

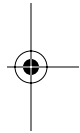


**SUR DEUX POINTS AVEUGLES DE LA DOCTRINE
JURIDIQUE : NOUVELLES CONSIDÉRATIONS
SUR LE DIALOGISME NORMATIF**

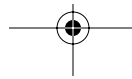


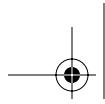
Gérard TMSIT*

INTRODUCTION.....	361
I. LE REPÉRAGE DES POINTS AVEUGLES.....	362
II. LE TRAITEMENT DES POINTS AVEUGLES.....	366
III. L'ÉLIMINATION DES POINTS AVEUGLES.....	373



* Professeure émérite à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne.

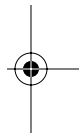




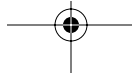


C'est ainsi. Je ne me souviens pas que depuis ce déjeuner de la fin de l'hiver 90, depuis cette rencontre et nos premières discussions à l'ombre du Panthéon évoquées par André Lajoie au début de son étude intitulée « dans l'angle mort de l'analyse systémale »¹, nous ayons jamais vraiment interrompu la conversation qui nous avait réunis ce jour-là et qui, depuis, se poursuit autour des thèmes qu'elle sait si bien cerner et auxquels elle apporte toujours, à la fois, toute sa rigueur critique et toute sa créativité théorique. Je voudrais donc que l'article qui suit soit un des moments de ce dialogue – de ce dialogue et de cet échange amical que j'entretiens avec Andrée Lajoie et qui, sous toutes ses formes, se prolonge – pour mon plus grand plaisir et mon plus grand profit – depuis maintenant plus de quinze ans.

Certaines notions, en droit, vivent d'une vie curieuse. Connues, elles ne sont pas reconnues. Répandues, elles n'ont pas de statut. Généralement utilisées dans le discours sur le droit, elles n'ont pourtant pas de place bien déterminée dans le discours du droit – surtout pas celui du droit positif. Et la doctrine juridique, malgré toutes ses vertus, et en dépit de son acuité, face à de telles notions, paraît parfois un peu désarmée. Je voudrais, à titre d'exercice, considérer deux d'entre elles : les notions de gouvernement des juges et de régulation – en usage dans des domaines différents du champ juridique. L'une a trait aux rapports des juges et de la politique, l'autre aux modalités de l'action administrative. Elles me semblent constitutives l'une et l'autre de ce qui peut apparaître comme de véritables points aveugles de la doctrine juridique – d'une doctrine qui, alors même qu'elle admet que ces notions existent et qu'elles désignent des phénomènes empiriquement identifiables, refuse pourtant de reconnaître la spécificité et l'autonomie des phénomènes auxquels elles renvoient, faisant ainsi la preuve d'une étonnante cécité, volontaire ou non, devant la réalité. Je voudrais donc m'interroger sur les raisons de cette cécité, et à partir d'un questionnement sur les modes de repérage de ces points aveugles (I), proposer, au-delà d'une analyse des modalités de leur traitement (II), de rechercher les voies théoriques de leur élimination (III) par



¹ Andrée LAJOIE, « Dans l'angle mort de l'analyse systémale », dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 127-140





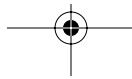
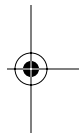
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

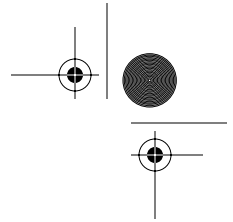
la substitution au monologisme théorique dans lequel est figée la doctrine dominante, d'un dialogisme normatif renouvelé au fil de récents développements de la pratique juridique.

I. LE REPÉRAGE DES POINTS AVEUGLES

Préoccupée à juste titre de satisfaire aux critères popperiens de la falsifiabilité, la doctrine semble parfois en avoir oublié que la première exigence théorique à laquelle elle doit se plier se trouve exprimée dans la condition, non de falsifiabilité – de réfutabilité –, mais tout simplement de fiabilité, de « capacité » : elle doit pouvoir rendre compte, se mettre en mesure en tout cas d'être capable de rendre compte, de la réalité. La réalité, pour un théoricien, ne se limite pas aux phénomènes empiriques que les concepts qu'il élabore sont appelés à désigner et dont ils doivent permettre le traitement. La réalité, c'est aussi l'existence même de ces concepts – non seulement ceux qu'il a déjà élaborés ou élabore encore, mais aussi ceux qui, déjà créés et utilisés par ailleurs et à d'autres fins, sont destinés à rendre compte (bien ou mal, là n'est pas le problème pour l'instant) de la réalité dont il prétend assurer le traitement théorique. La réalité, ce n'est donc pas seulement une réalité phénoménale, empirique et matérielle, mais aussi la réalité intellectuelle et immatérielle des concepts visant à désigner les phénomènes empiriques auxquels est confronté le théoricien.

Si l'on m'accorde de rapporter cette condition de capacité à une réalité ainsi conçue sous ses deux espèces de réalité phénoménale et conceptuelle, on peut peut-être mieux apercevoir la double carence de la doctrine juridique dominante dans les domaines auxquels ont trait les notions de gouvernement de juges et de régulation. Dans l'un et l'autre de ces domaines, la doctrine dominante, – il vaudrait mieux dire : les doctrines dominantes ; elles relèvent des deux courants principaux de la pensée juridique aujourd'hui, positiviste et réaliste – les doctrines dominantes donc, affichent leur incapacité à rendre compte de la réalité. Une incapacité qui se manifeste d'une part, de manière assez fruste, par la négation brutale de l'existence des phénomènes dont les notions de gouvernement des juges et de régulation prétendent rendre compte, – et d'autre part, de manière plus sophistiquée, par la négation, au-delà





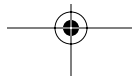
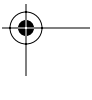
NOUVELLES CONSIDÉRATIONS SUR LE DIALOGISME NORMATIF

même de cette contestation de la réalité phénoménale, de la pertinence des concepts destinés à en rendre compte. Double aveuglement, et volontaire, consistant à nier un problème et sa réalité avant même que d'avoir pu l'aborder, faute de s'être donné les moyens intellectuels d'en traiter... Deux niveaux d'analyse.

1. **Au premier niveau** : le plus immédiat et le plus commun : celui de la contestation de l'existence de la réalité phénoménale, se trouvent aussi bien les analyses relatives au gouvernement des juges que celles qui ont trait à la régulation. La contestation, dans ces deux domaines, prend la forme assez paradoxale d'affirmations qui, bien que contradictoires, reviennent les unes et les autres, les unes comme les autres, à nier que le phénomène du gouvernement des juges ou celui de la régulation puisse avoir la moindre réalité. Dans le cas de la régulation², cela consiste à affirmer soit que la régulation n'existe pas – que rien de juridique ne relève d'un tel phénomène, ni ne puisse être reconnu comme tel –, soit qu'à l'opposé tout est régulation et que, dans ces conditions, ces phénomènes, n'ayant aucune originalité, ne méritent pas d'analyse spécifique. Dans la première hypothèse, ce que l'on appelle régulation, nous dit-on – visant au premier chef les modalités nouvelles de l'action publique : actions de recommandation, incitation, persuasion, orientation, concertation, etc. –, relève simplement de pratiques administratives sans valeur normative. Les actions ainsi désignées, qui n'ont pas de caractère impératif ni ne revêtent d'aspect contraignant, ne peuvent se voir reconnaître de statut juridique. L'on en conclut que la régulation est proprement inconcevable. Inexistante et impensable. Inexistante parce qu'impensable. La régulation est un non-concept. Un non-objet, affirme-t-on.

La seconde attitude, parfaitement antinomique de la première, consiste au contraire à paraître reconnaître l'existence de la régulation et à y tout inclure. Position inverse et symétrique de la précédente. Prenant acte de la place que tient la régulation dans la vie publique, et hypnotisée par les fonctions qui sont les siennes – assurer un

² Voir, sur l'analyse des positions de la doctrine relatives à la régulation, G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 21, Dalloz, p. 84-87.



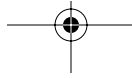
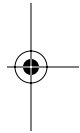


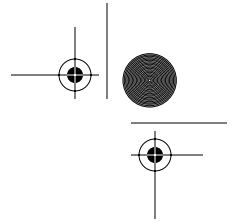
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

fonctionnement équilibré de la collectivité –, cette partie de la doctrine débouche sur le recensement et le regroupement, sous la même dénomination nouvelle de régulation, de toutes les techniques qui, de quelque manière, contribuent à un tel fonctionnement – des plus récemment apparues dans la vie publique : les moins contraignantes et les plus « douces », aux plus traditionnelles et les plus classiques de la réglementation « dure » par les voies habituelles de l'injonction et de la prescription imposées par l'autorité hiérarchique.

Deux positions extrêmes : pour l'une, tout est régulation ; pour l'autre, rien n'en relève. Mais elles débouchent sur la même conclusion – que la régulation n'existe pas, ou qu'elle n'existe pas en tant que telle.

C'est le même type de conclusion auquel aboutissent une grande part des analyses de la doctrine dominante relatives au gouvernement des juges. Les positions, là, sont plus diversifiées. Sans doute se trouve-t-il des analystes pour reconnaître que le phénomène du gouvernement des juges a pu, ou peut encore, avoir une existence – une réalité. Mais, outre qu'ils sont en désaccord complet les uns avec les autres sur les conditions auxquelles se pourrait reconnaître un tel phénomène, leur désaccord même nourrit l'argumentation de ceux qui, au contraire, dénie toute réalité aux phénomènes dont les premiers acceptent de reconnaître l'existence. L'incapacité des premiers à découvrir un critère sûr du gouvernement des juges constitue en effet aux yeux des seconds la meilleure preuve de ce que le prétendu gouvernement des juges n'est en vérité que l'exercice normal par le juge de la fonction d'interprétation de la loi que lui reconnaissent la Constitution et le droit. Le juge dont on affirme qu'il gouverne n'est jamais, disent-ils, qu'un juge qui exerce ses compétences. Et tant pis s'il a l'air d'empiéter sur celles des gouvernants. Il ne fait qu'appliquer la loi. Il n'y a donc – il ne peut donc y avoir – de juge qui gouverne. Sauf illusion ou mirage – dont justement semble victime une autre partie de la doctrine : celle qui affirme volontiers, à l'inverse, que tous les juges gouvernent et qu'on ne peut artificiellement séparer, au sein de la fonction juridictionnelle dont l'exercice suppose en effet de la part des juges un pouvoir d'interprétation, entre celles de leurs compétences qui res-





NOUVELLES CONSIDÉRATIONS SUR LE DIALOGISME NORMATIF

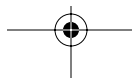
tent purement juridictionnelles et celles qui relèveraient des attributions des gouvernants.

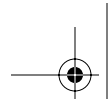
Étonnant parallélisme des postures théoriques relatives à la régulation et au gouvernement des juges. Rien n'est régulation ni gouvernement des juges. Ou bien tout en relève...

2. Le parallélisme se prolonge au niveau supérieur de l'analyse : celui de la contestation, non de l'existence de la réalité du phénomène, mais de la pertinence même du concept appelé à en rendre compte. À ce niveau, il est vrai, on ne trouve plus vraiment que la doctrine traitant du gouvernement des juges pour prendre expressément position sur la pertinence du concept. Sur la régulation, la doctrine est plus prudente, au moins dans ses affirmations explicites – sans doute parce que le concept de régulation est volontiers utilisé par le droit positif – alors même qu'il y est utilisé sans la moindre rigueur : tout aussi bien pour désigner n'importe lequel des modes, classique ou nouveau, impératif ou non, de l'action publique. Quoi qu'il en soit, une grande part de la doctrine relative au gouvernement des juges est, elle, très claire et adopte, sur ce thème et à ce niveau, l'une ou l'autre des deux postures théoriques suivantes³ : soit elle affirme qu'elle a affaire avec ce sujet du gouvernement des juges à un « non-sujet » – puisque aucun juge ne gouverne, la question du gouvernement des juges ne se pose donc pas⁴ ; soit elle affirme au contraire que, puisque les positions théoriques relatives au gouvernement des juges sont irréconciliables (aucun critère sûr de distinction, relève-t-elle, entre les fonctions gouvernementale

³ On trouvera un excellent échantillonnage des différentes positions adoptées par la doctrine dans S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (sous la direction de), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne 2001. et une analyse de ces positions dans G. TIMSIT, « L'évaluation en science juridique ; retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges », *Revue européenne des sciences sociales* 2007, t. XLV, n° 38, p. 103-114.

⁴ On perçoit la différence avec la position consistant à affirmer simplement qu'aucun juge ne gouverne. Dans cette dernière affirmation, c'est simplement la réalité phénoménale du gouvernement des juges qui est contestée. Dans la posture du « non-sujet », c'est de surcroît, et au-delà du constat prétendument scientifique de l'irréalité du phénomène, le statut même de la question posée qui est en cause : une « non-question », un « non-sujet »...





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

et juridictionnelle ; une réponse à la question du gouvernement des juges nécessairement impliquée *a priori* dans la définition même de la notion qui en est proposée ; et une réponse qui, de ce fait, n'a donc aucun caractère scientifique), la question est insoluble et doit donc être reformulée. La question ne doit donc pas être, selon elle, de savoir si les juges gouvernent, mais comment ils gouvernent. On voit à la fois ce que vise une telle substitution, et ce qu'elle n'arrive pas à dissimuler. Ce qu'elle vise : le remplacement d'une question insusceptible de recevoir une réponse scientifique pour les raisons exposées à l'instant par une autre qui, elle, – compte tenu de ce qu'elle ne suppose qu'une simple description empirique du mode de gouvernement par les juges – serait parfaitement susceptible de recevoir à ce titre une réponse objective et rigoureuse, en permettant par exemple une comparaison avec le mode de gouvernement par les autres gouvernants : le parlement, l'exécutif, etc. Mais on voit aussi ce qu'une telle substitution n'arrive pas à dissimuler. D'abord, le postulat qu'elle pose *a priori* : les juges gouvernent – ce qui est une autre manière, plus discrète mais tout aussi réelle, de se rallier aux positions plus frustes sur la contestation de la réalité phénoménale antérieurement évoquées. Ce qu'elle dissimule aussi, mais très mal, c'est qu'en vérité, elle ne fait que retarder, et seulement retarder, le moment où il faudra, pour traiter du mode de gouvernement par les juges, s'interroger sur ce qui le distingue du mode de gouvernement par les autres gouvernants – ce qui a juste pour conséquence de différer le moment où il faudra adopter un critère du gouvernement des juges et où l'on devra, finalement, poser la question de savoir si et quand un juge gouverne, question que l'on avait précisément voulu éviter d'avoir à se poser parce qu'elle n'était pas, disait-on, scientifique...

Ne peut-on supposer en définitive, devant un tel retour des questions et leur inéluctabilité, que ces questions se posent – qu'elles se posent vraiment, et qu'elles peuvent recevoir, à condition d'être traitées scientifiquement, une réponse scientifique ?

II. LE TRAITEMENT DES POINTS AVEUGLES

Les points aveugles ne manifestent pas seulement l'aveuglement de la doctrine à certains champs de l'activité juridique : la relation du droit et de la politique, ou les modalités de l'action normative. Ils





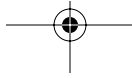
NOUVELLES CONSIDÉRATIONS SUR LE DIALOGISME NORMATIF

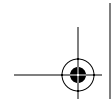
indiquent aussi à quels éléments constitutifs du droit ils sont aveugles. La symétrie des postures théoriques adoptées par la doctrine est à cet égard très éclairante. Quand la doctrine déclare que tout est régulation ou que tous les juges gouvernent, ou quand elle affirme, à l'inverse, que la régulation ni le gouvernement des juges n'existent, la doctrine prend implicitement parti sur une certaine conception du droit dont *a priori* elle fait la base de son raisonnement et qui l'amène logiquement à adopter la position qu'elle énonce. Ce sont ces conceptions sous-jacentes du droit que l'on voudrait maintenant, ici, faire apparaître, au-delà des positions théoriques plus ou moins clairement affichées et relatives au seul domaine de la régulation ou du gouvernement des juges. Pour y parvenir, je voudrais successivement procéder à deux opérations.

1. D'abord, une opération de traitement – thématique, dirai-je – des points aveugles destinée, pour permettre une comparaison véritable, à convertir en facteurs élémentaires communs à l'ensemble de la doctrine et pour l'ensemble des champs de l'activité juridique, les positions adoptées dans les domaines restreints du gouvernement des juges ou de la régulation. Il s'agit là de trouver, pour décrire ces positions, un vocabulaire et une grammaire communs aux différentes écoles ou courants de pensée juridique, quelle que soit leur manière respective d'aborder les problèmes du droit et du raisonnement qui le prend pour objet.

J'ai tenté, à cet égard, de construire différents modèles de théorisation⁵ correspondant en particulier aux courants doctrinaux positiviste, réaliste, et à leurs divers avatars, et de montrer comment ces modèles pouvaient se composer à partir d'une combinatoire des séquences du raisonnement juridique tel qu'il est conçu par les différentes écoles de pensée d'une part, et des logiques respectives qui, selon ces écoles, président à l'articulation des séquences entre elles, d'autre part. Distinguant ainsi entre les séquences du raisonnement juridique selon qu'elles sont ou non uniquement fondées sur le texte de la loi en vertu de laquelle est adoptée la décision – séquences légales ou extra-légales –, et entre les logiques présidant

⁵ Voir G. TIMSIT, « La loi et ses doubles, thématiques du raisonnement juridique », *Droits*, n° 36, 2002, p. 135-159.





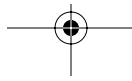
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

à l'articulation des séquences – logique de subsomption, syllogistique, ou logique de discrétion, décisionniste –, il apparaît possible, après avoir défini les différents modèles « forts » et « faibles » recensés ailleurs, de thématiser et mieux caractériser sur ces bases les positions doctrinales adoptées sur le gouvernement des juges ou la régulation.

Quand la doctrine affirme que la régulation ni le gouvernement des juges n'existent, c'est en fait qu'elle se rallie à une conception stricte du raisonnement juridique et du droit qui limite le droit à sa seule séquence légale et en subordonne la mise en œuvre à la seule logique déductive ou de subsomption. Ce n'est en effet que parce qu'elle conçoit le droit, comme le fait le positivisme strict, comme limité à l'application rigoureuse des textes de loi que la doctrine, qui prétend que le gouvernement des juges n'existe pas, peut justifier une telle affirmation. À partir de telles prémisses, en effet, il est impossible de même concevoir que puissent exister des juges qui gouvernent – le juge, dit-elle, ne fait jamais qu'appliquer la loi. Et la loi qu'il applique est l'expression de la volonté du souverain. Le juge ne peut donc être souverain. Il n'est que le fidèle exécutant du Législateur – « la bouche qui... etc.⁶ »... Il serait possible de répéter la même analyse pour la régulation.

À l'inverse, quand la doctrine affirme que tout est régulation, ou que tous les juges gouvernent, c'est en fait qu'elle s'est ralliée, sans parfois même s'en être rendu compte, à l'autre modèle de raisonnement juridique – un modèle fondé, cette fois, d'une part sur l'association plus ou moins déterminante à la loi de séquences extra-légales (en raison de la place faite aux valeurs dans la signification de la loi et la détermination du droit) et, d'autre part, sur une logique de discrétion ou décisionniste. Dans une telle perspective en effet, les juges ne peuvent jamais se voir reconnaître – quelle que soit la marge de manœuvre qu'ils s'octroient, ou que leur octroie le droit, dans la fonction d'interprétation qui leur incombe – qu'un large pouvoir de décision et, par conséquent, une participation à l'exercice de la fonction de gouvernement. Tous les juges gouvernent, donc – d'une manière ou d'une autre. Et aussi, tout est régulation,

⁶ Où l'on reconnaîtra la célèbre formule de Montesquieu.





NOUVELLES CONSIDÉRATIONS SUR LE DIALOGISME NORMATIF

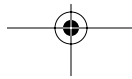
puisque aucune forme d'activité, qu'elle soit ou non contraignante, et – à la limite – qu'elle soit ou non publique, ne peut être déclarée totalement étrangère à la normativité qui régit l'organisation et le fonctionnement de la collectivité. On comprend que dans ces conditions, certains auteurs puissent avoir recensé au titre des activités de régulation aussi bien la « régulation du marché ou régulation hiérarchique » que la « régulation spontanée ou absence d'intervention » et ces formes de « régulation par le marché » que sont, selon eux, « l'autorégulation » et la « co-régulation »⁷ ! Le mot de régulation, dans ces conditions, n'a vraiment plus de sens – puisqu'il les a tous. Un non-concept en effet.

Mais pour le coup, l'existence de ce non-concept – ou si l'on préfère : l'inexistence du concept – est révélatrice des excès, ou des manques, de la doctrine : une doctrine qui, – dans le cas des positivistes, se polarisant sur la loi, ou la dévalorisant au contraire, dans le cas des réalistes – en ignore en toute hypothèse la fonction réelle : la loi constitue certes une représentation – mais ne constitue qu'une représentation approximative – de la réalité. J'ai parlé à ce propos, à la suite de Paul Ricoeur, et pour désigner cette fonction, de représentance⁸. La loi sert à figurer – représentation – la réalité, pour en permettre le traitement – conservation, modification de l'ordre juridique existant – par le législateur. Elle ne peut cependant – représentance – en constituer qu'une figuration approchée, et n'en énonce que les caractères essentiels – cela s'appelle les conditions pertinentes de l'application de la loi – : ceux, seuls, qui sont indispensables à l'action et dont le législateur (ou le juge, en son nom), doit vérifier qu'ils existent pour déclencher l'action qu'il veut entreprendre ou sur lesquels il doit agir aux fins de la mise en œuvre de la politique qu'il a décidée.

À admettre une telle fonction de représentance, on comprend peut-être mieux les deux excès auxquels se laisse aller la doctrine selon les cas : deux déformations introduites dans l'analyse de la réalité juridique. Deux déformations qui consistent pour elle, dans les

⁷ B. du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 482-495

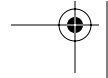
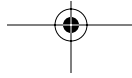
⁸ *Droits*, précité



*MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE*

théories qu'elle en propose, soit à tomber dans l'excès de la sur-abstraction, soit à verser à l'inverse dans l'excès de la sur-figuration. Sur-abstraction ? – ce sera le cas lorsque la représentation de la réalité à laquelle elle se rallie sera identifiée et limitée par elle (et par les juges qui adopteraient une telle vision) à l'image abstraite, dépouillée de toute vie et de nuances qu'en donne la loi générale et impersonnelle. La sur-figuration se produit, au contraire lorsque, sous prétexte d'en donner une image fidèle (« réaliste », pour tout dire), la doctrine veut intégrer à la réalité tous les éléments qui la constituent au point de donner à la « représentation » juridique autant de complexité qu'à la réalité « représentée », et de rendre ainsi impossible l'utilisation de l'outil conceptuel – la notion de gouvernement des juges ou de régulation – nécessairement un peu rustique, construit aux fins d'évaluation et de traitement de la réalité auxquelles cet outil est normalement destiné.

Ces deux excès – de la sur-abstraction et de la sur-figuration – dénoncent chacun la faille affectant les édifices théoriques positiviste et réaliste : une faille qui, commune au deux édifices – la non prise en compte de la fonction de représentance de la loi – y produit les effets symétriques et inverses que l'on vient de recenser. Pour autant, s'ils dénoncent une faille, ils ne disent pas encore, ces excès, comment la combler. Prendre exactement en compte la fonction de représentance de la loi, pour échapper aux contradictions et impasses repérées antérieurement, suppose que l'on sache comment ne tomber ni dans l'excès de la sur-abstraction – quels éléments faut-il intégrer à la représentation, quelle séquence faut-il ajouter à la séquence légale, pour que le raisonnement juridique ne soit pas cette opération mécanique, syllogistique, déductive, subsumptive dont le produit est la négation de l'existence de la réalité : une réalité consistant en l'existence, dans certains cas, d'un gouvernement des juges, en l'utilisation, dans certaines hypothèses, de modalités autonomes d'action normative irréductibles aux formes de l'action réglementaire classique ? –, ni dans celui de la sur-figuration – quels éléments faut-il éviter d'intégrer à la représentation, quelle séquence du raisonnement ne doit pas être occultée, afin que le raisonnement ne soit pas cette opération intellectuelle totalement discrétionnaire, décisionniste, dont le produit est le scep-





NOUVELLES CONSIDÉRATIONS SUR LE DIALOGISME NORMATIF

ticisme et le refus généralisé des concepts et de leur usage dont témoigne la posture théorique de la « question insoluble » ?

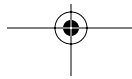
2. Je propose, après cette opération de traitement thématique, d'entreprendre une autre opération de traitement, systématique, cette fois, des points aveugles. Après la conversion des analyses en facteurs communs qui permettent de mettre en évidence les failles des constructions théoriques, une nouvelle opération destinée à faire apparaître le ou les éléments qui doivent venir combler ces failles. Je voudrais recourir ici, à cette fin, à une théorie des cas extrêmes, une théorie des cas jurisprudentiels qui, extrêmes par les situations dont ils traitent et les solutions qu'ils leur apportent⁹, mettent en lumière, et ne permettent plus de les ignorer, les mécanismes et éléments fondamentaux nécessairement à l'œuvre dans les décisions juridictionnelles.

Contre les théories classiques du sens, et des cas, clairs d'une part, et des cas difficiles (les *hard cases* de Dworkin) d'autre part : les unes affirmant la clarté et la détermination de la signification du texte, les autres affichant au contraire la thèse de l'indétermination généralisée de la loi (où l'on aura reconnu, pour les premières, les thèses débouchant sur les positions théoriques du « non-concept » et, pour les secondes, celles qui concluent à la « question insoluble »), contre ces théories, la théorie des cas extrêmes. Elle prétend découvrir la « matrice cachée »¹⁰ du droit, ce que ne permettent pas de



⁹ Des situations extrêmes qui, ayant toutes trait à la définition du politique, mettent en cause ou en jeu d'une manière ou d'une autre le fondement même, le moment même de la fondation du droit : problème de la légitimité du régime politique, de l'irréductibilité de l'objet politique ou de la nécessité de la décision politique ; des situations extrêmes donnant lieu par ailleurs à des solutions extrêmes (des solutions de transgression de la loi qui, ne consistant ni à appliquer la loi, comme le pensent les positivistes, ni à l'élaborer, comme l'imaginent les réalistes, ne s'analysent cependant non plus nullement, et bien qu'elles soient en contradiction avec le texte de la loi, comme une violation du droit). Sur cette notion de cas extrêmes, voir G. TIMSIT, « Éléments pour une théorie des cas extrêmes », dans *Pour une théorie des « cas extrêmes », aux limites du pouvoir juridictionnel, Droit, politique et philosophie, à propos d'un concept de Gérard Timsit*, J. Cantegreil (ed.), Éditions Rue d'Ulm/Presses de l'École normale supérieure, 2006.

¹⁰ La formule est empruntée à G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Paris, Le Seuil, 1997, p. 189.



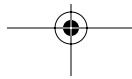


MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

faire, en raison de leur ambition totalisante, les théories classiques. La loi est claire, disent les uns : il suffit de savoir la lire. Ou bien, affirment les autres (Dworkin, en particulier), le droit est par nature indéterminé ; et il faut en dégager la signification à la lumière des valeurs du droit-intégrité. Dans les deux cas, la proposition prétend rendre compte de toutes les situations de droit. La théorie des cas extrêmes suppose au contraire, d'une part, et par hypothèse même, une différenciation des situations entre les cas extrêmes et ceux qui n'en relèvent pas – si une telle différenciation n'intervenait pas, tous les cas seraient extrêmes et, par conséquent, aucun ne le serait ; d'autre part, la nécessité pour la théorie, au moins au nom des principes de cohérence et de non-contradiction, de rendre compte de l'ensemble des cas, extrêmes ou non, sur la base d'éléments qui leur soient communs : autrement dit, les éléments explicatifs dégagés à l'analyse des cas extrêmes devraient aussi valoir pour les cas qui ne relèvent pas d'une telle catégorie.

Or, non seulement l'analyse empirique des cas extrêmes permet de mettre en évidence la place exacte des valeurs dans la détermination de la signification de la loi, – c'est sur ce point que butent au premier chef les théories classiques : celles du sens clair, en les ignorant (sur-abstraction), et celles des cas difficiles, en en surestimant la fonction (sur-figuration), mais elle désigne également le contenu même des valeurs auxquelles elle confère cette place dans le système de signification de la loi. À s'en tenir à la distinction d'emblée la plus radicale et la plus claire proposée par Siéyès parmi ce que l'on appelle volontiers aujourd'hui les droits fondamentaux – la distinction entre « droits naturels et civils », d'une part : « ceux pour le maintien desquels la Société est formée », et « droits politiques », d'autre part : « ceux par lesquels la Société se forme », ce que l'on constate, c'est la prévalence, la priorité lexicale, aurait peut-être dit John Rawls, dans la détermination de la solution de droit, des droits les plus « inclusifs »¹¹, les droits humains, « natu-

¹¹ Ce concept est emprunté à Habermas. Je ne suis pas sûr de l'employer dans le même sens. Chez Habermas, dans son débat entre normes et faits, entre validité et vérité, il sert de moyen de compenser l'absence de la relation au monde objectif qui caractérise les prétentions à la vérité. Or les prétentions à la validité morale étant malgré tout censées avoir force obligatoire et





NOUVELLES CONSIDÉRATIONS SUR LE DIALOGISME NORMATIF

rels et civils », sur les droits politiques, moins « inclusifs », moins aptes, en raison de leur caractère second à sceller ou fonder l'unité des membres de la collectivité destinataires de la norme¹².

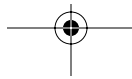
Ainsi se trouverait-on amené par le double traitement, thématique et systématique, des notions de gouvernement des juges et de régulation, et par l'éclairage qu'il jette sur la structure même de ces notions, à mieux comprendre comment procéder à l'élimination des points aveugles auxquels, jusqu'à présent, l'utilisation de ces notions avait donné lieu.

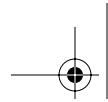
III. L'ÉLIMINATION DES POINTS AVEUGLES

Deux points aveugles dont la doctrine a peine à rendre compte et dont le traitement a permis de mettre en lumière les raisons pour lesquelles elle éprouve tant de difficultés à en restituer le sens et la portée. Deux points aveugles dont il est désormais possible de comprendre et mesurer la signification exacte et le degré d'adéquation aux phénomènes qu'ils désignent. Deux points aveugles qu'il n'apparaît possible d'éliminer, en effet, que par la substitution à la vision traditionnelle, classique, monologique, du droit, d'un dialogisme

« devoir leur force obligatoire à un caractère absolu, analogue à la vérité », l'on doit en conclure qu'il existe un substitut au caractère de vérité. Habermas en trouve le témoignage dans cette « observation que la validité des jugements moraux est fonction de la nature inclusive d'un accord normatif réalisé entre les parties en lice » – « l'orientation vers une inclusion toujours plus poussée d'exigences et de personnes étrangères » venant compenser l'absence de relation au monde objectif qui affecte les prétentions à la validité morale. Le concept d'inclusion normative renvoie ainsi, semble-t-il, aux idées de fondation intersubjective de la norme et aux valeurs qui en fondent la légitimité. Acceptant cette analyse, on pourrait peut-être reconnaître comme « normes inclusives » les normes qui, prétendant à la plus grande validité morale, se fonderaient sur des valeurs « inclusives » – et je désignerais volontiers ainsi les valeurs visant à sceller ou restaurer l'unité fondamentale des membres de la collectivité destinataires de la norme. L'opération d'inclusion normative serait donc celle qui, faisant appel à des valeurs inclusives, assurerait par conséquent la prévalence des droits les plus « inclusifs », les droits humains, sur les droits moins « inclusifs », les droits politiques.

¹² Sur cette analyse, cf. G. TMSIT, « Éléments pour une théorie des cas extrêmes », précité.





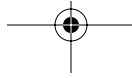
normatif plus neuf, dont les notions de régulation et de gouvernement des juges relèvent à des titres différents.

J'ai dit monologisme, pour désigner la vision traditionnelle du droit : ce sont en effet des logiques uniques, ou largement dominantes, qui président à l'élaboration et la détermination du droit dans les visions classiques qu'en proposent habituellement les doctrines juridiques, positiviste et réaliste, et les jurisprudences qui s'en inspirent plus ou moins consciemment : logiques de la subsumption ou, à l'inverse, de la discrétion, avec tous les excès qui en découlent – de la sur-abstraction ou de la sur-figuration (réduction du raisonnement aux seules limites de la séquence légale ou, au contraire, séquences du raisonnement dilatées jusqu'à la prise en compte, au-delà du texte de loi, de l'ensemble des facteurs et conséquences de la décision juridique, qui n'a alors plus de juridique que le nom...).

C'est à ces visions monologiques que se substitue – que doit se substituer, pour pouvoir rendre compte des phénomènes que désignent les notions de gouvernement des juges et de régulation – une conception dialogique du droit. J'appelle dialogique la vision du droit qui – prenant acte de la place, qui n'est ni nulle, ni exclusive, des valeurs (de certaines valeurs) dans le droit – admet que la solution de droit puisse emprunter simultanément à des logiques différentes, soit intérieures, soit extérieures au système de droit¹³.

1. Logiques intérieures ? C'est le dialogisme – un dialogisme interne – à l'œuvre dans le phénomène du gouvernement des juges. Un phénomène qu'il devient alors possible d'analyser dans les termes suivants. Au-delà des figures classiques du jugement – celles qui consistent pour le juge soit à appliquer strictement le texte de la loi (la figure de la transcription : le juge, bouche de la loi...), soit à « inventer » le droit (figure de la transdiction : l'invention objective par le juge, et dans le silence de la loi, d'une référence objective au nom de laquelle le juge rend son jugement), il existe une troisième manière pour le juge de décider – en contradiction avec le texte de la loi, et sans pourtant qu'elle en constitue une violation

¹³ Sur cette distinction proposée entre systèmes de droit monologiques et dialogiques, voir G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, coll. Les voies du droit, 1986 et *Les figures du jugement*, PUF, coll. Les voies du droit, 1993.





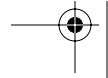
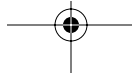
NOUVELLES CONSIDÉRATIONS SUR LE DIALOGISME NORMATIF

– au nom d'une autre logique et d'autres valeurs que celles explicitement affichées par le législateur. C'est la figure de la transgression. C'est à elle que s'identifie le phénomène du gouvernement des juges. Figure parfaitement originale et qui ne peut être ramenée à l'une ni l'autre des deux précédentes. À la différence évidente de la transcription, elle ne comporte pas d'application de la loi. À la différence de la transdiction, l'« invention » de la référence – des valeurs au nom desquelles est rendu le jugement – se fait non dans le silence de la loi mais au contraire en contradiction avec elle : c'est en cela que les juges sont « accusés » de gouverner, l'accusation restant cependant dans beaucoup de cas sans effet dans la mesure où ce sont des valeurs « inclusives » qui sont invoquées et qui servent à fonder ou renforcer l'accord intersubjectif sur lequel fonctionne la société.

2. C'est une autre forme du dialogisme, externe celui-là, qui est à l'œuvre dans le phénomène de la régulation. Sous ce nom, des actions de nature extrêmement diverse mais qui ont toutes en commun de vouloir substituer, et pour combattre leurs défaillances, à la normativité spontanée du marché et à la normativité imposée de l'État, une normativité dialoguée¹⁴ – une normativité qui, fondée sur le dialogue de ceux et avec ceux auxquels elle est destinée, puisse retrouver et réinventer sa légitimité face à ceux, et parfois avec ceux-là mêmes, qu'elle prétend régir. Deux questions se posent donc. Quel dialogue ? Pour la production de quelle norme ?

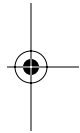
A. Le dialogue, c'est le dialogue nécessaire à la production d'une norme qui ne soit pas le résultat de mécanismes invisibles et aveugles à l'intérêt général, ni ignorants de l'intérêt de chacun ; un dialogue qui, de surcroît, s'établisse avec tous ceux que doit régir la norme et sans que l'un ou l'autre des acteurs ou interlocuteurs impliqués puisse s'y trouver placé en position dominante dans le processus d'élaboration normative – à l'opposé du monologue de l'État auquel, en dépit des arrangements et faux-semblants de la représentation et de la participation, se réduit trop souvent la normativité hiérarchique classique, et en même temps éloignée, des

¹⁴ Cf. sur ces notions de normativité spontanée, imposée et dialoguée, G. TIMSIT, *Normativité et régulation*, précité.

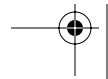
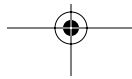


*MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE*

désordres du marché. La quadrature du cercle, apparemment. Pour que s'instaure un dialogue, et de cette nature, l'on a assisté à un double effort – d'abord, de réinvention de l'État. Il s'est fait sous deux formes. L'une, la plus neuve et la plus spectaculaire – la plus générale aussi : elle s'inscrivait dans un mouvement commun à l'ensemble du monde occidental – a consisté à réduire ses dimensions : réduction du périmètre étatique par les privatisations, dénationalisations et autres mesures de libéralisation, déréglementation ou mise en concurrence. L'autre forme de la réinvention de l'État a consisté – et elle a coïncidé dans le temps presque exactement avec la première – en la création et la multiplication pour mener des actions publiques de ce qu'en France l'on a appelé des autorités administratives indépendantes. Inutile d'insister sur ce phénomène lui aussi largement commun à l'ensemble du monde occidental. Il faut simplement noter ici l'un de ses objectifs évidents. L'indépendance plus ou moins réelle des A.A.I. a pour fonction manifeste, de la part de ces autorités en en faisant des interlocuteurs autonomes à côté de l'État, de permettre que celui-ci ne soit plus seul en mesure de dicter sa loi dans les secteurs concernés de l'action publique.



L'organisation du dialogue normatif s'analyse, d'autre part, en un effort de promotion, face à l'État, de la société civile. Il s'agit alors de ne plus laisser à l'État et ses institutions, même périphériques, le monopole de la représentation de la collectivité. Sans doute n'est-ce pas d'hier que les partenaires civils de la puissance publique sont associés, au moins par les procédures de la consultation et de la concertation, aux processus d'élaboration des normes. Mais désormais et systématiquement, les O.N.G., les associations de citoyens, de consommateurs ou de producteurs, les entreprises privées elles-mêmes en tant que telles, et parce qu'elles tiennent une place essentielle dans le secteur économique où elles agissent, se trouvent intégrées non seulement, comme c'était déjà le cas dans les processus d'élaboration normative, mais aussi qui est radicalement nouveau dans les processus d'édiction et de mise en œuvre des normes ainsi élaborées. Ainsi le sont-elles soit sous la forme, à laquelle on commence à s'habituer, de la co-régulation – puissance publique et partenaires de la société civile s'associant encore, dans des proportions variables, dans le processus normateur –, soit sous la forme radicalement neuve au regard des standards traditionnels de la

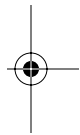
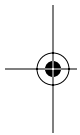




NOUVELLES CONSIDÉRATIONS SUR LE DIALOGISME NORMATIF

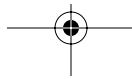
production normative, de l'auto-régulation – celle-ci désignant alors le fait pour des acteurs du secteur privé (entreprises, associations, etc.) de s'engager à respecter les dispositions qu'ils ont eux-mêmes, seuls, élaborées et réunies en codes de conduite ou de bonnes pratiques ou en recueils de normes de certification, sans intervention de la puissance publique.

B. On conçoit que les normes ainsi produites présentent quelque originalité – à deux égards essentiellement, pour ce qui nous concerne. D'abord quant à leurs caractères : des caractères exactement inversés par rapport à ceux de la normativité bureaucratique et hiérarchique traditionnelle. Là où existait un droit de l'État contraignant, général et impersonnel – impérativité, fixité, uniformité – se met en place une normativité où désormais se voient privilégiées ces formes nouvelles de l'action publique dont la non-impérativité – et comment s'en étonner, s'agissant d'une normativité dialoguée ? – est une caractéristique dominante. Le deuxième caractère de cette nouvelle normativité est ce que l'on pourrait appeler sa contextualité. Là encore, c'est une caractéristique qui découle directement du caractère dialogal de la norme. On ne saurait en effet, dans une situation de dialogue, édicter des normes qui ne tiendraient pas compte de la situation singulière qu'elles sont appelées à régir et du contexte dans lequel elles interviennent. D'où non seulement la contextualisation croissante de la normativité, mais l'émergence et la multiplication de droits que l'on accuse d'être des droits de dérogations ou d'exceptions. Manifestant la singularité¹⁵ de cette normativité, ils peuvent en menacer, il est vrai, la prévisibilité et la sécurité. Et c'est précisément le dernier caractère de la normativité dialoguée – sa mutabilité en effet. On peut en trouver un signe dans le phénomène qui est en train d'affecter le droit public des autorisations administratives unilatérales. On sait que, depuis les années 90, sont contingentées en France, dans un souci de protection de l'environnement, les émissions de gaz à effet de serre¹⁶.



¹⁵ Par opposition à la généralité de la loi ou de la réglementation classique.

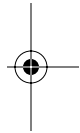
¹⁶ Voir sur tout le développement qui va suivre, M.A. HERMITTE, « La nature juridique des quotas de gaz à effet de serre – une histoire intellectuelle », dans Université Paris 1/CNRS-UMR 8056, *Annales de la régulation*, vol. 1, 2006, LGDJ, Paris, 2006, p. 541-583.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

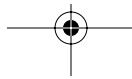
A été institué à cet effet un système de quotas délivrés par la puissance publique¹⁷ aux entreprises polluantes – ces quotas s’analysant donc en des autorisations administratives unilatérales d’émettre, dans la limite des quotas attribués, des gaz à effet de serre. Or, ces quotas peuvent être négociés sur le marché par les entreprises concernées, celles-ci pouvant soit vendre les quotas non utilisés, soit acheter, en vue d’augmenter leur propre capacité de polluer, les quotas dont des entreprises tributaires n’auraient pas fait usage. Se trouvent ainsi bouleversées les catégories traditionnelles du droit et modifié du tout au tout son degré de mutabilité... Alors qu’à l’origine, dans le droit français classique des autorisations administratives, celles-ci ne pouvaient être considérées que comme inaliénables et intransmissibles par essence, elles sont désormais, dans le système des quotas, cessibles, et sans conditions, sur le marché... On comprend alors que l’on ait pu s’interroger avec perplexité et quelque ironie sur cette évolution qui ferait des autorisations administratives des « biens meubles »¹⁸...



C. On ne peut également qu’admettre que doive se produire, en raison même des caractères de cette nouvelle normativité, une profonde modification de ses modes de contrôle – des contrôles qui se trouvent réorientés dans une triple direction. D’abord, vers un contrôle de la procédure d’adoption des normes. Il s’agit en effet de vérifier que la norme a été effectivement adoptée au terme d’une procédure dialogale – d’où l’importance des exigences de transparence, équité, etc. destinées à garantir l’existence et la qualité du dialogue qui doit précéder et accompagner l’édiction de la norme. Cette justice procédurale, où certains, trop rapidement peut-être, seraient tentés de voir un substitut à la justice tout court, ne saurait suffire. Elle est renforcée, dans le domaine des normes de régulation, d’un autre contrôle : celui des motifs. L’objectif est là de prendre en considération ce fait, désormais banal, que la nouvelle normativité se trouvant souvent, on l’a vu, réduite à des directives ou des orientations à caractère programmatique, ce n’est plus tant

¹⁷ Qui a elle-même reçu de la communauté internationale une certaine quantité de droits d’émission.

¹⁸ Cf. Y. JEGOUZO, *Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ?*, AJDA, 10.05.2004, p. 945.





NOUVELLES CONSIDÉRATIONS SUR LE DIALOGISME NORMATIF

la substance elle-même de la norme, compte tenu de son indétermination, qui peut faire l'objet d'un contrôle que le respect des motifs qui doivent animer ceux qui agissent en vue de la mise en œuvre de cette norme. Enfin, et inévitablement, en raison même de ce déplacement en direction des motifs, c'est un contrôle des valeurs elles-mêmes qui président à l'adoption des normes qui finit par s'imposer. Nouvelle source d'inquiétude d'ailleurs, si l'on devait négliger la notion de valeurs inclusives et admettre que les valeurs à faire respecter sont celles, seulement, d'une morale collective et anonyme dont le fonctionnement du marché selon les règles de la concurrence serait seul garant.

On assiste ainsi à une transformation vertigineuse de la normativité. Naissance d'une normativité dialoguée. On comprend que, les vertiges provoquant des éblouissements, certains aient pu, sur certains points, y rester aveugles.

