

Les figures de l'ordre juridique dans les relations entre le droit et son environnement

Pierre Moor

© Springer Science+Business Media Dordrecht 2013

Résumé La question posée est celle des interfaces entre le système juridique et la société. Le contexte social du droit n'est pas pris ici comme surdéterminant, le droit se développant de manière autoréférentielle, dans une mesure, certes limitée, limites qu'il convient précisément d'analyser. Il y a entre le système social et le système juridique une circulation constante d'informations, qui passent par ce que nous appelons les figures juridiques. Celles-ci—le législateur, le juge ou le sujet de droit—sont en situation de choisir dans le contexte social ce qu'elles décident d'y prendre pour lui donner statut de norme. En cela, la figure juridique fait acte politique: elle ne prend pas le contexte auquel elle fait face comme un donné «naturel» qui s'imposerait à elle univoquement, mais elle choisit dans la complexité de ce contexte ce qui lui semble correspondre à l'univers juridique auquel elle appartient. Cela est possible de par sa position même dans chacun des deux univers—c'est sa véritable situation—d'un côté comme fonction juridique et de l'autre, mais en même temps, comme acteur social: elle a à dire ce qui peut passer de l'un à l'autre, elle ne répète pas ce que l'un ou l'autre dit; elle se trouve en situation parce qu'elle est le lieu de passage entre deux mondes non concomitants dans leur existence propre, mais entre lesquels elle a à faire correspondre un discours qui donne et prene sens.

Mots-clés Epistémologie juridique · Système juridique et société · Autorités · Sujet de droit · Unité de l'ordre juridique · Réseau

P. Moor (✉)
Institut de droit public, Université de Lausanne, 1015 Lausanne, Switzerland
e-mail: pierre.moor@citycable.ch; pierre.moor@unil.ch

1 Introduction

1.1 L'objet de la théorie du droit

Les normes de l'ordre juridique¹ ont, en tout cas pour la plupart, pour objet des rapports entre des personnes, physiques ou morales (l'Etat y compris): autorités, propriétaire, créancier, débiteur, contribuable, etc.; on peut même dire que le propre du droit est de les définir et d'en établir le régime. Ce ne sont cependant pas ces relations, lesquelles forment en quelque sorte le *contenu* de l'ordre juridique, qui seront l'objet du présent texte. Car le concept de relation peut intéresser la théorie du droit sous un autre angle: celui du *fonctionnement* de l'ordre juridique, particulièrement dans les relations qu'il entretient avec son environnement—il s'agit alors d'établir *comment* le contenu est déterminé. Le droit comme système obéit à une certaine organisation structurelle, qui lui permet d'appréhender la «réalité» et de *construire* à son propre usage le monde dans lequel il se trouve fonctionner comme droit. Ces structures de fonctionnement lui sont *internes*—elles constituent sa logique, si l'on veut, dans un sens large du terme; ce sont des structures qui lui sont propres et qui définissent donc son identité.

Et la question est de savoir comment cette logique lui permet aussi bien de recevoir des messages de son environnement que de lui en faire parvenir. En effet, le droit lui-même n'est qu'un sous-système et on ne peut le comprendre lui-même que si l'on comprend en même temps comment s'établissent ses relations avec l'ensemble plus vaste dans lequel il s'intègre. Pour ce faire, nous allons d'abord nous arrêter, dans un moment d'explicitation, sur les structures de cette logique interne, avant de montrer, dans le moment de cette *structuration*, comment les relations internes constituant ces structures sont le moyen même par lequel peut s'établir un réseau de communication avec l'*extérieur*.

Mais avant de le faire, il faut bien s'entendre sur le concept de droit, c'est-à-dire sur l'objet même de la théorie du *droit*. Car, si on envisage les différents courants qui ont caractérisé la discipline au cours du siècle passé—disons, pour simplifier, de Kelsen à Ross en passant par Hart et Perelman—, ce n'est pas seulement les outils théoriques qui diffèrent, mais aussi, sinon surtout ce qui est compris comme étant le «droit». Il importe donc de préciser préliminairement l'orientation à laquelle nous nous rallions, et qui est plutôt celle de Perelman: le droit non comme système de normes existant en soi, en dehors du jeu des acteurs sociaux qui s'y réfèrent et le font fonctionner, ni non plus, inversement, comme ce jeu en tant qu'il produit de lui-même une régularité créative de normes. Pour nous, le droit est une *praxis*²: un

¹ Nous avons renoncé à munir ce texte d'un appareil critique détaillé, le sujet traité ici s'inscrivant dans le contexte théorique qui est exposé dans Moor [16] et [17]; on y trouvera une bibliographie plus complète.

² Mis à part Perelman [21 et 22], mais de manière plus systématique, Müller est le premier, dans sa théorie structurante du droit, à mettre en lumière la dynamique de la production des normes comme *praxis*—[19], spécialement p. 43, 190, 193, 227 s. (1^{ère} édition allemande, 1976). La description du travail du juge par Latour [13] est, en ce sens, un apport indispensable à la théorie du droit.

ensemble de normes (l'ordre juridique) tel qu'il est travaillé par des acteurs qualifiés (les juristes et, plus largement, tous ceux que nous regroupons sous le concept de «figures de l'ordre juridique»)—ou, en renversant la perspective, le droit est le travail d'acteurs qualifiés qui, œuvrant sur des textes spécifiques («textes normatifs»), produisent des normes.

1.2 Théorie du droit et sociopsychologie du droit

Si nous réintégrons un système d'acteurs dans le concept de droit, il ne s'agit pas pour autant de faire de la sociologie ou de la psychologie du phénomène juridique. C'est pourquoi aussi nous parlerons de *figures* de l'ordre juridique, qui sont, *en même temps*, et des acteurs sociaux et des constructions normatives (législateur, juge, sujet de droit). En effet, ce qu'il s'agit de montrer, c'est que la structure dynamique interne de la logique du droit—celle de l'édifice normatif en tant que système organisant différentes fonctions—ne peut s'expliquer sans l'intervention active de ces figures, dont, d'une part, le statut est posé par l'ordre juridique et obéit donc à une structure logique et des contraintes *juridiques*—mais qui, d'autre part, intègre les rôles des acteurs sociaux qui occupent les rôles assignés par le système juridique, mais pour lesquels les déterminations suivent bien évidemment des contraintes sociales, et non pas juridiques. Il y a, à l'intérieur de la figure juridique, une double articulation, qui opère de manière différenciée. D'un côté, en définissant les fonctions propres qui en assurent les opérations, elle permet la clôture interne du système juridique, dans la mesure où, ainsi, elle l'identifie spécifiquement parmi les autres systèmes sociaux. De l'autre, en même temps, elle assure l'ouverture de ce système sur son environnement, puisque ce sont des acteurs sociaux qui mettent en œuvre ces fonctions. En analysant cette double articulation, nous ne quitterons donc pas le terrain de la théorie du droit, mais désignerons les lieux mêmes où s'opèrent les échanges entre le système juridique, lieux dans lesquels la théorie du droit et la sociopsychologie peuvent se rencontrer dans leurs champs respectifs.

Continuent donc de relever de la sociologie ou de la psychologie du droit, premièrement, l'analyse du contenu des informations qui circulent entre le système juridique et son environnement et, secondement, celle des caractéristiques socioéconomiques et idéologiques des acteurs sociaux qui occupent *en fait* les positions définies *en droit* comme étant celles de ses figures. Et relève de la théorie du droit l'analyse du fonctionnement interne du système juridique, c'est-à-dire des opérations spécifiques par lesquelles il reçoit des informations—des *messages*—de son environnement, les travaille et les lui renvoie. C'est précisément pour mettre ces articulations en évidence qu'il est nécessaire d'envisager le droit comme une praxis, plus précisément un travail de production de sens, et non pas un édifice de normes; et, puisqu'il est question de messages et de sens, la théorie du droit va s'élaborer comme une sémiotique. C'est cette approche qu'il convient d'abord d'exposer, comme un prolégomène indispensable.

2 La théorie du droit comme sémiotique juridique

2.1 Situation factuelle et représentation

La structure interne du droit, qui gouverne la logique de son fonctionnement, peut être appelée de *représentation*: l'extérieur, c'est-à-dire l'univers des purs faits, est représenté dans le raisonnement juridique par les notions composant les règles de droit: par exemple, tel ou tel comportement constitue, dans le langage juridique, un "acte fautif". Plus précisément, il y a, au moment où le droit est saisi pour régler un litige, une *appréhension juridique* des faits, de telle manière que l'argumentation par laquelle une solution va être produite travaille d'abord à leur reconstruction (ce qu'on appelle les «faits pertinents»), puis *avec* leur reconstruction, pour en faire l'occurrence d'une notion juridique. Il en ressort que la *situation factuelle* (la «réalité») est représentée dans le code juridique par des éléments codants (que nous venons d'appeler «notions»); à l'*intérieur* du code, on peut se livrer ensuite sur ces éléments à un certain nombre d'*opérations*, dont la dernière (la «solution»: "Dupont, auteur d'un acte fautif, doit à la victime, Durand, l'indemnisation du préjudice qu'elle a subi") renvoie à nouveau à une situation factuelle, le cas échéant future (Dupont versera ou non l'indemnité fixée).

2.2 Signifiant et signifié

Ces éléments sont des signes: le côté signifié est le sens «juridique» (qui découle d'opérations du code), le côté signifiant est un signe de la langue ordinaire.³ Par exemple: un échange de correspondances sur un objet déterminé entre deux individus est une situation factuelle, «contrat» est le signe juridique, dans lequel le signifié "contrat" est la définition donnée par le droit et le signifiant le mot/contrat/dans la langue ordinaire.⁴ L'utilisation de la langue ordinaire sert évidemment à rendre le code juridique non seulement opérable entre juristes, qui doivent bien pouvoir communiquer entre eux,⁵ mais aussi accessible à la lecture et à la compréhension de tout un chacun: ce second aspect est primordial dans l'évolution historique vers l'Etat de droit. Mais il faut souligner tout de suite que, par définition, cette accessibilité en quelque sorte *profane* ne peut être que relative.⁶ Elle limite

³ Pour un développement de ces différents concepts de sémiotique, cf. notamment Klinkenberg [12].

⁴ En sémiotique, l'emploi des barres obliques (//) entourant un signe sert à identifier le signifiant, les guillemets ("") le signifié.

⁵ On sait qu'on pourrait certes imaginer un système formalisé autrement que par le recours à la lexique et à la syntaxe de la langue ordinaire—des tentatives ont été esquissées; mais, dans l'abstraction à laquelle la formalisation les contraint, elles laissent de côté la phase de l'application concrète du droit, c'est-à-dire de sa praxis (cf. ci-dessous note 22).

⁶ Cf. la définition—désormais classique—que la Cour européenne des droits de l'homme donne de la loi: «[...] on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé» (Affaire Sunday Times c. Royaume-Uni [no 1]—, Série A, 26.4.1979, vol. 30, § 49; jurisprudence constante, cf. Affaire Centro Europa 7 c. Italie, Requête 38433/09, § 141).

certes les possibilités sémantiques du code juridique, qui, de manière qu'il reste opérable et accessible, ne peuvent dépasser celles de la langue ordinaire; mais elles peuvent puiser dans toutes les possibilités sémantiques (lexicales, syntaxiques, rhétoriques) offertes par elle pour déterminer le sens que le code va lui conférer. En effet, le signifié de celle-ci n'est pas nécessairement—loin de là—celui du code juridique: par exemple, /forêt/(au sens de la loi qui interdit les défrichements) peut avoir un sens beaucoup plus étendu que les groupements d'arbres communément appelés «forêts» dans la langue ordinaire; de même, /chien/peut avoir pour signifié juridique “tout animal dangereux pour la sécurité des usagers”—les figures de style (ici une métonymie) étant permises dans la langue ordinaire et étant donc incluses dans les possibilités sémantiques ouvertes.

Quant à elle, la situation factuelle désignée par le signe est dite son *réfèrent*; elle n'est pas son signifié, puisqu'elle fait partie du monde extérieur au code, lequel la codifie (la «représente», la «reconstruit», c'est-à-dire lui donne un sens qu'il détermine lui-même—du moins en partie, comme nous le verrons, en examinant comment ce sens peut être surdéterminé par les savoirs sociaux).

Les opérations faites dans et au moyen du code à partir de cette reconstruction sont garantes de la conformité du dernier signe (celui qui boucle la chaîne des opérations—la «solution»—et désigne le réfèrent final) avec le code. Ainsi, dans une situation factuelle dans laquelle il y a eu un échange de correspondance entre Durand et Dupont, sur la portée duquel ces deux personnes sont en désaccord, le code la qualifiera de “contrat” et le comportement de Durand d’“inexécution fautive” (par exemple, si Durand a livré une marchandise défectueuse). Ce dernier signe produit à son tour la signification que le système juridique donne comme conséquence du comportement qui lui est soumis pour jugement, à savoir “Durand est débiteur de Dupont de la somme de x”; le réfèrent (final) est une situation factuelle future (postérieure à l'arrêt), ou plutôt, ici, deux situations factuelles éventuelles et alternatives, soit le versement volontaire de la somme par Durant, soit son non-versement (dans cette éventualité, la nouvelle situation factuelle ainsi provoquée par Durant pourra faire l'objet d'une nouvelle procédure, simplifiée par rapport à la première, d'exécution forcée, et d'un nouvel enchaînement de significations, largement prédéterminé par le premier).⁷

2.3 Clôture sémantique

Nous avons employé le terme de signe. C'est une simplification, par rapport aux signes d'autres codes. Les «signes» juridiques ne se renvoient pas les uns aux autres par un jeu ouvert de dénotations et de connotations (comme pour “chien” dans la langue ordinaire); ils entrent dans des ensembles sémantiques relativement contraints, qui forment des cheminements logiques, ou des arborescences cohérentes.

⁷ Cf. pour un plus ample développement, Moor [17], p. 209 ss.

Ces contraintes sont celles qui découlent des textes normatifs comme ensemble constituant formellement le code juridique.⁸ Elles définissent, en même temps que les notions qu'ils exposent, la *logique* spécifiquement *textuelle* du droit, en ce que toute argumentation juridique *doit* s'y référer et ne peut se référer à aucun élément qui ne puisse, d'une manière ou d'une autre, s'y rapporter.⁹

Par exemple, "droits fondamentaux" appelle "restriction", qui appelle "validité", qui appelle "légalité", "intérêt public", "proportionnalité"; de même, par exemple, pour "contrat" ("capacité civile", "forme", "prescription", etc.). Chaque signe, en d'autres mots, est en relation avec d'autres signes, dont l'ensemble constitue une cohérence de significations; cet ensemble désigne, sous réserve de lacunes qu'il faudra combler, les différents types de situations factuelles qu'il y aura le cas échéant lieu de qualifier (par exemple, le créancier attend longtemps avant d'exiger la prestation due: y a-t-il prescription?). C'est pourquoi il vaudrait mieux parler de concepts, de notions juridiques plutôt que de signes—suivant le contexte, nous emploierons ces différents termes. Chacun de ces concepts, chacune de ces notions a une définition (une entrée dans le dictionnaire juridique) et une encyclopédie de cas à l'aide desquels des cheminements peuvent se construire pour aboutir à la signification finale (par exemple, "l'Etat peut interdire le port du voile islamique aux enseignants musulmans").¹⁰ De telle sorte qu'il y a une certaine rationalité prédéterminée dans les étapes successives du cheminement (la liberté de croyance est-elle restreinte par une telle interdiction? Le port du foulard est-il un «acte religieux»? Les fonctionnaires peuvent-ils être astreints à des obligations auxquelles les particuliers ne peuvent l'être? La laïcité de l'enseignement vise-t-elle seulement le contenu de l'enseignement ou également des manifestations purement passives de l'appartenance à une religion?). De question en réponse, dans l'ordre posé par ces ensembles sémantiques, il y a un cheminement argumentatif qui, par le fait même que des questions sont posées par le code et que les réponses doivent être données avec les éléments du code, est garant de la rationalité que le code donne.¹¹ Ces passages successifs sont donc sémantiquement *clos*: eux seuls légitiment la solution, dans la mesure où l'argumentation *doit* suivre le cheminement et *ne* peut suivre *que* ce cheminement. La clôture de la logique textuelle résulte de ce que seuls peuvent être pris en compte les textes normatifs en vigueur au moment où la décision juridique doit être prise: ceux-ci constituent en quelque sorte le stock des arguments auxquels *on peut et on doit* recourir.¹² Et elle est nécessaire, pour éviter

⁸ Textes normatifs: tous les textes qui sont émis selon les règles de compétence et de procédure du code lui-même et qui, de ce fait, lui appartiennent en propre: conventions, constitution, lois, règlements, et aussi la jurisprudence (mais ce point doit être différencié; cf. Moor [17], p. 182, 306, 316): c'est ce qu'on appelle l'*autoréférentialité* de l'ordre juridique et son *autopoïèse*—cf. notamment, sur ces concepts, Luhmann [14], p. 355 ss, et [15], p. 53 ss; Teubner [26], p. 30 ss, 44 ss; et, à leur suite, Moor [17], p. 202 ss.

⁹ Sur le concept de logique textuelle, cf. Moor [16], p. 165 ss, et [17], *passim*, notamment p. 242, 255.

¹⁰ Sur la distinction entre dictionnaire et encyclopédie, cf. Eco [7], p. 110 ss.

¹¹ Par rationalité, nous entendons un discours accessible à une discussion critique des arguments présentés pour justifier la solution retenue, et non pas, évidemment, la possibilité d'une démarche aboutissant à la seule alternative vrai/faux.

¹² Moor [17], p. 202 ss.

que le choix argumentatif soit illimité, et permettre ainsi que les parties à la discussion sachent par avance quels sont les termes du débat.¹³ Ainsi est réduit le risque d'arbitraire dans l'exercice du pouvoir.

Il ne s'agit pas à ce niveau, précisons-le, d'une méthodologie prescriptive, mais d'une contrainte inhérente à la logique d'un système clos de textes, qui requiert l'intégration de tout nouvel élément. En revanche, au niveau de l'acteur qui revêt une fonction instituée par le système juridique, elle est prescriptive; et il y a, aux manquements dans l'exercice de la fonction qui se produisent inévitablement et qui peuvent être qualifiés d'erreurs argumentatives,¹⁴ des remèdes—tels que les voies de recours et de révision ou les revirements de jurisprudence; la doctrine joue aussi un rôle critique, bien qu'il ne puisse s'agir que de propositions.

Il reste, et c'est ce qui est ici le plus important, à voir comment ce système peut s'ouvrir à son environnement; il y est même contraint, nous le verrons, dans la mesure où rarement le code est capable d'apporter à lui seul les éléments d'une réponse et où, par conséquent, le recours à des arguments externes est incontournable. La logique textuelle ne peut être que relative.

2.4 Signifié juridique et signe linguistique: l'interprétation

En ce qui concerne la relation entre signifiant et signifié dans le code juridique, elle a ceci de particulier qu'elle n'est pas gouvernée par le principe du rapport arbitraire entre eux, rapport typique de la plupart des systèmes sémantiques.¹⁵ Le signifié juridique doit avoir au moins un certain rapport avec le signe linguistique qui lui sert de signifiant. Dans l'exemple ci-dessus, si le signifiant est /chien/, le signifié juridique peut être "animal dangereux" si le signe linguistique, dans le code linguistique, permet ce genre de lecture (dans notre exemple, par métonymie). Ainsi est assurée—au moins dans une certaine mesure—la communicabilité des assertions codées juridiquement à des personnes qui, bien qu'elles ne soient pas familiarisées avec la langue du code, en sont néanmoins les destinataires; non seulement cette langue doit leur rester accessible, mais aussi le recours à une des possibilités d'usage commun du terme donne en même temps au sens juridique une rationalité communément admissible. Nous sommes ici dans le domaine de l'*interprétation*.¹⁶

Il se trouve donc que l'interprète a, pour produire le signifié juridique, une liberté qui, dans la mesure où ce sens ne peut pas être défini par les seules ressources du code juridique, n'est limitée que par le cadre donné par celui de la langue ordinaire;

¹³ Moor [17], p. 65.

¹⁴ Concept qu'il faut comprendre objectivement: c'est la motivation de la décision qui importe, telle qu'elle est exposée ou, dans les régimes où elle est sommaire, telle qu'elle peut être reconstituée, et non pas les motifs d'ordre psychologique. Sur l'histoire, mal connue, de l'obligation de motiver, mal connue, cf. Godding [10], p. 37 ss; sur les fondements philosophiques et, aussi, la pratique française actuelle, Géa [9], particulièrement le tome 3 de sa monumentale étude, qui met au premier plan la nature *dialogale* du droit comme échange permanent de *discours*.

¹⁵ Arbitraire veut dire ici non motivé, en ce sens qu'aucune caractéristique du signifié ne peut expliquer la forme du signifiant.

¹⁶ Nous appelons *interprétation* la définition du sens abstrait d'un texte normatif telle qu'elle est formulée par l'interprète pour être substituée à la formulation originale de ce texte (Moor [17], p. 242).

une telle situation est d'ailleurs fréquente, le code juridique ne définissant pas toujours sans aucune possibilité de polysémie les notions qu'il emploie. C'est dire que, alors, la nécessité de définir des notions juridiques *autrement* que par les ressources propres du code *ouvre* la sémantité juridique, en requérant, pour déchiffrer des éléments codés, une lecture alimentée par une expérience *extérieure* au code. Par exemple, s'il s'agit de définir ce qu'il faut entendre par "qualité essentielle", lorsqu'il faut qualifier le reproche qu'un mari désireux de faire annuler son mariage adresse à sa femme qui, dit-il, lui aurait caché quelque chose.¹⁷ On voit ici que la structure même de la sémantité proprement juridique, ainsi explicitée (le signifiant est constitué par un signe de la langue ordinaire), est l'élément par lequel s'opère la relation entre l'ordre juridique et son environnement, établissant une communication entre l'un et l'autre (autrement dit, dans une autre terminologie, une mise en réseau), permettant aux savoirs, aux expériences, aux usages sociaux de pénétrer l'ordre juridique en y étant assimilés.

2.5 Signe et référent: l'application

Toujours dans l'ordre sémantique, il y a la relation entre le signe et le référent. Par exemple, tel groupement boisé (situation factuelle) est-il une "forêt" (au sens d'une loi qui interdit "le défrichement des forêts"), tel monument est-il un "monument digne de protection"? C'est la thématique des «faits pertinents»: l'interprétation du signe montre ce qui, dans la dimension abstraite, l'intéresse dans le référent concret en vue de sa représentation et des opérations prévues par le code—des paramètres, peut-on dire, dont la présence ou l'absence concrète détermine la pertinence du signe pour qualifier la situation factuelle dans le cas d'espèce; le signe est-il pertinent, les opérations du code peuvent être entreprises. Et c'est cette présence (ou cette absence) dans le référent qui constitue (ou non) les «faits pertinents», lesquels, loin d'être des «faits», sont leur «récit» juridique, c'est-à-dire une reconstruction.¹⁸

Ainsi, s'agissant d'un ensemble singulier d'arbres, ses caractéristiques concrètes concernant sa surface, la nature des espèces qui le composent, la densité végétale, la situation topographique—les paramètres abstraits découlant de l'interprétation—fournissent dans la situation factuelle les indices¹⁹ qui autorisent à le qualifier (ou non) de "forêt". On se trouve ici dans le domaine de l'*application*²⁰ (on dit aussi *concrétisation*), et non plus de l'interprétation, puisqu'il ne s'agit pas de déterminer dans l'abstrait la signification d'un signe, mais d'établir la correspondance au signe d'une situation factuelle rétrécie aux paramètres normatifs.

¹⁷ Nous faisons allusion ici à une affaire récente, dans laquelle il s'est trouvé la nuit des noces que l'épouse n'était plus vierge (cf. *Le Monde* du 29 mai 2008). Suivant l'état des mœurs, on définira la "qualité essentielle" de manière à inclure ou non la virginité. Ces problèmes de définition n'apparaissent souvent que dans une situation concrète que la définition antérieure ne permettait pas de résoudre.

¹⁸ Sur ce point, cf. Moor [17], p. 90 ss.

¹⁹ Dans le sens de ce que les logiciens appellent une *abduction*; cf. Eco [7], p. 49 ss, et [8], p. 253 ss; dans l'épistémologie juridique, Moor [17], p. 96, 289 ss.

²⁰ Par opposition à l'*interprétation*: l'*application* est l'opération par laquelle la norme individuelle donnant une signification juridique à une situation factuelle concrète peut être considérée comme un *cas* d'une norme générale; Moor [17], p. 243.

Ici aussi, la structure de la sémantique du code l'ouvre, dégageant le chemin à une relation entre lui-même et son environnement. Car la singularité du cas empêche fréquemment que tous les paramètres y convergent, obligeant l'«applicateur» à un jugement d'ensemble que la notion de “forêt” ne prédétermine pas et qu'il faut donc argumenter en puisant dans des ressources informationnelles extérieures au code. Il en va ainsi de notions aussi importantes—s'agissant par exemple d'un préjudice causé à un tiers accidentellement—que celles de “faute” ou de “causalité adéquate”. Cette dernière notion se définit par les conséquences que, dans le cours normal des choses et dans l'expérience ordinaire de la vie, un homme peut prévoir comme suite de son action: on devine aisément que son «application» ne peut se passer d'un recours à des savoirs ou à des représentations collectives²¹; elle constitue aussi un obstacle insurmontable à une formalisation prédéterminante, qui ignore par définition que ce qui est déterminant est la relation à produire entre les singularités du référent et les paramètres abstraits.²² Elle aboutit à la production d'une norme individuelle/concrète, qui fait du cas singulier une *occurrence* de la norme abstraite, et non pas—comme le fait l'interprétation—une équivalence.²³

Or les notions juridiques dont l'application requiert de construire une telle relation sont en fait les plus nombreuses²⁴; on peut même dire que là réside l'essentiel du travail juridique—du moins si on l'envisage, comme nous le faisons, comme *praxis*, c'est-à-dire comme *travail avec des normes*. Car, dans la plupart des situations, ce qui est *en cause* (dans le sens le plus juridique de ce terme), c'est précisément de savoir si la situation factuelle dont il est question est un cas ou non de la norme générale.

3 Les figures de l'ordre juridique

3.1 La production des textes normatifs

Il y a deux catégories de «signes», ou «éléments», ou «concepts», qui ont une fonction particulière: il s'agit de ce que nous avons appelé au début les figures de

²¹ Pour illustration, voir le cas du pharmacien entreposant sur une étagère, à son domicile, une fiole contenant une substance toxique de couleur rose, qu'un enfant en visite chez lui avec ses parents avale en croyant qu'il s'agit de sirop de grenadine: le pharmacien a-t-il commis un acte fautif, en relation de causalité adéquate avec le préjudice, ou les parents ont-ils violé leur devoir de surveillance? Cf. Moor [17], p. 262, 275, 289.

²² Voir un exemple d'une telle tentative de formalisation, d'où la problématique de l'application est occultée: Sánchez-Mazas [24], p. 779 ss. Voir aussi Alchourrón/Bulygin [1], spécialement p. 27 ss, où des cas individuels sont analysés pour être rangés dans la classe d'un seul et même cas générique, laquelle est définie par une seule et même propriété—une telle univocité est rarissime dans la pratique juridique, ce qui empêche cette méthode d'être typique de la juridicité.

²³ Inutile d'insister ici sur le fait qu'est posée ainsi l'impossibilité logique du soi-disant syllogisme juridique.

²⁴ Reprenant une terminologie de la doctrine juridique allemande, nous les appelons notions juridiques *indéterminées* (*unbestimmte Rechtsbegriffe*; Moor [17], p. 117 ss); on regrettera la formulation négative («in-», «un-»), qui donne à penser que la situation normale est celle de notions déterminées, alors qu'elles sont beaucoup plus rares qu'on ne le pense (données chiffrées, ou fixées par acte d'autorité [par exemple l'état civil]).

l'ordre juridique. Ce sont des signes dont la présence permet l'introduction dans le code juridique de nouveaux textes normatifs.²⁵ Par exemple le "législateur" édicte des "lois", le "juge" rend un "arrêt": exemples de la première catégorie des figures, celle des autorités. La seconde est celle des "sujets de droit", qui s'engagent dans des relations juridiques (contrat, mariage, testament, procès) et, ce faisant, émettent eux aussi des textes normatifs. Cette introduction, c'est ce que nous désignons ici sous le terme d'adoption des textes normatifs—et nous verrons qu'il s'agit proprement d'une *adoption*. Ceux du législateur visent en principe des normes générales, ceux du juge ou des sujets de droit en principe des normes individuelles. Ce qui distingue les deux catégories est la portée de leurs textes respectifs. En principe, les textes normatifs des sujets de droit (par exemple un contrat) ont une portée limitée à leurs auteurs (les parties au contrat). Ceux des autorités ont une impérativité généralisée à l'entier de l'ordre juridique : un jugement définitif ne peut plus être contesté devant quelque autorité que ce soit (sauf des cas exceptionnels, de révision ou de nullité).

En effet, le code juridique n'est ni absolument clos (contrairement aux livres sacrés dont un canon fixe les textes qui en font partie, à l'exclusion de toute adjonction), ni ne connaît en quelque sorte une génération spontanée de textes. Il est ouvert à l'introduction de nouveaux éléments. Toutefois, pour assurer la plus grande certitude quant aux textes (donc aux normes) qui en font partie (ce qui est nécessaire pour assurer la clôture—relative—de sa sémantité), il désigne lui-même les instances habilitées à y introduire de nouveaux ensembles signifiants et les procédures à suivre (il est «autoréférentiel»); il va donc codifier lui-même les situations factuelles qui servent de référent aux éléments signifiants dont la fonction est de régler une telle introduction: par exemple la situation factuelle de la réunion de quelques individus délibérant ensemble, les éléments signifiants que sont la qualité de députés et les phases de procédure.

"Législateur", "juge", "sujet de droit" sont ainsi les signes qui renvoient aux situations factuelles dans lesquelles l'action d'un individu ou d'un collectif d'individus constituera le «fait pertinent» pour l'introduction d'un nouveau texte normatif—acte de volonté du point de vue de son auteur, acte performatif du point de vue des effets que, en l'autonomisant de la subjectivité de son auteur, l'ordre juridique lui confère. Ou, pour utiliser pleinement la signification du terme d'adoption, un texte linguistique entre dans un nouveau code comme dans une nouvelle famille; il n'y a pas de «filiation naturelle», en ce sens que certains textes entreraient automatiquement, uniquement de par leur essence propre, dans le code.²⁶

Une telle configuration a pour effet que les actes du référent dans la situation factuelle (Louis Martin, qui a été nommé juge,²⁷ tient un discours) telle qu'elle est

²⁵ Rappelons que nous entendons par là les textes, émis selon les règles de l'ordre juridique, dont l'objet est de «dire» une norme—la norme est alors le *référent* du texte qui la vise et qui, faisant entrer dans le code juridique des signes nouveaux, la produit; les exemples qui suivent éclaireront cette définition; cf. ci-dessus note 8 et Moor [17], p. 61 ss (sur les textes normatifs), 71 ss (sur leurs rapports à la norme).

²⁶ Même dans le cas de la coutume, il faut qu'un juge en constate l'existence, aux conditions posées par l'ordre juridique, avant de l'appliquer.

²⁷ Il est clair que la situation factuelle de Martin comme juge est précédée par une autre situation factuelle juridiquement codifiée—celle de son élection comme juge.

codifiée (le “juge” rend un “arrêt”) sont immédiatement ceux de la figure (l'arrêt est rendu par le juge Martin, statuant comme le juge compétent). En d'autres termes, Martin en tant qu'individu revêtant l'autorité du juge a émis le texte normatif constitué par l'arrêt, dès lors impératif. *La figure juridique constitue donc un dédoublement*: sous un aspect, la situation factuelle du référent (l'individu qui agit, en parlant ou en écrivant), de l'autre la codification de cette situation factuelle en signes (les actes de l'individu en tant qu'il a été élu juge et qu'il parle en cette qualité et dans les formes requises sont des éléments du code).

De même, les actes du référent André Dupont, qui échange des lettres avec un tiers, actes tels que codifiés (cet échange constitue un “contrat”), sont immédiatement ceux de la figure (Dupont, sujet de droit, a passé un contrat). En d'autres termes, Dupont, en tant qu'individu revêtant la qualité de sujet de droit, a émis le texte normatif constitué par le contrat qui va le lier ainsi que le tiers cocontractant.

Inversement, les actes de la figure ne peuvent être, via la codification, que ceux de l'individu revêtant la qualité définie par l'ordre juridique. Le député, le juge, le sujet de droit—comme signes juridiques—sont nécessairement aussi des individus, situés dans l'univers factuel; ils sont nécessairement, en même temps et immédiatement, des référents.

3.2 Relation sémantique et relation praxique

Il en résulte que la relation entre le signe (“juge”, “sujet de droit”) et le référent (l'individu) n'est pas seulement d'ordre sémantique, mais en même temps d'ordre praxique: le référent met lui-même le code en mouvement, et le modifie en y introduisant, par un acte de langage, un nouvel élément (le texte normatif)—évidemment aux conditions définies par le code pour qu'il puisse être qualifié, en vertu de ce code, comme “juge” ou “sujet de droit” (la compétence, l'exercice des droits civils). L'acte de langage—*dire* (le droit)—a un effet performatif²⁸ dans la mesure où l'utilisation du code linguistique conformément au code juridique a pour conséquence qu'un simple texte devient un texte juridique—*dire le droit*. Les individus créent d'ailleurs précisément la situation factuelle pour qu'elle puisse efficacement servir de référent au code juridique qui va le désigner comme acte performatif.

C'est donc en raison de leur codification juridique que les actes de langage des individus ont un effet performatif—qu'ils deviennent autre chose que ce qu'ils sont comme situation factuelle. Lorsque, dans les formes prévues par le code, le “législateur” dit qu'il adopte une “loi”, il crée par là même un texte normatif; de même lorsque le “juge” dit qu'il prononce une sentence, ou enfin quand deux “sujets de droit” échangent des déclarations de volonté réciproques et concordantes. Rappelant les deux catégories de figures, on dira que, pour la première, la performativité est institutionnelle (découlant de la compétence de l'institution à

²⁸ Pour reprendre la terminologie de John L. AUSTIN. La performativité vient de ce que le code juridique, *se surimposant* au code linguistique, donne à un énoncé une portée que le code linguistique ne peut à lui seul lui donner (Moor [17], p. 177, 231).

prononcer de manière juridiquement définitive), alors que, pour la seconde, limitée dans ses effets aux parties, elle est subjective.²⁹

4 La relation interne dans le dédoublement de la figure

4.1 *Autorité* versus *Individu*

Si on reprend la relation ordinaire entre signe et référent, on se souvient qu'elle est de simple représentation: la situation factuelle est représentée (codifiée) par le signe, elle est «abstraite»—tirée et retirée—de l'univers factuel qui en déterminait l'idiosyncrasie; et, une fois faite cette transmutation dont elle est le simple objet, le code va opérer de manière autonome sur le signe, pour tirer de cette situation factuelle les conséquences qu'il lui impose, en vertu des textes normatifs (et conséquemment des normes) qu'il contient.

En ce qui concerne ces signes particuliers que sont les figures, la configuration a ceci de propre que la situation factuelle (l'acte de l'individu) n'est pas un simple objet, puisqu'un élément praxique y est introduit par le code lui-même: le code (le "juge") agit par l'acte de l'individu. Pour respecter la nature de signe, pour que la situation factuelle ne recouvre pas entièrement le signe et l'empêche d'opérer en tant que signe, le code doit donc éliminer ce qui, dans la figure, serait effacement du signe par l'individu, et ne conserver—le plus possible!—que l'acte dans sa *pure* nature praxique—l'acte pour lui-même.

Pour le juge, c'est l'objet d'une série de règles qui définissent la compétence (le juge ne peut pas se saisir ou refuser de se saisir à son gré), les obligations de récusation, l'exigence de motivation rationnelle des décisions (qui, comme l'institution des recours le montre, doivent pouvoir être identiques quel que soit le juge qui tranche la question).

En ce qui concerne le législateur, l'idéologie est partie du principe que les députés «représentaient» la nation; dans les faits, on a pu penser que les intérêts privés que, en tant qu'individus, ils pouvaient être conduits à défendre s'annulaient les uns les autres. Mais on connaît depuis longtemps la puissance du *lobbying*; aussi certaines règles peuvent-elles servir à mettre en évidence les intérêts particuliers des «élus du peuple», afin que leur influence sur les opinions qu'ils défendent soient reconnaissables.³⁰

²⁹ Cf. Moor [17], p. 177, 231.

³⁰ Ainsi, selon l'article 11 al. 1 et 3 de la *loi fédérale* (suisse) du 13 décembre 2002 *sur le Parlement*, «lorsqu'il entre en fonction et au début de chaque année civile, tout député indique [...]: a. ses activités professionnelles; b. les fonctions qu'il occupe au sein d'organes de direction, de surveillance, de conseil ou autres dans des sociétés, établissements ou fondations suisses ou étrangers, de droit privé ou de droit public; c. les fonctions de conseil ou d'expert qu'il exerce pour le compte de services de la Confédération; d. les fonctions permanentes de direction ou de conseil qu'il exerce pour le compte de groupes d'intérêts suisses ou étrangers; [...]» et «tout député dont les intérêts personnels sont directement concernés par un objet en délibération est tenu de le signaler lorsqu'il s'exprime sur cet objet au conseil ou en commission».

4.2 *Sujet de droit* versus *Individu*

Pour le sujet de droit, le problème est moindre, puisque les textes normatifs émis par lui ont une portée limitée. En effet, l'ordre juridique institue certes le principe de l'autonomie de la volonté, ce qui est la garantie juridique de la subjectivité individuelle du référent; toutefois, en principe, les textes normatifs ne lient les individus entre eux que s'ils ont été adoptés par chacun d'eux au bénéfice de chacun de son autonomie, ce qui réduit le pouvoir autonome de chacun des individus en relation (donc des référents). Et, en cas de conflit entre eux, seul le juge peut le trancher de manière juridiquement incontestable. Certaines règles générales viennent cependant objectiver l'interrelation: par exemple, «chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi», «nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui» (art. 2 II et 3 III du *Code civil* suisse); on peut citer aussi le texte régissant l'interprétation des contrats: «pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention» (art. 18 II du *Code fédéral suisse des obligations*). Ces règles font obstacle à ce que, dans la détermination du contenu de sa volonté, une partie puisse se référer à sa seule subjectivité.

Par ailleurs, les facultés et obligations découlant de la qualité de sujet de droit en dehors de leur consentement (par exemple à raison de la responsabilité civile ou vertu du droit public) sont posées par les textes normatifs institutionnels (émis par les autorités). La généralité de cette proposition est assurée par le principe dit de légalité : aucune obligation ne peut être mise à la charge d'un sujet de droit si elle n'est pas prévue par une loi.³¹

4.3 Ouverture sémantique et savoirs sociaux: la duplicité de la figure du juge

Mais, même ainsi en quelque sorte enchâssés dans le code, les individus (juges ou particuliers), dans la singularité de l'univers factuel et avec leurs idiosyncrasies, débordent évidemment dans leurs actes de ce qui en est retenu sémantiquement dans leur représentation juridique et la définition que donne le code de leurs compétences et de leurs facultés. C'est pourquoi, plus haut, nous avons introduit une réserve: «le plus possible»). La codification ne peut pas éliminer les idiosyncrasies: tout individu est partie d'un univers factuel qui codétermine son appréhension du monde et son discours sur le monde, donc les actes qu'il va accomplir en tant que figure. Et les concepts et notions juridiques des textes normatifs n'arrivent que très rarement à prédéterminer exhaustivement la signification qu'ils donnent à un cas d'espèce— cela est fonction, comme on l'a vu, de leur *densité normative*; l'indéterminé requiert alors l'ouverture sur l'univers factuel dont la figure en tant qu'individu fait partie. Par exemple, s'il faut juger de ce que signifie “causalité adéquate” (soit l'établissement du rapport pertinent entre un acte fautif et le préjudice qui en

³¹ Cf., sur ce principe, Moor/Flückiger/Martenet [18], p. 649–754.

résulte pour un tiers) dans le cas d'un accident concret, le code ne lui fournit qu'un cadre (les textes applicables), et non pas une solution dont il suffirait à établir le bien-fondé: le juge doit déterminer ce qu'un homme doué d'une intelligence normale pouvait considérer comme un effet prévisible de son acte, et il ne peut le faire qu'en recourant à des savoirs—culturels, éthiques, professionnels, techniques—qui sont situés hors du code et qu'il prélève dans son environnement social. Et cet environnement, il le connaît et ne peut—et doit—le connaître que parce qu'il y est immergé en tant qu'individu. Cette duplicité, qui est inhérente à sa situation de figure juridique, lui est nécessaire pour opérer la mise en relation entre l'univers factuel référentiel et l'univers normatif, relation qui lui permettra de *déterminer* les notions juridiques indéterminées: elle consiste en un prélèvement dans le savoir social qui va «transmuter» le plomb de ce dernier en l'or d'une norme. Cependant, l'univers factuel de référence ne se présente que rarement de manière univoque. Les règles, les maximes, les usages, les codes sociaux sont tributaires de représentations sous-tendues par des valeurs.³² Or les valeurs deviennent ambivalentes précisément lorsqu'il s'agit de les concrétiser, en particulier parce qu'il n'y a qu'exceptionnellement une seule valeur en jeu et que leur pluralité est le plus souvent divergente. C'est pourquoi le prélèvement du savoir pertinent repose finalement sur un choix, au bénéfice de toute la liberté que donne l'indétermination des textes normatifs servant de référence, mais néanmoins dans le cadre de leur—plus ou moins forte—densité normative: l'usage de cette liberté doit être argumentée pour pouvoir être ramenée raisonnablement à ce cadre. Il ne s'agit donc pas d'établir qu'une *seule* solution est juridiquement possible, mais que la solution choisie est celle qui s'intègre le mieux en même temps dans l'ordre juridique et l'univers des représentations sociales. S'il y a un choix, c'est que l'acte est aussi politique et, dans cette mesure, participe d'un certain arbitraire—mais cette qualification n'a pas ici de connotation péjorative, elle ne fait que montrer une position que les limites de la logique textuelle rend inévitable, au vu de la nécessité de déterminer a posteriori ce qui est a priori et abstraitement indéterminable.³³

On retrouve ici la relation pratique de l'acte d'un individu qui, en tant que juge, codifie de tels savoirs sociaux—acte qui consiste en la reprise de tels savoirs dans l'ordre juridique et donc en leur codification. Cette reprise est factuellement possible dans la mesure où le juge *comme individu* connaît ces savoirs; elle est juridiquement légitimée dans la mesure où l'individu *comme juge* peut argumentativement les ramener dans l'encyclopédie juridique, c'est-à-dire les construire, à partir des textes existants du stock normatif, comme des *cas* de normes préexistantes. En l'abstrayant—en le prélevant—de l'univers factuel, cette reprise

³² Par exemple, dans le casus du pharmacien donné ci-dessus, la responsabilité pédagogique des parents, qui implique qu'ils surveillent leur enfant; celle du pharmacien qui est censé connaître les dangers que présente les médicaments et prendre les précautions nécessaires.

³³ Jouanjan et Müller l'écrivent bien: «l'agir du juriste [...] n'est pas pur, c'est-à-dire qu'il n'est pas épargné par le pouvoir (la violence)—parce qu'il *en* participe et *y* participe. [...] Dans la forme politique de l'Etat de droit, le pouvoir (la violence, die Gewalt) est “textualisé” [...] en ce sens que le droit de l'Etat de droit travaille le moins possible avec le pouvoir “nu” (et la violence nue), le pouvoir muet établi hors du langage et des textes, en leurs marges, et le plus possible avec le pouvoir (la violence) en tant qu'il est mis en forme linguistique, médié et contrôlable dans le langage » : [11], p. 19.

réduit le référent en un signe, ou un ensemble de signes juridiquement légitimes et dès lors opérables. Certes, le caractère—«seulement»—raisonnable de la solution choisie la relativise; on peut l'observer dans la fonction de la doctrine, qui la commente, l'approuve ou la critique, et qui, dans cette mesure, participe aussi au développement du droit.³⁴ Cette relativité, incontournable, rend nécessaire le principe du caractère définitif des sentences judiciaires—leur impérativité institutionnelle—mais ne fait pas obstacle à ce que leur bien-fondé—leur impérativité épistémique—puisse continuer à être discuté³⁵; c'est d'ailleurs ainsi que l'ordre juridique évolue.

Cette «transmutation» assure donc en même temps la communication de valeurs entre la société et le droit. Les «représentations» sociales sont dans un premier temps ainsi reproduites pour être importées et proprement *représentées* juridiquement. Dans un second temps, assumées dès lors par le droit comme normes, elles peuvent prendre le chemin inverse, sous la forme de textes normatifs communiqués à la société et acceptables par elle parce que ce parcours assure une certaine cohérence entre l'intérieur et l'extérieur du droit—entre ce que le droit dit et ce que la société peut considérer comme conforme à ses valeurs.

Ainsi, fait de *reprises*, le droit est censé ne pas produire de *surprises*. La prévisibilité qu'il ne peut atteindre par la reproductibilité interne de ses notions, faute d'une densité normative suffisante qui permette d'absorber adéquatement les idiosyncrasies concrètes dans les abstractions, il l'atteint par sa perméabilité à son environnement. Il n'y a que dans les situations sociales où se présentent des valeurs conflictuelles que le juge est dans la position d'avoir à sortir de sa réserve pour trancher—et le cas échéant de produire une surprise innovante.

4.4 Ouverture sémantique et pratiques sociales: l'acte de référence du sujet de droit

Bien que ce soit moins manifeste, il n'en va pas essentiellement de manière différente pour les sujets de droit, qui, dans les relations juridiques qu'ils nouent, intègrent aussi des pratiques sociales, leur reconnaissant ainsi valeur de droit. Comme on l'a dit, peu importe que leurs actes respectent ou violent une norme juridique—il suffit qu'ils la considèrent comme une référence. On peut faire appel ici au concept d'infra-droit tel qu'il a été mis en lumière par André-Jean Arnaud.³⁶ Que la référence est correcte, il est vrai que les sujets de droit n'ont pas compétence pour le dire: seul le juge y est habilité. Mais ce qui importe ici, c'est précisément que l'acte qu'ils accomplissent comme individus, ils aient, comme sujets de droit, à le penser en tant que référence correcte.

³⁴ Bien évidemment, il ne s'agit pas de faire de la doctrine une source du droit, en tout cas si on tient à cette trompeuse métaphore, mais de mettre en lumière sa fonction propre dans la dynamique du système juridique, dont elle est partie prenante — et cela depuis la période classique du droit romain.

³⁵ Sur ces deux modes d'impérativité, cf. Moor [17], p. 166 ss, 175 ss.

³⁶ Arnaud [2], p. 338 ss; Arnaud/Fariñas Dulce [3], p. 268 ss. A ce sujet, cf. Moor [17], p. 218 (note 21) et 226 (note 40).

4.5 Sémantisation et référence

Enfin, la relation praxique joue un rôle plus fondamental encore. Lorsque le juge ou le sujet de droit agissent comme tels, ils le font non seulement par rapport au texte normatif selon la signification duquel ils choisissent celle de leur acte et qui va déterminer leur comportement (qu'ils la suivent ou qu'ils ne la suivent pas, peu importe: le voleur sait qu'il n'est pas propriétaire de ce qu'il dérobe), mais ils le font dans le même temps par rapport au système juridique dans sa globalité: car le texte normatif—quels que soient sa valeur ou son fondement éthique—n'acquiert une telle qualité qu'en tant qu'il appartient au système, il n'est jamais valable ni effectif en soi et de par sa propre vertu de norme. Chaque fois qu'ils choisissent un texte comme référence de leur comportement, le juge et le sujet de droit font un acte de *référence* (et ce mot est orthographié à dessein ainsi,³⁷ pour bien marquer qu'il s'agit d'un *acte*), c'est-à-dire établissent une relation à l'*entier* de l'ordre juridique. Le droit ne se détaille pas en normes, il est toujours pris dans son ensemble. Ici aussi, on a un dédoublement qui est propre aux figures de l'ordre juridique: un aspect de l'acte est de sémantisation (en tant que juge ou sujet de droit), l'autre aspect est de référence, laquelle relève de la praxis. Le fait même de cet acte institue la norme comme modèle *en tant qu'*elle appartient au système juridique qui confère à son auteur la qualité de figure—et non pas en tant qu'elle serait pourvue d'une vertu qui lui serait propre. Il n'y a donc de norme que s'il y a sujet de droit, et réciproquement. Et cet acte s'adresse en ces deux aspects aux *autres* sujets de droit pris eux aussi *en tant que sujets de droit*, c'est-à-dire qu'il ne prend sens que dans la mesure où les *autres* figures de l'ordre juridique font de même acte de référence qui soumet les relations qu'ils nouent entre eux au *même* ordre juridique.

Il en découle que le sujet de droit n'a pas à respecter une norme en fonction de sa valeur éthique intrinsèque—nombre de normes n'ont pas de valeur éthique particulière autre que celle d'organiser la vie sociale. Il en va bien sûr autrement de l'individu dans son activité de l'univers factuel, dans lequel sa motivation peut être d'ordre éthique, et cela non seulement par référence aux normes qu'il décide de respecter, mais surtout dans l'acte de référence à l'ordre juridique dans sa globalité.

4.6 Ouverture sémantique et rationalité

Il n'y a pas loin de notre construction à celle, devenue classique, de Kelsen, selon laquelle il faut distinguer entre l'acte de volonté *subjective* finalisé par l'émission d'une norme (ce qui relève du monde du *Sein*) et la signification *objective* de cette norme en tant que prescription juridique (ce qui relève du monde du *Sollen*), valide dès lors que l'acte de volonté se manifeste selon les compétences et formes exigées par un ordre juridique dominé par la *Grundnorm*. Ce qui différencie essentiellement les deux constructions est leur fondement théorique. Ici, et contrairement à Kelsen, la norme n'est pas (seulement) prescription, mais rationalité; ce qu'il s'agit alors d'expliquer, n'est pas l'assomption du subjectif en objectif, mais la structure selon laquelle une telle rationalité peut advenir. Or nous avons vu que celle-ci n'est que

³⁷ Innovation orthographique inspirée évidemment de Jacques Derrida.

partiellement endogène: la densité normative intrinsèque des textes normatifs est le plus souvent insuffisante à satisfaire à l'exigence, et il faut alors recourir à des schémas de rationalité *exogènes*, que l'acte performatif de la figure de l'ordre juridique codifie en les intégrant dans la *raison d'être* de la norme qu'il adopte pour rendre son arrêt; et cela peut se produire parce que la figure agit dans sa double nature. Ce faisant, elle introduit ces schémas dans l'ordre juridique et les restitue à son environnement en tant que normes (qu'elle fait devenir) juridiques. Cette structure de pénétration et d'absorption de l'extérieur dans l'intérieur du droit est celle du *chevauchement*, dans la structure de la figure de l'ordre juridique, de la situation factuelle et du signe dont elle est le référent: la structure—interne—du signe juridique permet à celle—biface—de la figure d'établir des relations constantes avec l'environnement non juridique, voire l'y contraint. Il n'y a donc pas opposition entre deux mondes, comme chez Kelsen, opposition qui ne peut opérer que parce que celui-ci évacue par avance la fonction de communication qui incombe au système social que constitue le droit.³⁸ C'est pourquoi aussi nous insistons sur ce que l'acte de la figure juridique n'est pas seulement à caractériser comme acte de volonté, mais aussi comme acte de langage; et c'est en cette dernière qualité qu'il opère, le langage véhiculant l'argumentation comme prétention à la rationalité et par là communication et ouverture au travail critique.³⁹

5 Sujets de droit et ordre juridique

5.1 Le sujet de droit comme institué par l'ordre juridique

Nous en venons enfin à un point qui agite depuis longtemps la philosophie et les sciences sociales: l'opposition entre une conception holiste ou au contraire individualiste des relations sociales. Les questions sont: le système juridique n'est-il que l'addition organisée des sujets de droit préexistants, ou, inversement, n'y a-t-il de sujets de droit que sur le fondement d'un ordre juridique constructif? Il n'y aura qu'une seule réponse, que nous allons esquisser brièvement en conclusion: les deux propositions sont vraies simultanément.

Premier point. Il ne peut y avoir de sujets de droit en dehors de l'ordre juridique, à savoir des sujets dont l'essence serait donnée en et pour soi, indépendamment et préalablement à cet ordre (il peut en être autrement pour d'autres approches disciplinaires—éthique, sociologique, etc.—ou non, nous ne nous prononçons pas). Le sujet de droit, en tant que concept complexe, réunit un ensemble de facultés, définies par l'ordre juridique et données par cet ordre: essentiellement celle d'émettre des textes normatifs (principalement des contrats) et, en cas de litige, celle de saisir le juge lorsqu'un texte normatif institutionnel est nécessaire pour stabiliser

³⁸ La fonction de validation attribuée par Kelsen à la *Grundnorm* (qu'il s'agisse d'une hypothèse logico-transcendantale ou d'une fiction juridique) est assurée pour nous par l'acte de référence (praxico-sémantique) à l'ordre juridique dans son entier, c'est-à-dire dans toutes les articulations de son organisation systémique: ici aussi, chevauchement, et non opposition.

³⁹ Principalement la doctrine, et il ne s'agit pas essentiellement pour elle de «critiquer», mais d'évaluer la portée de la norme adoptée dans la continuité et la cohérence de l'ordre juridique.

une situation juridique. Sous cet angle, la seconde proposition (holiste) est vraie. Notamment, il n'y a pas, juridiquement parlant, de droits de l'homme en dehors de l'ordre juridique qui les consacre—nous précisons bien, à nouveau, au sens juridique de “droits”; le signifié juridique de “droit” est donc interprété par le code de manière plus étroite que celui de «droit» dans la langue ordinaire (par exemple, dans la publicité de promotion d'une marque de voiture, selon laquelle «vous avez droit au luxe»). Un texte ne peut en effet être reconnu comme normatif (c'est-à-dire entrer dans le tissu des relations sémantiques) que s'il a été émis conformément aux exigences du code, à savoir, notamment, par une figure de l'ordre juridique dont ce texte se réclame et en accord avec l'ensemble de ses textes normatifs. Si un individu conteste la validité de cet ordre juridique, il se situe par le fait même en dehors, et se replace dans l'univers purement factuel, dans lequel il n'y a plus de sujet de droit.

C'est dire autrement que, institué par l'ordre juridique, le sujet de droit est plus que l'individu, puisque, comme figure, il peut alors entrer dans un code qui lui permet la communication ordonnée (signifiante et rationalisée) avec les autres sujets de droit, alors que, simple individu, il ne serait qu'un acteur dans l'univers purement factuel des rapports de force. Conséquemment, le système juridique est plus que l'addition des individus qui composent la société dont c'est le système.

5.2 Le sujet de droit comme constituant de l'ordre juridique

Second point. Il n'y a pas d'ordre juridique sans que celui-ci n'institue les sujets de droit sous la forme des figures juridiques. Cela seul rend possible sa communication avec l'univers factuel—par la voie des textes normatifs qu'ils émettent dans la double qualité qu'ils revêtent en tant que figures. On peut certes imaginer un ordre juridique dans lequel il n'y aurait que des autorités, et sans doute en a-t-il même existé des formes (la plus proche, historiquement, est celle des camps de concentration). Mais, du moins ordinairement, les autorités émettent leurs textes normatifs à l'adresse des individus. Ceux-ci les reconnaissent comme tels et s'y conforment (et cela s'arrête là⁴⁰) ou ne s'y conforment pas (situation factuelle—un vol, par exemple—qui peut déclencher un processus autoritaire institutionnel, débouchant sur un texte normatif—l'arrêt de condamnation); et s'il y a doute sur la conformité, il appartient à l'autorité de le lever.

Toutefois, les destinataires directs d'un texte normatif ne peuvent être qu'un élément du code: c'est-à-dire les sujets de droit, et non pas les individus, qui sont seulement dans la situation de référents, donc de destinataires indirects. Certes, l'autonomie qui leur est reconnue par l'ordre juridique (c'est-à-dire l'étendue de leur compétence à émettre lui aussi des textes normatifs) peut être plus ou moins grande, selon le contenu que la société politique donne au code qu'elle adopte; il n'en reste pas moins que la figure divisée mais unifiante de l'individu/sujet de droit est essentielle à l'ordre juridique pour pouvoir être un droit codifiant les comportements sociaux. Car c'est précisément comme figure que le sujet de droit

⁴⁰ Et peu importe, juridiquement, pour quelle raison ils s'y conforment—par sens éthique, par peur des sanctions, à cause de la force inconsciente de leur surmoi, etc.

renvoie nécessairement à l'individu de l'univers factuel, dont il n'est que la représentation, le signe.

C'est dire autrement que l'ordre juridique est moins que l'addition des figures, puisque celles-ci, qui incorporent sujet de droit *et* individu, intègrent la liberté inhérente à l'univers factuel et débordent donc du cadre du code dessiné par le signe.

Mais il est aussi, en même temps, plus que cette addition, dans la mesure où les figures ne deviennent signe (donc ne donnent sens juridique aux individus) que parce qu'il les constitue comme sujets de droit.

5.3 Circularité de la double dépendance

Le chevauchement de ces deux propositions, antagonistes mais complémentaires (prises chacune pour elle-même, elles seraient chacune fausses), permet la dynamique du système: cette relation dialogique permet qu'il reste «en phase» avec l'univers factuel, communiquant avec lui par la médiation de ses figures, bien que, comme univers sémantique, il s'en différencie. Clos comme ensemble fermé des textes normatifs qui, à un moment donné, sont pertinents, il est ouvert à l'introduction de nouveaux textes, par les actions juridiques des figures individuelles de l'ordre juridique dont cependant il définit dans sa clôture lui-même les compétences. La figure est ainsi d'un côté produit du système et de l'autre elle le déborde.

Dernière précision. La description que nous avons faite de l'ordre juridique n'est pas un nouvel avatar de la théorie du droit naturel. Ces structures ne sont pas la définition de ce que le droit doit être en vertu d'une norme transcendante qui poserait ce que le droit doit être pour pouvoir mériter la qualification de droit. Elles ne résultent pas non plus d'une quelconque nature humaine immanente, selon laquelle elles seraient la seule organisation conforme à l'être rationnel de l'homme. Il s'agit d'une construction politique, produit signifiant de l'imaginaire social-historique («imaginaire» ne signifiant pas «fictif», mais relevant d'un ordre symbolique—non «naturel»—créé par une société); c'est d'ailleurs une autre manière de décrire son autoréférentialité. Que ce produit soit propre à la culture occidentale ou qu'il soit aussi universel que le phénomène linguistique est une autre question.

D'ailleurs, on peut se demander si cette construction va résister aux tendances de l'univers juridique à l'éclatement: droit international, supranational, transnational, ordres juridiques d'origine privée se superposent ou se juxtaposent aux droits nationaux, qu'ils pénètrent selon des modalités et des organisations différentes en fonction des secteurs particuliers qu'ils visent (droits de l'homme, économie et commerce, environnement, etc.—secteurs qui se subdivisent parfois encore davantage selon des régimes juridiques particuliers) et dans des aires géographiques diverses.

5.4 Le sujet de droit dans un ordre juridique en voie d'éclatement?

L'ordre juridique auquel nous nous sommes intéressé est, au contraire, centralisé et, sur un territoire donné, il est le seul; il connaît un système d'autorités hiérarchisées;

la définition de “sujet de droit” y est homogène. Historiquement, il s’est constitué une chaîne logiquement et politiquement cohérente, reliant souveraineté, territoire, Etat, ordre juridique, Etat de droit, sujet de droit. Or une telle chaîne n’existe pas dans les juridicités non nationales qui se multiplient dans un désordre confus. On peut en conséquence douter qu’il y ait véritablement un ordre juridique à leur niveau, qui les intégrerait en système—du moins dans le sens historiquement construit que ce concept a pris jusqu’à aujourd’hui; on doit dès lors au moins hésiter, dans ce contexte juridique devenu complètement hétérogène, sur ce que pourrait bien y constituer un “sujet de droit”⁴¹—particulièrement sur ce qui pourrait bien le définir dans la relation dialogique que nous avons mise en lumière. Multiplement partagé, «délocalisé», «mondialisé», quel sens, et dans quel code pourrait recevoir le «signe» “sujet de droit”, et en référence à quel code? et à quel ordre juridique pourrait-il en donner en retour? Si des théoriciens ont avancé l’idée de réseau pour analyser l’enchevêtrement croissant des «sources» du droit,⁴² on peut néanmoins être assez pessimiste sur la possibilité d’un tel réseau d’intégrer la relation entre “autorité” ou “sujet de droit” d’une part et individu/référent de l’autre dans la structure de la figure de l’ordre juridique, c’est-à-dire finalement celle de maintenir la relation entre l’intérieur de l’ordre juridique et son environnement. Pour qu’un réseau puisse donner sens aux éléments qui le constituent—réseau sanguin, réseau ferroviaire—, il faut qu’il ait une organisation, il ne suffit pas qu’il y ait un enchevêtrement de lignes. Il doit former un système dont l’organisation interne corresponde à un établissement ordonné de ses relations avec son environnement, dans ce qu’il reçoit et dans ce qu’il lui renvoie.

Que les législateurs et les juges arrivent plus ou moins bien à se débrouiller pour intégrer dans leur ordre juridique—avec réticence ou enthousiasme, peu importe—des textes normatifs venus d’ailleurs est une question; il s’agit particulièrement de savoir à quoi il faut, ce faisant, faire acte de référence, pour que l’ordre juridique dont ils relèvent ne devienne pas en quelque sorte étranger à lui-même. Une autre est celle de déterminer avec quel environnement les relations sémantiques exogènes doivent—et même peuvent factuellement—être établies, de telle manière à garantir que l’ordre juridique ne devienne pas étranger à la société dont il constitue le droit. Enfin, il s’agit—*last but not least*—de savoir à quel ordre juridique les sujets de droit pourraient faire acte de référence pour que les individus ne deviennent pas étrangers à leur qualité de sujets de droit.

Les «réseaux» des normes inter-, supra- et transnationales tels qu’ils se sont mis en place actuellement sont tout à fait dépourvus de structures juridiques qui leur permettraient de fournir une réponse adéquate à ces trois questionnements. Cela ne signifie pas pour autant qu’ils soient dépourvus de structures factuelles qui donnent à leurs acteurs (et à leur idéologie) un pouvoir particulier dans la détermination du contenu de ces normes⁴³: bien au contraire, ce pouvoir tire sa force du *défaut* de structures juridiques dans lesquelles il y aurait non seulement des normes mais aussi

⁴¹ Cf. cependant tout récemment l’essai de Peters [23], p. 411 ss (avec d’abondantes références).

⁴² Voir avant tout Ost/van de Kerchove [20]; Delmas-Marty [5 et 6].

⁴³ Sur le «réseau» de ce pouvoir, voir en particulier Corm [4], notamment les chapitres 5, 7 et 8, et, de manière sociologiquement plus approfondie, Sassen [25], notamment le chapitre IV.

des sujets de droit au plein sens de ce terme—constituant l'ordre juridique et institués par lui. Et l'évanouissement de cette relation circulaire ouvre la voie vers un droit purement instrumentalisé, dans lequel l'acte de référence ne peut plus avoir aucune signification. Ce droit crée donc alors un pouvoir *exorbitant*, c'est-à-dire agissant *en dehors* d'un véritable système juridique qui permette aux différentes fonctions autorisant et légitimant l'autoréférentialité de s'exercer.

On pourrait nous accuser de nationalisme! Toutefois, nous ne plaçons pas pour un quelconque retour vers un passé qui aurait été un âge d'or. La mondialisation rend cette évolution inéluctable, quelque pernicieuse que celle-ci soit pour les institutions démocratiques héritées de la *polis* grecque, inventées pour rassembler, sur un territoire déterminé, et dans la constitution d'un Etat de droit, une population dont les individus ont qualité de sujets de droit. Car, même si elle est un facteur d'importance sans doute moindre, cette évolution n'est pas étrangère au sentiment de dépossession de soi qui anime les mouvements populistes, l'«invasion juridique» allant pour eux dans le même sens que l'«invasion physique» de l'immigration.⁴⁴

Que l'évolution soit inéluctable ne signifie pas nécessairement qu'elle soit fatale. Mais, vraisemblablement, faudrait-il inventer, au-dessus des ordres juridiques nationaux, et au-delà des institutions trans-, supra- et internationales existantes, un système dans lequel de nouvelles figures juridiques recevraient suffisamment de stabilité pour assurer les fonctions de médiation—en d'autres mots, un nouvel imaginaire juridico-politique.

Références

1. Alchourrón, C., and E. Bulygin. 1971. *Normative systems*. New York: Springer.
2. Arnaud, A.-J. 1981. *Critique de la raison juridique. I. Où va la sociologie du droit*. Paris: L.G.D.J.
3. Arnaud, A.-J., and J. Fariñas Dulce. 1998. *Introduction à l'analyse sociologique des sciences juridiques*. Bruxelles: Bruylant.
4. Corm, G. 2010. *Le nouveau gouvernement du monde*. Paris: La Découverte.
5. Delmas-Marty, M. 2004. *Le relatif et l'universel*. Paris: Le Seuil.
6. Delmas-Marty, M. 2006. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Le Seuil.
7. Eco, U. 1988. *Sémiotique et philosophie du langage* (trad. Myriem Bouzaher). Paris: P.U.F.
8. Eco, U. 1992. *Les limites de l'interprétation* (trad. Myriem Bouzaher). Paris: Grasset.
9. Géa, F. 2009. *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle—Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*. Paris: L.G.D.J.
10. Godding, Ph. 1978. Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Age à la fin du 18^e siècle. In *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Forières, 37 ss. Bruxelles: Bruylant.
11. Jouanjan, O., and F. Müller. 2007. *Avant dire droit*. Québec: Presses de l'Université Laval.
12. Klinkenberg, J.-M. 1996. *Précis de sémiotique générale*. Bruxelles: de Boeck.
13. Latour, B. 2004. *La fabrique du droit—Une ethnographie du Conseil d'Etat*. Paris: La Découverte.
14. Luhmann, N. 1983. *Rechtssoziologie*, 2^e éd. Opladen: Westdeutscher Verlag.
15. Luhmann, N. 1989. Le droit comme système social, trad. Michel van de Kerchove. In *Droit et société* 1989, 11/12, 53 ss.
16. Moor, P. 2005. *Pour une théorie micropolitique du droit*. Paris: PUF.

⁴⁴ Dans ces milieux, du moins en Suisse, même la Convention européenne des droits de l'homme passe pour «étrangère», et les juges de Strasbourg pour des juges «étrangers».

17. Moor, P. 2010. *Dynamique du système juridique—Une théorie générale du droit*. Zurich: Schulthess, Bruylant, L.G.D.J.
18. Moor, P., A. Flückiger, and V. Martenet. 2012. *Droit administratif I: Les fondements, 3e éd.* Berne: Staempfli.
19. Müller, F. 1996. *Discours de la méthode juridique* (trad. Olivier Jouanjan). Paris: P.U.F.
20. Ost, F., and M. van de Kerchove. 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
21. Perelman, C. 1979. *Logique juridique—Nouvelle rhétorique, 2e éd.* Paris: Dalloz.
22. Perelman, C. 1984. *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*. Paris: L.G.D.J.
23. Peters, A. 2011. Das subjektive internationale Recht. In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 59/2011, 411 ss.
24. Sánchez-Mazas, M. 1986. Le programme «Ars Judicandi». In *Theoria* 1986, 1/3, 779 ss.
25. Sassen, S. 2009. *Critique de l'Etat—Territoire, Autorités et Droit de l'époque médiévale à nos jours*. Paris: Demopolis.
26. Teubner, G. 1989. *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt s. Main: Suhrkamp.