

PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Gérard Timsit

Gouverner et juger

Blasons de la légalité

Ce sont *les voies du droit*. Des voies menant vers plus de souffrance et plus de lois, ou retrouvant le sens et le respect du droit ? Question pressante pour le juriste, qui voit surgir ici ou là des signes avant-coureurs de bouleversement.

Le plus visible est l'accroissement en nombre. Il se mesure d'abord aux normes juridiques produites. Egalement à la multiplication des lieux où se dit et se fait le droit : nationaux, infra- et supranationaux. Quand il s'y ajoute d'autres phénomènes, de nouvelles techniques de communication par exemple, la conception traditionnelle, immobile, unidimensionnelle, hiérarchisée, s'en trouve bousculée, révélant peut-être une mutation des logiques.

A l'horizon, d'autres figures possibles, des modèles relevant d'une autre cohérence : mobiles, pluridimensionnels, aléatoires. Autant de vérités que chacun est amené à saisir à travers sa discipline et son itinéraire propres.

Faire apparaître ces vérités, n'en imposer aucune, éviter le glissement inconscient de l'une à l'autre, tel est le projet de cette collection d'essais au sein de laquelle une série particulière de *signes* voudrait attirer l'attention du juriste et du citoyen sur les mutations du droit et de la société qu'il régit. Projet d'ouverture d'une discipline longtemps fermée sur elle-même : ouverture nécessaire à qui veut aujourd'hui penser le droit.



signes

8° F

59

Gouverner ou juger
BLASONS DE LA LÉGALITÉ

Gouverner ou juger

BLASONS
DE LA LÉGALITÉ

Grand Timait

Professeur à l'Université de Paris 4
(Sorbonne-Paris-Denis)



8° F

55499

Université de France

Les voies du droit

RELIAGE MOUREL

Signes

COLLECTION DIRIGÉE PAR

MIREILLE DELMAS-MARTY ET GÉRARD TMSIT

7°
22422

REVUE DE LA LÉGITIMITÉ Mc

Gouverner ou juger

BLASONS
DE LA LÉGALITÉ

DU MÊME AUTEUR

Dans la même collection :

Théorie et systèmes de
Les actes de la loi
Les figures du juge
Gérard Timsit
Professeur à l'Université de Paris I
(Panthéon-Sorbonne)

Sous la direction de Claude-Albert Colliard et Gérard Timsit :

Les autorités administratives indépendantes, 1988.

Dans la collection « Politique d'aujourd'hui » :

Administrations et États : étude comparée, 1987.

Chez d'autres éditeurs :

Théorie de l'administration, Economica, 1986.



Presses Universitaires de France

01 13 6 1995 13795

Les lois de droit
Séparé
Gouverner ou juger

BLASONS
DE LA LEGALITE

Gérard Timsit
Professeur à l'Université de Paris I
(Paris-Nanterre)

ISBN 2 13 047094 7
ISSN 0766-6764

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1995, mai

© Presses Universitaires de France, 1995
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

Sommaire

DU MÊME AUTEUR

Dans la même collection :

Thèmes et systèmes de droit, 1986.

Les noms de la loi, 1991.

Les figures du jugement, 1993.

Sous la direction de Claude-Albert Colliard et Gérard Timsit :

Les autorités administratives indépendantes, 1988.

Dans la collection « Politique d'aujourd'hui » :

Administrations et Etats : étude comparée, 1987.

Chez d'autres éditeurs :

Théorie de l'administration, Economica, 1986.

1993-1994

DU MÊME AUTEUR

- Dans la même collection :
- Thèmes et systèmes de droit, 1986.
- Les noms de la loi, 1991.
- Les figures du jugement, 1993.
- Sous la direction de Claude-Albert Colliard et Gérard Jussat :
- Les autorités administratives indépendantes, 1988.
- Dans la collection « Politiques d'aujourd'hui » :
- Administrations et États : étude comparée, 1987.
- Ces d'autres éditeurs :
- Théorie de l'administration, Economica, 1986.

Le présent ouvrage est le résultat d'une recherche financée par le GIP « Mission de recherche Droit et Justice »

Sommaire

Introduction

<i>Introduction</i>	1
1 / La conception classique des systèmes normatifs	4
Les systèmes monologiques	4
Les démentis du droit positif	7
2 / Les réactions de la doctrine	11
<i>X – La transcription de la loi</i>	17
1 / Les termes de la relation	21
2 / Le contenu de la relation	30
3 / Le contrôle de la relation	38
<i>Y – La transdiction de la loi</i>	43
1 / Les termes de la relation	46
2 / Le contenu de la relation	50
3 / Le contrôle de la relation	64
<i>Z – La transgression de la loi</i>	87
1 / Les termes de la relation	90
2 / Le contenu de la relation	95
3 / Le contrôle de la relation	104
<i>Conclusion</i>	111
1 / Blasons de la légalité	111
2 / Schèmes du jugement	114
3 / Modes de gouvernement	118

200

1	Introduction
4	1.1 Les conceptions classiques des systèmes normatifs
4	Les systèmes normatifs
7	1.2 Les éléments de droit positif
11	2.1 Les théories de la décision
14	X - La conception de la loi
25	1.1 Les termes de la relation
30	2.1 Le contenu de la relation
30	3.1 Le contrôle de la relation
42	Y - La transposition de la loi
40	1.1 Les termes de la relation
50	2.1 Le contenu de la relation
64	3.1 Le contrôle de la relation
67	Z - La transposition de la loi
90	1.1 Les termes de la relation
95	2.1 Le contenu de la relation
104	3.1 Le contrôle de la relation
111	Conclusion
111	1.1 Histoire de la signification
114	2.1 Les principes de la signification
118	3.1 Les principes de la signification

Introduction

Gouverner ou juger ?

Polémique et véhémence, l'accusation ressurgit régulièrement. La dénonciation du gouvernement des juges ressuscite un spectre ou poursuit un mythe. Car nul ne sait bien ce que recouvre l'expression. Historiquement, elle énonce une situation. Intuitivement, elle esquisse une frontière. Politiquement, elle condamne une violation. Mais, inscrite dans l'histoire, elle est datée et ne peut être transposée en d'autres temps ni d'autres lieux¹. Enracinée dans les sentiments, elle ne peut être réfléchie ni scientifiquement pensée. Soumise aux passions, elle est emportée au gré des circonstances, des majorités, des alternances et des courants.

Il faut en reprendre l'analyse à nouveaux frais — et la prenant au mot, la prendre au piège des mots qui la composent :

1. Voir E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1931.

gouverner et juger. Ce sont des mots qui ont trait à la légalité, le premier au titre de l'action — elle s'inscrit dans la loi —, le second au titre de la sanction — elle doit se limiter à l'exécution de la loi... Mais qu'est-ce qu'exécuter la loi ? — Commence nécessairement, ici, un discours sur la légalité...

L'enjeu n'en est rien moins que l'Etat de droit — son affermissement et son développement. Deux problèmes sont maintenant posés avec insistance. La théorie ne leur a jusqu'à présent apporté que des réponses incertaines. Deux problèmes — deux débats autour desquels se focalise aujourd'hui toute la question. Le débat sur l'apparition d'une nouvelle normativité. Et celui qui a trait à l'existence — ou non d'une supraconstitutionnalité.

Le premier renvoie à l'émergence et à l'installation désormais assurée de ce que Simone Goyard-Fabre appelle « un pragmatisme éthico-social »¹. De nouveaux modèles d'administration² sont apparus où dominent la désinstitutionnalisation des techniques et la gestion informelle des conflits. Une nouvelle normativité s'est créée qui rend sinon caduque, du moins infiniment moins prégnante, la conception classique de la légalité. Celle-ci supposait que, pour l'exécution de la loi, les faits et les politiques qui lui étaient soumis devaient être identifiables et que les conséquences de la mise en œuvre en fussent prévisibles — calculables (*rechenbare*), disait Weber —, c'est-à-dire mesurables et clairement imputables à une autorité ou une instance donnée. Loin que ce soit toujours encore le cas, l'on a assisté au contraire, dans les années récentes, à la prolifération de législations et de pratiques — dans les domaines de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, par exemple³ — qui remettent en cause ces fondements les plus traditionnels de la légalité. De réformes expérimentales et provisoires, exposées à des réévaluations systématiques et périodi-

1. S. Goyard-Fabre, Les fondements de la légalité, in Ch. A. Morand (éd.), *Figures de la légalité*, préface de G. Vedel, Publisud, 1992, p. 29-54.

2. N. Belloubet-Frier et G. Timsit, L'administration transfigurée : un nouveau modèle d'administration ?, *RISA*, 1993, vol. 59, n° 4, décembre, p. 623-667. Des mêmes auteurs, L'administration en chantiers, *RDP*, 1994, p. 299-324.

3. Voir P. Knoepfel, Les cycles écologiques et le principe de légalité, De la nécessité d'assouplir les liens de causalité, in Ch. A. Morand (éd.), *op. cit.*, p. 141-184.

... Car c'est de cela qu'il s'agit — de rien moins que cela : de la justice et des libertés — et des conditions de leur état dans nos Etats modernes. Gouverner ou juger. Nos Etats louchent entre deux nécessités : deux exigences et deux dangers — gouverner au risque de s'affranchir de la loi ou juger au péril de paralyser leur action. La vieille légalité n'a su, ni ne peut, résoudre le dilemme. Les Etats, aujourd'hui, et depuis toujours peut-être, requièrent plus de liberté de mouvement — qui crée des remous, et menace d'autant les libertés de ceux dont ils sont destinés à servir les intérêts et l'action. Les concepts qui font cortège à cette archéo-légalité ont prouvé leur inefficacité. Fondés sur une conception étriquée de la loi et du droit, ils sont doublement limités, à la fois dans leur définition et le résultat de leur utilisation. Leur définition : la loi — la loi écrite, seulement —, celle que l'on appelle positive, et dont la trace est inscrite dans les textes qui la portent, et auxquels on la borne ; la légalité, produit de la volonté du législateur, qui ne tient ni ne tire d'autre signification que celle qui lui vient de son Auteur, expression solitaire et suprême de la Volonté générale. Leur utilisation : dans ce droit corseté, un Etat à l'étroit — de plus en plus... —, et la difficulté grandissante, pour lui, de gérer, en ne répondant jamais que par oui ou par non : droit ou non-droit, légalité ou illégalité, conformité ou compatibilité... — distinctions binaires trop simples, utilisables sans doute à une époque où la simplicité du fonctionnement des Etats, qui ne connaissaient pas encore les ordinateurs, pouvait s'accommoder de la rusticité de leur mode de fonctionnement. Les temps ont changé. Et les Etats, qui ne sont pas des ordinateurs, ne peuvent plus travailler à leur manière trop fruste. Emergence d'un droit programmatique — dont la floraison ne date certes même pas d'hier, mais dont les dimensions sont telles aujourd'hui qu'il n'est plus possible à l'Etat et au juge d'en ignorer désormais les charges et les conséquences.

Devant l'ampleur du phénomène, trois attitudes possibles. La nostalgie : le droit n'est plus ce qu'il était ; il faut une cure de rusticité — un rêve irréalisable, je crains... Ou bien la révolte : l'accusation de laxisme, et la conclusion : la nécessité de mœurs juridiques et administratives plus saines, avec ce risque presque inéluctable de l'inflation normative,

pour contrôler par la loi ce que les lois laissent échapper et ont été incapables de contrôler... Ou encore, le réalisme : les temps ont changé ; il faut les assumer. Là, si vous avez décidé d'être réaliste, s'ouvre à vous une nouvelle option. Vous avez encore à choisir — un vrai choix, et non pas juste oui ou non. Ou bien, assumant le changement des temps, mais désireux pourtant de pallier à ses conséquences néfastes — le laxisme de la règle, l'imprécision normative, la prolifération cancéreuse de la loi —, vous mettez en place, au-dessus de la loi et de la constitution, tout un système de principes supraconstitutionnels destinés à contrôler la loi et la constitution — et vous réinventez le droit naturel. Le jusnaturalisme est un réalisme. Il n'a qu'un défaut : de ne pouvoir fonder la réalité des principes qu'il invoque, et de ne guère expliquer, Georges Vedel le remarquait, « de quelle nuée il a reçu la révélation des Tables de la loi »¹.... Ou bien réaliste jusqu'au bout — et jusqu'au bout des ongles —, vous ne pouvez vous accommoder, malgré la noblesse de son architecture, des faux-semblants de cette construction. Vous percevez bien non seulement qu'elle a la tête dans les nuées, mais qu'elle n'est en fait que la répétition, la transposition au niveau juste supérieur, et le résultat, d'un geste architectural que vous connaissez bien — auquel vous aviez renoncé : le geste hiérarchique —, le geste vertical d'une construction tout entière ordonnée de la base au sommet sous l'autorité d'une norme ou d'un dieu baptisés, selon les temps, Raison, Nature, ou Norme ou Dieu. Or vous savez bien que ce n'est pas ainsi que fonctionnent les systèmes normatifs, et que se fait l'engendrement du droit — sur le mode hiérarchique, vertical, unilinéaire et monologique. Réaliste, et jusqu'au bout des ongles, vous avez choisi, au lieu d'avoir la tête dans les nuées, d'ancrer vos analyses dans les réalités, même si elles paraissent à première vue, et à beaucoup, éloignées de la réalité. Redécouvrant par l'analyse systémale — qui n'est ni seulement systémique, ni strictement structurale — les propriétés fondamentales de la juridicité, vous avez alors fait de la norme le produit d'un mécanisme complexe dans lequel, certes, l'écriture de la loi — cette loi que l'on appelle posi-

1. *Ibid.*, p. 68.