire, chaque personne sera tenue de la même façon, et que nulle tenure, état, caractère, degré, naissance ou position ne confère d'exemption à l'égard du cours ordinaire de procédure auquel les autres sont soumis.»³⁰

La haute généralité postulée par la pensée libérale était parée de toutes les vertus. Elle garantissait l'impartialité du pouvoir par le voile d'indifférence qu'elle tissait entre la norme et les situations particulières. Elle réalisait l'égalité formelle entre tous les individus, leur atomisation étant assurée non seulement par la suppression des corporations mais par l'interdiction de s'associer (Loi Le Chapelier). Elle garantirait automatiquement un *droit uniforme, certain, prévisible*.

Les idées libérales ont trouvé leur concrétisation lors de l'adoption du Code civil et du Code pénal, qui s'adressent à tous, sous réserve de quelques criantes inégalités entre hommes et femmes, entre enfants légitimes et illégitimes. Sous cette réserve, il s'agit bien de règles de juste conduite. Cette haute généralité, acquise grâce à l'effort de codification, n'a pourtant pas été réalisée dans d'autres secteurs comme le droit administratif. Mais même en droit civil, le besoin d'établir des réglementations particulières pour tenir compte de situations de fait (droit paysan) ou pour protéger la partie la plus faible (droit du travail) a été très rapidement ressenti. Plus important est le fait que le modèle fondé sur la dichotomie entre les règles générales et individuelles, qui manifestait le triomphe de la raison et qui conduisit au fétichisme de la règle³¹, s'est révélé en partie au moins irréalisable.

On n'insistera pas trop sur le fait que nombre de fonctions gouvernementales ne peuvent pas être conçues sur ce modèle. Ni le maintien de l'ordre en cas de troubles sérieux, ni la conduite de la guerre ou des relations internationales, ni d'autres fonctions comme la préparation des lois ne peuvent, cela est l'évidence même, être conçues comme un exercice déductif d'application de règles générales. Cela ne signifie d'ailleurs pas que ces fonctions ne puissent pas être encadrées par certains grands principes. Si l'on se tourne vers l'administration, on constate que de tout temps et avant même le développe-

²⁹ HAYEK F. A. (1980), *Droit, législation et liberté* vol. 1, 153 sq.

³⁰ *Ibid.*, 155.

³¹ CHEVALLIER J. (1991), «La rationalisation de la production juridique», *L'État providusif*, 11-16.

ment de l'interventionnisme étatique, son action n'a pas pu être considérée comme purement déductive. *Primo*, parce qu'elle a toujours disposé d'un pouvoir d'appréciation pour faire face à des situations imprévisibles ou pour tenir compte des circonstances particulières du cas d'espèce. *Secundo*, parce que de tout temps, elle a été amenée à prendre ses décisions sur la base de notions indéterminées lui ménageant, par leur structure-même, une grande latitude d'appréciation. *Tertio*, parce que de grands principes comme celui de la proportionnalité, ont de tout temps relativisé l'exercice du pouvoir lié et l'application des textes les plus déterminés.

Si l'on se tourne du côté du juge, le phénomène est tout aussi net. Lorsque le juge établit des principes directeurs, proclame l'existence de droits constitutionnels non écrits, déclare obligatoire une déclaration des droits ou un préambule constitutionnel qui ne l'étaient pas auparavant, il ne déduit pas. Il fait œuvre de législateur, voire de constituant. Il en va de même finalement lorsqu'il codérmine le sens d'une disposition. La jurisprudence ne serait pas une source de droit si le travail du juge consistait seulement à déduire. L'application même d'une norme à un cas particulier signifie que la solution n'est pas seulement le résultat d'une opération syllogistique, mais que la norme doit être individualisée pour être adaptée à la situation d'espèce. Cela est particulièrement vrai lorsque le juge applique des principes directeurs nombreux et souvent contradictoires en opérant des pesées d'intérêts³². Si déduction il y a, elle s'opère très peu à partir de la norme et beaucoup à partir des circonstances particulières du cas d'espèce soumis à son examen. Il en va de même lorsqu'il applique des notions indéterminées, qu'on les appelle idées flottantes³³, standards³⁴, notions juridiques à contenu variables³⁵ ou notions floues³⁶.

Pour toutes ces raisons, le syllogisme juridique n'a rien à voir avec le modèle du raisonnement mécanique et automatique qui, nous l'avons vu, remonte à la pensée de l'école du droit naturel moderne. Il «n'a rien d'un syllogisme, dont toutes les propositions doivent se trouver sur le même niveau d'abstraction»³⁷. Son originalité ne peut être exprimée que négativement dans le fait qu'il est «irréductible au raisonnement déductif et formel aussi bien qu'au raisonnement inductif et expérimental», qu'il institue «un va-et-vient in-

³² Voir MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 14).

³³ RAY J. (1926), *Essai sur la structure logique du Code civil français*.

³⁴ RIALS S. (1980), *Le juge administratif français et la technique du standard*.

³⁵ PERIN J.-F. (1983), *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable*, *Travaux CETEL* n° 21.

³⁶ MACKAY E. (1979), «Les notions floues ou l'économie de l'imprécision», *Les discours juridiques : analyse et méthode*, *Langages* 53, 33ss; DELMAS-MARTY M. (1986), *Le flou du droit*.

³⁷ MOLINO J. (1996), «Le droit et la loi comme construction symbolique», *De la logique des lois. Revue européenne des sciences sociales* 34, 148.

cessant entre d'un côté des règles générales et abstraites et de l'autre des situations particulières et concrètes»³⁸.

B. Un droit hiérarchisé

On attribue fréquemment à l'interventionnisme étatique la remise en question de la construction pyramidale du droit élaborée par Kelsen pour décrire le fonctionnement du droit moderne. Or, les écarts que l'on observe par rapport au modèle ne peuvent pas tous être attribués à l'interventionnisme. Pour partie, ils sont dus au fait que la métaphore kelsénienne constituait une représentation partielle et déformante des processus d'engendrement des normes et des rapports qu'elles entretiennent entre elles. Plutôt qu'à une pyramide, ces processus et ces rapports font plutôt penser aux hiérarchies enchevêtrées³⁹, aux toiles que tissent les araignées, aux réseaux complexes de communication.

Dans la pensée de Kelsen, trois types de hiérarchies se côtoient : celle des organes de l'État, celle des actes juridiques (aspect dynamique), celle des normes juridiques (aspect statique). Or, à ces trois points de vue, la pensée kelsénienne opère une simplification et une purification déformantes.

La hiérarchie des organes a un semblant de réalisation dans des ordres juridiques internes. Le constituant est supérieur à l'organe d'adoption des lois. C'est à peu près tout ce qu'on peut dire avec certitude. Pour le surplus, il n'y a pas de hiérarchie claire entre le parlement et le gouvernement. Cela dépend beaucoup des régimes. Le juge est inclassable dans un système hiérarchique. Le juge constitutionnel se situe au niveau le plus haut puisqu'il détermine ou codétérmine le sens de la constitution. Les juges de la légalité se situent à un niveau inférieur, sans qu'il y ait d'ailleurs de hiérarchie entre eux⁴⁰. La représentation hiérarchique des organes, parallèle à celle qui lierait les actes juridiques et les normes entre elles, est de toutes façons en opposition absolue avec celle, horizontale, que suggère le principe de séparation des pouvoirs. Si on prend en considération l'ordre juridique international, on constate que l'idée de hiérarchisation des organes internationaux est encore plus déformante. Si l'on examine enfin les rapports entre les ordres juridiques internationaux, communautaires d'une part et les ordres juridiques nationaux de l'autre, prétendre que les organes sont hiérarchisés entre eux relèverait de la plus haute fantaisie.

³⁸ *Ibid.*, 149.

³⁹ HOFSTADTER D. (1985), *Godel, Escher, Bach. Les brins d'une guitarelle éternelle*, 799, DELMAS-MARTY M. (1994), *Pour un droit commun*, 90 sq.

⁴⁰ Voir pour la Cour de Cassation et le Conseil d'État DELMAS-MARTY M. (1994), *op. cit.*, (note 39), 95 sq.

La représentation hiérarchique des actes juridiques n'est guère plus convaincante. Dans son aspect dynamique, la construction des ordres juridiques n'a que de vagues ressemblances avec une pyramide. Le fondement de la constitution sur une constitution précédente, qui renvoie à une autre constitution, qui elle-même renvoie à la première constitution⁴¹ fait penser à une ligne horizontale et non pas à une pyramide. Le fait que le pouvoir réglementaire du gouvernement, qu'il soit indépendant ou d'exécution, trouve son fondement direct dans la constitution, montre que la hiérarchisation ne suit pas une ligne directe allant de la constitution aux actes individuels en passant successivement par la loi puis par le règlement⁴². Les règles sur la formation du droit prennent de leur côté la forme de hiérarchies enchevêtrées⁴³. Dans tous les pays il y a, sous une forme ou une autre, une loi sur la formation des lois qui doit être respectée, alors que ces dernières se situent au même niveau hiérarchique. Bien plus, la procédure d'adoption d'un acte d'un niveau peut être réglementée par des règles émanant d'un niveau inférieur. Ainsi en Suisse, la procédure de révision de la Constitution est régie à la fois par celle-ci⁴⁴, par des lois⁴⁵ et par des ordonnances⁴⁶. À l'inverse, des actes issus de deux procédures parfaitement identiques peuvent être subordonnés l'un à l'autre. Ce phénomène se vérifie en droit interne, en droit communautaire (règlement de base/règlement d'exécution) et en droit international (traité constitutif/traité ordinaire). Si l'on prend en considération les modes décentralisés de construction du droit international, la métaphore de la pyramide est particulièrement malvenue. Celle de bric-à-brac⁴⁷ plus convaincante. Si l'on envisage les relations entre le droit international et le droit interne et si l'on considère les modes historiques et même contemporains de formation des États, on a bien de la peine à croire que le fondement de validité de la première constitution puisse vraiment se trouver dans une norme du droit international⁴⁸.

Les rapports entre les normes (aspect statique) fait lui aussi plus penser aux hiérarchies enchevêtrées qu'à une pyramide. Une hiérarchie enchevêtrée est,

⁴¹ Voir KEISEN H. (1962), *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 264, 265.

⁴² AMSELER P. (1978), «Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique», *RDJ* 94, 13.

⁴³ van de KERCHOVE M./OST F. (1988), *Le système juridique entre ordre et désordre*, 105 sq.

⁴⁴ Art. 118ss de la Constitution suisse.

⁴⁵ Notamment la loi sur les rapports entre les Conseils du 23 mars 1962, art. 23 sq.

⁴⁶ Ordonnance réglant les tâches des départements, des groupements et des offices du 9 mai 1979, art. 7 al. 1 lit. a, directives concernant la procédure préliminaire en matière de législation du 6 mai 1970, etc.

⁴⁷ COMBAU J. (1986), «Le droit international bric-à-brac ou système», *Archives de philosophie du droit* 31, 85 sq.

⁴⁸ KEISEN H. (1962), *op. cit.*, (note 41), 290, 291.

selon Hofstadter⁴⁹, une «interaction entre des niveaux dans laquelle le niveau supérieur redescend vers le niveau inférieur et l'influence tout en étant lui-même en même temps déterminé par le niveau inférieur». C'est exactement ce qui se produit lorsque le juge dans un processus descendant tient compte de la règle générale pour résoudre le cas d'espèce, mais en même temps, dans un mouvement ascendant, co-détermine le sens à donner à la règle générale qu'il applique. C'est pourquoi on a pu affirmer «la prééminence de l'organe inférieur qui décide, en dernier ressort, de la portée réelle du texte juridique»⁵⁰ et ainsi parler de hiérarchies inversées⁵¹. Le phénomène a été moult fois analysé, s'agissant des juridictions constitutionnelles, en raison de l'importance du pouvoir créateur du juge dans la détermination du contenu des droits fondamentaux⁵². L'inversion des niveaux est à peu près totale, puisque c'est l'organe supposé inférieur, le juge, qui détermine le contenu de la norme que l'organe supérieur, le constituant, est censé établir. Théoriquement, celui-ci reste libre de défier ce que le juge constitutionnel a créé. Mais la légitimité du juge constitutionnel est si forte que le constituant ne se lance que très rarement dans une entreprise de ce type.

Une boucle étrange classique apparaît quand on analyse la relation entre le droit international et le droit interne sur laquelle la logique keisénienne n'a cessé de buter. Il est vrai que dans une logique linéaire, il n'est possible d'affirmer ni la primauté du droit international ni la primauté du droit interne⁵³. Dans une logique plus subtile, admettant l'existence de hiérarchies enchevêtrées, il est possible d'admettre à la fois la primauté du droit international au plan qui est le sien, sans laquelle ce droit perdrait une grande partie de sa signification, et la conciliation de ce principe au plan interne avec d'autres principes comme celui, par exemple, de la primauté de la constitution. Si le juge national choisit de donner une primauté absolue au droit international, il fait le choix politique le plus raisonnable en prévenant l'adoption de sanctions sur le plan international. Mais d'autres choix politiques conciliant mieux les intérêts nationaux et internationaux sont possibles. Les deux règles du jeu sont utilisées par la Cour des Communautés qui, dans son propre ordre juridique, fortement intégré, proclame la primauté absolue du droit communautaire sur le droit des États mem-

bres, mais qui affirme simultanément la primauté du droit communautaire sur le droit international⁵⁴.

On assiste en dehors de ces boucles étranges à des imbrications de normes émanant de divers ordres juridiques qui ne correspondent en rien à l'image de la pyramide keisénienne. Cette situation se présente lorsque le juge national procède à des pesées d'intérêts sur la base de principes multiples émanant d'ordres juridiques hiérarchisés⁵⁵. Ce qui est frappant, c'est que les pesées d'intérêts opérées sur la base de principes contradictoires, émanant de divers ordres juridiques, ne se résolvent pas sur la base du principe hiérarchique de primauté. Cela provient du fait que, contrairement aux règles fixes, des principes contradictoires figurant dans plusieurs ordres juridiques peuvent coexister et être harmonisés sans que les principes émanant de l'ordre juridique supérieur l'emportent nécessairement sur ceux qui émanent de l'ordre juridique inférieur. Ainsi, pour ne donner qu'un exemple, les principes établis par les droits consacrés par la CEDH peuvent, dans une large mesure, être conciliés avec des intérêts publics nationaux visant à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques.

Il y a, même dans les ordres juridiques internes fortement hiérarchisés, une foule de relations horizontales de coordination qui s'opèrent par ajustements mutuels, par convergence de principes directeurs⁵⁶, par application d'autres principes (par exemple *lex posteriori*, *lex specialis*), par imbrication (codétermination du sens de la loi par le juge). C'est dès lors beaucoup plus la métaphore des réseaux que celle de la pyramide qui convient pour décrire les rapports entre les organes, les actes juridiques et les normes juridiques.

C. Un droit conçu sur la base de la division entre droit public et droit privé

Même si elle était connue du droit romain et si elle est réapparue progressivement depuis la Renaissance, la division suprême s'est imposée depuis la Révolution française au point de constituer une caractéristique centrale du droit moderne⁵⁷. La division ne porte pas sur deux types de droits, l'un émanant de l'État, l'autre de la société civile. On aurait pu concevoir qu'il en soit ainsi, à l'instar de ce qui s'était produit pour la *lex mercatoria* au Moyen Âge. L'idée

⁴⁹ HOFSTADTER D. (1985), *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une spirale éternelle*, 799.

⁵⁰ VAN DE KERCHOVE M./OST F. (1988), *op. cit.*, (note 43), 108.

⁵¹ DELMAS-MARTY M. (1994), *op. cit.*, (note 39), 107.

⁵² Voir pour la France FROMONT M. (1984), «République fédérale d'Allemagne. L'État de droit», *RDJ* 100, 1215; pour la Suisse AUER A. (1983), *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, 161.

⁵³ KEISEN H. (1962), *op. cit.*, (note 41), 289 sq.

⁵⁴ CJCE arrêt *République française c. Commission*, du 9 août 1994, aff. C-327/91, *Rec* 1994, I-3641 sq.

⁵⁵ MORAND C.-A. (1996), «Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes», *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, 274 sq.

⁵⁶ Voir pour les rapports entre les droits fondamentaux de l'UE et de la CEDH, DELMAS-MARTY M. (1994), *op. cit.*, (note 39), 244 sq.

⁵⁷ MOOR P. (1994), *op. cit.*, (note 12), 125.

d'établir un droit d'origine purement privée est très vivace en droit international privé. Elle hante les milieux économiques transnationaux et les associations sportives internationales. Mais ce n'est pas la solution retenue par le droit moderne. Tout le droit est étatique. Mais ce droit se divise en deux. Le droit public régit l'organisation de l'État et ses relations avec les particuliers. C'est un droit à la fois de contrainte et de protection contre l'arbitraire étatique. Le droit privé régit lui les relations au sein de la société civile. C'est un droit fondé sur l'autonomie de la volonté, sur les accords librement consentis. À noter que ce droit peut aussi être autoritaire. Sociologiquement, dans la mesure où il permet à la partie la plus puissante d'imposer sa volonté. Juridiquement, en raison des pouvoirs que les contrats peuvent conférer à des organes (contrats de sociétés, statuts d'associations, conventions collectives). La distinction entre deux types de droits étatiques, si elle est une caractéristique fondamentale du droit moderne, a pourtant de tout temps été malaisée et flottante. Le libéralisme, en croyant diviser, génère en réalité la formation d'hybrides.

Le type idéal n'est pas facile à reconstruire parce que les critères de distinction ont toujours été flottants. Le plus fragile est celui de l'intérêt. En effet tout le droit, qu'il soit public ou privé, poursuit un intérêt public, un intérêt collectif. Il est d'intérêt public que les transactions entre des particuliers soient ordonnées. Il n'est même pas sûr que dans ces deux droits les particuliers poursuivent dans un cas des intérêts collectifs et dans l'autre des intérêts privés. Le travailleur qui réclame son salaire ne poursuit pas des objectifs plus privés que l'invalidé qui demande qu'on lui octroie une prestation. Le critère décisif est structurel. Le droit public institue un rapport de subordination entre l'État, qui jouit de prérogatives de puissance publique, et les particuliers. Le droit privé génère des relations entre des sujets juridiquement égaux.

Dans la réalité, ces critères se sont révélés malaisés. Celui de la subordination est peu opératoire. Il a permis en gros de distinguer le droit civil du droit administratif. Mais d'autres droits sont difficiles à classer selon ce critère. Le droit constitutionnel y est réfractaire. C'est pour l'essentiel un droit organique qui institue des rapports d'égalité ou d'inégalité entre divers organes. Pour le surplus c'est, avec les libertés, un droit protecteur des individus. Personne ne peut prétendre que les libertés, en enchaînant le pouvoir, établissent des rapports de subordination et si tel était le cas, ceux-ci seraient inversés. Elles ne créent pas un rapport de subordination entre l'État et la société civile; elles affirment au contraire la supériorité de celle-ci sur celui-là. Les libertés, qui garantissent la constitution de sphères privées autonomes, permettant aux gens de jour paisiblement de la propriété, de commercer et de communiquer, ne sont pas plus publiques que le droit dont elles assurent la production. Elles peuvent parfaitement être considérées comme formant la partie supérieure du droit privé, un droit privé constitutif, de premier degré. Le droit communautaire est à

cet égard plus clairvoyant. Il considère les quatre libertés comme s'appliquant tout aussi bien aux relations avec l'État, qu'à celles des particuliers entre eux⁵⁸. Plus généralement, le droit constitutionnel ne se caractérise pas par son rattachement à l'un des deux droits, mais par sa suprématie sur les lois ordinaires.

Le droit international public, de son côté, établit pour l'essentiel des rapports entre des sujets de droit égaux. Sa structure est, dans l'ensemble, plutôt comparable à celle que le droit interne retient pour caractériser le droit privé. Le droit pénal n'est classable ni dans l'une ni dans l'autre des deux catégories, ce qui explique que la solution varie d'un ordre juridique à l'autre. Il se rapproche du droit privé par le fait qu'il n'interpose pas entre la loi et le jugement une décision autoritaire des pouvoirs publics. Il s'apparente au droit public par le fait que l'État et les justiciables ne sont pas placés sur un pied d'égalité.

La grande distinction se résume dès lors à peu de choses. Elle permet tant bien que mal de distinguer le droit administratif du droit privé. Mais le seul critère fort, celui de la subordination, se révèle fragile. Ce critère, hérité de l'État de police, dénature le droit administratif qui est du droit constitutionnel en action, c'est-à-dire non seulement un droit autoritaire, mais aussi un droit protecteur limitant la toute puissance de l'État. Le droit privé de son côté permet, une fois le consentement de départ obtenu, d'instituer des rapports de subordination tout aussi forts que le droit public. Le règlement d'entreprise ne se différencie guère de ce point de vue du règlement d'une administration. Il se révèle même plus autoritaire dans la mesure où il ne fournit pas les mêmes garanties contre l'exercice arbitraire du pouvoir.

Il est curieux de constater qu'Adam Smith⁵⁹ a donné une définition beaucoup plus astucieuse et équilibrée du droit public. L'objet du droit public, c'est de faire en sorte que l'on ne subisse pas de tort, comme membre d'un État. D'où une division beaucoup plus nuancée du droit public en deux parts : celui qui traite du droit du souverain par rapport aux citoyens et celui qui traite des droits des citoyens à l'égard du souverain. Il n'y a que le terme souverain qui traduit l'idée d'un rapport de subordination du citoyen à l'État.

Tout bien considéré, la distinction entre le droit public et le droit privé n'est pas aussi centrale qu'elle n'y paraît pour caractériser le droit moderne. Des droits parfaitement modernes, comme le droit anglo-saxon, l'ont ignoré⁶⁰. Elle est encore retenue par certains droits positifs. Mais elle ne saurait constituer la *summa divisio*. Même lorsqu'elle conserve un sens pour caractériser le droit administratif par rapport au droit civil, la distinction n'est pas nette. De plus les deux domaines s'interpénètrent. Le droit administratif privé mélange

⁵⁸ Voir p. ex. l'arrêt *Basman*.

⁵⁹ SMITH A. (1978), *Lectures on Jurisprudence*, 78-86, 91-3.

⁶⁰ TROPER M. (1977), *Pour une théorie juridique de l'État*, 183.

les genres. Il en va de même du droit privé administratif, qui règle par exemple la tutelle ou les registres publics servant aux transactions privées.

L'interprétation donnée à la notion des droits et obligations de caractère civil de l'article 6 CEDH illustre la difficulté d'opérer une distinction franche entre le droit public et le droit privé et celle de trouver des critères sûrs pour l'opérer. Nombre de litiges de droit administratif tombent dans le champ de l'article 6 du fait de l'interprétation autonome que la Cour donne du droit civil et du droit privé. Avec cet effet que les notions n'ont plus le même sens dans les deux types d'ordres juridiques, ce qui ne facilite pas leur intelligibilité.

D. Un droit public contraignant

C'est l'héritage le plus important de l'État de police. L'idée que l'État impose ses commandements de manière unilatérale a régné tout au long du 19^e siècle. Cette conception du droit-contrainte, du droit sanctionné par la force, était si forte qu'elle a été considérée comme caractérisant le droit tout entier. Cette conception était pourtant excessive.

Le libéralisme ne remet pas en question la conception de l'État fort et du droit-contrainte. Benjamin Constant⁶¹ s'est fermement opposé à l'idée que l'État, identifié à la contrainte, soit un mal nécessaire. L'État, pour assurer la paix civile et la jouissance paisible des biens, doit être fort dans sa sphère. «La liberté gagne tout à ce qu'il [l'État] soit sévèrement circonscrit dans l'enceinte légitime; mais elle ne gagne rien, elle perd au contraire, à ce que dans cette enceinte, il soit faible; il doit toujours être tout-puissant». La toute puissance de l'État s'exprime par un droit fort, sanctionné, coercitif⁶². Cette conception théologique et autoritaire⁶³ marquera le droit pour longtemps. Le droit se définit par la sanction. Celle-ci par la contrainte. Saint Thomas d'Aquin (*Somme théologique* I-II Q.96, A-5) définissait déjà le droit par deux éléments : la règle et le pouvoir coercitif de celle-ci. La tradition anglaise insiste à l'envi sur cet élément contraignant. Hobbes (Léviathan : ch. 7)⁶⁴ l'exprime dans une formule dont il a le secret : «*Covenants without swords are but words*». Pour Bentham⁶⁵, la loi est synonyme de coercition. Austin⁶⁶ identifie le droit au com-

mandement et celui-ci se caractérise par le fait que celui qui commande est prêt à infliger un mal ou une peine à celui qui désobéit.

La tradition germanique d'inspiration hégélienne est tout aussi nette. L'État se caractérise par son pouvoir de domination (*Herrschaft*), par une puissance de coercition irrésistible. Jhering⁶⁷ a des accents lyriques pour décrire la force du droit : «Une règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non-sens : c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas». Max Weber⁶⁸ n'est pas en reste. Un ordre est de droit «lorsque la validité est garantie extérieurement par la chance d'une contrainte (physique ou psychique), grâce à l'activité humaine spécialement instituée à cet effet, qui force au respect de l'ordre et châtie la violation». Kelsen a beaucoup contribué à identifier le droit à la sanction et celle-ci à la contrainte. Il fait de la sanction l'objet même du devoir être. «Ce qui doit être ce n'est pas la conduite ordonnée [norme primaire] mais bien la sanction [norme secondaire]»⁶⁹.

Cette identification du droit à la contrainte est reprise dans tous les manuels. Elle semble constituer un des rares points d'accord entre les auteurs au sujet de la définition du droit. L'idée d'un droit mou, d'un *soft law* non sanctionnable, est complètement étrangère à la pensée du droit moderne. C'est pourquoi l'apparition de ce type de droit a été perçue comme une maladie, une dégénérescence que les juristes devraient s'employer à guérir⁷⁰. L'idée que l'État puisse négocier ses commandements avec ses sujets est tout aussi étrangère au droit moderne. «*Der Staat paktiert nicht*» disait-on dans la doctrine administrative allemande du 19^e siècle.

L'identification du droit à la contrainte s'explique par le contexte idéologique d'affirmation de la toute puissance de l'État. Elle s'inscrit dans des courants de pensées autoritaires qui ont marqué l'affirmation de la souveraineté absolue et qui ont triomphé avec la pensée hégélienne. Hart a pourtant montré combien cette représentation était fautive, parce que nombre de normes ne sont pas réductibles à la sanction-contrainte. Il en va ainsi des normes créant des institutions, qui se réalisent par le seul fait qu'elles sont énoncées et qui forment des fors, selon nous, une troisième catégorie par rapport aux normes primaires et secondaires décrites par Hart⁷¹. Ne peuvent pas non plus être analysées comme contraignantes les normes habilitantes, comme celles qui confèrent

61 CONSTANT B. (1980), *De la liberté chez les modernes*, 567.

62 CARRÉ DE MALBERG R. (1920), *Contribution à la théorie générale de l'État*, I, 238-240.

63 TMSIT G. (1991), *Les noms de la loi*, 12 sq.

64 Voir à ce sujet VALLEY M. (1975), *La formation de la pensée juridique moderne*, 678-699.

65 BENTHAM J. (1970), *Of Laws in general*, 54.

66 AUSTIN J. (1954), *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, 13-15.

67 JHERING R. von (1901), *L'évolution du droit*, trad. de Zweck im Recht, 3^eme éd., 206-213.

68 WEBER M. (1971), *Economie et Société*, trad. de Wirtschaft und Gesellschaft, 33.

69 KEISEN H. (1962), *op. cit.*, (note 41), 35.

70 WEIL P. (1982), «Vers une normativité relative en droit international», *Revue générale de droit international public* 86, I, 5-47.

71 MORAND C.-A. (1990), «Sanctions», *Archives de philosophie du droit* 35, 300, 301.

le pouvoir de légiférer ou de juger. C'est au prix d'une déformation⁷² que l'on a cherché à réduire toutes les normes à des actes de contrainte.

Sanction et contrainte ne sont par ailleurs pas en corrélation nécessaire. La prison préventive, l'internement des aliénés, l'évacuation d'un village menacé par une avalanche sont des actes de contrainte, mais pas des sanctions à la violation d'un devoir⁷³. Inversement, la notion de sanction recouvre nombre d'effets juridiques, comme les nullités, qu'on ne peut pas qualifier sérieusement de contraignantes⁷⁴.

L'idée de confiner l'État à l'adoption de commandements, de lui interdire de recourir au contrat est restée, contrairement à ce qui s'est passé en France, très tenace en Suisse et en Allemagne⁷⁵. Mais même dans ces pays, l'utilisation de la forme contractuelle s'est imposée. Du moins pour certaines opérations comme la gestion de patrimoine administratif de l'État, l'acquisition de matériel, la réalisation de travaux publics⁷⁶. Le développement du contrat comme mode d'action de l'État est cependant surtout dû à l'interventionnisme étatique que nous examinerons plus loin.

E. Un droit strictement confiné

Si dans la conception libérale l'État doit agir par la contrainte, celle-ci doit cependant être contenue. La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société, dit l'article 5 de la Déclaration de 1789. Les libertés individuelles, et tout particulièrement la garantie de la propriété, qui en constitue le modèle, sont structurées de façon à assurer la division entre la société civile et l'État ainsi que le confinement de celui-ci. En réalité, ni la division, ni le confinement ne se sont vraiment réalisés.

Benjamin Constant⁷⁷ pense que le législateur, à l'instar du scientifique, ne doit pas créer un droit nouveau, mais se borner à exprimer les relations qui existent entre les hommes. «Faire une loi nouvelle, c'est seulement une déclaration nouvelle de ce qui existait déjà». Il s'oppose aux philosophes, comme Filangieri, qui souhaitaient que l'autorité améliore ses modes d'intervention.

⁷² HART H. L. A. (1976), *Le concept de droit*, 57 sq.

⁷³ MORAND C.-A. (1990), *op. cit.*, (note 71), 299.

⁷⁴ *Ibid.*, 302 sq.

⁷⁵ MOOR P. (1991), *Droit administratif*, vol. II, 238.

⁷⁶ *Ibid.*, 277 sq.

⁷⁷ CONSTANT B. (1810), *Œuvres manuscrites. Nouvelles acquisitions françaises de la bibliothèque nationale* n° 14364, 61.

«Moins le législateur aura l'occasion d'agir moins il sera exposé à se tromper»⁷⁸.

La supplique a été largement traduite dans le droit positif. Les exigences de base légale, d'intérêt public, de proportionnalité, d'égalité comme conditions de restriction des libertés sont les instruments techniques par lesquelles des barrières sont érigées à l'action autoritaire de l'État. Le principe de proportionnalité vise à cantonner l'action étatique à ce qui est strictement nécessaire. L'exigence d'un intérêt public limite l'action étatique à l'adoption de mesures de police visant, dans une conception restrictive de celle-ci, au pur maintien de l'ordre public. L'État n'a pas pour mission d'accroître le bien-être des individus.

Les textes, la doctrine expriment bien l'idée de séparation qui sous-tend la pensée libérale. Selon l'article 4 de la Déclaration de 1789, «l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Les bornes ne peuvent être déterminées que par la loi». Bornes, limites entre l'État et la société civile, sont des termes d'une géographie du pouvoir que l'on retrouve dans nombre de textes révolutionnaires. Cette conception, fondée sur la division en deux territoires distincts, limités par des frontières, est très bien exprimée dans la doctrine. Ainsi, Aubert⁷⁹ considère, dans ses réflexions sur les libertés individuelles que «quand la constitution proclame une liberté, elle opère un partage des compétences entre l'État... et l'individu. Elle dessine autour des personnes privées une circonférence qu'elle déclare infranchissable aux autorités publiques. À l'intérieur du cercle, c'est l'affaire des particuliers. À l'extérieur, ce peut être l'affaire de l'État». Les restrictions aux libertés sont conçues comme l'envahissement (*Eingriff*) d'un territoire protégé et sacré. L'enfermement est d'ailleurs double. Les individus sont protégés contre l'État et contre leurs congénères selon le principe que «les bonnes clôtures font les bons voisins»⁸⁰. L'État de droit «est indissociable de la représentation d'un État minimal, respectueux de l'autonomie du social et ne sortant pas du cadre de ses attributions légitimes»⁸¹. L'État doit se borner «à la sanction des règles générales qui sont nécessaires à la formation d'un ordre spontané, dont nous ne pouvons prévoir les détails»⁸². L'État minimal doit se cantonner à l'édiction de règles de juste conduite.

⁷⁸ CONSTANT B. (1822), «Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri», *Œuvres de G. Filangieri*, 56, 279.

⁷⁹ AUBERT J.-F. (1967), *Traité de droit constitutionnel suisse* II, 626, 627.

⁸⁰ HAYEK F. A. (1980), *op. cit.*, (note 29), 129.

⁸¹ CHEVALIER J. (1994), *op. cit.*, (note 16), 63.

⁸² HAYEK F. A. (1980), *op. cit.*, (note 29), 37.

La réalité montre une conception beaucoup moins tranchée. Au cours du 19^e siècle, la notion large de la police subsiste. En France par exemple, l'action de l'État sur l'économie et la société, si elle subit un infléchissement, reste très vigoureuse. Elle se manifeste tout d'abord par un protectionnisme douanier en forte opposition avec les idéaux libre-échangistes⁸³, par une politique ambiguë de grands travaux d'inspiration colbertienne⁸⁴, par une politique d'impulsion industrielle, qui préfigure la montée en puissance des idées keynésiennes au milieu du 20^e siècle⁸⁵. Au point qu'on a pu parler à ce propos d'un État conservateur-propulsi⁸⁶. Gauchet⁸⁷ l'a bien montré, l'État minimal est la grande illusion du libéralisme. La dynamique créée par l'apparition d'une société civile autonome a entraîné un formidable besoin de législation et d'interventions étatiques. Celles-ci se sont révélées d'autant plus indispensables qu'en supprimant les corporations, la Révolution détruisait les formes traditionnelles d'autoorganisation et d'autoréglementation. Le vide créé scientifiquement par la Révolution rendait inévitable le développement de l'interventionnisme économique.

Les libertés de leur côté ont pendant longtemps joué un rôle plutôt symbolique à l'égard de l'action du législateur. Il a fallu plus d'un siècle et demi en France pour qu'un contrôle de constitutionnalité efficace soit institué. Mais à ce moment-là, les libertés s'étaient enrichies de droits de la deuxième génération et de principes constitutionnels d'une toute autre inspiration. Dès l'origine, les libertés individuelles ont présenté deux faces : un *status negativus* et un *status positivus*. La déclaration des droits de 1789 voit dans la loi à la fois une borne à l'exercice de droits naturels conçus au départ comme illimités et un moyen d'en assurer l'expression et la réalisation⁸⁸. Dans la déclaration des droits de Virginie, ceux-ci sont envisagés de manière positive, comme la base et le fondement de tout gouvernement. Cette conception constitutive des libertés se traduira plus tard par l'idée qu'elles rayonnent jusque dans les parties les plus infimes de l'ordre juridique et des rapports sociaux⁸⁹. Mais alors les libertés ne servent plus à séparer l'État et la société civile, mais au contraire à les unir, à les ajuster. Elles génèrent des hybrides mêlant allègrement intérêts publics et privés⁹⁰.

⁸³ ROSANVALLON P. (1990), *op. cit.*, (note 8), 210-214.

⁸⁴ *Ibid.*, 219-221.

⁸⁵ *Ibid.*, 221-224.

⁸⁶ *Ibid.*, 203 sq.

⁸⁷ GAUCHET M. (1980), « Benjamin Constant : l'illusion lucide du libéralisme », Préface à Benjamin Constant, *De la liberté chez les modernes*, 70 sq.

⁸⁸ RAUS S. (1988), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 157.

⁸⁹ SALADIN P. (1982), *Grundrechte im Wandel*, 3^eme éd., 295.

⁹⁰ MOOR P. (1994), « Définir l'intérêt public : une mission impossible », *Le partenariat public-privé*, 217ss.

F. Un droit créé selon le principe de la séparation des pouvoirs

Le principe signifie, dans sa forme pure, que le serait seul à devoir les exécuter et que les tribunaux devraient en exclusivité trancher les différends qu'elles suscitent. Il faut ajouter dans le modèle pur que ces trois organes devraient être indépendants les uns des autres. Dans une démocratie semi-directe, le modèle doit être adapté pour tenir compte de la participation du peuple à l'adoption des lois. On notera au passage que le principe concerne l'adoption des lois, mais pas de la constitution, qui a précisément pour fonction de fixer le type de séparation des pouvoirs qu'elle cherche à instaurer.

Ce modèle, il faut le souligner et contrairement à d'autres du droit moderne, n'a jamais fait partie du droit positif. Quand un auteur, comme Carré de Malberg⁹¹ se demande dans quelle mesure tel type de constitution, comme par exemple la Constitution suisse, réalise la séparation des pouvoirs, il se réfère à un modèle idéal qui ne fait pas partie du droit positif. Seule une norme du droit international pourrait imposer au constituant le respect du principe. Or, ce droit ne contient pas de normes de ce genre. On ne peut dès lors que s'étonner de la confusion qui a été créée par les positivistes et entretenue par la suite au sujet de la séparation des pouvoirs. Les mêmes remarques pourraient être faites au sujet de la séparation entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués⁹², qui d'ailleurs n'ajoute rien au principe de la suprématie de la constitution sur la loi.

Le principe de séparation des pouvoirs qu'on rencontre dans les droits positifs nationaux, il faut le souligner aussi, n'a rien à voir avec le principe idéal. Il signifie que la répartition des fonctions, telle qu'elle a été faite par la constitution, qu'elle soit ou non conforme au principe idéal, doit être respectée⁹³.

Même si le modèle idéal est purement politique, même s'il ne s'est pas transformé en principe juridique, sinon comme une source d'interprétation de la répartition effective des pouvoirs, il a été à la base de la construction du droit moderne. Il reste donc utile de le confronter à la réalité constitutionnelle de l'époque.

Le type idéal suppose qu'il n'y a dans l'État que trois fonctions et qu'elles doivent être exercées par trois organes indépendants. D'emblée pourtant, une certaine subordination a été acceptée. L'exécutif est subordonné au pouvoir législatif dans la mesure où il doit exercer une fonction secondaire d'exécution des lois. Le pouvoir judiciaire, sans être vraiment nul, est encore plus strictement subordonné. Les juges ne comptent guère. Ils sont dans l'esprit de Mon-

⁹¹ CARRÉ DE MALBERG R. (1920), *Contribution à la théorie générale de l'État* II, 125-129.

⁹² *Ibid.*, 137-140.

⁹³ Voir pour la Suisse AUBERT J.-F. (1967), *op. cit.*, (note 79), 457.

tesquien, est-il besoin de le rappeler, la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.

Selon le premier modèle, le droit se crée par degré de deux manières, qui correspondent un peu à la division entre le droit privé et le droit public, ou entre le droit codifié et celui qui ne l'est pas. Dans le premier cas, la formation du droit s'accomplit en deux phases, la législation et l'application par le juge. Dans ce secteur qui est celui du code civil, du code pénal, des codes de procédure, l'exécutif est complètement absent. Dans le deuxième cas, celui qui correspond au droit administratif, le droit se construit en trois phases : adoption de la loi, application par le gouvernement et l'administration, contrôle par le juge. On notera pourtant que cette troisième phase était absente de la pensée révolutionnaire, puisque la constitution de 1891 interdisait aux juges de statuer contre l'administration⁹⁴.

Le modèle révolutionnaire de la séparation des pouvoirs trouvait son origine lointaine dans la répartition des pouvoirs entre l'Église et l'État, entre le roi et les barons⁹⁵ et celle plus proche entre le roi et le tiers État. L'idée que «le pouvoir arrêté le pouvoir» n'était pas absente de ces arrangements institutionnels. L'originalité du modèle révolutionnaire est de le transposer aux relations entre les branches concurrentes de l'État⁹⁶ en vue de réaliser, grâce à la répartition des fonctions, une démocratisation parfaite et complète du système juridique. Si le rôle du Gouvernement est d'exécuter les lois et celui des tribunaux de les appliquer en cas de différends, alors tout le droit trouve sa source dans la volonté populaire, dans la volonté générale. Le prodige que réalise le modèle révolutionnaire est de transformer par l'alchimie de la démocratie le plomb de la politique en l'or du droit⁹⁷.

L'observation montre que l'on s'est très largement écarté du modèle idéal. On ne revient pas sur le fait bien connu qu'aucun des deux modèles ne correspond aux institutions de l'Angleterre que Montesquieu décrivait, ni à celles de la constitution de 1791⁹⁸. Plus fondamentalement, on constatera que considérer le gouvernement et le juge comme de purs applicateurs de la loi est une vision mythique et mystificatrice. Aucun gouvernement ne s'est jamais borné à exécuter les lois. La fonction judiciaire, de son côté, implique par nécessité que celui qui interprète et applique les lois crée du droit nouveau, soit en établissant à l'occasion de cas particuliers des principes généraux de droit, soit en remplis-

⁹⁴ BADINTER R. (1995), «Une si longue défiance», *Les Juges. Pouvoirs* 8, 74 sq.

⁹⁵ BERMAN H.J. (1983), *op. cit.*, (note 2), 292ss

⁹⁶ *Ibid.*, 294.

⁹⁷ MOOR P. (1996), «Du modèle de la séparation des pouvoirs à l'évaluation des politiques publiques», *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, 630.

⁹⁸ TROPER M. (1977), *Pour une théorie juridique de l'État*, 226, 227.

sant les vides inscrits dans des règles, qui ont nécessairement une texture plus ou moins ouverte. Dès l'origine, la séparation des pouvoirs a significativement en réalité que l'exercice de diverses fonctions était partagé entre divers organes de l'État. Quant à l'indépendance de ces organes, ce n'est que dans le régime des États-Unis qu'elle a trouvé une certaine concrétisation. Elle est en revanche inexistante dans les régimes parlementaires.

Pour ce qui est du pouvoir législatif, il a dans tous les régimes été partagé entre le parlement et le gouvernement. Le partage est horizontal dans les monarchies constitutionnelles, chaque organe se voyant reconnaître un champ propre d'action; il est vertical dans les républiques. Le gouvernement est confié, en dehors de sa participation à la préparation des lois, à un pouvoir législatif subordonné consistant à adopter des ordonnances d'exécution. Dans l'ensemble, cette ligne de partage a tenu, comme en témoigne l'interdiction des décrets-lois sous la troisième République, du moins jusqu'à ce que le besoin soit ressenti d'intervenir en profondeur sur la société pour l'orienter dans des directions déterminées.

Depuis l'analyse d'Eisenmann⁹⁹, on sait que la séparation des pouvoirs qui constitue le credo fondamental du libéralisme résulte d'une mauvaise lecture de Montesquieu. Qu'au lieu de séparation il est plutôt question, chez lui, «de combinaison, de fusion, de liaison des pouvoirs»¹⁰⁰. Il se vérifie une fois de plus qu'en croyant diviser, la pensée libérale générale, sans s'en rendre parfaitement compte, des hybrides. Montesquieu parlait de séparation des pouvoirs tout en ayant inconsciemment en vue leur réunion, leur liaison.

La discordance entre le modèle idéal et la réalité n'existe évidemment pas, si on considère avec Troper¹⁰¹ que le principe de séparation ne signifie pas que les fonctions doivent être spécialisées, mais qu'il suffit qu'elles soient réparties entre plusieurs autorités, quel que soit le mode de répartition. Mais alors cette interprétation implique, plus encore que la première, que des liaisons soient établies pour que l'exercice des fonctions ne devienne pas chaotique.

G. Un droit sans finalités particulières

Il serait inexact de prétendre que le droit moderne est dépourvu de finalités. Historiquement, il était porteur d'un projet global. Il cherchait à établir les règles d'un ordre nouveau, se substituant au régime féodal. Le droit moderne

⁹⁹ EISENMANN C. (1933), «L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs», *Mélanges Carré de Malberg*, 165ss

¹⁰⁰ TMSIT G. (1993), *Les figures du jugement*, 63.

¹⁰¹ TROPER M. (1988), «L'interprétation de la déclaration des droits. L'exemple de l'article 16», *Droits. la déclaration de 1789*, 121.

est aussi porteur de finalités plus précises. Le code civil vise à atteindre certains résultats comme par exemple réaliser l'égalité formelle, développer la plus grande liberté d'action possible, etc. Les normes qui composent le droit moderne sont aussi pourvues de finalités, en ce sens qu'elles possèdent une raison d'être, une *ratio legis* au moins implicite, qui est l'une des clefs importantes de l'interprétation.

Le droit moderne possède pourtant une caractéristique majeure sur le plan téléologique. Il ne vise pas à réaliser de finalités particulières. Il établit les règles du jeu et laisse aux acteurs, par exemple les co-contractants, le soin de poursuivre leurs propres finalités. Il opère une division entre les règles du jeu, qui permettent à celui-ci de se dérouler correctement, et la stratégie des joueurs. Il devrait se borner à fixer des règles de juste conduite, au sens où l'entend Hayek¹⁰², qui servent à rendre la vie sociale possible. Ces règles engendrent un ordre spontané, le *kosmos* des Grecs. «Les règles gouvernant un ordre spontané doivent être indépendantes de tout objectif [particulier], et identiques – si ce n'est nécessairement pour tous les membres – au moins pour des catégories de membres anonymes.» Elles doivent «être des règles applicables à un nombre inconnu et indéterminé de personnes et de cas... être appliquées par les individus à la lumière de leurs connaissances et de leurs intentions respectives.»¹⁰³

On voit que la haute généralité et l'absence de finalités particulières sont les deux faces d'un même problème. L'une des fonctions de l'abstraction et de la généralité est de tisser un voile d'indifférence suffisant pour que l'État ne manifeste pas de volonté particulière, ne s'immisce pas dans la formation des stratégies individuelles. Dans le droit privé, la renonciation de l'État à introduire des finalités particulières a été érigée au rang de dogme. Le droit privé, tout particulièrement celui des contrats, a été conçu à l'origine comme un simple cadre dans lequel les acteurs économiques peuvent échanger librement leurs prestations et assurer par là leur autoorganisation. Mais peu à peu, des limites ont été tracées à la liberté contractuelle. Des normes impératives ont été introduites dans le droit, principalement pour assurer une égalité matérielle entre les co-contractants. Dans un mouvement lent mais constant, le droit privé s'est, comme on dit, matérialisé.

H. Un droit autonome

La prétention du droit moderne à l'autonomisation par rapport à d'autres systèmes normatifs a pris dans l'histoire des chemins tortueux. Il est la résultante

tante de deux courants de pensée qui se sont combattus tout en s'enrichissant mutuellement : l'idée d'un droit naturel valable universellement, déduit de la raison, et l'acceptation d'un pluralisme des groupes contribuant à la formation de la loi. L'idée d'un droit naturel aussi transcendant que le droit divin a permis de s'affranchir à la fois des coutumes de groupes particuliers et des commandements arbitraires du souverain¹⁰⁴. Le droit naturel permet d'assurer une critique sociale radicale des arrangements sociaux existants et de diffuser l'idée que la conduite des hommes ne peut être assurée que sur la base de règles très générales. Le pluralisme des groupes tend de son côté le droit acceptable, parce que les divers intérêts présents dans une société conservent l'espoir d'être pris équitablement en considération. Chacune de ces idées était insuffisante pour fonder l'autonomie du droit moderne, mais leur combinaison la rendait possible. L'intervention du pluralisme des groupes contribuant à séculariser et à rendre immanents les grands principes du droit naturel. Ceux-ci permettraient de leur côté au droit d'éviter de se borner à traduire les intérêts de groupes particuliers. Les intérêts de la monarchie, de l'aristocratie et du tiers se trouvaient en quelque sorte neutralisés par le fait que le droit positif devait s'inscrire dans le cadre de grands principes. Sous couvert de généralité, d'autres intérêts beaucoup plus spécifiques ont trouvé un espace public de confrontation et d'harmonisation.

Dans son effort d'autonomisation, le droit moderne cherche à opérer une coupure nette avec la morale, le droit issu d'une religion, mais aussi avec des règles pragmatiques, qu'elles soient scientifiques, sociales, économiques ou autres. Vu la difficulté qu'il y a à opérer une scission aussi nette, le droit moderne se contente d'éviter la pénétration directe des règles venues d'ailleurs : il se réserve simplement la faculté de choisir parmi ces règles celles qu'il refuse d'intégrer.

Peut-on aller plus loin dans le processus d'autonomisation et éviter que la formation des règles ne soit rien d'autre que la traduction de la volonté d'une classe dominante ou de groupements particuliers? Un essai, peu concluant il est vrai, a été tenté dans cette voie. Rousseau croit trouver la solution en exigeant que les règles revêtent une haute généralité. Si le sujet et l'objet des délibérations sont suffisamment généraux pour qu'aucune division du tout ne se produise, on est assuré qu'aucune considération religieuse ou morale particulière ne s'infilte dans le droit. Si l'autonomie est un idéal inatteignable, la haute généralité garantit au moins l'impartialité des commandements étatiques. Moins ambitieux, le positivisme juridique du 19^e siècle se contentera d'une impartialité relative exigeant simplement que le processus politique reflète le pluralisme des valeurs présentes dans la société. La balance équitable des intérêts,

¹⁰² HAYEK F. A. (1980), *op. cit.*, (note 29), 50 sq.

¹⁰³ *Ibid.*, 58.

¹⁰⁴ UNGER R.M. (1977), *op. cit.*, (note 1), 78, 79.

que la démocratie et les libertés individuelles sont censées garantir, remplace la haute généralité, considérée d'emblée comme hors de portée. Cette neutralisation de la politique sera portée à son apogée par la théorie pure du droit. En se parant radicalement le droit de la politique, les valeurs de la réalité sociale, sauf peut-être au niveau de la *Grundnorm* qui concentre toutes les impuretés du social, Kelsen réussit à fonder une idéologie d'autonomisation totale du droit. Le même prodige est assuré par la conception autopoïétique du droit.

Grâce à la purification normative, chère à Kelsen, ou à la fermeture des systèmes autopoïétiques, le droit se trouve coupé de ses noires origines. Il n'est plus le produit de passions législatrices, le résultat de la confrontation d'intérêts. Il est application de la norme supérieure dans laquelle il trouve son fondement de validité selon la version kelsénienne. Ou le résultat d'un codage dans l'ordre du légal/illégal dans la conception autopoïétique. Les intrigues politiques, les patients compromis dont il a fait l'objet sont gommés. Immaculé dans sa conception, le droit peut maintenir sa pureté, si son application ne consiste qu'à déduire de la règle la solution des cas d'espèces. À ce stade, l'autonomisation est réalisée si l'on réussit à faire en sorte que le politique et le social ne resurgissent pas au moment où la règle est appliquée.

L'autonomie postulée par le droit moderne est restée très imparfaite. On ne s'attardera pas très longtemps sur les théories qui ont cherché à construire une autonomisation extrême du droit par la purification ou la fermeture autopoïétique. Loin de faire du droit une science, ces théories dénaturent le phénomène juridique, réduisent artificiellement sa complexité en le coupant de la société dont il sert à manifester les aspirations, divisent ce qui doit être lié. La séparation radicale de l'être et du devoir-être ne rend pas compte de l'interaction incessante qui existe entre le droit d'une part et les faits sociaux de l'autre, les représentations sociales, l'avant-dire droit¹⁰⁵ diffus. La fermeture autopoïétique de son côté est incapable d'expliquer la communication entre des systèmes désespérément clos. Teubner¹⁰⁶ dénonce le mouvement visant à l'intégration du droit et des sciences sociales, qui produirait des «artefacts hybrides, au statut épistémique incertain et aux conséquences sociales inconnues.» Mais on peut se demander si ce n'est pas plutôt le couplage entre des systèmes complètement fermés qui conduit à postuler la constitution d'hybrides monstrueux.

Une observation peut-être naïve, mais moins réductrice, montre que le droit moderne réalise une certaine autonomie, mais que celle-ci est très partielle. Il se prémunait contre la pénétration automatique de normes venues d'ailleurs. Mais il ouvre de nombreuses brèches à des règles idéales, des règles

morales, des règles sociales. Les droits de l'homme proclamés par la Déclaration de 1789, ces droits naturels destinés à être concrétisés par la loi¹⁰⁷, ont — et c'était leur but — irradié l'ensemble de la législation, et ceci bien avant qu'ils soient pris en considération par le juge constitutionnel. Plus subtilement, les principes généraux du droit et les standards sont autant de canaux permettant aux valeurs politiques et morales¹⁰⁸ de pénétrer dans le droit à l'occasion de la prise de décisions administratives ou judiciaires. Dans une perspective sémiotique, on dira que le processus de surdétermination, présent dès qu'un texte possède une certaine ouverture, permet au juge d'injecter dans le droit «un monde de croyances, de valeurs, d'idées, de pratiques généralement admises ou largement partagées par les membres d'une communauté»¹⁰⁹. On voit que les valeurs d'une société ne pénètrent pas seulement dans le droit par l'action du législateur, mais aussi par celle plus souterraine que le juge exerce en profitant de la béance volontaire ou involontaire des textes légaux.

Ces quelques exemples suffisent à montrer que l'autonomisation matérielle du droit moderne est toute relative. Qu'il y a un mélange permanent d'autonomie et d'hétéronomie, d'interaction entre le droit idéal et le droit positif, entre celui-ci et la société qu'il tente d'influencer.

I. Un droit systématisé

La systématisation est la qualité formelle essentielle du droit moderne. C'est par elle que s'exprime l'idéal d'une formation rationnelle du droit. Cette qualité s'attache à la formation et à l'application du droit lui-même, mais aussi à ce que l'on appelle la science du droit. «Toute science systématisée; mais le droit sous certains aspects semble n'être que cela.»¹¹⁰. Au point que la doctrine a substitué à la notion d'ordre juridique, jugée probablement trop autoritaire, celle de système juridique pour qualifier l'ensemble des normes qui régissent une société donnée.

Le modèle idéal comporte plusieurs impératifs. Le droit doit être formé de manière cohérente. Il doit être interprété et appliqué de manière systématique. La science du droit, la dogmatique juridique, est enfin la gardienne de la cohérence des textes légaux. Elle fournit «l'expression systématique des règles constituant l'ordonnement juridique, coordonnées logiquement à l'unité du système»¹¹¹.

¹⁰⁷ RIAIS S. (1988), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 396.

¹⁰⁸ RIAIS S. (1980), *op. cit.*, (note 34), 479 sq.

¹⁰⁹ TIMIST G. (1993), *Les figures du jugement*, 142.

¹¹⁰ CARBONNIER J. (1974), *Droit civil*, vol. I. *Introduction, les Personnes*, 10ème éd., 36.

¹¹¹ *Ibid.*, 36, 37.

¹⁰⁵ ARNAUD A.-J. (1981), *Critique de la raison juridique. I. Où va la Sociologie du droit?*, 324-351.

¹⁰⁶ TEUBNER G. (1994), *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, 197.

La prétention à la systématisation s'exprime tout d'abord par l'idéal de la codification, qui a pour fonction de rassembler dans un tout cohérent des dispositions éparses. L'idéal absolu exprimé par Bentham aurait été de rassembler toutes les lois du royaume dans un texte unique, le *pannomium*. Ce projet excessif n'a pas eu le moindre commencement d'exécution. Les codes civils, codifications partielles, ont pourtant conservé une part de cet idéal de totalisation. Ils ont eu fréquemment la prétention de constituer la loi fondamentale, de servir d'armature à l'ensemble de l'ordre juridique. Le livre préliminaire du projet du code civil français de l'an VIII manifestait bien cette prétention à s'élever au dessus de son objet pour couvrir tout le droit. Intitulé «du droit et des lois», le projet de titre préliminaire traitait de la primauté du droit naturel sur le droit positif, caractérisait le droit public et le droit privé, établissait le catalogue des branches du droit. Il définissait le rôle de la coutume dans le droit. Il traitait de la publication des lois en général, de leurs effets, de l'interprétation de celles-ci, de leur application, de leur abrogation. Même si le projet de titre préliminaire a été abandonné par la suite, le droit civil a été considéré comme la matrice de tout le droit. Dans les manuels, l'introduction au code civil servait, jusqu'à un temps récent, d'introduction au droit¹¹². Le titre préliminaire du code civil suisse traite lui-aussi de grandes questions générales comme les sources du droit, l'interprétation, le fardeau de la preuve, etc. Il sert aujourd'hui encore de support à l'enseignement de l'introduction au droit.

Il faut remarquer que c'est bien le code civil qui assure la systématisation du droit dans son ensemble, non pas la constitution qui lui est pourtant hiérarchiquement supérieure. Cette inversion normative s'explique aisément, dès lors que jusqu'au milieu du 20e siècle la primauté de la constitution n'était pas assurée par un contrôle de constitutionnalité des lois. Les choses sont pourtant en train de changer dans la mesure où les droits fondamentaux rayonnent sur tout le droit, notamment par leur effet horizontal direct ou indirect. La constitution, en combinaison avec la CEDH, représente aujourd'hui la couche supérieure non seulement du droit public, mais aussi du droit civil et du droit pénal. Au grand dam des civilistes qui supportent mal cette remise en ordre et la perte de prestige qui l'accompagne¹¹³.

La codification, même sectorielle, représente l'idéal réaliste de la systématisation du droit. «Sont ainsi rassemblées et ordonnées les règles les plus diverses, tant par leur source que par leur objet; à ces règles, la logique procure un ordonnancement systématique, tandis que l'estampille du Prince leur confère leur force obligatoire.»¹¹⁴. Le code est paré de toutes les vertus de la systémati-

¹¹² L'introduction au droit civil de CARBONNIER est à cet égard exemplaire.

¹¹³ Voir notamment ATLAS C. (1991), «La civilisation du droit constitutionnel», *Revue française de droit constitutionnel* 7, 438.

¹¹⁴ VAN DE KERCHOVE M., OST F. (1988), *op. cit.*, (note 43), 111.

sation¹¹⁵. Il assure la *cohérence*, dans la mesure où il établit les liens entre des normes juridiques préalablement dispersées; il opère une *structuration logique* de la matière en s'efforçant d'éliminer les contradictions provenant de textes épars. Il garantit enfin la *complétude*, en rassemblant dans un seul texte des régle-
 mentations disséminées.

La prétention de la codification à créer un système normatif parfait, simple, clair, communicable, fondé sur une rationalité déductive et linéaire¹¹⁶, selon le modèle mécaniste de l'école du droit naturel moderne, s'est révélée en partie illusoire. Dès lors que les postulats de l'école de l'exégèse se sont effondrés, dès lors qu'on s'est rendu compte que le juge créait du droit, qu'il était un codificateur, on était forcé de constater que des pans entiers de la belle codification s'effritaient. La décodification du droit moderne, la dispersion du sens était ainsi programmée. Une codification parfaite aurait supposé la mise en place d'un processus incessant et quasi automatique de réintégration dans le code du droit créé par la jurisprudence. Mais le postulat de la permanence des normes codifiées ne permettait même pas d'imaginer un processus de ce genre.

Le deuxième stade de systématisation du droit se situe au niveau de l'interprétation. Celle-ci a en bref deux propriétés : elle est systématique et téléologique. L'accent peut être mis sur l'un ou l'autre des deux termes, mais ils sont tous deux inhérents à l'interprétation. Bergel¹¹⁷ insiste sur le premier terme. «C'est pourquoi devrait prévaloir une méthode d'interprétation systématique, fondée sur le contexte immédiat des dispositions à interpréter ou sur leur insertion dans l'ensemble d'une institution, voire dans l'ensemble du système juridique auquel elles appartiennent. Cette interprétation des textes peut parfaitement s'harmoniser avec des considérations tenant à la "ratio legis" et aux objectifs poursuivis dans un système de droit déterminé.» Pescatore¹¹⁸, de son côté, met la méthode systématique au service de la recherche de l'objectif de la loi qui est essentiel pour la découverte de son sens. «Quant à la méthode systématique, elle n'est pas autre chose qu'une trame, un fil d'Ariane, qui permet de découvrir des finalités, soit hiérarchiquement supérieures, soit latérales, donc analogiques. À part le rôle qu'elle joue dans le maintien de la cohérence de l'ordre juridique (c'est là sa valeur propre qu'on ne voudrait pas nier), la méthode systématique, comme la sémantique du texte, n'est rien d'autre qu'une voie vers la reconnaissance de l'objectif de la loi.»

¹¹⁵ *Ibid.*, 112.

¹¹⁶ *Ibid.*, 115, 116.

¹¹⁷ BERGEL J.-L. (1989), *Théorie générale du droit*, 2ème éd., 247.

¹¹⁸ PESCATORE P. (1992), «Le recours aux objectifs de la loi dans son application au droit communautaire et international», *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, 133.

Depuis le tournant linguistique, la démarche a été élargie à la recherche d'une *cohérence normative*¹¹⁹ globale, démarche dont Dworkin¹²⁰ s'est fait le chantre. Le juge Hercule, aux prises avec un cas difficile, doit se comporter comme les écrivains rédigeant un roman à la chaîne. Pour atteindre la cohérence normative, il doit agir comme l'auteur unique, interprétant le processus juridique dans son entier. La cohérence normative va bien au delà d'une interprétation systématique interne des normes, puisque le juge, hésitant entre plusieurs interprétations, doit prendre en compte les valeurs fondamentales d'une société et choisir l'interprétation qui montre la communauté sous un meilleur jour, tout bien considéré, du point de vue de la morale politique en général¹²¹. La systématisation reste donc bien au cœur de l'interprétation.

L'idéal de cohérence normative globale dépasse de loin les possibilités humaines. Dworkin semble en convenir, non sans un certain humour, en faisant référence à un juge herculéen. Les quelques récits judiciaires, qui seraient tous, chés par la grâce divine, ne suffiraient d'ailleurs pas à garantir que le droit, même bien formé, conserve sa belle unité logique. C'est pourquoi la dogmatique juridique, la science du droit est appelée à la rescousse pour «reformuler les normes juridiques d'une manière aussi claire, cohérente et complète que possible»¹²².

Lorsque le travail est bien fait, le miracle se produit. La dogmatique réussit, comme le fait remarquer Pescatore¹²³, à «élaborer un système plus complet et plus cohérent que le système strictement légal.» C'est à cette remarque qu'on mesure à la fois la grandeur et les limites de la dogmatique. La grandeur, parce qu'elle produit de l'ordre législatif et judiciaire à partir du désordre. Ses limites, car on peut douter qu'une si belle œuvre puisse encore être considérée comme scientifique. Même s'il arrive aux chercheurs des sciences de la nature de s'émerveiller de leurs découvertes et de donner libre cours à leurs élans poétiques, ils ont l'humilité de reconnaître qu'ils ne créent pas plus de cohérence que celle qui se trouve dans les choses. Et on peut se demander si la science juridique, en prétendant accomplir des prouesses de ce genre, ne se disqualifie pas. La systématisation révèle ainsi sa dimension idéologique. À côté de sa fonction pratique, qui est de répondre à un besoin de prévisibilité qui n'est, on s'en rend compte, pas complètement satisfait par le recours à des normes générales, ni même à la codification, la dogmatique remplit une fonction symbolique¹²⁴ en permettant aux utilisateurs du droit de croire à sa cohérence.

119 Voir LENOBLE J./BERTEN A. (1990), *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, 99 sq.

120 DWORKIN R. (1985), «La chaîne du droit», *Droit et société* 1, 51 sq.

121 *Ibid.*, 64

122 van de KERCHOVE M./OST F. (1988), *op. cit.*, (note 43), 119.

123 PESCATORE P. (1978), *Introduction à la science du droit*, 22.

124 CHEVALLIER J. (1993), «Conclusion générale. Les interprètes du droit», *La doctrine juridique*, 276.