Document generated on 04/23/2024 6:34 p.m.

Les Cahiers de droit

Deux variations sur le thème des normes

Daniel Mockle

Volume 38, Number 2, 1997

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043446ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043446ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this note

Mockle, D. (1997). Deux variations sur le thème des normes. *Les Cahiers de droit*, *38*(2), 437–459. https://doi.org/10.7202/043446ar

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1997

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

NOTE

Deux variations sur le thème des normes

Daniel MOCKLE*

Pages

1. **Hétérogénéité et dispersion des formes normatives en droit public** 438
2. **Normativité, normativisme et centralité de l'État** 447

L'univers des normes engendre des mythes tenaces. À l'idée préconçue de la généralité-abstraction de toute norme, simple reflet du paradigme dominant issu de la figure de la loi, vient s'ajouter la représentation classique de l'impérativité-sanction afin d'en assurer, par voie de contrainte, l'application et l'exécution forcée. Les éléments qui concourent à la définition des normes ou des règles dites juridiques reproduisent à des degrés divers l'imaginaire de la loi, tout en restant tributaires de la centralité du système étatique dans la production de l'objet « droit ». Cette centralité est à l'origine de plusieurs stéréotypes sur le caractère monopolistique, monologique, monocentrique et hiérarchisé du droit « officiel » de l'État. Les représentations du juspositivisme classique, tout comme celles, plus récentes, du jussociologisme, ont créé cette image du droit étatique sans tenir compte de la diversification et de l'hétérogénéité de ses modes de

* Professeur, Sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

Les Cahiers de Droit, vol. 38, n° 2, juin 1997, pp. 437–459
(1997) 38 *Les Cahiers de Droit* 437

production. Depuis une décennie, l'idée de pluralité est revendiquée avec vigueur par le pluralisme sociologique afin d'opposer à la prétendue centralité du droit officiel la diversité des ordres juridiques non étatiques. Dans cette perspective, le pluralisme apparaît comme un phénomène extérieur à l'État afin de relativiser ses prétentions d'exclusivité sur la production des normes. Ce type d'analyse peut créer de graves malentendus puisque le pluralisme caractérise également l'évolution du droit étatique. Les chercheurs venus à la théorie du droit et de l'État par le droit administratif ne peuvent guère entretenir d'illusions sur les aptitudes de l'appareil d'État afin d'intégrer des techniques et des formules organisationnelles qui dérogent aux représentations traditionnelles. Cette propension des institutions administratives pour des formules nouvelles qui empruntent des éléments hétérodoxes issus du droit et de la gestion ne répond plus aux exigences d'une quelconque forme de classicisme juridique ou d'orthodoxie académique dont l'État reste paradoxalement le gardien.

Alors que les figures de la loi et du jugement restent les archétypes du droit officiel, l'alternativisme devient affaire d'État avec l'expérimentation de formules de rechange dans le but de diversifier et de raffiner davantage les modes de production des normes et le règlement des litiges. Il est plus difficile qu'auparavant de projeter une image rassurante du droit « officiel » lorsque des préoccupations purement instrumentaires et budgétaires relativisent les catégories officielles et les idées reçues. La diversification des modes de production du droit annonce le règne du syncrétisme et du morcellement avec, pour conséquence, un retour obligé sur la pérennité des principaux éléments constitutifs du droit, plus particulièrement sur la définition des normes. Deux parutions récentes permettent d'alimenter la réflexion sur ces changements. Tout en ayant pour objectif principal d'en faire la recension, le présent texte déroge un peu à la formule habituelle afin d'attirer l'attention sur la thématique retenue par les auteurs. Si le premier, *Archipel de la norme*[1], paru en mars 1997, pose clairement la problématique de la diversité interne du droit étatique, le second, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*[2], paru en février 1997, en constitue un prolongement utile en réintroduisant la question fondamentale des éléments constitutifs de la norme juridique dans un contexte d'éclatement des sources du droit.

1. G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1997, 252 pages.
2. D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, 302 pages.

1. Hétérogénéité et dispersion des formes normatives en droit public

L'archipel est une figure qui pourrait convenir à la description de l'œuvre de Gérard Timsit, comme en témoignent le nombre et le rythme des publications : *Théorie de l'Administration* (1986), *Thèmes et systèmes de droit* (1986), *Les noms de la loi* (1991), *Les figures du jugement* (1993), *Gouverner ou juger, Blasons de la légalité* (1995) et, enfin, *Archipel de la norme* (1997), tous parus aux Presses universitaires de France, à l'exception du premier, publié chez Economica. *Archipel de la norme* contient six textes qui représentent des études déjà publiées, à l'exception du dernier qui est une contribution nouvelle sur le thème de la régulation. Outre deux articles diffusés dans la revue *Droits* sur la définition systémale du droit et la codification[3], l'ouvrage offre l'avantage de rassembler des analyses qui, par destination, restent isolées, un peu comme des îles : le paradigme de la loi, les transformations de l'Administration, le gouvernement des juges. Absence apparente de nouveauté, avec toutefois les avantages de l'accessibilité, d'une relecture obligée et des remarques proposées par l'auteur pour en expliquer le fil conducteur. Le plus grand intérêt de l'ouvrage réside précisément dans cette « dispersion rassemblée » qui, *a posteriori*, offre des pistes qui retournent en amont vers les autres livres, lesquels ne restituent qu'une dimension d'une œuvre à laquelle certains observateurs reprochent un excès d'hermétisme. Loin de vouloir dissuader le lecteur, nos commentaires veulent, tout au contraire, l'inciter à la découverte de l'archipel, avec quelques remarques pour en saisir l'unité.

En rupture avec la vision classique du droit et les idées rassurantes d'un droit unitaire et homogène, l'auteur a été motivé par la nécessité de « prendre acte de l'hétérogénéité et de la dispersion des formes normatives » (avant-propos). Certes, la multiplication des lieux de production dans l'univers des normes, et au-delà du droit, justifie le titre, et le constat de cette dispersion ne requiert pas de démonstration préalable. Mais c'est dans cette hétérogénéité rendue évidente que réside l'intérêt de l'ouvrage. Dispersion doublement révélatrice puisqu'elle renseigne sur les errements des thèses officielles sur le monologisme du système normatif et la logique unitaire de l'orthodoxie positiviste qui en est l'expression, mais paradoxalement, et surtout grâce à cette image de textes épars, sur la cohérence de l'œuvre de Gérard Timsit. Il fallait un archipel de six études pour comprendre plus aisément, et surtout avec beaucoup moins d'efforts, l'unité du projet.

3. G. TIMSIT, « Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit », *Droits* 1989, n° 10, 93-96 ; G. TIMSIT, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits* 1996, n° 24, 83-93.

L'archipel relève de l'univers du droit public puisque les lieux de production sont ceux de l'État, de l'Administration et de ses structures, ou en restent directement tributaires, même si les moyens deviennent plus subtils et les relais plus nombreux. L'ouvrage repose sur l'analyse de deux paradigmes. Le premier, celui de la loi, puissant objet de fascination, avec son prolongement direct dans la réglementation et le flou de la régulation, et le second, plus riche, de l'interprétation et de la lecture, grâce à la figure du jugement. Deux pôles essentiels autour desquels gravitent l'ensemble des thèmes, celui de l'édiction de la norme et celui de sa lecture, de sa réception, de sa signification. Ces deux pôles sont spécifiquement juridiques dans l'affirmation de ce qui a été un monopole d'État, celui de la loi légiférée par un Parlement souverain et celui de sa lecture en la forme juridictionnelle par des juges disposant de l'exclusivité d'un décodage institutionnel assorti des voies d'exécution forcée. Double légitimité qui renvoie la science du droit à l'irréductible spécificité du droit. Besoin essentiel que ne parvient pas à satisfaire le positivisme traditionnel, incapable de réfléchir sur les conditions de production du droit et sur sa rationalité, souvent faute de méthode ou de connaissance comparatives, et également les théories qui réduisent le droit à un phénomène social. L'Amérique du Nord en serait un bon exemple puisque à force d'exploiter le riche filon résultant de l'émergence du courant droit et société, avec ses divers prolongements dans le vaste champ des sciences humaines et sociales, le risque potentiel est de ne plus être en mesure de saisir l'extériorité de l'univers des normes juridiques par rapport à la société. Si cette clôture épistémologique est ce qui distingue particulièrement le droit des autres disciplines, il convient de ne pas perdre de vue, avec toute l'ouverture requise, les éléments qui confèrent des propriétés internes à l'univers des normes juridiques. Cette dimension, mise en évidence par Gérard Timsit, est celle de la juridicité (p. 4). Il l'analyse avant tout comme un mécanisme de signification (pp. 10 et 236) par lequel l'auteur de la norme (en bonne théorie continentale[4], il faut comprendre que l'antériorité de principe revient au législateur) entend signifier à l'intention des destinataires un droit, une obligation, une habilitation, une permission. L'analyse systémale proposée par l'auteur fait de la relation normative une relation de signification. Cette accession de la norme à sa signification comprend trois mécanismes : 1)le mécanisme de prédétermination qui consiste à évaluer les procédés par lesquels l'auteur entend prédéterminer la signification de la norme ; 2) la codétermination par l'interprète autorisé, ce qui revient à analyser le rôle complexe du juge dans la « dite du droit »

4. Sur cet enracinement géographique et la projection qui peut en être déduite pour un système de common law, voir : A. LAJOIE, « Réflexions sur « *Les figures du jugement* » ou l'analyse systémale vue d'Amérique », *Revue du droit public* 1994, 925-935.

(*jurisdictio*) en deux mouvements (opération de spécification qui permet le passage du général au singulier et opération de certification par la détermination d'un sens précis que la norme ne peut présenter d'office par sa trop grande généralité et sa nécessaire abstraction, d'où l'indétermination relative qui nécessite un travail de décodage). Cette lecture offre trois solutions au juge : « transcription » (reproduction littérale), « transdiction » (interprétation par références et procédés autorisés) et « transgression » (libre traduction) ; 3) la surdétermination par l'utilisation d'éléments extratextuels, extérieurs à ceux contenus dans le texte de la loi écrite, ce qui correspond aux valeurs culturelles, politiques, économiques et sociales auxquelles se réfère le juge (contexte ou silence qui surdéterminent la signification). Ce triple mouvement, mis en lumière en 1993 dans *Les figures du jugement*, revient à expliquer comment fonctionne le décodage de la norme et quels sont les éléments qui président à sa lecture (principes, usages, pratiques, valeurs). Loin d'exclure des variables extrajuridiques, la surdétermination est précisément le lieu de leur réintroduction.

Cette grille d'analyse est déjà familière aux lecteurs de Gérard Timsit. Afin d'en retrouver certains éléments, le plus simple est de suivre l'ordre des six contributions proposées dans *Archipel de la norme*. Tout au plus quelques pistes ou quelques illustrations, car *Archipel de la norme* a pour objet principal la diversité des lieux d'élaboration des normes, et non la réinterprétation ni la modulation des théories précédemment exposées pour la loi et le jugement.

Ni systémique ni structurale, l'analyse systémale (« Propositions pour une définition systémale du droit », chap. 1) part du constat de la relativité de la notion de droit pour laquelle il n'existe pas de notion préformée dont il suffirait de constater l'existence (p. 3). Tant pour la loi que pour le droit, il s'agirait en fait d'un objet mal formé que l'on cherche fréquemment à absolutiser. La science juridique ne peut donc avoir pour objet que la juridicité, ce qui revient à s'interroger sur les propriétés qui confèrent à une norme la qualité de norme juridique. Cette juridicité réside dans les conditions de son décodage, car tout est fonction des conditions par lesquelles une norme revêt la signification qui lui est propre. La juridicité est une qualité qui « se définit par référence aux éléments constitutifs d'un système de contrôle du décodage des normes » (p. 7). Malgré le fait qu'il représente un peu moins de six pages, et paradoxalement grâce à ce dépouillement, ce texte illustre le sens des investigations qui vont suivre.

La juridicité préside à la recherche des propriétés qui ont marqué l'évolution des différents modèles de la loi, encore qu'il faille expliquer cette évolution par la perte d'un modèle unique et immanent : « La loi : à la recherche du paradigme perdu » (chap. 2). Dans un premier temps, unité

monologique de la loi du positivisme postrévolutionnaire qui ne fait que reproduire la conception théologique de la Loi de Dieu (logique unique, unitaire, verticale, hiérarchisée). Puis vint l'inéluctabilité du pluralisme, analysé dans le sens de la parabole biblique, comme chute et dispersion (Babel). La fin de l'Alliance avec la Loi de Dieu (parole) marque le passage à l'écriture. Elle aura permis l'affirmation du modèle de la loi générale, universelle et impersonnelle, lequel présupposait une communauté sociale parfaitement homogène ou censée l'être. « Au paradigme de l'unité et de la loi comme parole révélée et proférée par son auteur » (p. 15) succède celui de la dispersion et de la confusion des langues : relativisme des ordres nationaux et diversité de l'ordre international. Le lecteur aimerait en savoir davantage sur l'état de déperdition du paradigme, mais tel n'était pas l'objet de l'étude du professeur Timsit puisque c'est le travail de l'interprète qui en est l'objet. Dans une perspective chronologique, cette renonciation au mythe primitif (la loi comme parole, le Christ n'ayant rien écrit tout comme le Bouddha) introduit un changement de paradigme où la loi n'est plus qu'écriture. Dans ce passage, le texte se substitue à la parole, ce qui amène une « théologie zéro » fondée sur la triple autonomie du texte par rapport à l'auteur, à ses destinataires (le public) et au contexte (circonstances économiques, sociales et culturelles de la production du texte). Cette « solitude de l'œuvre » met en évidence la loi comme écriture, d'où la place singulière du lecteur, un lecteur autorisé qui utilise des techniques afin d'en arriver à une interprétation. C'est le champ de décodage de la norme où la lecture de la loi reste tributaire de la pré-, co- et surdétermination. Au-delà de la structure de la loi, c'est le problème de l'engendrement du droit qui est posé[5]. Deux modèles explicatifs « forts » ont déjà été proposés, la « vulgate Montesquieu » et la théorie kelsénienne, dont l'auteur analyse les limites. Évoquer « un double échec » (p. 31) est peut-être excessif, car ces deux modèles ont permis de saisir la « transcription » (reproduction littérale où la fonction de juger est pour ainsi dire nulle — vulgate Montesquieu) et la création (non pas la « transgression ») qui caractérise la formation du droit par degrés où fonctions administratives et juridictionnelles apparaissent confondues comme fonctions d'exécution et de concrétisation individuelle des normes générales posées par l'autorité supérieure (Kelsen). Non pas confusion, mais indifférenciation du législatif et du judiciaire (Montesquieu), de l'administratif et du judiciaire (Kelsen). Le constat d'échec est d'autant plus contestable que c'est en fait Montesquieu qui, malgré lui et envers ses propres analyses, décrit les opérations auxquelles se livre le juge afin de

5. G. TIMSIT, « Sur l'engendrement du droit », *Revue du droit public* 1988, 39-75.

chercher l'esprit des lois imprécises[6] (l'auteur le constate (p. 37)), ce qui permet de dégager l'épure de la « transdiction » (opération la plus commune de « dite du droit » par le juge).

Nouveaux paradigmes encore, avec le constat que l'Administration change : « L'administration : vers un nouveau modèle ? » (chap. 3), ce qui permet d'introduire un questionnement sur l'apparition de nouvelles techniques juridiques et de nouveaux lieux de production des normes. D'autres pistes de réflexion que le lecteur peut remonter afin de rejoindre la *Théorie de l'Administration* (1986) et *Les nouveaux modèles d'administration* (1978)[7]. Au modèle de l'instrumentalité-subordination et de l'unité-rationalité (analyse wébérienne), le professeur Timsit oppose les contours de l'Administration nouvelle fondée sur l'endogénéité, la subsidiarité et l'universalité. Le constat de départ repose sur le fait que le modèle classique de l'Administration est dépassé (p. 51). À l'opposé de l'exogénéité qui repose sur la différenciation progressive de l'Administration par rapport à la société, l'auteur analyse le subtil rapprochement qu'elle opère afin de réinvestir autrement le social : désinstitutionnalisation et hétérogénéité des techniques, recours à des procédés nouveaux (l'auteur n'aborde pas toutefois la vaste problématique des modes de rechange), dé-différenciation du champ où les frontières entre public et privé sont moins nettes. Parmi les conclusions, il faut en retenir une qui mérite réflexion : l'« endogénéisation » de l'Administration n'est pas la privatisation, la déréglementation ni la non-administration (analyse du type néo-libéral), c'est une autre administration dont l'auteur cherche la reconfiguration par l'étude de la subsidiarité. Rationalité d'un autre type qui préside à la réorganisation du champ de compétences entre services publics et secteur privé. Un État qui serait également porteur d'une autre logique par la maîtrise de la durée (gestion scientifique et prospective), ce qui requiert une capacité d'anticipation sur les crises (même si l'auteur n'emploie pas le terme, la « précaution » est un thème nouveau en France). Il faut lire ces pages afin d'éviter les grilles trop simples qu'utilisent certains auteurs en vue d'expliquer l'apparition d'institutions dites « aberrantes » ou « scandaleuses ». Il faut des analyses plus fines pour comprendre la nature des changements en cours et nul doute que le lecteur trouvera matière à réflexion dans ces pages. Elles ont le mérite de proposer des indices qui ne répondent pas aux clichés communément répandus sur les transformations de l'Administration.

6. Voir notamment les développements sur la simplicité des lois civiles et criminelles (Livre VI) : MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. 1, coll. « Garnier Flammarion », Paris, Garnier, 1979, 507 pages, pp. 199 et suiv.
7. G. TIMSIT, « Les nouveaux modèles d'administration », *Études et documents du Conseil d'État* 1978-1979, nº 30, 19-41.

Afin de mesurer cette dispersion du pouvoir normatif, la fonction juridictionnelle méritait également de faire l'objet d'un questionnement essentiel pour notre époque par l'évocation du gouvernement des juges : « Le jugement : Guy Braibant, un juge qui gouverne ? » (chap. 4). Publiée dans les mélanges Braibant[8], cette étude met en relief les positions de la doctrine publiciste française face aux avancées du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, peu importe que celle-ci dénonce ou nie le spectre du gouvernement des juges. L'étude de ces positions fait apparaître le clivage traditionnel loi-jugement dans la conception de la souveraineté, ainsi que le rôle de la « vulgate Montesquieu » ou de la « vulgate kelsénienne » dans l'interprétation qu'en font les auteurs, même si parfois l'utilisation de ces deux vulgates aboutit à des résultats diamétralement opposés sur l'existence d'un prétendu gouvernement des juges. Alors que la vulgate Montesquieu considère la loi comme le résultat de la volonté de son auteur (avec comme corollaire la totale soumission du juge à sa lettre et à son esprit), la théorie kelsénienne analyse la loi comme le produit de la signification que lui confère le juge, d'où la création-concrétisation de la norme supérieure par le passage du général au particulier. En appréhendant la relation loi-jugement comme une relation de signification, Gérard Timsit ne trouve pas de vraie solution dans ces deux modèles traditionnels, encore que l'on puisse considérer sa grille d'analyse comme un raffinement très poussé, avec toutes les atténuations requises, du modèle proposé par la théorie kelsénienne. Les deux pratiques juridictionnelles du bilan coût-avantage et de l'erreur manifeste d'appréciation mises au point par le Conseil d'État montrent que « le juge échappe à l'emprise de la nécessité syllogistique » (p. 131). Dans l'hypothèse assez fréquente où le juge est placé devant un droit indéterminé, il serait nécessaire de reconnaître la fonction de certification, car le juge doit contribuer à la détermination de la norme par co- et surdétermination. Si le juge ne procède qu'à la détermination objective d'une référence objective, il s'agit d'une opération de transdiction (voir *supra*) qui renvoie aux limites du contrôle de légalité. Comme il s'agit de la position dominante chez les juges, la transdiction, par le subtil compromis qu'elle propose entre les deux vulgates, exonère les juges, notamment Guy Braibant, de l'accusation que laissait présager le titre de l'étude.

Le tryptique transcription-transdiction-transgression n'est pas réservé à la seule figure du jugement comme en témoigne le chapitre 5 : « La codification : transcription ou transgression de la loi ? » À la lumière des

8. G. TIMSIT, « Guy Braibant, un juge qui gouverne ? », dans G. LE CHANTELIER et F. SCANVIC (DIR.), *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, 687-713.

travaux de la Commission supérieure de codification[9], la thèse communément répandue laisse entendre que la codification n'emporte pas modification du droit, car il ne s'agirait que de la simple réécriture de dispositions existant déjà[10]. En rassemblant des textes disparates déjà publiés dans le *Journal officiel*, la Commission se limiterait « officiellement » à un rôle de transcripteur. Le professeur Timsit conteste cette vérité en relevant des lieux de transgression, liés en partie à la suppression du lien avec le contexte d'édiction ou d'adoption de la norme. L'opération comporte en fait des modifications subtiles qui justifieraient l'hypothèse de la transdiction : tout changement dans la signification d'une loi ne s'analyse pas nécessairement en l'exercice d'un pouvoir normatif orienté vers la création d'une règle nouvelle. Il existerait ainsi un pouvoir de modification du droit qui n'est pas un véritable pouvoir normatif, sorte de cas-limite qui obligerait à repenser la normativité.

La meilleure illustration de cette porte étroite pourrait découler de l'hypothèse de la régulation avancée dans le dernier chapitre : « La régulation : naissance d'une notion » (chap. 6). Dans le monde anglo-saxon, le terme *regulation* n'est pas dénué de toute ambiguïté puisqu'il permet à la fois de délimiter la réalité traditionnelle de la réglementation (*regulation* au sens de « règlement »), tout comme il peut revêtir un sens élargi par l'intégration de techniques classiques et informelles dans les pouvoirs de supervision et de contrôle reconnus à une autorité administrative, souvent un organisme administratif autonome du type polyfonctionnel. La régulation à laquelle fait allusion l'auteur relèverait des « modes d'action souples et informels de l'administration » (p. 163), ce qui en constitue une version épurée dans le but précis de l'opposer à la réglementation. Pour y parvenir, l'auteur doit d'abord démontrer qu'en droit public français « la régulation est un non-concept », une chose qui n'existe pas compte tenu de la grille d'analyse retenue par le juge administratif qui procède à une sorte de « réglementarisation-impérativisation » des pratiques administratives qui lui sont déférées aux fins du contrôle de légalité. La réduction binaire entre le droit-réglementation et le non-droit de l'interprétation a déjà été dénoncée, d'autant que l'assimilation de l'interprétation au non-normatif n'est pas conforme à la vulgate kelsénienne. À l'origine de cette simplification, les « carcans de la pensée » (p. 170) derrière lesquels le lecteur a tout le loisir de

9. Pour en savoir davantage sur ces travaux, voir : M. ROCARD et G. BRAIBANT, « La relance de la codification », *Rev. fr. dr. adm.* 1990, 303-309 ; Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, J.O. du 13 sept. 1989, 11560.

10. Guy Braibant introduit néanmoins des nuances, notamment à propos des difficultés techniques de la codification, qui relativisent la thèse de la codification à droit constant : G. BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », *Droits* 1996, n° 24, 61-72.

mesurer le mélange consommé des deux vulgates (Montesquieu et Kelsen) : présupposition de la volonté du législateur dans la perspective d'un engendrement hiérarchisé et stratifié qui conditionne la validité de la norme subséquente. En somme, le pur positivisme. Afin de dégager le concept de régulation, l'auteur oriente ses réflexions vers ces pratiques normatives qui oscillent entre les deux pôles binaires de la jurisprudence administrative : extériorité-impérativité-réglementation et intériorité-interprétation-actes internes. Dans l'espace ainsi dégagé, le monde des directives et des circulaires refait surface. Pour suivre l'auteur sur cette voie, deux compromis sont nécessaires. Après l'acceptation que la régulation puisse coincider avec ces seules pratiques normatives, la démonstration doit nécessairement reposer sur les prémisses du raisonnement implicite du juge administratif, car c'est bien l'existence de cet espace dégagé par la jurisprudence qui permet l'affirmation de la catégorie « régulation ». Cette catégorie existe parce que le juge raisonne mal en opposant interprétation et réglementation. D'autres préfèrent contester les prémisses[11]. À l'inverse, par le respect du droit officiel, l'espace est ainsi dégagé pour « la reconnaissance d'un pouvoir normatif qui n'en est pas un — un pouvoir normatif qui s'inscrit dans une autre dimension que la réglementation classique » (p. 195). Il est néanmoins incontestable que la normativité doit être repensée, avec ou sans la réglementation, et sur ce point nos travaux rejoignent ceux de Gérard Timsit. Le réductionnisme binaire du tout ou rien (acte réglementaire-acte non réglementaire interprété comme mesure d'ordre intérieur) est trop évident pour ne pas être remarqué et critiqué. Mais un paradigme puissant subsiste, celui de la loi, qui par ses propriétés classiques — universalité-abstraction-intemporalité-unilatéralité — sert à définir également la réglementation, tant et si bien qu'une formule unique sert à caractériser le pouvoir normatif de l'État, en France comme ailleurs. L'universalisation constitue la forme par excellence de la relation normative et toute norme, peu importe son statut, ne peut échapper à la comparaison, ce qui rend aléatoire l'autonomie des formules de rechange, régulation ou autre, qui apparaissent toujours comme des démembrements du modèle loi-réglementation. Gérard Timsit n'en propose pas moins de reconnaître l'existence d'une fonction de régulation autonome par le constat de la transformation des conditions de l'obligatoriété, de l'impérativité et de l'universalité. Que le lecteur puisse être d'accord ou non n'a qu'une importance relative. Ces pages fournissent matière à réflexion, car les tentatives de transformation du vieux paradigme de la loi sont trop évidentes pour échapper à l'attention de ceux qui poursuivent divers travaux sur la normativité. Ce qui est plus

11. D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, LGDJ, 1984, 623 pages, pp. 201 et suiv.

visible qu'auparavant, ce sont les transformations de la notion de réglementation en droit public, la diversité n'étant pas forcément le seul apanage des processus normatifs dits extra-étatiques. Le jussociologisme revendique de façon trop exclusive le paradigme de la diversité en ne mesurant pas l'ampleur de l'éclatement du type polycentrique qui contribue à modifier structures, fonctions et normes en droit public.

Dans un État qui n'est plus unitaire, l'hétérogénéité des lieux de production des normes ainsi que leur nature et les conditions de leur production contribuent à la crise du modèle légicentrique[12]. Crise apparente ou fausse crise, la remise en cause du monologisme du système normatif est devenue réalité. Il faut remercier Gérard Timsit de ne pas reproduire des stéréotypes, comme le font tant d'ouvrages et de manuels, en ouvrant ainsi des voies nouvelles pour l'exploration de l'archipel des normes.

2. Normativité, normativisme et centralité de l'État

La diversification des lieux et des modes de production du droit confirme la pertinence de la question, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, soulevée par Denys de Béchillon, chercheur au Centre national de la recherche scientifique (CNRS), qui participe aux travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université Paris II. Malgré que plusieurs travaux déjà disponibles laissent augurer de l'impossible épuisement du sens pour des notions du type « droit », « règle » ou « norme », les transformations de la normativité et l'apparition de nouveaux paradigmes confèrent un intérêt sans cesse renouvelé à la question. Faut-il rappeler que, à la différence des autres disciplines, la science juridique n'est pas encore parvenue à des conclusions qui puissent faire autorité sur ses propres éléments constitutifs[13] ? Dans son propos introductif, l'auteur signale d'emblée ce foisonnement qui confirmerait une sorte d'impossibilité « constitutionnelle » ou « constitutive » à définir l'objet « droit », notamment les règles ou les normes qui en constituent l'une des caractéristiques essentielles, quoique non exclusives. Ce rappel apparaît tout au plus comme un rite propitiatoire, car l'auteur invoque trois raisons précises au soutien de son entreprise : la nécessité pédagogique de la chose, l'expansion considérable du phénomène « droit » en cette fin de

12. D. MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique », dans J. AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'Amour des lois*, Paris/Sainte-Foy, L'Harmattan/PUL, 1996, 17-52.

13. Sur la pluralité des définitions du droit, voir : D. MOCKLE, « À propos de définitions du droit », (1991) 6 *Rev. Can. Droit et Société* 181-195. Cette chronique avait pour objet les deux numéros de la revue *Droits*, « Définir le droit », n° 10 (1989) et n° 11 (1990). Parmi ces contributions, il est utile de rappeler celle de J. CARBONNIER, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits* 1990, n° 11, 5-9.

siècle, ce qui contribue à relativiser encore davantage des acquis déjà fragiles et, enfin, « la place trop restreinte qu'occupe la réflexion théorique sur le Droit dans le champ de la recherche fondamentale en sciences humaines et sociales » (p. 13).

Cette nouvelle contribution présente deux qualités qui en feront dorénavant une référence utile. La première, de loin la plus importante, est la formule retenue pour la présentation de la matière. Les trois parties offrent des chapitres qui sont suivis de développements supplémentaires en caractères plus petits avec de nombreuses références. Chaque chapitre est ainsi complété par des « Nuances » qui reprennent le système ingénieux adopté par les Presses universitaires de France pour la collection « Droit fondamental » (pour les ouvrages de cette collection, le corps du texte est suivi de développements plus denses intitulés « Pour aller plus loin »). Le livre proposé par Denys de Béchillon constitue à cet égard une véritable mine de références organisées en fonction de problématiques précises. En dépit du caractère presque exclusivement francophone de ce corpus, la recherche d'exhaustivité est manifeste et de nombreuses pistes de recherche sont offertes. Le corps principal du texte est également complété par plusieurs notes infrapaginales rédigées avec soin. La seconde qualité résulte de l'ouverture aux autres disciplines avec la volonté de proposer une réflexion transdiciplinaire. Par l'intégration de nombreux travaux relevant de l'anthropologie, de l'ethnologie, de la sociologie, voire de la psychanalyse (l'intégration du freudisme doit être signalée), ainsi que de l'épistémologie des sciences, l'ouvrage ouvre des perspectives qui prolongent les contributions de la théorie du droit et de quelques œuvres significatives du positivisme de droit public ou privé. Avec quelques repères historiques et des éléments de droit comparé, cet ouvrage est donc représentatif de l'élargissement du cadre d'analyse qui caractérise depuis quelques années la réflexion théorique sur les divers éléments constitutifs de l'objet « droit ».

Cette ouverture est d'abord celle de juristes à la recherche d'une analyse plus fine d'un objet qui reste intimement lié à la problématique de l'État, d'où la prépondérance numérique des publicistes dans ce type d'investigations. Denys de Béchillon confirme ainsi cette tendance puisqu'il a déjà publié *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État* chez Economica en 1986 (le terreau d'origine est bien celui du kelsénisme). Tant pour la France que pour le Québec, on pourrait avancer diverses hypothèses sur les préoccupations de professeurs dont le champ originel relève incontestablement du droit public. Sans prétendre offrir une explication globale à cette interrogation, il n'en reste pas moins probant que l'étude de sujets comme l'État ou l'Administration ne peut être cantonnée dans de purs éléments de droit positif, d'où le passage obligé à d'autres

perspectives. Mais comme ce constat est également valable pour d'autres champs du droit, il faut admettre, en définitive, que c'est le rapport très spécial du droit et de l'État (confondu en une seule et unique réalité dans la vulgate kelsénienne) qui fonde ce rapport, la théorie de l'État conduisant par une pente naturelle à la théorie du droit, avec en retour les multiples remontées du droit public vers cette supranotion du type transdisciplinaire qu'est l'État. Ce serait également l'impossible clôture du champ d'investigation, alors qu'en contrepartie le *Code civil*, peu importe son origine nationale, accrédite plus facilement l'idée de système autosuffisant fondé sur une logique propre. Le débat pourrait être ainsi lancé sur la clôture épistémologique des champs constitutifs du droit.

En dépit de la généralité de son titre, l'ouvrage de Denys de Béchillon présente, en effet, une forte coloration de droit public puisque l'orientation donnée privilégie le droit étatique comme « espace d'observation » (p. 95) et, également, comme point d'aboutissement (la notion de norme juridique est inscrite en définitive « dans l'État »). D'emblée, dès la première page de l'introduction, la référence à Michel Troper[14] pour expliquer l'« irréalité » de la règle de droit annonce une grille explicative où l'influence de Georges Burdeau est directement perceptible[15], avec à l'arrière-plan l'influence du courant néo-kantien sur l'œuvre de celui-ci[16]. L'auteur a choisi un découpage en trois parties, la première (« Discussion ») ayant pour objet la contestation de deux idées reçues, alors que la deuxième (« Fondations ») ne laisse place à aucune ambiguïté par le choix explicite d'une définition de la règle de droit « à l'intérieur de l'État moderne ». Enfin, la troisième et dernière partie (« Construction ») cherche à approfondir cette dimension étatique par l'analyse de l'image « officielle » proposée par l'État.

14. M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* 1989, n° 10, 101-104. Ce serait toutefois une erreur d'associer trop exclusivement Denys de Béchillon aux travaux de Michel Troper compte tenu de ses efforts pour se démarquer de la théorie réaliste de l'interprétation : voir D. DE BÉCHILLON, « Réflexions critiques », *R.R.J.* 1994, 247-266 et la réponse de M. TROPER, « Réplique à Denys de Béchillon », *R.R.J.* 1994, 267-274.

15. G. BURDEAU, *L'État*, coll. « Points », Paris, Éditions du Seuil, 1970, 182 pages, pp. 14 et 61.

16. À la lumière des auteurs qui apparaissent dans les références de Georges Burdeau, il serait intéressant de montrer cette filiation qui procède de Kant. Sur le contenu idéel du droit, des pistes sont offertes dans : E. KANT, *Métaphysique des mœurs ; Première partie : Doctrine du droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1993, 279 pages, p. 254. Les diverses contributions publiées dans (Études coordonnées par B. Chantebout). *Le pouvoir et l'État dans l'œuvre de Georges Burdeau*, coll. « Droit public positif », Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, 97 pages, n'apportent pas de réponse à cette interrogation. L'étude de O. PASSELECQ, « L'idée de droit chez Georges Burdeau », *idem*, 23-49, offre toutefois un éclairage utile sur les « idées objectivées » dans l'œuvre de Burdeau.

La publication de cet ouvrage offre un terrain propice afin de montrer que la « question » de l'État ne peut être éludée et doit être formulée avec discernement. Au Québec, le jussociologisme occupe, à des degrés divers et avec toutes les nuances requises, une place importante dans la réflexion sur la nature du droit et la normativité. Il est donc utile de signaler l'existence d'un ouvrage qui postule que l'intrication de l'État et du droit représente un pilier central de la modernité pour les sociétés occidentales (p. 14). Le choix de l'auteur n'est pas dépourvu de précautions méthodologiques puisqu'il repose sur des considérations anthropologiques afin de démontrer « l'impossibilité d'une définition générale, universelle et absolue de la règle de Droit » (p. 14). Relativisme oblige, l'État deviendrait ainsi la seule référence sûre, car il fonctionne sur la base de catégories strictement délimitées. L'anthropologie sert habituellement la thèse inverse afin de relativiser la place de l'État et de l'occidentalocentrisme des conceptions. Certes, la centralité de l'État dans les investigations de l'auteur facilite les accusations de continentalisme, mais elle ne ruine pas pour autant le sens de sa démarche qui vise avant tout à restituer le rôle déterminant de l'État sur ce qui est ou n'est pas une règle juridique. Ce « statocentrisme » (pour reprendre ici une expression de Gérard Timsit[17]) sert en quelque sorte de « point de départ et de passage obligé de toute recherche tendant à l'identification théorique de la règle de droit » (p. 163). L'auteur ne fait aucun mystère de ce « parti restrictif », « puisqu'il conduit à la fois à prendre en compte les seules règles reconnues comme juridiques par l'État et à ne retenir comme pertinent que le point de vue même de l'État sur la chose ainsi constituée » (p. 145). Pure provocation pour les tenants de l'école sociologique du droit ? Il ne semble pas que ce soit l'objectif recherché par l'auteur puisqu'il s'agit de faire de l'État un objet privilégié d'observation compte tenu de son rôle déterminant dans la production de l'objet « droit ».

Avant d'approfondir un peu ce point, il est utile de suivre l'ordre des parties proposées par Denys de Béchillon. La « Discussion » de la première partie tente de déconstruire de façon systématique deux clichés communément répandus sur la règle de droit : sa généralité et l'existence de la sanction afin d'assurer son effectivité. Héritière de la tradition rousseauiste et révolutionnaire, la doctrine française, surtout chez les privatistes, privilégie l'idée selon laquelle les normes seraient toutes, par essence, générales et impersonnelles. Sans difficulté, l'auteur démontre le contraire, tant pour la loi (pratiques des validations législatives) que pour les règles individuelles d'application. Ce deuxième exemple renvoie directement à la théorie normativiste (Hans Kelsen et Adolf Merkl) que l'auteur utilise aux fins de sa

17. G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1986, 205 pages, p. 126.

démonstration, tout en expliquant les résistances de la doctrine française à sa réception durant le XXe siècle, exception faite de quelques grands auteurs en droit public : Raymond Carré de Malberg, Roger Bonnard, Charles Eisenmann. En bonne théorie normativiste, Denys de Béchillon a raison, mais paradoxalement le lecteur en retire la nette impression qu'un paradigme puissant subsiste dans les esprits quant à la nécessaire abstraction d'une règle que les juristes ne peuvent concevoir autrement que générale, à moins de tomber dans le contresens. La conception classique de la loi a imposé un modèle qui non seulement imprègne la réglementation, mais également toute expression de la normativité hors du champ étatique. Les règlements provenant de personnes morales de droit privé ou d'associations, ainsi que l'autoréglementation, reconduisent sans équivoque l'imaginaire de la loi. Avec la généralité-universalité de la loi se dégage un archétype de la pensée qui associe la formulation d'une règle avec la présupposition d'une application potentielle à une collectivité ou à une situation abstraitement définie. Si Denys de Béchillon déconstruit le paradigme en grande partie avec des éléments de droit positif, le modèle issu du monocentrisme législatif n'en subsiste pas moins. En affirmant que « la généralité n'a aucun rôle à jouer dans la définition théorique de la règle de droit » (p. 36), il doit néanmoins nuancer ce propos et la prudence le conduit à introduire une distinction entre généralité (propriété quantitative) et abstraction (propriété qualitative). D'où ce constat un peu étonnant, eu égard à la nature des développements antérieurs, qui figure en fin de texte : « L'abstraction pourrait bien concourir à une définition correcte de la norme juridique, et même participer du plus profond de sa nature » (p. 36). Cette conclusion découle en partie de l'analyse proposée par Antoine Jeammaud[18] : toute règle de droit tire sa qualité d'abstraction « de sa nature générique de modèle » (p. 37). Le lecteur reste perplexe, car la problématique de l'abstraction ne renvoit-elle pas en définitive à une propriété essentielle du paradigme de la loi, propriété qui ne serait que l'expression du statut d'immanence et de transcendance du paradigme originel que l'univers juridique utilise à des fins de différenciation ? Une question délicate reste toutefois sans réponse puisque cette « abstraction-généralité » ne sert pas uniquement à caractériser des normes dites juridiques, ce qui nous oblige à poursuivre ici l'investigation, comme le fait d'ailleurs l'auteur, à des fins de qualification du phénomène juridique.

La menace potentielle d'une sanction, pénale ou administrative, n'est pas, de toute évidence, une réponse convaincante pour ce type de questionnement. L'auteur n'a guère de difficulté à montrer que la sanction est « une thèse mal fondée » dans la perspective de l'effectivité (p. 61) et qu'en plus

18. A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », D.1990, 199-210, p. 203.

l'existence de la contrainte ne prouve en rien l'apparition d'une obligation dite juridique (p. 67). Mais le mythe est tenace. Le lecteur pourra tirer grand profit des développements supplémentaires qui figurent en fin de chapitre sur « la sanction critère du droit » : dans la doctrine civiliste, la sanction serait un élément caractéristique de la juridicité (avec néanmoins des nuances intéressantes chez François Gény et Philippe Jestaz), de même que chez les publicistes (Raymond Carré de Malberg et Hans Kelsen, où l'association norme-sanction est obligatoire), avec toutefois des raffinements particuliers chez Léon Duguit. C'est néanmoins le droit international qui constitue le filon le plus riche, car ce domaine du droit a été nié dans son existence et sa juridicité faute d'être correctement sanctionné, ce qui confère une grande pertinence aux développements qui complètent les « Nuances » : droit et ineffectivité, notion de sanction, effectivité-efficacité.

La deuxième partie de l'ouvrage sert à justifier le choix de l'État comme espace d'observation. Malgré cette « forte pente » qui « pousse à souder les notions de Droit et d'État » (p. 95), Denys de Béchillon n'éprouve aucune réticence à reconnaître la « normativité spontanée », l'autorégulation et surtout le fait qu'il existe du droit sans l'État (pp. 107-140), avec de nombreuses références transculturelles déjà évoquées par Louis Assier-Andrieu[19]. Ces développements nourris de références anthropologiques sont d'un grand intérêt. Mais une évidence s'impose, qui représente la thèse centrale de l'ouvrage : « le Droit se définit avant tout dans l'État, par rapport à lui, et il y a là une raison nécessaire et suffisante pour attacher la plus grande importance à cet espace d'observation particulier » (p. 95). La thèse est réaffirmée avec encore plus de vigueur à la fin de la deuxième partie à propos de la maîtrise de l'État sur « le bornage officiel de la juridicité » et « sur sa capacité absolue et inconditionnée de dire ce qui est du Droit et ce qui ne l'est pas » (p. 155). Il est nécessaire de rappeler cette réalité afin de ne pas entretenir trop d'illusions sur la simple concurrence ou la coexistence des ordres normatifs[20].

19. L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, coll. « Essais et Recherches », Paris, Nathan, 1996, 316 pages, pp. 73 et suiv.

20. J.-G. BELLEY, « Une métaphore chimique pour le droit », dans J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1996, 7-17, à la page 10. À titre comparatif, l'ouvrage publié sous la direction de René Côté et Guy Rocher, qui relève également de l'école pluraliste, propose une analyse plus prudente. Dans l'introduction, la problématique de l'émergence des normes n'est pas confondue avec celle de la juridicité, laquelle est définie en fonction du droit étatique. Si la concurrence est un scénario vraisemblable, il ne s'agit pas toutefois de simple coexistence : R. CÔTÉ et autres, « Introduction », dans R. CÔTÉ et G. ROCHER (dir.), *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, 425 pages, p. 3-33.

Il faut toutefois regretter ce que Denys de Béchillon entend par « État ». Reprenant la thèse de Michel Troper sur le fait que l'État n'est que la personnification de l'ordre juridique, il affirme que « l'État n'existe pas vraiment », qu'« il constitue une entité purement abstraite et théorique » (p. 101), une « institution abstraite » (p. 103), un « système abstrait » (p. 243). Cette pure abstraction inspirée du normativisme kelsénien (première période) ne résiste pas à l'analyse institutionnelle où l'État se concrétise comme appareil, organisation et structures. Il faut relire, ou plutôt lire, selon des perspectives et registres différents, Jacques Chevallier et Gérard Timsit pour saisir la pluralité des acteurs au sein même de l'État, ainsi que la diversité des mécanismes institutionnels de production, de réception, d'interprétation et d'application des normes. La thèse de l'abstraction ne peut être prise au sérieux par ceux qui sont venus à la théorie du droit et de l'État par le droit administratif et la science administrative. Le seul mode de concrétisation retenu par l'auteur repose sur la thèse traditionnelle de la souveraineté et de la puissance étatique, avec référence obligée aux travaux d'Olivier Beaud[21], sans que Karl Schmitt[22] et Hegel soient nécessairement au rendez-vous... Mais Hobbes est en fin de parcours (p. 241). C'est par ce constat du « fait de force » opéré par l'État en vue d'imposer les règles du jeu et un point de référence incontournable pour les autres acteurs, que l'analyse proposée par Denys de Béchillon n'en revêt pas moins une pertinence certaine pour les tenants du jussociologisme. Si les thèses du pluralisme et du multijuridisme sont évoquées afin de montrer qu'il existe « un immense réservoir de règles non étatiques et non étatisées » (p. 146), ce relativisme est néanmoins critiqué pour la faiblesse de ses postulats (comme si la juridicité des normes extra-étatiques allait de soi) et le fait que tout se définit par opposition à l'ordre juridique étatique (pp. 148-149). Dans d'autres passages du livre, le rappel de la vérité ultime de la souveraineté mérite réflexion. La thèse pluraliste n'aurait qu'une valeur toute relative puisque l'État possède cette puissance hégémonique et ultime de définir l'objet « droit », avec des mécanismes de référence ou d'habilitation, d'inclusion ou d'exclusion (on n'est plus très loin de la métaphore « schmittienne »[23]...) envers d'autres ordres normatifs qui ne sont pas nécessairement « juridiques ». Cette vérité est incontournable pour tout ordre normatif qui fonctionne à l'intérieur des limites territoriales d'un État. Le lecteur sceptique pourra méditer sur le sort réservé aux sectes déviantes qui défient ouvertement l'autorité de la puissance publique, comme celle de Waco au Texas en

21. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1994, 512 pages.
22. C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, préface d'O. Beaud, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1993, 576 pages.
23. O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », dans C. SCHMITT, *op. cit.*, note 22, p. 45.

1993. Il y a toutefois une lacune importante dans l'ouvrage de Denys de Béchillon : l'impact des normes supranationales et la coexistence de plusieurs ordres normatifs étatiques dans des formules associatives (l'Union européenne en est le meilleur exemple) du type communautaire ou fédéral ne font l'objet d'aucun développement significatif. Dans le contexte de l'internationalisation des normes, l'exaltation de la souveraineté de l'État requiert prudence et nuances.

Même s'il admet qu'on puisse, au prix de quelques précautions minimales, « traiter légitimement de cet autre Droit des sociétés modernes » (ce passage vise le droit non étatisé revendiqué par le pluralisme juridique), l'auteur renonce par simple option à en traiter (p. 151). Pour un ouvrage intitulé *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, plusieurs seront sans doute déçus. Mais à bien y réfléchir, Denys de Béchillon, face à cette diversification des lieux de production des règles dites juridiques, réagit, consciemment ou inconsciemment, par la recherche de l'archétype primordial qui régit l'imaginaire juridique des sociétés occidentales (un schéma du type freudien pourrait convenir à la description de l'ouvrage). Le fait de prendre acte du « caractère exclusif, écrasant et monopolistique de l'État » et de « la fonction solaire et héliocentrique du Droit officiel » (p. 157) renvoie à l'exacerbation du paradigme classique du droit positif. La « Construction » dans la troisième partie « de la règle de droit dans l'État moderne » est largement inspirée de la vulgate kelsénienne, surtout si l'on en juge par l'ampleur des développements sur l'impérativité. L'auteur tente de démontrer la nécessité de l'idée selon laquelle la norme exprime un « devoir-être » impératif (pp. 174-218, ce qui représente 44 pages). La définition de la norme est l'enjeu de cette analyse où l'auteur, « suivant une ligne d'inspiration plutôt kelsénienne » (p. 165), affirme en trois démonstrations que la norme pourrait se définir comme « la signification d'une proposition indiquant un modèle de conduite sur un mode impératif ». Cette définition appelle quelques commentaires. Si la règle de droit est incontestablement un modèle, comme le préconise Antoine Jeammaud, il est plus difficile d'être convaincu que « les normes juridiques prescrivent toujours des modèles comportementaux » (p. 173). Le caractère purement déclaratoire et symbolique de plusieurs dispositions du droit officiel incite à la prudence, même si « l'effet recherché » serait ultimement d'orienter des conduites pour des personnes physiques ou des institutions. Par contre, l'insistance sur l'impérativité[24] est contestable puisque l'association entre norme et « impérativisation » est

24. L'impérativité est un thème traditionnel, comme en témoigne l'ouvrage de R. CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite : l'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, 230 pages.

largement critiquée[25]. En bonne théorie normativiste, il ne faut pas s'étonner de cette insistance à résoudre le problème de la nature des normes juridiques par leurs seules propriétés internes, le reste devenant secondaire ou marginal : le support, l'émetteur de la norme, les destinataires, le décodage et l'interprétation. Le fait de tenir compte de ces éléments essentiels ne conduit pas nécessairement, par une sorte de pente inexorable, à la théorie réaliste de l'interprétation. Ce qui rend également le lecteur perplexe, c'est l'effort déployé par l'auteur pour réintroduire l'impérativité après avoir précisément exclu, en première partie, les illusions nées de l'effectivité-sanction. Certes, l'impératif n'est pas dépourvu de valeur explicative, comme le rappelle l'auteur afin de distinguer le caractère descriptif des propositions scientifiques par rapport aux normes prescriptives du droit : « La science décrit, le Droit prescrit » (p. 190)[26]. L'autre motif invoqué serait la nécessité de distinguer deux types particuliers de normativité, l'une à « fonction directive souple » et l'autre à « fonction directive autoritaire » (p. 191). Ce que l'auteur tente en réalité de démontrer, c'est que « la référence à l'impératif est indispensable », car « le commandement, l'impératif catégorique, l'interdiction structurent dans toute leur dureté une image du Droit » sur laquelle la conception occidentale du droit a été construite[27]. Cette interprétation digne de John Austin n'est certes pas dénuée de fondement en remontant vers la question des origines. Il est toutefois erroné de vouloir attribuer systématiquement l'impérativité aux normes, alors qu'en réalité c'est l'ordre juridique étatique qui apparaît globalement comme un système de contrainte. Ce scénario rend vraisemblable la formulation de normes non impératives afin de satisfaire d'autres finalités. Ces dernières se trouvent colorées par la nature particulière de l'émetteur de la norme. Seule une rupture avec l'analyse essentialiste des normes permet d'échapper à la circularité des rapports entre norme et impérativité.

Le retour au paradigme perdu de la Loi est limpide (la Loi divine en l'occurrence, celle des dix commandements...), surtout lorsque ce retour à la valeur archétypale de l'impérativité est nourri de freudisme. Le mythe du père de la horde primitive décrit et analysé par Sigmund Freud dans *Totem et tabou* est proposé pour sa valeur allégorique afin de traduire l'idée de

25. P. AMSELEK, « L'évolution de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du droit public* 1982, 275-294 ; A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, note 18, 207 ; G. TIMSIT, *op. cit.*, note 1, p. 168. En amont, voir : D. MOCKLE, *op. cit.*, note 11, pp. 201 et suiv., avec les références.

26. P. AMSELEK, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits* 1987, n° 6, 131-141. Voir également : A. DUFOUR, « Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne », dans P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1994, 147-167.

27. « Le droit est lié à la faculté de contraindre » ; E. KANT, *op. cit.*, note 16, p. 105.

limites ou de limitation des conduites (p. 199). Il s'agit bien de la recherche d'un modèle perdu à valeur emblématique ou, encore, du mythe originel où l'impératif serait « l'assise du discours normatif juridique » (p. 175). De toute évidence, en affirmant que « la règle de Droit naît du discours de personnes investies d'un particulier pouvoir de direction des conduites », l'auteur renvoie à l'image de l'autorité du père, à moins que ce ne soit Dieu. À la lumière des travaux de Gérard Timsit, le titre de l'ouvrage pourrait être reformulé ainsi : « La règle de droit : à la recherche du paradigme perdu[28] ». Même si l'auteur prend le soin de relativiser par des limites l'idée selon laquelle les normes expriment un « devoir-être » impératif, la filiation kantienne du normativisme kelsénien imprègne ses développements sur « l'homogénéité en nature de la règle de droit » (p. 216). Le lecteur trouvera ample matière à réflexion sur le rapprochement entre l'impérativité et l'unilatéralité (réponse négative) (p. 208), de même que sur l'association des phénomènes normatifs aux phénomènes de communication (exclusion du monologisme) (p. 214). Dans ce passage trop rapide, il faut regretter l'oubli d'Habermas et des tenants de la fonction communicationnelle de la loi. De même, les affirmations sur le monologisme (« le monologue n'est pas de ce monde, même chez le plus fou des fous » (p. 215)) sont aux antipodes des analyses de Gérard Timsit sur la conception théologico-monologique de la loi[29].

La question de la juridicité de la norme fait l'objet du second chapitre de la troisième et dernière partie. La définition « officielle » de la règle de droit a pour point de passage obligé les prétentions monopolistiques de l'État sur la définition du droit (même par exclusion implicite). En finale, le lecteur pourra méditer ce retour sur la souveraineté afin de régler par argument d'autorité étatique la question du droit : « l'État [...] possède le pouvoir absolu de dire autoritairement ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas » (p. 241). La question de la juridicité est ainsi réglée par « un pur fait de force ». Le *modus operandi* de la juridicisation est lié à l'existence incontournable du système juridique étatique (p. 244). D'où la question ultime : « Qu'est-ce qui confère sa juridicité au système juridique étatique ? » (p. 247). Réponse : son effectivité et son monopole sur la dite de ce qu'est ou n'est pas le droit. Dans cette perspective retenue par l'auteur, le sort des normes extra-étatiques dépendrait de l'existence d'une habilitation à exercer un pouvoir normatif. La thèse de l'habilitation, qui renvoie à l'orthodoxie positiviste, est pourtant démentie par l'émergence de règles nombreuses dont on ne sait par ailleurs rien de la juridicité, laquelle ne doit surtout pas être postulée. Quoi qu'il en soit, pour suivre la pensée de

28. G. TIMSIT, *op. cit.*, note 1, pp. 9-42.
29. *Id.*, p. 11. Voir également : G. TIMSIT, *op. cit.*, note 17, p. 135.

l'auteur, cette affiliation au droit de l'État fonde la recherche du « critère de l'officialisation » qui apparaît en définitive comme « le repère » afin de reconnaître « l'apparition d'un signe de reconnaissance par lequel telle catégorie de normes est tenue pour » *droit*« par le système étatique » (p. 252). L'existence de ce mécanisme de décodage ou de reconnaissance a fait l'objet des travaux de Gérard Timsit. Il faut lire *Les noms de la loi*[30] et *Les figures du jugement*[31] afin d'en savoir davantage.

Un problème subsiste néanmoins, celui de la définition de la règle de droit, qu'on aimerait bien pouvoir résoudre sans la présence comminatoire de l'État et la peur des gendarmes (« La peur du gendarme hante les définitions du droit » (p. 59)). Denys de Béchillon possède incontestablement le sens de l'aphorisme : « l'essence du Droit, c'est d'abord de déplaire » (p. 62). Afin de déchiffrer l'énigme, il serait utile d'abandonner cette image de la digue (« Le Droit dresse des digues contre la marée » (p. 62)) qui apparaît en filigrane dans l'ouvrage. Avec ou sans l'État, une définition générique reste possible, non pas celle de la règle de droit, qui soulève le problème de la juridicité, mais celle, plus fondamentale, de la norme. Denys de Béchillon est sur la bonne voie à condition toutefois d'apostasier l'impérativité comme condition préalable. Si la peur du gendarme subsiste, la norme doit être définie comme la signification d'un énoncé dont la transgression appelle un mécanisme de lecture et de décodage confié à un interprète autorisé par l'institution dont relève la norme. Le mécanisme de décodage est habituellement présupposé par la nature de la norme. L'issue de ce mécanisme n'est pas par nécessité la sanction et l'« interprète autorisé » peut être un juge, une autorité administrative ou une institution au sens de la théorie institutionnelle. Il suffit d'un rappel ou d'un avertissement, ou tout simplement d'une « déclaration » sur le sens de la norme (en droit anglais, l'existence du jugement déclaratoire confirme cette hypothèse). Mais il faut se dégager de l'emprise du gendarme, de l'impérativité et de la sanction. Une autre définition reste possible sans référence à la transgression, à condition toutefois de tenir compte de l'existence de deux « lectures », celle du destinataire direct qui lit la règle (le public ou une collectivité d'individus, voire d'institutions, abstraitement définie) et, éventuellement, celle de « l'interprète autorisé ». Le ou les destinataires peuvent toutefois se méprendre sur le sens d'une règle trop sibylline, ce qui réintroduit la question de l'interprétation dans la signification de l'énoncé. La règle doit donc être définie comme la signification d'un énoncé dont la lecture « officielle » repose sur un mécanisme de décodage confié à un interprète autorisé par l'institution dont relève la

30. G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1991, 199 pages
31. G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1993, 204 pages.

norme. Cette définition vise des règles ou des normes qui ne sont pas nécessairement juridiques, ce qui laisse entier le problème de la juridicité. Sans être aussi catégorique que Denys de Béchillon, nous devons constater que l'État ne reste pas étranger à la problématique de la juridicité du seul fait du principe de non-contrariété : les règles extra-étatiques ne peuvent se développer qu'à condition de ne pas enfreindre une règle posée par l'État (allusion au droit pénal). Jacques Chevallier a déjà rappelé cette balise[32]. Toute analyse de la normativité ne peut échapper à la réalité de l'État[33]. L'école anthropologique n'en fait pas mystère, comme le montre l'ouvrage de Louis Assier-Andrieu : « Le droit suppose l'État, et réciproquement[34] ». Pour ceux qui en douteraient encore, Denys de Béchillon a soigneusement réservé ses références à Pierre Bourdieu[35] en conclusion (« L'imaginaire d'État »).

Mais il faut éviter l'étatisme trop radical, tout comme le pluralisme sociologique qui postule la relativité de l'État. Entre, d'une part, la tentation de l'absolutisme du juspositivisme sur fond de souveraineté étatique et, d'autre part, le relativisme du jussociologisme qui court-circuite le normatif et la juridicité sans référence à l'ordre étatique, une définition de la règle de droit doit être proposée. Plusieurs l'ont déjà fait[36], mais l'énigme de la juridicité persiste pour les règles produites hors du champ étatique[37], car la légitimité et l'effectivité ne sont pas des propriétés exclusives aux règles dites juridiques. Les nouveaux enjeux liés au développement de normes techniques obligent à repenser la question des ordres normatifs. Au Canada, l'actualité législative récente montre toutefois que l'État conserve le pouvoir potentiel de décider seul de la question de la juridicité et de la justiciabilité de ces normes[38]. Même si la dynamique de l'émergence de ces normes techniques lui échappe en partie, sa maîtrise sur l'espace normatif intra-étatique est incontestable. Au principe de non-contrariété, il serait possible d'ajouter par emprunt au droit constitutionnel canadien la théorie du champ inoccupé. Par simple faculté de préemption, tout peut devenir

32. J. CHEVALLIER, « Droit, ordre, institution », *Droits* 1989, nº 10, 19-22, p. 22.
33. A. LAJOIE, « Contributions à une théorie de l'émergence du droit. 1- Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées », (1991) 25 *R.J.T.* 104-143.
34. L. ASSIER-ANDRIEU, *op. cit.*, note 19, p. 44.
35. P. BOURDIEU, *Raisons pratiques : sur la théorie de l'action*, Paris, Le Seuil, 1994, 251 pages.
36. P. AMSELEK, « Norme et loi », *A.P.D.* 1980, tome 25, 89-107 ; J.-F. PERRIN, « Règle », *A.P.D.* 1990, tome 35, 245-255 ; A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, note 18.
37. Guy Rocher a proposé des critères : G. ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91-120, p. 104.
38. *Loi sur les règlements*, Projet de loi C-25 (1re lecture), 2e session, 35e législature (Can.), art. 16-19.

objet de réglementation étatique, comme le montrent les pressions exercées sur les pouvoirs publics pour les activités susceptibles de porter préjudice à autrui. Cette possibilité de faire suppose, corrélativement, le retrait, le désaissisement, la déréglementation ou, de façon plus subtile, la création de relais placés sous la supervision des organismes administratifs autonomes.

Mais il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette centralité, car elle revêt désormais une tout autre dimension que celle conçue par l'orthodoxie juspositiviste. La diversification des modes de production des normes, l'éclatement des catégories usuelles pour des formules hybrides et l'hétérogénéité des techniques et des procédés sont intégrés sans difficulté apparente par le système étatique, au point que les solutions de rechange, les modes alternatifs et le syncrétisme de nouveaux modèles issus des champs constitutifs du droit public et du management glissent progressivement vers le droit étatique. C'est peut-être dans cette étonnante faculté d'intégration de la diversité et de la pluralité que réside en dernier ressort la puissance de l'État. Comme cette faculté de cooptation ne semble pas connaître de limites autres que celles, internes, du système étatique (en particulier, le droit constitutionnel), la problématique de la diversité interne du droit public risque, à brève échéance, de ruiner le thème du pluralisme par simple assimilation. Mais n'est-ce pas justement le mérite des deux ouvrages recensés de favoriser ce rapprochement de deux thématiques apparemment fort éloignées l'une de l'autre, celles de la diversité et de la centralité du système étatique ?