

94.29

Gouverner ou Juger ?

Blasons de la légalité

par **Gérard TIMSIT**

Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Gouverner ou Juger ?

Blasons de la légalité

par Gérard TIMSIT

Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

SOMMAIRE

Gouverner ou juger?

- X. La transcription de la loi
- Y. La transdiction de la loi
- Z. La transgression de la loi.

Gouverner. Juger.

Gouverner ou juger?

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

Il faut en reprendre l'analyse à nouveaux frais -et la prenant au mot, la prendre au piège des mots qui la composent: gouverner et juger. Ce sont des mots qui, dans un État de droit, ont trait à la légalité, le premier au titre de l'action -elle s'inscrit dans la loi-, le second au titre de la sanction -elle doit se limiter à l'exécution de la loi... Mais qu'est-ce qu'exécuter la loi ? -Commence nécessairement, ici, un discours sur la légalité.....

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

Le premier débat renvoie à l'émergence et à l'installation désormais assurée de ce que Simone Goyard-Fabre appelle "un pragmatisme éthico-social"(1). De nouveaux modèles d'administration(2) sont apparus où dominent la désinstitutionnalisation des techniques et la gestion informelle des conflits. Une nouvelle normativité s'est créée qui rend sinon caduque, du moins infiniment moins prégnante, la conception classique de la légalité. Celle-ci supposait que, pour l'exécution de la loi, les faits et les politiques qui lui étaient soumis devaient être identifiables et que les conséquences de la mise en oeuvre de la loi fussent prévisibles -calculables (*rechenbare*), disait Weber-, c'est-à-dire mesurables et clairement imputables à une autorité ou une instance donnée. Loin que ce soit toujours encore le cas, l'on a assisté au contraire, dans les années récentes, à la prolifération de législations et de pratiques -dans les domaines de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, par exemple(3)- qui remettent en cause ces fondements les plus traditionnels de la légalité. De réformes expérimentales et provisoires, exposées à des réévaluations systématiques et périodiques, en "éthique de la discussion et de la négociation"(4), ce que l'on a vu s'installer, c'est une légalité à faible densité normative, à faible degré de précision, dont on a pu craindre qu'elle ne fût pas suffisamment protectrice des droits des administrés qui en relevaient. D'où le développement, en compensation, d'une légalité procédurale. L'imprécision de certaines lois, le développement et l'expansion de tout un droit programmatique -le droit économique.....- ont ainsi trouvé leur contrepartie dans le recours à des normes destinées à renforcer la position des administrés dans le processus de décision, et à leur donner *ex ante* des garanties qu'elles se révélaient incapables de leur fournir *ex post*. Il ne pouvait cependant s'agir là, avec de telles mesures, que d'un transfert et d'un déplacement, sur le plan de la forme, de problèmes de fond. Ces procédures ne pouvaient guère résoudre -si même elles pouvaient en atténuer partiellement les effets- le problème fondamental qui restait posé. Comment garantir l'Etat de droit? Comment assurer que l'Etat soit soumis au droit malgré l'imprécision du droit qui le régit? Comment, en réponse à l'émergence d'une nouvelle normativité, concevoir et construire une nouvelle légalité, aussi forte, aussi protectrice, aussi rassurante qu'elle l'était jusqu'alors?

On a cru pouvoir le faire en redécouvrant -en croyant découvrir- l'existence d'un droit au dessus du droit. L'essor de la pensée des droits de l'Homme, le développement des droits "de la troisième génération", la montée en puissance des problèmes éthiques ont permis la naissance -ou bien n'est-ce qu'un retour?- d'un débat sur la supraconstitutionnalité. Soumission au droit. A un droit supérieur au droit. Mais un droit supérieur au droit est-il déjà, ou bien est-ce encore, un droit? Retour au droit naturel? On y reviendra -naturellement.

Ce qui est sûr, c'est qu'une certaine idée de la légalité a vécu. Le débat qui s'est engagé -depuis assez longtemps maintenant- oblige d'en redéfinir le champ, d'en redessiner les traits. Une nouvelle légalité s'est imposée, moins imposante peut-être. Ce qui n'est pas nécessairement un signe de son déclin. Encore faut-il être prudent, et ne pas , tombant d'un excès dans l'autre, assimiler toujours à un progrès toute forme émergente de cette nouvelle légalité. Il s'agit ici, et pour l'instant, de définir une relation -non de se prononcer sur un état de la civilisation.

I. C'était une relation caractérisée, jusqu'alors, par son monologisme. Le mot, emprunté à la sémantique, a été utilisé au milieu des années 80 (5) pour désigner un type de système normatif et de relations entre normes dont la logique -unique et unitaire: monologique- résultait de cette idée, prévalant dans la conception positiviste, dominante, du droit, que le droit est le produit immanent de la volonté du législateur (6). Il résultait d'une telle prémisse que c'était le législateur, et lui seul, qui, à la fois, donnait à la norme et sa sanction et sa signification. La norme était obligatoire parce que le législateur l'avait voulue -en cas de violation de Sa volonté, une sanction infligée par l'autorité étatique en venait punir la violation. Si, par ailleurs, un doute surgissait sur sa signification, l'interprétation n'en pouvait être donnée, la signification dégagée que par un travail de recherche rigoureuse et systématique de la volonté de Celui qui l'avait élaborée. L'interprète ne disposait d'aucune autonomie à l'égard de la loi et se contentait -du moins le prétendait-il- d'en reproduire ou en expliciter les termes.

L'analyse avait la caution de Montesquieu -"le juge est la bouche de la loi.."- (7), et sa traduction dans l'institution -il est vrai, rapidement supprimée après la Révolution- du référé législatif. Une telle institution était bien fondée sur cette idée que le législateur était seul à pouvoir, en dernier ressort, dire le sens de la norme qu'il avait édictée. L'analyse positiviste liait ainsi étroitement, indissociablement, les deux plans de l'obligation et de la signification, de l'impérativité et de la juridicité, de la norme.

Le fait même d'admettre l'existence d'une source unique à l'origine de la loi, d'un législateur à ce point mythifié qu'il ne pouvait être que parfaitement rationnel ou ne jamais produire de loi qui fût, et restât, définitivement ambiguë, lacunaire ou contradictoire(8), avait fini par produire une image du système normatif totalement irréaliste, mais extraordinairement harmonieuse et équilibrée.

A. Ainsi à la fin des années 50, le monologisme du système normatif trouvait-il sa traduction dans l'association de deux principes parmi les plus classiques et les plus fondamentaux du droit positif français : la légalité et l'égalité. Le premier définissait une stricte subordination des normes inférieures aux normes supérieures- principe de relation verticale à l'intérieur du système d'engendrement du droit ou *ordre normatif*-; le second imposait une stricte égalité entre les destinataires de toutes ces normes -relations horizontales dont l'ensemble formait *l'espace normatif* (9)-. La combinaison de l'un et l'autre des deux principes et des relations qu'ils définissaient ne pouvait que dessiner l'image d'une pyramide normative -image à laquelle Kelsen avait déjà attaché son nom depuis longtemps. Tout le monde, alors, n'était pas encore kelsenien -mais s'appropriait à le devenir. En tout cas l'accord commençait-il de se faire sur au moins l'une des démonstrations entreprises par l'un des kelseniens les plus rigoureux à cette époque, Charles Eisenmann.

1. Dans son étude, appelée à devenir classique, sur le principe de légalité (10), Charles Eisenmann montrait que la légalité s'analysait en un rapport entre deux termes -déterminateur et déterminé; déterminateur: la loi conçue comme règle posée par le législateur, norme supérieure d'une part; déterminé: les actes de l'administration, normes inférieures, d'autre part. Ce rapport pouvait avoir deux contenus possibles : soit un contenu minimum -"de non-contrariété, de non-incompatibilité ou, positivement, de compatibilité" - soit un contenu maximum, de conformité. Dans celui-ci, l'administration ne pouvait faire que les actes qui ont été "prévus et (...) autorisés par la législation". Dans celui-là, l'administration pouvait "très régulièrement faire tous les actes qui ne lui sont pas défendus, mieux : qui ne sont pas prévus par la réglementation législative". Le rapport de conformité était évidemment plus rigoureux que le rapport de compatibilité. Il en résultait que "le caractère de conformité inclut en lui celui de compatibilité (et que) la réciproque n'est pas vraie". Ainsi se trouvait, à l'intérieur d'une relation fondamentalement unitaire entre normes, posée l'idée d'une dualité essentielle du rapport de légalité.

2. Parallèlement -et bien que l'on n'y prêtât pas la même attention que pour le principe de légalité-, c'était exactement le même dualisme qui se faisait jour à propos de l'égalité. Principe qui, comme le précédent selon Charles Eisenmann, devait trouver son ancrage historique dans la Déclaration des Droits et les conceptions originaires des "juristes et publicistes libéraux du XXe siècle"(11). Ce que le Doyen Vedel traduisait, à l'occasion de la célébration du Bicentenaire de la Révolution, en ces termes : "qu'est-ce que l'égalité ? Au fond, personne n'en a donné une définition assurée. Les textes révolutionnaires eux-mêmes font apparaître qu'il est constamment question de l'égalité <commutative>, mais qu'elle est immédiatement corrigée par la notion d'<égalité proportionnelle>, c'est-à-dire <distributive>" (12).

Ainsi, les articles 1 et 6 de la Déclaration des droits affirment-ils l'égalité absolue -commutativité- des citoyens, devant la loi, tandis que le même article 6 poursuit en précisant que tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, les places et emplois publics ne peuvent leur être attribués que selon leur capacité, leurs vertus et leurs talents -distributivité. Distributivité que commente René Chapus en ces termes : "l'égalité ne se confondant pas avec l'uniformité, c'est d'égalité proportionnelle qu'il s'agit : s'il doit y avoir égalité de traitement des situations semblables, il n'y a pas d'obstacle à ce que des situations différentes soient traitées de façon différente" (13). Exacte homologie des deux principes et des relations qu'ils instaurent : -de conformité et de compatibilité pour la légalité; de commutativité et de distributivité, ou d'égalité absolue et d'égalité relative, ou encore d'uniformité et de proportionnalité pour le principe d'égalité.

B. C'est dans sa confrontation avec le droit positif apparu depuis les années 50 que cette image a été sérieusement mise à mal.

1. Non seulement Charles Eisenmann lui-même avait-il -on l'a trop souvent oublié- relevé la non-adéquation au droit positif du principe de légalité, mais, on doit, de surcroît, relever la non-pertinence au regard des réalités juridiques des concepts qu'il avait proposés de conformité et compatibilité pour en rendre compte.

a) Sur le premier point, il suffit de reprendre les conclusions de son étude : "si l'on entend le principe de légalité, comme le principe de conformité, il ne constitue pas une règle du droit administratif français -ni une règle absolue, ni même une règle générale : le fond de trop d'actes -actes matériels, actes réglementaires- lui échappe entièrement (...). Si l'on entend le principe de légalité comme le principe de non-contrariété ou compatibilité, il constitue très certainement la règle très générale du droit administratif, mais lui non plus, pas la règle absolue : il n'est pas ce principe

infrangible, ce dogme souverain et sacro-saint que voudraient les propositions de la théorie orthodoxe de notre droit public" (14). Conclusion justifiée par le fait que, d'une part, le principe de conformité n'est pas d'application absolue, puisqu'il existe la possibilité de relations de simple compatibilité entre la loi et le règlement; par ceci, d'autre part, que le principe de compatibilité ne s'impose pas lui-même absolument, puisque le juge peut, dans le cadre de telles de ses jurisprudences (circonstances exceptionnelles, formalités non-substantielles etc...), exonérer l'administration de toute obligation de respecter la loi, même au titre de la simple compatibilité. Le principe de légalité, principe hors-la-loi... Curieuse conclusion, étrangement sceptique, d'une célèbre étude à propos de la définition et de l'application d'un principe dont on pensait qu'il était un des piliers du fonctionnement de l'administration dans un État de droit. La France n'était-elle pas alors un État de droit ? On ne peut guère y croire vraiment. Ne serait-ce pas plutôt que les analyses de Charles Eisenmann étaient biaisées, qui devaient mener à de telles conclusions ?...

b) A considérer l'utilisation faite en droit positif des deux concepts, on le croirait plus volontiers... Si les deux notions de conformité et de compatibilité ont effectivement cours en droit positif -tant dans la constitution, les lois et les règlements que dans la jurisprudence...-, elles ne sont certes pas les seules qui soient en usage. Et elles ne sont pas seules à pouvoir rendre compte de l'exacte réalité de toutes les relations entre normes supérieures et inférieures. Il ne s'agit pas ici de refaire la démonstration de Charles Eisenmann. Il avait eu simplement -vraiment?...- pour objectif de faire apparaître que le droit administratif français ne consacrait pas le principe de légalité tel qu'il en avait défini les contours et le contenu. Il n'y avait pas eu grand mal. Ayant lui-même posé les règles du jeu, -je veux dire: décidé des définitions-, il n'avait eu ensuite aucune difficulté à montrer que le droit positif ne s'y conformait pas.

On procèdera ici autrement. Et l'on commencera par rappeler ce sur quoi les commentateurs et toute la doctrine s'accordent désormais généralement.

Sur le fait d'abord, que le droit positif confond souvent -pas toujours, c'est vrai: on ne saurait le contester- la signification des deux concepts de compatibilité et de conformité. On n'en finirait pas d'énumérer les exemples où la jurisprudence utilise indifféremment ces concepts auxquels, pourtant, la loi recourt de manière distincte. Doit-on rappeler l'affaire de Bormes-les-Mimosas jugée par le Conseil d'État en 1973(15), ou la succession d'arrêts qui a "conduit pratiquement -selon le commentaire d'observateurs avertis de la jurisprudence administrative- à rapprocher sensiblement la notion de compatibilité de celle de conformité"(16)? Faut-il rappeler qu'en sens inverse, il arrive également, qu' "alors que la conformité est requise, l'identité absolue n'est pas exigée". En témoigne par exemple l'étude de William Coulet en 1976(17). Inutile d'y revenir. Elle est largement confirmée par des analyses ultérieures qu'il n'est pas besoin de refaire maintenant(18).

Il paraît plus important de relever qu'au delà même de ce phénomène d'utilisation indifférenciée des deux concepts, on assiste à l'apparition de notions nouvelles (19). Elles sont construites par la jurisprudence ou conçues par la loi (article L. 123.3.2 du Code de l'urbanisme), qui -tout à la fois- pour les construire et les concevoir, utilisent -et n'utilisent pas- la distinction classique conformité/compatibilité. Ainsi la jurisprudence recourt-elle à des doubles négations -non-incompatibilité, non-contrariété, non-dénaturation(20)- pour désigner des situations ou définir les limites dans lesquelles le juge accepte de reconnaître comme légales ou constitutionnelles des normes dont la loi ou la Constitution lui offrait pourtant la possibilité de les déclarer *conformes* ou *compatibles*.... C'est ce que Georges Vedel appelle "une sorte de flottement" dans la rédaction des dispositifs des décisions -celles du Conseil Constitutionnel en l'occurrence ... (21).

2. Et l'on doit noter un phénomène assez exactement parallèle en ce qui concerne le principe d'égalité. Là où prévalait une distinction binaire -mais jamais d'une rigueur absolue(22)- entre les deux formes de l'égalité -commutativité /distributivité; égalité

absolue/égalité relative; uniformité/proportionnalité-, l'on voit se creuser une distinction au sein même de l'idée de proportionnalité. Désormais, elle peut être appréciée au regard de deux types de critères distincts, qui peuvent être exigés, selon les cas, isolément ou concurremment. L'un a trait à la différence de situation objective existant entre les administrés; l'autre concerne les nécessités de l'intérêt général, -et ils justifient l'un et l'autre des différences de traitement pourvu que, dans l'un et l'autre cas, ces différences soient en rapport avec l'objet de la loi (23). Si le premier critère ne constitue qu'une autre formulation -il est vrai, plus précise- de l'idée classique de distributivité, le second introduit une novation radicale dans la manière d'apprécier l'égalité. L'appréciation ainsi portée par le juge sur les considérations invoquées d'intérêt général et leur rapport nécessaire à l'objet de la loi font de la relation contrôlée une relation irréductible à celles que définissaient les notions précédentes d'égalité et de proportionnalité. C'est désormais, comme le fait remarquer François Luchaire, une comparaison qui se fait à l'intérieur d'un même texte entre l'objet d'une disposition et le but recherché par la loi qui la contient (24). Comme dans le cas précédent des notions doublement négatives de non-contrariété ou non-dénaturation, celle de *discrimination justifiée par des considérations d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi* vient compliquer et brouiller l'image de relations que jusqu'alors on analysait dans les termes simples d'une opposition binaire et parfaitement contrastée entre conformité et compatibilité, ou entre égalité et proportionnalité...

II. On comprend que la doctrine ait pu en être troublée... Elle a, en général, réagi de deux manières totalement opposées. Certaines réactions ont eu pour objet de critiquer le phénomène pour en limiter le développement pratique. D'autres, au contraire, ont, d'emblée, voulu en minimiser la portée théorique. Ainsi -parmi les premiers- Marcel Waline a-t-il dénoncé très vite, dès 1974, le "laxisme" qu'il a cru déceler dans la jurisprudence du Conseil d'État, lorsque, à propos de l'arrêt Adam (CE 22.2.1974), il constatait avec quelle liberté la haute juridiction interprétait la notion de compatibilité et quelle extension il lui donnait (25). Cette notion était en effet interprétée par le Conseil d'État sur la base, non de différences objectives existant entre des situations, mais en fonction "d'options" ou de "finalités" poursuivies par une norme supérieure au regard desquelles la haute juridiction vérifiait la compatibilité de la norme inférieure. C'était -à bien y regarder- exactement la même évolution que l'on vient de décrire à l'instant pour la notion de proportionnalité. "Laxisme", accusait Marcel Waline, dès les années 70. "Une cure de rusticité", réclame 20 ans plus tard, un autre auteur qui, s'inquiétant de la "subtilité" et de la "richesse" de la "gamme des rapports juridiques", réclame que l'on se débarrasse de toute cette "dentelle" (26). Il est vrai que d'autres auteurs ont pu, plus radicalement encore, dénier toute importance à la prolifération de ces formules -et conclure avec quelque scepticisme, comme l'a fait le Doyen Vedel lui-même, à propos des dispositifs des décisions du Conseil Constitutionnel déclarant que la loi est <contraire> ou <non conforme>, ou <conforme> ou <non contraire>, qu'il n'y a "pas là autre chose que des variations sémantiques sur le même thème sans portée juridique véritable" (27).

C'est le Doyen Vedel qui a raison. Il s'agit là de simples variations sémantiques. Mais leur absence de portée juridique dénonce, en vérité, la malformation des catégories juridiques dont elles prétendaient rendre compte. Et ce n'est pas là pure question de vocabulaire, comme on pourrait être tenté de le penser. La vérité est que la légalité s'analyse toujours en une relation de conformité -disons : de concordance, pour ne pas utiliser un terme trop connoté- entre normes inférieure et supérieure. Que l'on y songe : même quand la loi prévoit que la relation entre deux normes est de simple compatibilité, cette relation devient, du fait qu'elle est expressément prévue par la loi -par la norme supérieure-, relation de conformité. A ce moment, en effet, la norme inférieure, en se contentant d'être simplement compatible, comme le veut la loi, avec la norme supérieure, se conforme -se conforme exactement- à l'obligation de compatibilité posée par la norme supérieure. Les concepts de compatibilité et conformité n'ont donc de sens qu'en considération des éléments au regard desquels s'apprécie la légalité. La distinction eisenmanienne conformité/compatibilité est en fait

fondée -et presque inconsciemment- sur une analyse de la norme juridique qui ne considère de ses éléments constitutifs que ceux qui sont écrits. D'où toute une série de conséquences.

D'abord la distinction même, qui s'impose à Charles Eisenmann, des deux concepts de conformité et compatibilité. Une telle distinction est rendue nécessaire par cette donnée élémentaire du droit positif qu'une norme inférieure peut être considérée comme légale alors même qu'elle ne serait pas dans tous ses éléments prévue ni autorisée par la loi, par la norme supérieure. Il faut donc qu'à côté de la légalité-conformité existe une légalité-non conformité -que Charles Eisenmann s'empresse de baptiser compatibilité- sans s'apercevoir que ce qu'il range sous ce nom est loin de constituer une catégorie homogène...

Il en résulte une deuxième conséquence -qui, elle aussi, s'impose immédiatement à Charles Eisenmann. L'impossibilité de vérifier -et pour cause- l'adéquation au droit positif d'un principe construit en considération des seuls éléments écrits constituant la norme. La loi est, certes, écriture. Elle ne se réduit pas à de l'écriture. Elle comporte une part de silence -lacunes, contradictions, ambiguïtés, imprécision. Or le degré de précision des éléments écrits au regard desquels s'apprécie la conformité ou la compatibilité a une autre conséquence: la fréquente confusion, dans la jurisprudence, de la signification de ces concepts. Il suffit souvent que, dans les faits, la norme supérieure soit "précise" -que son écriture en soit sans ambiguïté...- pour que, même si la loi n'impose qu'une simple relation de compatibilité, les effets d'une telle relation soient équivalents -ou proches- de ceux d'une relation de conformité. En sens inverse, si une relation imposée par la loi est de conformité, mais que la norme est imprécise, le résultat en ressemble fort à ce qu'en doctrine on appelle de la simple compatibilité. Simples variations sémantiques, on le voit. Mais elles signifient qu'on ne saurait retenir, pour définir le rapport de légalité, ni les seuls éléments écrits constitutifs de la norme, ni les concepts de conformité et de compatibilité habituellement utilisés pour rendre compte d'une légalité comprise au sens le plus traditionnel et le plus positiviste du terme. En vérité, le rapport de légalité, si on veut le concevoir dans toutes ses dimensions, implique que l'on prenne en compte non seulement les éléments écrits qui composent la norme -ceux qui en prédéterminent la signification-, mais aussi ceux qui, non écrits, logés dans les creux et les lacunes ou les ambiguïtés du texte, sont appelés, par le juge -opération de co-détermination- à en surdéterminer la signification. A cette condition -et seulement si l'on prend soin de distinguer, au sein de la norme supérieure, ceux des éléments constitutifs de la norme commandant à la détermination de la norme inférieure-, l'on peut prendre une vue exacte du rapport de légalité. Ou bien, en effet, ce rapport est entièrement prédéterminé par l'existence et le contenu d'une norme supérieure: la norme inférieure en reproduit tous les éléments -et seulement ceux-là. Ou bien, la norme inférieure n'est que la reproduction partielle de la norme supérieure -et dans cette hypothèse, deux situations peuvent exister, qui n'ont pas du tout les mêmes conséquences ni ne donnent lieu à l'utilisation des mêmes techniques de contrôle juridique. Dans la première de ces deux situations, la norme inférieure n'est la reproduction partielle de la norme supérieure que parce que celle-ci est elle-même, en effet, ambiguë, incomplète ou contradictoire. Dans la seconde situation, il en va tout différemment: la norme supérieure n'est ambiguë, incomplète ni contradictoire. Elle comporte bien les éléments, et le degré de précision, dont l'auteur de la norme inférieure -et par conséquent le juge chargé d'en sanctionner l'invalidité- aurait besoin pour son exécution. Mais celui-ci estime que le recours à ces éléments, et leur reproduction dans la norme inférieure, ne permettent pas d'apporter de solution satisfaisante au cas concret soumis à sa décision. Dans ces deux situations, le rapport de détermination de la norme inférieure par la norme supérieure n'est plus de prédétermination. Dans ces deux situations, le juge joue un rôle -on allait dire: déterminant-; mais non justement: il est co-déterminant...- co-déterminant donc, dans la détermination même du contenu de la norme inférieure. Toutefois, dans la première de ces deux situations, la co-détermination de la norme inférieure prend appui sur les

éléments constitutifs de la norme supérieure. Tandis que dans la seconde, le juge recourt à des éléments totalement extérieurs à la norme supérieure auxquels il donne le pas sur certains de ceux qui la constituent pour en fin de compte déterminer -surdéterminer- la signification, et décider de la validité ou de l'invalidité de la norme subordonnée.

En définitive, le rapport de légalité se décompose en trois types de situations, trois types de relations possibles, dépendant chacune de l'élément -disons : du chromosome-dominant dans la relation. Une relation à dominante X d'abord, relation à base de prédétermination. C'est un rapport de légalité dans lequel l'essentiel de la relation de détermination est fixé -prédéterminé- par l'existence d'une norme supérieure qui contient tous les éléments nécessaires -en tout cas, tous ceux qui seront utilisés- à la détermination de la norme inférieure. Si ces éléments sont fixés -si l'on peut dire d'eux qu'ils sont prédéterminés-, c'est qu'ils ont une traduction objective dans un document ayant pour caractéristique d'être écrit- constitution, loi, règlement etc....-, document qui s'impose objectivement à l'auteur de la norme inférieure. L'écriture du texte constitue la condition nécessaire de la prédétermination. Dans une relation à dominante X, l'auteur de la norme inférieure -et par conséquent le juge appelé à en sanctionner la validité- ne se donne aucune liberté de lecture du texte porteur de la norme supérieure. Il se contente de la *transcrire* dans la norme inférieure. La relation à dominante X est une relation de *transcription*.

La deuxième relation est à base de co-détermination -disons : à dominante Y. La détermination de la norme inférieure s'y fait par référence et aux éléments inscrits dans la norme supérieure -prédétermination- et à des éléments qui n'y sont pas inscrits et dont le juge a besoin pour préciser la nature et la portée de la relation de détermination. Ce qui est alors essentiel n'est plus tant l'écriture du texte que la lecture qui en est faite. Le texte de la norme supérieure est, par hypothèse, ambigu, lacunaire ou contradictoire. Il appartient au juge d'en lever les ambiguïtés ou d'en supprimer les lacunes ou les contradictions et, usant de sa liberté de *dire* le droit, de déterminer la signification que doit revêtir la norme inférieure. La relation à dominante Y -de co-détermination- est une relation de *transdiction* (28).

La dernière relation est à base de surdétermination -on dira: à dominante Z-. Dans ce type de relation, une norme supérieure existe qui ne paraît pas au juge pouvoir déterminer, à elle seule, avec les seuls éléments qui la constituent explicitement, le contenu de la norme inférieure. Dans ce cas, le juge se réfère à des valeurs morales, politiques, économiques etc.... -celles qui dominent au sein de la société au moment où il a charge de se prononcer, ou d'autres encore : les siennes propres, par exemple...-. Il en use pour, allant à l'encontre des solutions qu'aurait imposées l'application pure et simple de la norme supérieure, -surdéterminer le contenu de la norme inférieure... L'opération n'est possible que parce que le juge se livre à un "travail" sur le texte de la norme supérieure (29) qui peut aller jusqu'à en ignorer ou nier le contenu même pour le dépasser -le *transgresser*. Relation de *transgression*, dira-t-on...

On admettra donc qu'il existe trois types de situations, trois types de relations de légalité : relations de transcription, de transdiction et de transgression. Trois blasons de la légalité. Ils correspondent chacun à l'un des trois éléments constitutifs de la norme juridique : selon que domine, au sein de la relation, l'élément de pré-, de co- ou de surdétermination - soit X, Y ou Z.

X

Premier blason -pour désigner la première des relations de légalité . Relation à dominante X -à base de prédétermination. Ce qui est essentiel dans cette relation, c'est l'existence d'un texte -constitutionnel, législatif, réglementaire etc.-, d'un texte, quel qu'il soit, porteur de la norme supérieure, dont le contenu, l'écriture, prédétermine la signification à donner à la norme subordonnée.

Pour analyser cette relation -et mieux mesurer ce qui sépare cette analyse de celles menées antérieurement-, il faut s'imposer de reprendre la démarche même qui avait prévalu dans l'étude de Charles Eisenmann, -distinguer donc, comme il l'avait fait, entre les termes et le contenu du rapport de légalité. A condition, cependant, de prendre conscience que, sous ce second terme, sont confondus deux problèmes, qu'il faut ici dissocier.

Le contenu du rapport peut être en effet analysé théoriquement comme rapport de détermination d'une norme inférieure par une norme supérieure- c'est un problème de concept : problème dont traite Charles Eisenmann lorsqu'il procède à la "définition" du principe de légalité et à sa décomposition en conformité et compatibilité.

Mais le contenu d'un rapport de détermination d'une norme par une autre ne peut avoir, en droit, d'autre existence que dans la traduction objective qu'il reçoit du fait du contrôle juridictionnel auquel il donne lieu. Il faut donc s'interroger sur la manière dont le juge donne corps (et si le juge donne corps...) au concept qui définit le contenu du rapport. C'est le jugement qui, décidant de la validité d'une norme inférieure au regard d'une norme supérieure, permet de définir objectivement la portée de la détermination de l'une par l'autre des deux normes. Il ne servirait à rien de donner au rapport de légalité un contenu et de le définir dans des concepts que le juge -et le droit- ne consacrerait pas. Ce pourrait être un exercice d'agilité intellectuelle. Ce ne serait en aucun cas une analyse de la réalité. C'est ce dont fait la preuve Charles Eisenmann, bien involontairement- lorsque, définissant le rapport de légalité comme rapport de conformité ou de compatibilité, il doit bien finir par conclure que le droit positif français..... ne consacre pas le rapport ainsi conçu.

S'interroger sur l'existence en droit d'une relation à dominante de prédétermination, oblige donc non seulement à analyser les termes mêmes du rapport -les objets entre lesquels s'établit le rapport de détermination-, et le contenu même de ce rapport -conceptuellement défini comme rapport de prédétermination-, mais également les modes de contrôle de ce rapport. Ce n'est en effet que si l'on peut faire apparaître l'existence de modes de contrôle spécifiques, dont la spécificité soit liée à la nature même du rapport considéré, que l'on sera autorisé à conclure à la réalité -et pas seulement dans le ciel des idées....- d'une telle relation. L'analyse de la relation commande donc que, pour rendre compte de la structure exacte du système normatif, l'on distingue, chaque fois, entre les termes, le contenu et le contrôle des relations qui le composent.

1. Les termes de la relation

A. On a parlé de structure du système. Il s'agit de se situer à l'écart d'un double écueil. Ni le ciel des idées -l'abstraction pure, l'interrogation philosophique sur l'essence divine d'une relation, sur la nature d'un rapport. Ce que faisait Charles Eisenmann quand il distinguait idéalement, idéellement, entre conformité et compatibilité. Ni l'événementialité d'une histoire située et datée- ce que faisait, aussi, Charles Eisenmann, quand il adoptait des termes du rapport de légalité une conception restrictive, les limitant l'un à l'acte de l'administration, l'autre à la loi conçue comme acte édicté par le Parlement. Il justifiait alors l'adoption d'une conception aussi étroite par le fait qu'elle avait "d'abord, pour elle, les titres historiques", et que c'était "la conception originaire, celle des juristes ou des publicistes libéraux du XIXe siècle qui (...) combattirent (...) pour l'État de droit"(30).

La vérité est que si l'on veut comprendre le fonctionnement de l'État de droit, dont le principe de légalité est une des pièces essentielles, il faut justement s'interroger sur la structure du système tout entier -parce que, précisément, c'est un système. Il en résulte que l'on ne saurait, au moins à ce stade de l'analyse, distinguer entre principes de légalité, constitutionnalité, conventionnalité etc.... (31). Confondre toutes les relations que désignent ces principes ne se réduit pas à cette "pauvre tautologie", dénoncée par Charles Eisenmann, qui consisterait à assimiler légalité et régularité, et se contenter d'affirmer cette évidence que "les organes administratifs doivent respecter les règles et plus largement les normes qui les lient" (32). En fait, s'il faut, comme le propose Charles Eisenmann, distinguer entre termes "déterminateur" et "déterminé", il ne faut point en revanche limiter ces termes aux actes du parlement et de l'administration seuls .

D'une part, parce que les actes de l'administration peuvent être engagés -sont effectivement engagés- simultanément dans une pluralité de relations qui les lient, l'une à la loi, l'autre à la Constitution, une autre encore à un traité etc.....- et que l'on ne peut *a priori* postuler l'indépendance réciproque de ces relations. Il se pourrait même que l'on doive constater tout à l'heure que la configuration de l'une des relations est notablement influencée par la configuration de telle ou telle des autres... (33).

D'autre part, parce que, s'il est en effet concevable -et vrai...- que les relations entre normes législatives et administratives s'établissent dans des conditions différentes de celles existant entre normes constitutionnelles et législatives, il n'empêche pourtant qu'il s'agit toujours de relations entre normes supérieures et subordonnées. Avant, donc, d'affirmer leur spécificité, il est, en bonne logique, nécessaire de s'interroger sur leur unité. Le problème de leur originalité respective n'est qu'un problème second -ou tiers. Il ne vient qu'après les réponses aux questions suivantes : celle de l'existence -ou non- d'une structure commune à l'ensemble des relations, quel que soit leur niveau -constitutionnel/législatif; législatif/administratif etc....- ; et celle de savoir si cette structure ne comporte pas en elle-même le fondement et l'origine des différences, des originalités, qui peuvent se faire jour entre les diverses relations. Affirmer, comme le font certains, qu'il existe une différence, -que "la distance est grande..."- entre la légalité et la constitutionnalité en raison de "la nature close de la Constitution", tandis que "la légalité (...) est faite d'un tissu plus ou moins lâche de normes écrites" (34), c'est ne dire et ne voir qu'une petite partie de la vérité. La Constitution est, en France, écrite -comme la loi. Est-elle plus ou moins "close" que la loi ?...

B. Le fait est que le problème de la détermination de la norme ne tient pas tant à la nature et au niveau de la norme "déterminatrice" - constitution, loi...- qu'à sa *substance*. 1. Certains ont tenté, pour en rendre compte, d'utiliser la notion de "*degré de précision*" de la norme. Des auteurs, qui se sont interrogés sur le droit constitutionnel ou le droit de l'urbanisme, y ont insisté de manière plus ou moins explicite -et contradictoire. Les références au tissu "lâche" des normes législatives, opposé à la nature "théoriquement close" de la constitution, renvoient à la densité des dispositions commandant aux normes subordonnées. Il y aurait une "très faible élasticité" des textes constitutionnels qui provoquerait l'apparition d'un "décalage" par rapport aux exigences nouvelles. Et ce serait elle qui forcerait la Juridiction, pour "dégager les potentialités des textes, à ignorer (c'est-à-dire gommer) les parties devenues inactuelles... ; d'où la tentation de faire appel à des principes relevant d'un système de référence méta-constitutionnel..." (35). Ce serait donc, selon cette analyse, la trop grande précision des normes constitutionnelles qui provoquerait le desserrement du rapport de détermination et l'effacement -"gommer", dit-elle....- de l'obligation lourde de conformité... (36).

Mais, de manière symétrique et inverse, on a voulu expliquer la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'urbanisme, et ses variations dans l'appréciation de la compatibilité(37), par "l'imprécision des éléments confrontés". Lorsque les éléments

confrontés sont "l'un et l'autre caractérisés par une relative imprécision", le juge "se sent autorisé à donner à son interprétation du rapport de compatibilité sa souplesse maximale" (38). Ce serait donc cette fois, selon cette analyse, exactement l'inverse : l'imprécision des normes provoquerait l'allègement du rapport de détermination. - Contradictoire, n'est-ce pas?....

2. Il faut donc chercher une notion qui, comme on disait au XVII^e siècle, "accorde toutes les contrariétés". Une autre notion que celle d'imprécision. On peut tenter de le faire en raisonnant, et ce ne sera qu'à titre d'exemple, sur la signification de l'expression "bloc de constitutionnalité". On y trouvera peut-être les moyens de préciser ce que l'on doit entendre par *substance* normative.

Il semble que l'on ait assisté, avec l'apparition de cette expression, à un double phénomène -d'abord, le plus visible, un gonflement des normes de référence s'imposant au législateur: "dans l'expression <conformité à la Constitution>, le mot Constitution est entendu dans un sens très large" (39). Mais aussi -plus discret, mais non moins réel, un phénomène d'unification et d'homogénéisation des normes de référence. Sans doute les statuts des divers éléments composant désormais le "bloc" sont-ils très divers -à la fois des éléments écrits, la Constitution proprement dite, le Préambule etc..., et des éléments qui ne le sont pas: des principes à valeur constitutionnelle...

Mais l'intégration simultanée de tous ces éléments au "bloc" leur confère un poids respectif très différent de celui qu'ils avaient, isolés... Ce que l'on constate en effet, c'est qu' alors que la norme constitutionnelle de référence devient plus "imprécise" en raison du caractère vague et indéterminé de nombre des dispositions ou principes ainsi associés à la Constitution écrite de 1958, elle devient également infiniment plus contraignante pour les normes législatives, désormais exposées à plus de causes d'annulation que ce n'était le cas avant la formation du bloc de constitutionnalité. L'imprécision de la norme supérieure n'est donc pas nécessairement source d'indétermination de la norme inférieure. Du moins ne peut-on établir d'équation entre les deux notions(40).

En fait, si l'élément d'imprécision de la norme supérieure est important dans le degré de détermination de la norme inférieure, il est loin d'être le seul à jouer. Derrière la notion de précision de la norme, d'autres considérations sont confondues ou cachées qui, mal perçues, jouent pourtant un rôle fondamental dans la détermination de la norme subordonnée. Quand on dit "imprécision" ou "précision" de la norme, on se réfère habituellement au caractère vague, polysémique, lacunaire ou non, des termes utilisés dans la norme de référence et l'on en conclut au degré de plus ou moins grande contrainte qui pèse sur l'auteur de la norme inférieure, au pouvoir plus ou moins étendu dont il jouit dans l'exercice de sa compétence. Certes, l'on ne saurait nier que puisse exister une telle corrélation. Mais elle n'est pas la seule. Et elle n'est pas la première. A prendre l'exemple du bloc de constitutionnalité, on constate que ce qui fait le caractère plus contraignant pour le législateur de la formation de ce bloc, c'est -malgré l'imprécision de certains des éléments qui le constituent- son caractère de prédétermination-, c'est-à-dire à la fois de prédétermination, et de pré-détermination

a. On a défini la prédétermination comme inscription du sujet dans le texte (41) -autrement dit, comme la trace que laisse de lui-même dans le texte de la norme le sujet qui en est l'auteur. Le recours à la notion de prédétermination pour désigner l'un des mécanismes d'accession de la norme à sa signification suppose donc que la prédétermination soit conçue comme liée à l'existence de l'écriture. La prédétermination, c'est, en fait, le mode de détermination de la norme imposée par l'existence du texte -et de lui seul. Ce texte, réduit à lui-même -"l'autonomie du texte", la "solitude de l'oeuvre" (42)-, est porteur d'une norme. Elle est exprimée dans des termes plus ou moins polysémiques, plus ou moins aptes -en raison même de l'imperfection de la langue ou de l'utilisation volontairement, ou involontairement, ambiguë que l'on en fait- à rendre compte des intentions ou de la volonté de l'auteur de la norme.

A concevoir ainsi la prédétermination, les objectifs auxquels répond la formation du bloc de constitutionnalité apparaissent mieux, -et la pertinence du concept, utilisé à l'initiative de Louis Favoreu par une partie de la doctrine, pour les traduire. Si l'on parle de "bloc" -et si les mots ont un sens...-, c'est pour en signifier l'unité- au delà des différences de statut formel qui en affectent les éléments constitutifs. Qu'est-ce qui fait donc l'unité du "bloc" ? Ce n'est très évidemment pas sa structure. Le bloc comporte à la fois le texte même de la Constitution proprement dite -les articles 1 à... - dont personne n'a jamais depuis 1958 contesté qu'il s'imposât au législateur. Il comporte aussi des textes situés en amont (Préambule, Déclaration) et en aval de la Constitution (lois organiques) qui ont été tout de suite, ou très vite, intégrés au bloc. Ce sont dans tous les cas, des textes -et l'on n'a aucun mal à y voir -conformément à la définition comme inscription du sujet etc.. -des moyens de la prédétermination des normes qui leur sont subordonnées.

Mais figurent également dans le bloc des principes à valeur constitutionnelle -des principes non écrits. Hétérogénéité fondamentale de la structure du bloc. Ne peut-on prétendre que l'inclusion dans le bloc de tels principes -qui, par définition n'étaient pas écrits, puisqu'il a fallu que le juge les "dise"...-apporte un démenti à la thèse de l'existence d'un lien entre la prédétermination et l'écriture ? On pourrait certes le prétendre. Mais ce serait ignorer la remarque fondamentale à cet égard du Doyen Vedel -qu'avec ces principes, "il s'agit de sommer des règles comme les autres, prenant comme les autres leur racine dans un ou plusieurs textes, mais ayant des applications très diverses..."(43). Ces principes ont donc déjà statut d'écriture. De surcroît, la formation du bloc de constitutionnalité répond précisément à cet objectif de -osera-t-on le dire ?..- "scripturaliser" -donner formellement, concrètement, un statut d'écriture et donc de facteur de prédétermination- à l'ensemble des éléments qui composent le bloc. Si le bloc n'a pas d'unité de structure, il a au moins une unité fonctionnelle.

Et c'est ce dont témoigne le concept même de *bloc*, utilisé si volontiers désormais pour rendre compte de la situation ainsi créée. Sans doute, avant leur inclusion dans le bloc par les décisions du Conseil, les principes à valeur constitutionnelle ne sont-ils pas écrits. Mais ce qui paraît évident, c'est que, par leur inclusion dans le bloc, ils reçoivent désormais le même statut -fonctionnel- que les autres éléments qui le composent. Accédant à la dignité de l'écriture par le texte de la décision du Conseil qui les appelle à l'existence, ils assurent de ce fait la même fonction de prédétermination que les textes qui font par ailleurs partie du bloc de constitutionnalité.

Le bloc de constitutionnalité joue donc un rôle évident de prédétermination.

b. Il a aussi -et malgré l'imprécision des éléments qui le constituent- un rôle de prédétermination. Pour l'évaluer, il faut s'interroger sur les transformations (44) qu'a entraînées la formation du bloc dans le degré de détermination des normes qui lui sont subordonnées.

Personne ne conteste qu'avec la formation du bloc, le degré de détermination se soit accru et que les contraintes pesant sur les normes inférieures du fait de l'intégration au bloc de nouveaux éléments en aient été considérablement alourdies(45). Mais personne, non plus, ne conteste l'imprécision de ces éléments nouveaux(46). On ne saurait donc établir de corrélation simple, contrairement à ce que font beaucoup d'auteurs, entre le degré de précision de la norme supérieure et le degré de détermination qui en résulterait pour la norme inférieure. La formation du bloc de constitutionnalité est instructive parce qu'elle permet de mettre en lumière un phénomène de "croisement" et de fertilisation de normes précises par des normes "imprécises" nouvellement intégrées au bloc. Pour dire les choses autrement, il existait

des normes dont la lettre était précise mais sur "l'esprit" desquelles on pouvait s'interroger. C'est le croisement de ces normes et leur fertilisation par celles qui figurent dans le Préambule et la Déclaration -beaucoup moins précises, mais qui en déterminent l'esprit- qui permet d'en déterminer plus exactement la signification et d'en rendre plus contraignante l'application aux normes subordonnées.

On ne saurait donc confondre précision et détermination. L'accroissement de la "précision" des normes résulte en fait de la réduction du champ des possibles provoqué par le croisement des normes. La détermination des normes s'accroît à mesure de la réduction de leur champ de déterminabilité (47). On doit ainsi -si l'on veut rendre compte du rapport existant entre normes supérieures et inférieures- abandonner la notion trop sommaire de degré de précision de la norme -elle ne concerne d'ailleurs que l'un des termes, le terme déterminateur, du rapport de légalité-, et considérer le rapport lui-même, c'est-à-dire le degré de détermination de la norme inférieure par la norme supérieure. Deux facteurs entrent en jeu dans ce rapport: l'un est lié au champ, l'autre à l'intensité des normes de référence.

Chacun de ces facteurs est susceptible de variation. Le premier dans son étendue: ce ne sera évidemment pas le même rapport de détermination qui s'établira entre normes supérieures et inférieures selon que le champ couvert par les normes supérieures sera étroit (les dispositions seules de la Constitution...) ou large (le bloc de constitutionnalité dans toute son extension, y compris le Préambule, la Déclaration et les principes à valeur constitutionnelle...). Ce ne sera naturellement pas non plus le même degré de détermination que produira l'existence, dans ce champ, de normes à intensité forte- les dispositions "précises", au sens habituel du terme, de la Constitution proprement dite (la doctrine germanique parle volontiers, à ce propos, de *densité normative*) -ou à intensité faible- dispositions du Préambule, principes, standards, références à des concepts tels que ceux de "République sociale" etc...). L'extension du champ des normes supérieures pourra donc provoquer des résultats très variables quant au degré de détermination des normes subordonnées.

Si l'extension du champ se traduit par le croisement de normes à intensité forte avec d'autres normes de même intensité, le résultat en sera la production de norme à intensité très forte. Le degré de détermination sera maximum et l'obligation produite une obligation de conformité.

Si, en revanche, l'extension du champ se traduit par le croisement de normes à intensité forte avec des normes à intensité faible, le résultat en sera la production, par application de ce principe de gravitation déjà décrit ailleurs (48), de normes à intensité forte; l'obligation produite sera alors, selon les cas, de conformité "faible" ou de compatibilité "forte", les deux hypothèses étant en général réunies et analysées de manière indissociée par la doctrine sous le nom de compatibilité.

Si, enfin, l'extension du champ se traduit par le croisement de normes à intensité faible avec d'autres normes de même intensité, le résultat en sera la production de normes à intensité très faible, le degré de contrainte pour l'auteur de la norme inférieure sera très peu élevé et l'obligation produite de compatibilité faible -si faible que le problème se posera au juge et au jurisconsulte de savoir si cette obligation n'est pas tellement faible que, ne pouvant entraîner la moindre obligation pour son destinataire, elle ne puisse même se voir reconnaître le caractère de véritable "règle de droit". On verra que le problème, loin d'être théorique, est expressément posé dans des arrêts célèbres de la Cour suprême du Canada(49).

L'analyse ainsi proposée peut être schématisée dans le tableau suivant :

I		Intensité forte	Intensité faible
II	Intensité forte	++ Conformité	+ - Conformité faible
Intensité faible	- + Compatibilité forte	- - Compatibilité	

où I et II désignent les champs respectifs des normes croisées, la formation du bloc de constitutionnalité pouvant être symbolisée par le croisement des deux champs, I et II. On peut désormais, sur de nouvelles bases, poser le problème du contenu de la relation à dominante de prédétermination.

2. Le contenu de la relation.

Bien que ce soit souvent une relation de conformité, on ne peut l'identifier absolument à une telle obligation. L'analyse des termes du rapport de détermination a fait apparaître que l'on ne saurait procéder à une telle assimilation. Là où l'on était tenté de poser l'équation, dans la ligne esquissée par Charles Eisenmann, entre l'existence d'un fort degré de précision de la norme et l'obligation de conformité, l'on aperçoit désormais que l'essentiel réside dans le degré de prédétermination de la norme d'une part, et la mesure dans laquelle la norme inférieure procède à la transcription de la norme supérieure d'autre part. Prédétermination et transcription sont les deux concepts permettant de rendre compte de la nature de la relation.

a. La relation de détermination la plus stricte entre deux normes subordonnées l'une à l'autre est une relation de prédétermination. A définir en ces termes cette relation, on peut rendre compte de phénomènes empiriques dispersés, qui sans cela seraient difficiles à rassembler logiquement et, de surcroît, resteraient peu conciliables avec certaines constatations faites dans les analyses classiques. Ainsi de la référence de tel auteur à l'existence ou non d'un "appareil formel de prescriptions" (50) dans les normes supérieures imposant un rapport de détermination. La notion ainsi utilisée en dernier ressort dans son analyse paraît plus adéquate que celle de degré de précision qui y avait prévalu jusqu'alors. Autant celle-ci est incertaine et permet peu de pointer sur l'essentiel -qui est l'écriture du texte-, autant celle-là renvoie aux réalités mêmes, les plus fondamentales, qui déterminent la nature du rapport s'établissant entre normes supérieures et inférieures. Ce rapport dépend en effet d'abord de l'existence de prescriptions, c'est-à-dire d'une prédétermination du contenu de la norme inférieure par inscription préalable et formelle (pre-scriptions) de la volonté du sujet dans le texte de la norme supérieure. Compte ce qui est inscrit de cette volonté dans le texte. .

Encore ce qui est inscrit ne compte-t-il pas toujours seul. Un deuxième phénomène intervient, qui tient à la lecture possible de ces prescriptions par leur destinataire ou le juge chargé d'en sanctionner le non-respect. L'utilisation indifférenciée par la jurisprudence, dans certains cas, des notions de conformité et de compatibilité en témoigne. Utilisation indifférenciée -et pour cause: les rapports effectifs de conformité/compatibilité ne résultent certes pas seulement de ce que la loi a prévu

l'existence d'une obligation de conformité ou de compatibilité et recourt formellement à ces notions. Elles résultent -au delà de telles considérations, liées à l'existence de l'"appareil formel de prescriptions"...- de la manière dont fonctionne la loi dans ses rapports avec d'autres lois et de la combinaison particulière des facteurs relatifs à l'intensité des normes - la prédétermination, l'appareil "formel"...- avec d'autres qui ont trait au champ des normes.

On peut, en effet, considérer que les facteurs relatifs à l'intensité des normes sont pré-fixés par la loi. Mais l'on ne saurait ignorer le jeu des facteurs relatifs au champ des normes. Or, eux ne dépendent pas de l'existence même de la loi ni de la volonté de son auteur -mais de la lecture qui en est faite par celui qui se charge de son application. C'est cette lecture qui fait varier, en extension, le champ des normes de référence et qui, en en modifiant l'étendue, croise entre elles des normes d'intensité différente pour leur donner la signification à laquelle elles accèdent en définitive. Il en résulte des rapports de détermination des normes inférieures par les normes supérieures qui ne sont pas nécessairement ceux qu'avaient conçus -prescrits- les auteurs des normes supérieures. Là où ils parlaient et exigeaient de la conformité, c'est de la simple compatibilité qui s'impose. Là où, au contraire, la compatibilité etc.. La relation à dominante X est donc bien une relation à base de prédétermination. Jamais n'est exclue, dans un rapport de détermination, la co-détermination, la lecture possible de la loi par son destinataire ou par le juge. Si l'on veut donc continuer de préciser et définir le contenu de cette relation, il faut s'interroger sur le mode et la mesure de la transcription, dans la norme inférieure, de la norme qui s'impose à elle et que porte l'appareil formel de prescriptions qui en cerne les limites.

b. Le concept de transcription renvoie à l'existence de normes qui ont fait l'objet d'une écriture (appareil formel de prescriptions) et dont le contenu est reproduit, transcrit, dans une autre norme. Ce mot de transcription couvre à lui seul, on le remarquera, les deux situations distinguées par Charles Eisenmann: celle de la reproduction trait pour trait d'un objet A par un objet B -reproduction matérielle; et celle de la conformité "logique" ou "rationnelle" d'un objet concret à un type général ou abstrait dont il constitue la réalisation. Le concept de transcription, en se référant à l'écriture de la norme, dépasse cette opposition. Les "objets" normatifs ne sont pas des objets quelconques. Pour ces derniers, en effet, il est nécessaire de distinguer entre l'un et l'autre des deux types de conformité, puisque l'on a affaire avec eux à des objets qui ont une existence physique et dont la conformité à d'autres objets peut, de fait, s'établir soit sur le mode de la ressemblance trait pour trait, soit sur celui de la matérialisation d'un modèle idéal et abstrait. Mais pour les "objets" normatifs, une caractéristique est importante qui surclasse les autres: ils n'ont jamais, ces objets, d'autre existence physique que dans l'écriture qui fixe, plus ou moins parfaitement, la norme dont ils sont porteurs. Il en résulte que l'utilisation, à leur propos, de la distinction conformité matérielle/conformité logique ou rationnelle n'est pas pertinente. En particulier, la notion de conformité logique ou rationnelle n'a pas grand sens de ce point de vue. Le problème essentiel est en fait de savoir dans quelle mesure le contenu de la norme supérieure se trouve reproduit dans celui de la norme inférieure. C'est donc un problème de degré et non de nature qui se trouve posé, et c'est à proprement parler de ce problème-là -et de ce problème seul- que permet de traiter le caractère scriptural de la norme- la transcription désignant l'état de transfert intégral dans le contenu de la norme inférieure du contenu de la norme supérieure.

Adopter le concept de transcription, c'est donc dépasser une opposition artificielle née de l'utilisation inadéquate dans le domaine des "objets" normatifs d'une distinction qui n'était adaptée qu'au domaine des objets physiques. C'est en revanche permettre de poser le véritable problème de la portée et de la fidélité de la transcription du contenu d'un texte dans un autre. Or, à cet égard, il faut se souvenir de la définition

de la prédétermination : elle est "inscription du sujet dans le texte". Le contenu de la norme supérieure s'identifie -il en recouvre toute l'étendue, et s'y limite exactement...- à ce que le sujet a réussi à inscrire de lui -de ses intentions et de sa volonté- dans le texte qu'il a élaboré. Deux modalités de la transcription doivent donc être distinguées en considération des éléments impliqués dans une telle opération. Ou bien l'accent est mis sur l'élément de texte dans lequel s'est faite l'inscription et à partir duquel aura lieu l'opération de transcription. Ou bien l'accent se trouve placé sur le sujet qui a procédé à son inscription dans le texte à partir duquel etc... On redécouvre alors ,sous cette distinction des deux modalités de la transcription, deux des modalités principales d'interprétation de la loi.

L'une est l'interprétation littérale du texte -celle que l'on désigne sous le nom d'exégèse, au sens le plus étroit du terme. Elle se fait en considération des seuls éléments du texte, à l'exclusion de toute référence à des éléments qui ne figureraient pas expressément, explicitement, littéralement, sous forme d'inscription dans le texte. Le texte est traité comme objet autonome -et solitaire- "la solitude de l'oeuvre". Mais une solitude en forme de splendide isolement. Le texte est indépendant -de son auteur en particulier. Ainsi, lorsque le Commissaire du gouvernement, dans ses conclusions sur l'arrêt GISTI (CE 29.6.1990)(51), se réfère à "une interprétation strictement littérale", s'en tient-il à des éléments tirés du seul texte soumis à interprétation ou des textes qui lui sont objectivement liés: "Il n'est pas douteux -écrit-il- qu'une interprétation strictement littérale va dans le sens de la thèse de la requérante. Appliquée à des enfants algériens, la notion de mineur renvoie normalement au droit civil algérien. La capacité d'un individu fait partie de son statut personnel et, selon les principes les mieux établis du droit international privé français, le statut personnel d'un étranger est gouverné par sa loi nationale, et non par la loi française (...). Aussi bien, d'ailleurs, observera-t-on que les textes de droit interne qui régissent le regroupement parental prennent soin de préciser qu'il s'applique aux <enfants mineurs de dix-huit ans> : tel est le cas du décret du 29.4.1976 et de l'article 16 etc.... (...). Dans le même sens, un autre argument pourrait être tiré de la comparaison du texte de l'avenant de 1985 avec les extrapolations antérieurement applicables résultant de l'accord de 1968 (...)". Arguments de texte, on le voit : la notion de mineur est inscrite dans l'avenant de 1985. Elle est éclairée et interprétée à la lumière d'arguments tirés du contexte. Lui-même doit être compris comme ensemble de textes objectivement liés au texte soumis à interprétation : la loi algérienne -s'agissant de mineurs algériens; les textes régissant le regroupement familial -s'agissant de problèmes relatifs à l'entrée et au séjour d'étrangers en France ; les stipulations de l'accord de 1968 qu'est venu modifier l'avenant de 1985....

La formule de l'interprétation littérale ainsi comprise peut alors s'écrire Xz: -X (majuscule), parce que l'élément dominant dans l'opération d'interprétation est bien tenu par l'écriture du texte; z (minuscule), parce que jamais une interprétation -même "strictement littérale"...- ne fait référence au seul élément de texte. Jamais le texte n'est absolument dépourvu de toute ambiguïté -ce qui suppose toujours le recours du lecteur à des éléments qui, même s'ils sont des éléments de texte, comme c'est le cas dans le raisonnement précédent -la loi algérienne, les textes relatifs au regroupement familial...-, ont fait l'objet d'une sélection, en considération d'éléments non textuels, non écrits, ayant trait à la surdétermination (z), pour lever les ambiguïtés ou les incertitudes du texte soumis à interprétation ("les principes les mieux établis du droit international privé français", par exemple...).

Cette formule de l'interprétation littérale la distingue d'une autre, elle-même fondée sur la deuxième modalité de la transcription. La prédétermination est inscription du sujet dans le texte. La transcription peut donc consister soit en une reproduction du texte -et donnera lieu à une analyse littérale-, soit en une recherche du sujet dans le texte. Il s'agit là d'une autre forme d'exégèse -probablement plus proche de la méthode d'interprétation telle que la conçoit l'École de l'Exégèse au XIXe siècle: une interprétation des textes d'où ne soit pas absente la considération de leur auteur. En ce

sens, la formule la plus révélatrice serait celle d'un Demolombe : "Je n'enseigne pas le Code civil. Je ne connais que le Code Napoléon"... -le Code rédigé par... La transcription de la norme supérieure dans la norme inférieure n'exclut pas, en effet, que l'auteur de la norme inférieure se livre à une recherche de l'intention et de la volonté de l'auteur de la norme supérieure.

Mais on ne peut parler, dans ce cas, de transcription qu'à condition -pour rester dans les limites d'une *transcription*- que cette recherche de l'intention soit fondée sur des éléments qui, pour n'être pas limités au texte ni au contexte, n'en soient pas moins des éléments *écrits* permettant de déterminer *objectivement* l'intention ou la volonté de l'auteur de la norme supérieure. L'hypothèse, alors, est celle-ci : l'auteur de la norme supérieure s'est "inscrit" avec une grande précision dans le texte qu'il a édicté- fort degré de prédétermination. Toutefois, cette précision n'a pas été telle qu'elle ait éliminé toute ambiguïté ni incertitude sur la signification à attribuer à tel des termes utilisés -le terme "*mineur*" par exemple. L'auteur de la norme inférieure, ou le juge chargé d'en contrôler la validité au regard de la norme supérieure, doit donc rechercher l'intention de l'auteur de la norme supérieure, déterminer les objectifs poursuivis lors de la rédaction. Il peut, certes, le faire librement -et baptiser *intention de l'auteur* ce qui ne serait que sa propre conception des choses camouflée, déguisée derrière une analyse prétendument objective. Cela arrive souvent. On ne saurait l'ignorer. Et c'est l'une des formes des rapports de légalité dont il faudra traiter -ce qui sera fait ultérieurement(52). Mais encore plus souvent -et cela non plus ne saurait être négligé-, le juge recherche et détermine objectivement, c'est-à-dire sur la base d'éléments écrits et par l'utilisation de méthodes rigoureuses, l'intention ou les objectifs réels de l'auteur de la norme supérieure. C'est ce qu'il entreprend de faire lorsqu'il recourt aux travaux préparatoires, aux débats qui ont précédé l'adoption de la loi, aux documents annexes ou aux rapports qui ont entouré sa publication etc..., tous documents et éléments qui -*écrits*- ont une existence *objective* et permettent de dégager, par les voies de méthodes scientifiques avérées, des conclusions sur les intentions, les objectifs ou la volonté de l'auteur de la norme supérieure, et sur la signification à donner en fin de compte au terme ambigu qu'il avait utilisé...

C'est ce type de méthode dont use le commissaire du gouvernement dans l'affaire citée précédemment lorsqu'il invoque -pour rejeter une interprétation de la notion de *mineur* "manifestement contraire aux *objectifs* qui étaient poursuivis par les *négociateurs* de l'avenant de 1985"(53)- le "droit commun", "l'économie différente des deux dispositions" de l'accord de 1968 et de son avenant de 1985, les stipulations expresses des conventions bilatérales ouvrant le regroupement familial aux enfants âgés de plus de 18 ans, et les "indications du ministre des affaires étrangères, qu'il n'y a pas lieu de mettre en doute", sur l'absence d'objections du gouvernement algérien à cette interprétation de la notion d'enfant mineur...

On constatera que, dans cette hypothèse, la formule de l'interprétation n'est plus exactement semblable à celle qui prévalait dans le cas de l'interprétation littérale. Le lien de l'interprétation et de la prédétermination subsiste -et doublement. D'une part, l'interprétation continue de se référer à des éléments de texte, à des éléments écrits, ayant une existence objective, même s'ils ne sont plus partie intégrante du texte soumis à interprétation -ils font partie du contexte. D'autre part, ces éléments du contexte, destinés à éclairer la prédétermination de la signification de la norme, sont utilisés à l'appui d'une recherche objective des intentions ou de la volonté de l'auteur -du sujet- du texte. Le lecteur n'intervient donc là qu'à titre de substitut de l'auteur du texte. Transparence de la lecture...que l'on formulera Xy : X (la prédétermination) reste dominant dans cette formule, -désormais associé, cependant, à y , puisque intervient un lecteur -transparent, il est vrai (*y minuscule*)-, pour aider à la détermination du sens et de la portée de l'inscription du sujet dans le texte...(54)

Se pose donc le problème de l'étendue de cette prédétermination -et de la réalité de son contrôle par le juge.

3. Le contrôle de la relation.

L'hypothèse soumise à vérification est donc celle d'un rapport de légalité à base de prédétermination -d'un rapport entre deux normes dont l'une, la norme inférieure, voit son contenu déterminé par le texte porteur de la norme supérieure. Le rôle du juge est de contrôler l'exactitude de la transcription de la norme supérieure dans et par la norme inférieure -le problème étant de savoir quels modes de contrôle utilise le juge à cette fin, et s'ils revêtent une quelconque spécificité que l'on puisse rapporter à la fonction de contrôle de la transcription qu'ils remplissent. Ce n'est en effet que s'il existe des modes de contrôle propres à ce type d'opération que l'on est autorisé à fonder et invoquer l'existence d'une catégorie de la transcription. Il ne servirait de rien de créer une telle catégorie si elle devait être dépourvue de toute réalité, si elle ne devait trouver aucune assise dans le droit positif. Lui en chercher une, c'est donc la chercher dans la démarche même du juge. Or il apparaît que le droit positif consacre effectivement l'existence de modes de contrôle juridictionnels spécialement liés à ce caractère de la prédétermination.

Et c'est même le lien existant entre ces modes de contrôle et le mode de détermination -de prédétermination- de la norme inférieure par la norme supérieure qui permet de rendre compte d'un paradoxe apparent affectant les analyses habituelles en la matière. Dire d'une relation de légalité entre deux normes -la loi et le règlement, par exemple- que c' est une relation à base de prédétermination, c'est affirmer que l'auteur de la norme inférieure dispose, dans la mise en oeuvre de la norme législative par voie réglementaire, d'une liberté extrêmement limitée sinon nulle puisque le contenu de la norme subordonnée est prédéterminé par celui de la norme supérieure. La conséquence en est que le juge chargé du contrôle des conditions de cette mise en oeuvre dispose, à l'inverse de l'administration, d'un pouvoir considérable. On dit à juste titre que, dans ce cas, le juge exerce un contrôle maximum. Et l'on ne saurait nier qu'en effet le pouvoir du juge soit considérable puisqu'il est à l'exacte mesure de l'étendue -par hypothèse, considérable elle aussi- de la prédétermination législative dont a fait l'objet la norme réglementaire. Mais on dit aussi, souvent, -et là naît le paradoxe- que ce contrôle du juge est un contrôle limité. Limité en effet à une double vérification -d'une part, de l'existence matérielle des faits sur lesquels se fonde l'auteur de la norme inférieure pour édicter sa norme conformément aux prescriptions de la norme supérieure; d'autre part, à la qualification juridique des faits à laquelle s'est livré l'auteur de la norme inférieure lorsqu'il a procédé à son édicton.

Comment donc justifier que le contrôle juridictionnel puisse être dit, tout ensemble dans ce cas, maximum et limité? Ce n'est possible en vérité qu'à la condition de le comprendre, encore une fois, comme contrôle de la prédétermination. A l'exacte mesure de l'étendue de la prédétermination -qui est considérable-, le juge dispose d'un très large pouvoir *d'annulation* de la norme réglementaire pour non-respect des dispositions de la norme législative : contrôle maximum. Mais aussi, à l'exacte mesure de l'étendue de la prédétermination -qui est considérable-, le juge ne dispose pratiquement d'aucun pouvoir de *codétermination* : contrôle *limité* de l'existence matérielle des faits, ou contrôle "*limité* à" la qualification juridique des faits... Plus la prédétermination législative est large, plus est réduit le pouvoir normatif du juge. C'est ce que justifie pleinement l'analyse proposée par Daniel Labetoulle à propos de la complexité et de la multiplicité des degrés de contrôle: "toute forme de contrôle dans un cas donné découle de la combinaison de deux notions distinctes; d'une part, la précision de la règle que le juge applique, et d'autre part la façon dont le juge choisit de lire et d'appliquer cette règle" (55). Une telle formule renvoie très évidemment aux deux éléments retenus ici pour rendre compte du contenu de la transcription; ceux de pré- (la "précision de la règle") et de co-détermination (la façon dont le juge choisit de lire ...). Le contrôle de la transcription sera plus ou moins étendu selon le degré de prédétermination de la norme, étant entendu que, dans le cas de la transcription, le juge

ne se donne aucune liberté de lecture de la norme déterminatrice et que, dans ces conditions, son pouvoir de codétermination sera nul ou très limité.

On pourra alors figurer le contrôle de la transcription dans le schéma suivant, où ne sont pris en compte, pour l'instant, que les cas où le juge "choisit de lire et appliquer" la règle de manière *littérale*, puisqu'il s'agit de cas de *transcription*. Dans ces cas, le juge, qui dispose d'un pouvoir d'annulation à l'exacte mesure de l'étendue de la prédétermination -donc: directement proportionnel à la prédétermination-, ne dispose à l'inverse que d'un pouvoir très limité, ou quasi nul, de codétermination, puisqu'il ne se donne aucune liberté de lecture de la règle. L'on pourra dans ces conditions, distinguer entre les hypothèses où, le degré de prédétermination étant élevé (pouvoir lié), le juge est en mesure d'utiliser les règles de fond précisées par la loi pour procéder à la qualification juridique des faits (QJF) qui lui sont soumis, et celles où, le degré de prédétermination étant faible, le juge, qui choisit de lire et appliquer la règle de manière littérale, n'y ajoute pas de conditions supplémentaires et se contente de procéder à la vérification de l'existence matérielle des faits (EMF): hypothèses de pouvoir discrétionnaire conditionné par la loi (on en distinguera les hypothèses de pouvoir discrétionnaire non conditionné, qui seront examinées ultérieurement au titre du contrôle de la transdiction, et pourront être intégrées à ce schéma -qui sera alors complété).

On voit, à la lecture de ce schéma, qu'il laisse place à d'autres hypothèses que celles du contrôle de la transcription. On voit aussi qu'il ne fait pas de la transcription un contrôle qui, nécessairement, corresponde et se limite à un degré élevé de précision de la norme, à un fort degré de prédétermination. Sans doute le contrôle de transcription existe-t-il dans ce cas -c'est un contrôle de la qualification juridique des faits, contrôle *maximum* ou *entier* rendu possible par le fort degré de précision de la norme (le fait que la norme supérieure précise les conditions de fond auxquelles peut être édictée la norme subordonnée). Mais la relation de transcription est fondamentalement caractérisée par la reproduction, dans la norme subordonnée, du contenu de la norme supérieure -quel que soit le degré de précision de la norme supérieure. S'il est élevé, la relation de transcription donnera lieu à un contrôle de la qualification juridique des faits. Mais s'il est faible, la relation de transcription donnera lieu à un simple contrôle de l'existence matérielle des faits. Deux contrôles typiques, archétypiques, de la transcription, pour autant que ce soient -il faut le répéter- des contrôles opérés dans le cadre de pouvoirs conditionnés (pouvoir lié, dans le cas du contrôle de la qualification juridique; pouvoir discrétionnaire -puisque' il existe des

pouvoirs discrétionnaires conditionnés, et d'autres qui ne le sont pas(56)-, dans le cas du contrôle de l'existence matérielle des faits).

Si l'on accepte cette analyse, il devient possible de prendre mieux la mesure de certaines dénonciations du rôle du juge, qui ne veulent voir en lui qu'une instance d'exécution de la loi -de vérification et de sanction des conditions d'exécution de la loi. Fondées sur une compréhension étroite de la célèbre formule de Montesquieu "le juge est la bouche de la loi" -(57), elles ne veulent faire du juge que celui par lequel se traduit, dans un cas particulier, la volonté générale exprimée par le législateur. Et de fait, lorsque le juge procède, dans son jugement, à une transcription de la loi, il n'est que la doublure du législateur -dont il se contente de reproduire et appliquer la norme qu'il avait édictée. On comprend alors combien cette forme de jugement qui se limite à l'application presque mécanique de la règle peut susciter de doutes et lever d'interrogations... Le jugement-transcription est la forme la plus parfaite de la décision "calculable", eût dit Weber, de la décision "réglée" selon Jacques Derrida. Mais réglée, elle est aussi la forme la plus accomplie, la plus achevée -au sens exact du terme *achèvement*- de la règle qui, dans une démocratie, est l'expression de la volonté générale. On ne saurait donc la traiter avec désinvolture, ni dédain. Traduction, transcription, du droit et de la loi, c'est-à-dire du pouvoir, elle est l'exécution, dans un cas singulier, de la règle générale voulue par et pour la généralité des citoyens. Nouvelle expression du théorème de Laon... (58).

Y

Sous cette lettre, un concept -et une nouvelle relation- à base de codétermination. Ce qui en constitue le fondement, c'est, comme pour la précédente, le texte, l'écriture. Mais non plus le texte dans son lien à son auteur -le texte dans son lien à son lecteur. Lecture du texte : codétermination de la signification de la norme dont le texte est porteur. Dans quelles conditions ? Avec quelle portée ? Il faut ici -à la fois pour mieux apprécier ce qui sépare cette analyse des autres, et mieux distinguer ce blason du précédent- reprendre le même schéma d'exposition que pour X : termes, contenu, contrôle de la relation.

1. Les termes de la relation

Le problème essentiel de la définition des termes de cette relation n'est, pas plus que tout-à-l'heure, celui de leur nature. La relation à dominante Y existe, comme la précédente, entre tous les types d'actes possibles, quels que soient leur nature et leur niveau hiérarchique -qu'il s'agisse de rapports entre la loi et le règlement, la constitution et la loi, la constitution et l'acte administratif ou toute autre relation entre normes supérieure et inférieure. Le problème de la définition de ces termes est lié en l'occurrence, non à la nature, mais à la substance des actes en relation -ce qui était aussi le cas de la relation précédente.

Ce problème de la substance des actes a été, on l'a vu, traité sous les espèces du degré de précision de la norme. Il en est apparu que la combinaison de l'étendue du champ des normes d'une part, et de leur degré d'intensité d'autre part, produit entre normes supérieures et inférieures un rapport de plus ou moins grande conformité des unes aux autres. La conformité n'est pas toujours absolue, et peut laisser place, même dans un rapport de transcription, à une recherche de l'intention de l'auteur. Il en résulte que la norme subordonnée n'est pas nécessairement la reproduction absolument exacte, trait pour trait, de la norme supérieure, et qu'une distance peut s'établir de la norme supérieure à la norme subordonnée, où il serait loisible de voir une manifestation du pouvoir normatif du juge. Si donc on prétend à l'existence autonome de relations à dominante de codétermination-, il faut qu'on puisse démontrer qu'existe un pouvoir spécifique de codétermination de la signification de la norme, distinct de ce pouvoir d'interprétation manifesté par le juge dans les cas de simple transcription: -dans les cas où, par exemple, il se livre à une recherche de l'intention de l'auteur de la norme supérieure. Autrement dit, il ne suffit pas que les termes de la relation soient affectés d'imprécision pour que l'on puisse parler de codétermination. Toute imprécision n'est pas de nature à donner lieu à l'exercice d'un tel pouvoir. Il faut pour cela qu'elle réponde à des caractéristiques précises. A cet égard, deux phénomènes convergents sont apparus qui affectent les termes du rapport de légalité.

Le premier phénomène consiste en la reconnaissance explicite par la jurisprudence elle-même du rôle joué par le juge dans l'interprétation des normes. Rien, a priori, de plus naturel. Qui donc songerait à nier un tel rôle? La vérité est cependant qu'il a pu être ignoré ou camouflé et qu'il a une autre dimension que celle qu'on lui a longtemps attribuée.

Lorsque Charles Eisenmann, dans son article de 1957, relevait l'inadéquation au droit positif du principe de légalité tel qu'il l'avait défini, c'était, on s'en souvient, pour des raisons qui tenaient au rôle du juge dans l'application des normes. C'était en effet parce que le juge admettait qu'il pût y avoir des normes inférieures qui ne fussent pas strictement conformes, ni même seulement compatibles, avec des normes supérieures que Charles Eisenmann concluait au non-respect, dans son intégralité du moins, du principe de légalité en droit positif français. Que disait-il exactement ? "Si l'on entend le

principe de légalité comme le principe de conformité, il ne constitue pas une règle du droit administratif français -ni une règle absolue, ni même une règle très générale : le fond de trop d'actes -actes matériels, actes réglementaires- lui échappe entièrement : il vaut seulement pour la faculté d'agir, et même en règle générale seulement : il existe en effet à côté des "pouvoirs légaux" un certain nombre de "pouvoirs jurisprudentiels". Si l'on entend le principe de légalité comme le principe de non-contrariété ou compatibilité, il constitue certainement la règle très générale du droit administratif, mais lui non plus pas la règle absolue (...). Politiquement heureuses ou politiquement regrettables, le juge porte un certain nombre d'atteintes de principe à cette loi dont il est officiellement et juridiquement l'inflexible gardien, l'inexorable mainteneur. Écartant la loi, la corrigeant, il fait alors le droit. Il le refait" (59). Que disait-il ainsi, sinon qu'il y a des normes, un "droit", auxquels le juge confère une signification qui ne résulte pas du texte de la loi -le juge "écarter" la loi, la corrige- pour "faire", "refaire", le droit... Charles Eisenmann, après avoir adopté une conception stricte de la légalité -la loi, loi écrite-, devait donc constater que la loi ainsi définie ne s'identifiait pas au droit... : des "pouvoirs jurisprudentiels" existent qui viennent compléter les "pouvoirs légaux". Ce qui signifiait encore ceci : -que la lecture de la loi par le juge -Charles Eisenmann devait en convenir- contribue à la détermination du droit.

C'est ce que relèvera -tout-à-fait explicitement- le commissaire du Gouvernement Labetoulle dans ses conclusions sur l'arrêt Debout (60). Il y était question de la Convention européenne des droits de l'homme -et de savoir si l'interprétation d'une telle convention devait ou non faire l'objet d'un renvoi, comme c'était le cas habituellement, devant le Ministre des affaires étrangères. La réponse du commissaire du gouvernement est sans ambiguïté : "même lorsque sur tel ou tel point l'interprétation est douteuse, il n'y a pas lieu selon nous de saisir le ministre des affaires étrangères. Compte tenu de la nature et du contenu du texte, qui est une "déclaration des droits", beaucoup plus qu'un échange d'engagements interétatiques, de la façon dont il a été élaboré, de la très large publicité des débats auxquels a donné lieu la ratification, le ministre n'est pas mieux placé pour l'interpréter que le juge qui, de son côté, n'a pas ici à redouter d'interférer dans la conduite des relations internationales. Rien ne justifierait cette mutilation de la fonction juridictionnelle que constitue toujours le renvoi pour interprétation au ministre. En pur droit, vous disposez donc d'un pouvoir d'interprétation autonome et souverain, tout à fait comparable à celui qui vaut à l'égard des normes de droit interne, dans lesquelles d'ailleurs les stipulations de la convention s'incorporent".

..."Rien ne justifierait"..., dit le commissaire du gouvernement -qui parle encore, un peu plus loin, d'un "pouvoir autonome d'interprétation"... Cela, un autre commissaire du gouvernement, Jean Massot, ne l'aurait pas renié. Dans ses conclusions sur l'arrêt Ministre de l'Intérieur et de la décentralisation c/Peltier(61), il déclarait "non nécessaire" une demande d'interprétation adressée au Ministre par un tribunal administratif qui estimait pourtant que le sens d'une des dispositions de la Convention n'était pas clair. Autre manière d'affirmer cette autonomie du pouvoir du juge dans l'interprétation des normes... -manière rendue plus éclatante par le fait que le juge, dans cette affaire, qualifiera de "claire" la stipulation invoquée... pour lui donner un sens différent de celui que lui avait attribué le Ministre des affaires étrangères, lui-même saisi à titre préjudiciel, dans le même litige et sur la même question, par les juges de première instance...

Il ne restera plus, quelque trois ans plus tard, au Conseil d'État qu'à tirer les conclusions d'une telle évolution et, puisque -"par le biais de la notion d'acte clair, (le juge exerce) déjà un important pouvoir d'interprétation des traités"-, qu'à consacrer définitivement son rôle et reconnaître par la voix de son commissaire du gouvernement, qu'en toute hypothèse, "le dernier mot doit rester au juge"(62). Se trouve ainsi reconnue dans une telle formule -"le pouvoir du dernier mot"-, l'impossibilité de s'en tenir au premier- à la signification que prétendrait attribuer aux

mots celui qui, le premier, les a proférés- qui les a inscrits dans le texte offert et soumis à la détermination de qui les lit...

Le phénomène est d'autant plus important que s'en accentue désormais un autre: la montée en puissance de nouveaux droits caractérisés par la place faite dans leur processus d'élaboration -une place quasi institutionnelle, pourrait-on dire...- à la lecture des normes de la part de ceux auxquels elles doivent s'appliquer ou qui doivent en sanctionner l'exécution. Le phénomène est apparu dès il y a longtemps en droit interne. Inutile d'insister sur les différents aspects du droit de l'urbanisme. Qu'il suffise d'en rappeler, comme pour tout le droit économique d'ailleurs, le caractère fréquemment et largement programmatique, ainsi que la manière dont il dessine des "schémas directeurs", esquisse des "orientations" ou délimite des plans d'aménagement. On ne saurait y vouloir trouver la "précision" ni la rigueur associées habituellement au droit. Le phénomène existe aussi au niveau international, où la construction et la définition des droits nouveaux - les droits européens que mettent en oeuvre la Cour de Justice ou la Cour européenne des Droits de l'Homme- ne se font que grâce aux marges que se reconnaissent les juridictions internationales ou celles qu'elles consentent à l'appréciation des États nationaux dans la lecture des droits nationaux...

A cela s'ajoute l'émergence d'un constitutionnalisme, de toute une pensée des droits de l'homme, soucieux de trouver un fondement à la protection des libertés individuelles ailleurs que dans des textes, fussent-ils constitutionnels, qui, trop précis, sont considérés comme trop étroits, et donc trop étriqués. Il en résulte ce mouvement, à la fois doctrinal et jurisprudentiel auquel on faisait écho tout à l'heure, visant à l'élargissement des bases et des sources de cette protection. Elle se fait en y incluant des principes nécessairement plus vagues et dont la formulation infiniment plus imprécise autorise -impose- une lecture que l'on ne peut certes plus réduire à un simple pouvoir d'interprétation. On y quitte le domaine de la transcription -pour entrer dans celui de la transdiction.

2. Le contenu de la relation

Pas plus que la relation précédente ne s'identifie à un rapport de conformité, celle-ci ne peut se réduire à un rapport de compatibilité. Probablement les rapports de ce dernier type se rencontrent-ils plus fréquemment dans ce genre de situations où la règle est imprécise et laisse une large place à la lecture de la norme. Mais la notion de compatibilité ne permet pas de rendre compte exactement et toujours du type de relation qui s'établit alors, et de la démarche du juge dans cette hypothèse. De la même manière que, tout à l'heure, on utilisait la notion de transcription, c'est ici celle de transdiction qui semble la plus adéquate. L'on a voulu avec ce néologisme -qui renvoie au mot de *jurisdiction*-, insister sur l'action de *dire* -de *trans-dire*- le droit à *partir* d'une loi qui existe déjà à l'état d'écriture et où le juge qui la lit -*lex*., de *legere* : lire (63)- ne trouve pas tous les éléments dont il a besoin pour résoudre le problème qui lui est posé.

L'action du juge est alors fondamentalement différente de celle qu'il accomplit lorsque, se contentant des éléments inscrits dans la loi, il se borne, même si ces éléments sont imprécis, incertains ou vagues, à les copier, les recopier: les transcrire. Les transcrivant, il les reproduit -et s'y conforme. Conformité qui ne préjuge -si l'on ose dire- ni du degré de précision -qui peut n'être pas élevé- de la norme supérieure à laquelle se conforme la norme subordonnée, ni du degré de liberté -qui peut n'être pas négligeable - résultant, pour ses destinataires, de la norme subordonnée ainsi produite en conformité de la norme supérieure. Imprécision et conformité ne sont pas antinomiques. La notion de transcription permet de rendre compte de la non-contradiction des deux termes. Elle couvre de son unité toutes les hypothèses où le juge se tient dans les limites du texte qu'il se contente de reproduire, -quelle que soit la "précision" de la norme dont le texte est porteur. Lorsque la norme est "précise", le juge la reproduit littéralement. Lorsqu'elle est "imprécise", il peut la reproduire aussi imprécise qu'elle a été émise, ou en reconstituer objectivement la signification qu'a

voulu lui conférer son auteur. Même dans ce cas d'imprécision, il y a en effet transcription. La recherche objective de l'intention ou de la volonté de l'auteur du texte cantonne strictement le juge à l'écriture du texte et à sa prédétermination. D'une part, le juge se livre en effet à une recherche objective, se fondant pour cela sur des éléments du texte, ou qui lui sont objectivement liés ; d'autre part, sa recherche objective porte sur "l'intention" de l'auteur du texte, c'est-à-dire de ce sujet qui, par l'inscription qu'il a faite de lui dans le texte, en a prédéterminé la signification. Le pouvoir dont dispose le juge, dans toutes ces hypothèses, est donc bien de simple transcription. L' "interprétation" à laquelle il se livre du texte et de l' "intention" de son auteur ne fait nullement de lui le titulaire d'un pouvoir autonome. Il n'est là qu'en double -en doublure- de l'auteur du texte soumis à son interprétation. Il n' a pas, dans ce cas, et malgré l'imprécision du texte, de pouvoir de codétermination de la signification du texte.

La situation est tout autre dans le cas de la transdiction. La liberté, le pouvoir du juge, dans cette hypothèse, lui viennent encore de l'imprécision du texte que le juge doit appliquer . Mais si l'on se contentait de ce constat, on ne comprendrait pas ce qui distingue la transdiction de la transcription. La vérité est qu'il y a deux sortes d'"imprécisions", correspondant aux deux types de situations: de transcription et de transdiction. Pour cette raison, la notion de degré de précision, dont on use si volontiers, est... imprécise. Le juge ne peut lever l'imprécision qui affecte la norme dans le cas de la transdiction en se tenant encore dans les limites du texte. Aucun élément objectif ayant trait à l'intention de l'auteur ne lui permet d'en déterminer la signification. Aucun élément ne l'autorise à en dire la signification telle qu'elle en avait été prédéterminée par son auteur. Le travail d'interprétation auquel il se livre n'est plus de simple explicitation. Il est, de fait, un travail de codétermination de la signification du texte.

Quels sont donc les caractères que doit revêtir l'imprécision du texte pour donner lieu à *transdiction* (et non à une simple transcription)? Problème de la limite basse de la transdiction -quand commence-t-elle ? -Et de sa limite haute : où finit-elle ? Où s'arrête donc le pouvoir de transdiction afin que le transdicteur ne puisse s'ériger en véritable auteur de la norme (et que la transdiction ne devienne transgression...)(64)?

a. *La limite basse.* L'hypothèse est donc celle-ci : un texte imprécis -quelle que soit l'origine de l'imprécision : lacune, ambiguïté ou contradiction. Cela ne suffit point à caractériser l'hypothèse, ni la nature de l'imprécision. On a montré que l'imprécision pouvait affecter des textes dont il est pourtant apparu qu'ils donnent lieu à transcription. Il y faut donc ajouter cette remarque, déjà faite: l'imprécision, dans l'hypothèse de la transdiction, a pour caractéristique qu'elle ne peut être levée par référence au texte lui-même. Le juge qui lui est confronté ne peut se tenir, pour trouver une solution, dans les limites de la prédétermination comprise comme inscription du sujet dans le texte. Il ne peut, pour lui donner une signification, ni se référer au texte lui-même (interprétation littérale), ni procéder même à la recherche objective de l'intention de son auteur. Quels textes revêtent donc de tels caractères ? Ces textes, tellement imprécis qu'ils ne puissent même donner lieu à cette recherche de l'intention de leur auteur, peuvent-ils être encore (ou déjà?) considérés comme des règles de droit dignes de ce nom ? Autrement dit, la juridicité de la norme -son très faible degré de juridicité : sa très grande imprécision- n'affecte-t-elle pas à ce point sa normativité qu'elle n'ait plus de norme que le nom, et ne puisse plus même être considérée comme règle de droit obligatoire ? -question préliminaire. L'autre question -pour le cas où l'on considérerait que la première ne doive pas recevoir de réponse négative...- est de savoir en quoi consiste alors exactement le rôle du juge dans ce travail d'interprétation au delà du texte ...

La question préliminaire -celle du degré minimum de précision du texte- a été évoquée, en France, par le Doyen Vedel (65). Au point de départ de son analyse, "la remarque souvent faite selon laquelle, quel que soit le niveau juridique du texte où elle est insérée, une proposition ne constitue une règle de droit que si elle prescrit positivement ou négativement à ses destinataires une certaine conduite" -proposition évidemment inspirée du plus pur positivisme (de ce positivisme qui définit la norme juridique par son obligatorité). Elle a pour conséquence de dénier -à juste titre- le caractère de règle de droit à la formule: "le soleil se lève en toutes saisons à 6 heures du matin". De cette remarque, poursuit le Doyen Vedel, certains ont pu être tentés de déduire que certaines dispositions de la Déclaration des Droits ou du Préambule de 1946 ne pouvaient se voir reconnaître valeur constitutionnelle parce que, "leur teneur n'étant pas celle d'une prescription de conduite suffisamment précise, il leur manque pour être une règle de droit constitutionnel, une condition nécessaire : le caractère normatif" (66).

Exemple-type de telles dispositions : la formule du Préambule de 1946 : "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à son développement" -formule extrêmement vague: on ne devrait guère pouvoir en déduire la moindre prescription. La vérité est cependant, fait remarquer le Doyen Vedel, que même une formule aussi vague a pu permettre au Conseil d'État de censurer les dispositions, jugées discriminatoires, d'un décret de 1976 relatif aux conditions d'entrée et de séjour en France des membres des familles des étrangers autorisés à y résider : "les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale (...). Ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants"(67) . "On ne saurait donc affirmer, conclut Georges Vedel, que l'imprécision de la prescription en supprime le caractère normatif". Dont acte (68).

Les analyses de certains arrêts récents de la Cour Suprême du Canada confirment très exactement cette conclusion. L'indétermination de la norme n'en exclut pas la normativité. "Souplesse n'est pas synonyme d'imprécision", commence par reconnaître le Juge Beetz en 1988 (arrêt *R. c. Morgentaler*, 1988 1 R.C.S. 30). Puis est affirmé, en 1989, qu' "en droit la précision absolue est rare voire inexistante" (arrêt *Irwin Toy Ltd c. Québec* , 1989 1 R.C.S. 927), avant que le Juge l'Heureux-Dubé estime qu' "une disposition imprécise ne constitue pas une limite prescrite par une <règle de droit>" (arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, 1991 1 R.C.S. 139). Là commence une discussion sur les conditions minima nécessaires à la reconnaissance de la normativité...

Il semble, à lire la jurisprudence canadienne, que l'on en doive relever deux. La première tient à l'intelligibilité de la norme. On ne saurait admettre qu'existe une norme qu'à condition qu'elle ne soit point rédigée dans un "langage si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exacte" (Juge Sopinka, arrêt *Osborne c. Canada* 1991 2.R.C.S. 69). Encore faut-il être prudent sur cette condition d'intelligibilité. La jurisprudence avait antérieurement admis que "la difficulté qu'il y a à prêter un sens invariable et universel aux termes employés est un facteur à prendre en considération pour déterminer s'il s'agit d'une règle de droit (...)" (Arrêt *Canada c. Taylor*. 1990 3 R.C.S. 892). L'intelligibilité ne peut donc être assimilée à la polysémie ou à l'ambiguïté. Elle se situe en deçà -ou au delà, comme on voudra- : dans l'obscurité du texte. Ce qui, alors même que l'on a renoncé depuis longtemps à la fiction du législateur rationnel, ne doit pas être trop fréquent...

La seconde condition minimale tient à ce que l'on pourrait appeler pour l'instant la déterminabilité de la norme. Derrière ce concept, deux situations auxquelles se trouvent confrontés les juges. Celle de l'imprécision d'un texte qui, se voulant restrictif des pouvoirs de son destinataire, aurait pour conséquence, en raison de son

imprécision, d'en rendre impossible la limitation effective; et celle d'un texte qui, rédigé, lui, de manière précise, aurait cependant un champ d'application tellement large que son destinataire se verrait reconnaître un véritable pouvoir discrétionnaire. Dans ces hypothèses, dit le Juge Gonthier (arrêt *R.c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, 1992 2 R.C.S. 606), l'imprécision est telle que la norme ne peut "constituer un guide suffisant pour le débat judiciaire" et ne peut donc être considérée comme règle de droit. Ce qui, subordonnant la normativité à la nécessaire association d'une norme-"guide" et d'un juge "guidé",conduit à reconnaître, sous ces dénominations, les mécanismes de la pré- (la norme) et de la co-détermination (le juge), et par suite, à admettre qu'un certain degré de juridicité constitue une condition de la normativité. Allant encore au delà dans son analyse, le Juge Gonthier veut alors trouver dans la référence aux notions d'*avertissement raisonnable aux citoyens* et de *limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi* les critères de l'existence d'un "guide suffisant pour le débat judiciaire"...(68bis).

On peut cependant douter que ce soient là des critères très fiables. D'une part, ils risquent de n'apparaître que comme des réponses à la question par la question. Cet effort pour dégager la condition minimale de normativité n'a-t-il pas justement pour objet de déterminer les moyens de limiter le pouvoir discrétionnaire d'application de la loi et d'avertir les citoyens de l'existence d'une obligation qui pèserait sur eux? D'autre part, et surtout, ces notions d'*avertissement raisonnable* et de *limitation du pouvoir* se situent sur un autre plan que celui où se place le problème considéré. Ce problème a trait à la détermination du degré de juridicité nécessaire pour que l'on puisse parler de l'existence d'une norme. Or la juridicité de la norme tient à son mécanisme d'accession à la signification. C'est donc, si l'on veut rester cohérent, sur ce plan du mécanisme d'accession de la norme à la signification qu'il faut se placer (la "structure interne" de l'objet à définir), -et non sur celui des fonctions, -"avertir", "limiter"-, remplies par le juge ou le législateur grâce à cet objet....

A cet égard, l'analyse du Doyen Vedel, à propos du bloc de constitutionnalité, paraît beaucoup plus éclairante. Constatant que la jurisprudence du Conseil constitutionnel "ne fait mention à aucun moment de la supériorité d'une règle ou d'un principe constitutionnel sur un autre" (69), le Doyen en tire la conclusion qu'il est impossible de procéder à une hiérarchisation des normes issues des différents textes composant le bloc, et que ce n'est donc pas ce mécanisme de la hiérarchisation qui permettrait de résoudre d'éventuels conflits entre normes. Il en résulte que "c'est sur le terrain de l'interprétation, c'est-à-dire de l'activité propre du juge, que celui-ci traite les conflits qui apparaissent"... (70). L'on retrouve là, sous d'autres mots -il faut le remarquer-, le "débat judiciaire" dont le Juge Gonthier faisait état précédemment. Dans ce cas, précise le Doyen Vedel, deux situations peuvent se présenter : "tantôt l'interprétation dissipera l'illusion du conflit et supprimera donc le problème ; tantôt elle constatera la réalité du conflit et elle en recherchera une solution qui ne peut être que de compromis".

Ainsi le conflit n'est-il qu'apparent quand l'analyse du juge l'amène à constater que les principes prétendument antagonistes applicables en l'espèce -par exemple la liberté de la presse, autorisant la création libre de toute entreprise, et le principe du pluralisme, interdisant les concentrations abusives- sont non seulement compatibles entre eux, mais même étroitement liés. Ou bien quand il apparaît que les principes ont des champs d'application différents -par exemple, le droit de grève des agents publics, dont la reconnaissance interdit toute disposition législative prohibant de façon générale la cessation concertée du travail, d'une part, et l'objectif de valeur constitutionnelle de sécurité des personnes et des biens, qui permet au législateur d'ériger en infractions des comportements étrangers à l'exercice du droit de grève, d'autre part. Le conflit est, également, purement apparent si les dispositions à appliquer au cas d'espèce (celui des nationalisations, en l'occurrence, où étaient invoqués et le Préambule de 1946, traitant spécifiquement des nationalisations, et l'article 17 de la Déclaration, relatif tant à la propriété, droit inviolable et sacré, qu' à l'indemnisation

due en cas d'expropriation) peuvent être appliquées, comme ce fut le cas alors, cumulativement... Le Préambule de 1946 faisait, en effet, dépendre les nationalisations de critères liés à l'utilité publique et n'énonçait nulle règle d'indemnisation qui aurait pu contredire celles mentionnées à l'article 17...

Dans toutes ces hypothèses, la "dissipation" du conflit résulte de ce que le conflit est parfaitement illusoire. La solution du "conflit" se trouve en fait dans l'application des textes. Sans doute ces textes -cela est acquis- ne sont-ils pas hiérarchisables. Mais il suffit, pour donner une solution au problème posé devant le juge, de procéder simplement à leur mise en oeuvre -cumulative, alternative, ou supplétive, selon les cas. Le travail d'interprétation du juge ne consiste donc qu'à découvrir les modes d'articulation des textes concernés. Travail de connaissance critique que l'on doit normalement attendre du juge et qui ne saurait être compté pour plus qu'il n'est : un travail de transcription, éclairé par la connaissance du juge des techniques juridiques qu'il manie.

Certains, peut-être, douteront que les conflits décrits par le Doyen Vedel soient tous aussi "illusoire" qu'il le dit. Mais là n'est pas l'important. Ce qui l'est, c'est qu'au delà, il y en ait d'autres, en tout cas, qui soient irréductibles, où "le conflit est réel"(71). Ce qui -dans ces cas au moins- oblige le juge à pratiquer l'art de la "conciliation" (p. 56) ou du "compromis" (p. 57). Alors, "le juge opère une pesée (de laquelle évidemment la subjectivité ne peut-être totalement absente) entre les valeurs en présence. Il concédera plus ou moins à l'une ou l'autre des normes en conflit en prenant des critères très variés" (p. 59).

L'on se voit ici rendu -à ce point exact de la démarche du juge, au moment de "la pesée entre les valeurs en présence"- au coeur du problème. C'est là que se place le degré minimum nécessaire à la déterminabilité de la norme. La norme est encore déterminable -et il y a donc normativité, malgré l'imprécision du texte- quand le juge peut encore procéder à "une pesée des valeurs en présence". Ce qui pose deux séries de questions : quels sont les cas où le juge doit procéder à une telle "pesée" ? A quelles valeurs se réfère-t-il lors de cette pesée ? Répondre à ces deux questions permet de définir le rôle du juge -les limites dans lesquelles, en cas d'imprécision du texte, il dit -il transdit- la loi. Répondre à ces deux questions permet de définir la transdiction...

Le domaine de la transdiction ? -Celui de l'absence d'indications écrites, ou -autre hypothèse, qui revient au même- de leur contradiction. Ce que le Doyen Vedel appelle les cas de "conflit réel": ces cas dans lesquels les normes ne peuvent être hiérarchisées, ni leur conflit "dissous" ou "dissipé" par le travail d'analyse des textes qui permet d'en découvrir, et d'en faire, un usage cumulatif, alternatif ou supplétif. Quand les normes sont écrites, et qu'elles peuvent être hiérarchisées ou ainsi "articulées", il y a transcription. Le phénomène de la transdiction apparaît là où le juge est confronté à un texte affecté d'une imprécision s'analysant en l'absence ou la contradiction des références inscrites dans les textes porteurs des normes(72). Le juge doit alors "inventer" la référence. Ce qu'il fait par le travail de "conciliation" ou de "compromis" dont parle le Doyen Vedel, ou -plus radicalement encore, quand il n'y a pas d'indication écrite du tout- par un travail d'analyse qui mène le juge aux frontières -mais aux frontières seulement, et pas au delà- du pouvoir normatif.

La transdiction se fait en effet à l'intérieur de limites -par référence à des valeurs- telles que l'on ne peut voir dans la transdiction l'exercice de la part du juge d'un pouvoir de création normative. Lorsque, dans le cas de la transdiction, le juge "invente" la référence, il ne l'invente qu'au sens de ce mot en droit : il ne fait que "découvrir" la référence. Et, pour le coup, les analyses des commentateurs ou des commissaires du gouvernement qui utilisent ce mot *découverte* sont exactes et correspondent à la réalité. Le juge, dans le cas de la transdiction, ne crée pas la référence. Il la découvre -première hypothèse- dans des textes où elle est inscrite. Sans doute y est-elle inscrite, avec d'autres qui, dans les cas soumis au juge, provoquent une

situation de "conflit réel" -que le juge doit trancher en "disant le droit". Mais il ne fait là que jouer son rôle de juge -et ne crée nullement une norme dont tous les éléments nécessaires à sa détermination (éléments de pré- et de sur-détermination) existent indépendamment du juge. Le juge ne fait alors qu'en assurer -par son intervention (qui est l'opération de codétermination)- la combinaison.

Lorsque le juge procède à l'invention de la référence dans la seconde hypothèse -celle où il n'y a pas du tout de référence écrite-, il n'y a pas non plus d'exercice d'un pouvoir de création normative. Le juge reste encore dans les limites de la transdiction s'il utilise comme référence -alors que les textes restent muets sur ce point- les valeurs sociales dominantes dans la collectivité au moment où il rend son jugement. Il ne fait encore, en dégagant et en explicitant ces valeurs, et même en choisissant entre elles alors que leur utilisation respective pourrait aboutir à des solutions opposées-, il ne fait encore dans tous ces cas que dire le droit. Il ne crée nullement une norme. Il en constate l'existence. La transdiction ne peut en aucune manière s'analyser en l'exercice d'un pouvoir normatif. Elle est de l'essence même de la fonction juridictionnelle -et de la juridictionnalité définie comme contrôle par la norme de son propre décodage. Le juge -doit-on répéter encore une fois- ne crée aucun des éléments nécessaires à la détermination de la signification de la norme. Son intervention -la "pesée des valeurs", ou leur explicitation- n'est pas contestable. C'est même cette intervention qui constitue l'opération de codétermination. Mais elle ne saurait, cette opération, être vue comme débordant et s'enflant aux dimensions de l'exercice d'un pouvoir de création normative. Il existe en effet une limite haute à la transdiction -une limite que les juges eux-mêmes, en France et au Canada, ont fixée à leur propre pouvoir de dire le droit -à leur propre pouvoir de transdiction. Pour qu'il ne dégénère pas en transgression de la loi...

b. *La limite haute.* On sait donc quand et où commence la transdiction. Il faut désormais s'interroger : quand et où finit-elle ? Le pouvoir du juge de dire la loi -son pouvoir d'inventer la référence- commence quand et là où il y a une loi -quand il y a prédétermination : une norme "intelligible" et "déterminable". Il finit quand et là où il cesse de dire la loi. Le juge, avec l'invention de la référence, ne peut en effet que dire la loi. Il ne peut la faire. Il ne peut se substituer au législateur.

La jurisprudence française le marque très clairement dans la formule qu'utilise volontiers le Conseil constitutionnel, et dont on trouve l'une des premières expressions dans sa décision du 15.1.1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse : " Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil Constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais leur donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution de lois déferées à son examen". La formule est complétée, dans la décision des 19 et 20/1/1981, *Sécurité et liberté*, par un considérant précisant que, "dans le cadre de cette mission, il n'appartient pas au Conseil Constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition du titre premier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration des Droits de 1789". Et encore, dans les décisions des 16.1. et 11.2.1982 relatives aux lois de nationalisations, par cet autre considérant : "(...) l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumises à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789".

Ces formules pourraient laisser planer une ambiguïté. On peut en effet les lire comme signifiant soit que le juge n'a pas, à la différence du Parlement, de pouvoir d'appréciation et de décision, soit que le juge -qui a bien un pouvoir d'appréciation et de décision- n'a cependant pas, en ce domaine, de pouvoir identique à celui du Parlement.

Cette seconde interprétation paraît la plus conforme à la vérité. Le juge se voit en effet reconnaître par le Conseil constitutionnel un pouvoir de récuser l'appréciation du législateur en cas d'erreur manifeste. Ayant un pouvoir de récusation, il dispose donc d'un pouvoir participant de l'exercice du pouvoir d'appréciation, même si c'est de manière négative. Le juge a donc bien un pouvoir -qu'il exerce dans des conditions non identiques à celles où l'exerce le Parlement. La différence visible entre les deux tient à ce que celui du juge est limité : essentiellement négatif, il ne lui permet pas de substituer sa propre appréciation à celle du Parlement (sauf cas d'erreur manifeste).

Ainsi défini négativement -par rapport à ce qu'il n'est pas-, ce pouvoir doit être, de surcroît, analysé dans son contenu- afin de déterminer ce qu'il est. A cet égard, on doit relever la référence insistante de la jurisprudence à l'appréciation portée par le juge sur "la nécessité des peines attachées aux infractions définies par le législateur", ou à la "nécessité des nationalisations décidées par la loi". Il semble bien que, ce faisant, la jurisprudence distingue entre deux sortes d'opérations : celles qui sont relatives à la "définition" (des peines) ou à la "décision" (sur les nationalisations...), opérations qui relèvent d'un pouvoir de "décision" *stricto sensu*-, et celles qui sont relatives à la nécessité des peines ou des nationalisations ainsi définies ou décidées, opérations relevant du pouvoir d'"appréciation". La non-identité des pouvoirs de décision du Parlement et du juge est évidente ; et d'ailleurs, ce n'est pas de ces pouvoirs que se préoccupe le juge constitutionnel dans ses arrêts. En revanche, en disant la différence des pouvoirs d'appréciation du législateur et du juge, le juge constitutionnel définit tout à la fois le contenu et la limite de ce pouvoir chez le juge. Quant au contenu, c'est un pouvoir "d'appréciation de la nécessité...": ce n'est pas un pouvoir relatif à un élément prédéterminé par la loi. Quand le juge, en effet, se prononce sur la base d'un tel élément prédéterminé, il exerce un pouvoir d'exécution et de mise en oeuvre d'une décision déjà prise. Le pouvoir d'appréciation ne peut exister qu'à l'égard d'un élément qui, non précisé dans la loi, -non prédéterminé-, se trouve, par là-même, laissé à l'appréciation du juge. Ainsi le pouvoir d'appréciation, qui ne porte pas sur un élément prédéterminé par la loi, n'a-t-il en définitive, d'autre support que dans le mécanisme de surdétermination de la norme.

C'est ce que confirme la jurisprudence canadienne -l'arrêt *Nova Scotia*- qui, faisant de "l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens" l'un des fondements logiques de la théorie de l'imprécision, y voit la faculté pour le juge d'interpréter le texte imprécis à la lumière des "valeurs qui forment le substrat du texte (...)" et du "rôle que joue le texte (...) dans la vie de la société" (*Nova Scotia*, p. 27). On ne saurait dire plus nettement en quoi le pouvoir reconnu au juge, en l'occurrence, relève de la surdétermination et de la référence de la loi. Le pouvoir d'appréciation reconnu au juge est un pouvoir d'invention de la référence. C'est toutefois un pouvoir limité. Le juge ne peut dépasser une limite haute -au delà de laquelle le juge empièterait sur le pouvoir du législateur. Il est limité à "l'invention" d'une référence qui ne peut être que *sous* le texte ("le substrat du texte") ou dans les valeurs dominantes de la société à l'époque du jugement ("le rôle que joue le texte dans la vie de la société", les "valeurs partagées par la société"). Une limite qui ne saurait être dépassée -et amener le juge, alors, à substituer son appréciation à celle du législateur qu'au cas d'erreur manifeste de celui-ci. Nouvelle confirmation de ce qu'il ne s'agit bien, de la part du juge, que d'un pouvoir "d'invention" -au sens juridique- de la référence. Un pouvoir de découvrir une référence enfouie -et non un pouvoir de la créer, de l'inventer de toutes pièces -inventer, au sens ordinaire du mot. Un pouvoir d'appréciation -non de substitution. Un pouvoir d'invention -non de création. Un pouvoir, non de faire la loi -mais de la dire. Un pouvoir de transdiction.

Et c'est exactement en cela que le pouvoir du juge n'est pas identique à celui du Parlement. Le juge est limité à "l'invention" de la référence -d'une référence qu'il devra se contenter de trouver dans les valeurs sociales dominantes, tandis que le Parlement, lui, peut être en avance -ou en retard- sur elles..... En définitive, la

relation de transdiction se situe entre ces deux limites -basse: la prédétermination; et haute: la surdétermination, réduite aux valeurs sociales, au code culturel et social dominant. Pour qu'il y ait transdiction, il faut au minimum qu'il y ait prédétermination. Et si ce minimum existe -qui est la condition minima nécessaire à l'existence d'une règle de droit-, le juge peut aller jusqu'à "inventer" la référence, une invention qui, cependant, ne pourra le porter jusqu'à affecter le texte législatif de références, de valeurs qui ne seraient pas "partagées par l'ensemble de la société" -par exemple de références ou de valeurs personnelles au juge. En quoi il sortirait de son rôle -de sa fonction qui consiste à dire- transdire- la loi

Un nouveau problème, alors : quelles techniques sont utilisées par le juge qui lui permettent d'assurer cette fonction de transdiction?

3. Le contrôle de la relation.

a. Dans le débat sur l'Etat de droit, et devant le défi du développement et de la multiplication des droits programmatiques, le concept de transdiction peut amorcer une réflexion et offre la chance d'une solution. La notion a peut-être en effet ce mérite d'ouvrir la voie au contrôle d'une légalité imprécise. Assumant l'imprécision de la norme, le concept, à la fois, en définit la nature exacte -l'inexistence ou la concurrence des références-, et en fait l'élément central de sa propre définition, permettant ainsi d'inscrire l'acte subordonné dans les limites mêmes où l'enferme le droit. Si la transdiction, c'est l'invention de la référence, il est clair que la norme dont l'imprécision s'analyse en l'absence ou la concurrence des références se trouve désormais soumise à la référence "inventée" par le juge. -Soumission au droit. Une soumission qui ne se fait qu'au droit et se tient dans les limites du droit. On a pu en effet s'interroger sur la nature de cette soumission: -au droit, vraiment? -ou à des principes politiques ou philosophiques extérieurs au droit? -Un retour au droit naturel? Un droit naturel qui relève du droit? Ou de la morale?... On retrouve là tout le débat qui s'est instauré autour de la notion de supraconstitutionnalité.

Dans ce débat, trois thèses, semble-t-il, s'affrontent. L'une consiste à affirmer l'existence d'une supraconstitutionnalité naturelle. Elle est assez bien représentée par Stéphane Rials et tout un courant néo-jusnaturaliste qui croît et se développe aujourd'hui autour de la pensée des droits de l'homme. Partant des faiblesses(73) des doctrines positiviste et kelsenienne -l'Etat et le droit, purs faits, chez Carré de Malberg; le naturalisme déguisé de la fondation du droit, sous les espèces de la *Grundnorm*, chez Kelsen-, elle en conclut à "l'admissibilité", d'abord, et de là, par un bond vertigineux, à la nécessité logique de la supraconstitutionnalité -d'une supraconstitutionnalité ancrée dans "une loi naturelle (...) commune à tous les êtres humains"(74).

La seconde thèse a été défendue récemment par Louis Favoreu: "les temps ont changé", dit-il(75). La querelle entre jusnaturalistes et juspositivistes n'a plus qu'un intérêt historique. L'apparition d'un juge constitutionnel, en particulier, exerçant un véritable contrôle sur les lois votées par le Parlement a cessé de faire de la sanction d'une éventuelle supraconstitutionnalité une utopie hors de portée. D'une part, sur le plan interne, la supraconstitutionnalité n'a plus besoin d'emprunter au droit naturel, "car il y a désormais un fonds commun de principes transnationaux /relatifs, par exemple, à l'interdiction des discriminations raciales ou religieuses/ qui peuvent, s'il en est besoin, compléter ou conforter" l'interprétation de la Constitution à laquelle se livre le juge constitutionnel. D'autre part, sur le plan international, il est de plus en plus évident que "les normes constitutionnelles doivent s'incliner devant les normes communautaires ou européennes"(76) en raison de la possibilité, désormais avérée, d'un "contrôle supranational de supraconstitutionnalité"(77) de la part des Cours de Strasbourg et de Luxembourg... Il existerait donc une supraconstitutionnalité positive.

Le Doyen Vedel en conteste formellement l'existence. Il défend la troisième thèse. Sa position est particulièrement ferme(78). Il la fonde sur trois arguments. D'abord, le droit positif ne consacre pas de hiérarchie des normes au sein du bloc de constitutionnalité. Non seulement elle ne résulte pas des textes, mais l'articulation même à laquelle se livre le juge constitutionnel des différents textes ou règles en conflit n'équivaut à rien de tel. Si une hiérarchisation devait exister, cela devrait se traduire par une préférence systématique ou un poids spécifique donnés à l'un ou l'autre d'entre ces textes sur tous les autres. Or, loin de là, s'opère "une pesée concrète, le plus souvent à la lumière du principe de proportionnalité", des principes ou valeurs en présence. D'autre part, second argument, le concept même de norme juridique supraconstitutionnelle "est logiquement inconstructible"(79). Il faudrait, pour l'admettre, accepter de considérer soit qu'il n'y a jamais eu de souverain, soit qu'il n'y a plus de souverain: hypothèses de la transcendance des normes dans le premier cas, ou du contrat social dans le second(80), elles relèvent beaucoup plus de la Révélation divine ou du mythe historique, peut-être même d'une "production poétique fascinante"(81), que d'une analyse ancrée dans la réalité.... Enfin, dit le Doyen Vedel, la supraconstitutionnalité est dangereuse pour l'ordre public démocratique, car elle n'ouvre d'alternative qu'entre le risque d'oligarchie (le législateur opposerait à des dispositions constitutionnelles de prétendus principes supraconstitutionnels, et dénierait compétence au juge pour statuer sur ce conflit) et le gouvernement des juges...(82). Pour toutes ces raisons, il ne saurait être question de supraconstitutionnalité... Le Doyen Vedel, en définitive, a deux convictions: la première -qu'"une constitution n'est jamais lacunaire, quand, comme la nôtre, elle investit d'un pouvoir normatif des autorités déterminées"; la seconde -que "le législateur ne peut être approuvé ou censuré en droit que par référence à une disposition constitutionnelle écrite"(83).

On ne saurait que se rallier à de telles positions. A condition, cependant, d'essayer d'en mieux mesurer les implications et la portée théoriques.

Des trois thèses aucune n'est fautive. Aucune, cependant, n'emporte à elle seule la conviction.

La première -la thèse de la supraconstitutionnalité naturelle- a pour elle d'affirmer l'existence de principes auxquels puise le juge pour rendre ses jugements. Elle a contre elle de croire à la transcendance de ces principes. Le Doyen Vedel, à juste titre, demande au juge qui y croirait d'expliquer "de quelle nuée il /aurait alors/ reçu la révélation des Tables de la Loi"(84).

La seconde a contre elle les réalités du droit positif et d'affirmer une supraconstitutionnalité, c'est-à-dire une hiérarchie, là où n'existe qu'une "pesée" et de la "subjectivité".

La dernière thèse, celle du Doyen Vedel lui-même, n'a qu'un tort: -de ne pas avoir, après qu'elle ait démontré l'inexistence d'une *supra*constitutionnalité, théorisé l'existence d'une *para*constitutionnalité dont le Doyen reconnaît pourtant le rôle qu'elle joue, sur la base et à partir des textes, dans la formation de la norme constitutionnelle. Admettre, comme il le fait, et le démontre d'ailleurs, d'une part que le Conseil constitutionnel s'interdit de reconnaître comme norme juridique "toute règle qui ne résulterait pas d'un texte de façon directe ou dérivée"(85) et qu'il n'existe donc pas de supraconstitutionnalité naturelle ni positive, et d'autre part que le juge procède à une "pesée concrète" des droits, libertés principes et objectifs de valeur constitutionnelle, c'est en fait reconnaître, implicitement mais sûrement, la spécificité et la validité du mécanisme d'accession de la norme à sa signification tel qu'on a cru pouvoir le décrire jusqu'à présent: -un mécanisme de prédétermination, qui trouve son fondement dans l'écriture, le *texte*, de la loi; -et un mécanisme de codétermination résultant de la lecture de la loi, une lecture qui, si elle aboutit dans certains cas à privilégier

-surdétermination- tel des droits, libertés, principes ou objectifs en conflit, ne leur confère cependant pas de place systématiquement privilégiée, et ne les place donc pas en position hiérarchique par rapport aux autres. Il n'existe pas en l'occurrence de hiérarchie des normes constitutionnelles. Seulement le jeu normal et habituel de la juridicité, de l'accession de la norme à sa signification. Ce dont précisément rend compte le concept de transdiction.

Comme le remarque cependant le Doyen Vedel lui-même, la lecture que fait le juge -la "pesée concrète" à laquelle il procède- et son action de dire le droit sont doublement contraintes: par la prédétermination, l'écriture du texte, d'une part -le Conseil Constitutionnel "s'interdit de reconnaître comme norme juridique toute règle qui ne résulterait pas etc... -; par la surdétermination d'autre part -une surdétermination qui trouve sa source dans des valeurs ayant une existence objective et résultant soit des textes, soit du code social dominant. Les analyses du Doyen Vedel ne laissent aucun doute à cet égard : "outre ce qui pourrait être dit de la nature exacte des principes généraux du droit car le Conseil d'Etat les <découvre> plus qu'il ne les <invente>(86) -le <principe> ou <principe général>, dans le langage du Conseil Constitutionnel, est un terme sémantique non juridique. Il s'agit de sommer des règles comme les autres, prenant comme les autres leur racine dans un ou plusieurs textes, mais ayant des applications très diverses"(87). C'est ce que, de leur côté, affirment aussi les auteurs du Rapport français présenté à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes: "le Conseil constitutionnel, écrivent-ils, privilégie les sources écrites des principes de valeur constitutionnelle par rapport aux sources non-écrites, afin de bien faire apparaître qu'il <ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel>"(88).

De telles analyses renforcent l'idée du caractère strictement juridique, et même plus, strictement juridictionnel, de la relation de transdiction. En quoi consiste en effet la démarche transdictionnelle? Analysée comme invention de la référence, elle fait du juge qui invente la référence l'acteur d'un contrôle strictement autoréférentiel. Le juge ne fait en effet, dans ce cas, que dire le droit; il ne le fait pas. Il dit le droit, puisqu'il "somme" des règles éparses, certes, mais existantes -préexistantes-, ou "découvre" des principes dans le code social dominant. Il ne fait pas le droit, puisqu'il n'invoque pas un droit prétendument "naturel" ou "divin", ou un droit dont il trouverait l'inspiration ou la source en lui seul, en sa seule conscience... Le juge se tient donc dans les limites du droit -se référant alors au droit lui-même pour dire le droit... Autoréférentialité. Si, contrairement aux analyses du Doyen Vedel et aux thèses traduites ici dans ce concept de transdiction, le juge inventait -vraiment- la référence, alors il ferait la loi. Et cesserait d'être juge. Il se comporterait en législateur. En revanche, disant le droit par référence au droit, il se cantonne dans sa fonction de juge, qui consiste pour lui à être l'instrument du contrôle par la norme de son propre décodage -un contrôle autoréférentiel, qui est de l'essence même de la fonction juridictionnelle(89).

Autoréférentialité de la transdiction qui trouve son expression dans les techniques utilisées aux fins de contrôle juridictionnel. Des techniques qui, précisément destinées à permettre au juge de ne se prononcer que par référence à la norme juridique elle-même, ne mettent en jeu, des éléments constitutifs de la norme, que ceux que la doctrine classique n'a pas l'habitude de considérer comme en faisant partie.

b. Pour réduire une telle aberration -comme on réduit une fracture-, la doctrine classique insiste beaucoup sur l'unité des techniques de contrôle juridictionnel. Elles relèveraient d'une même logique, et pourraient être classées, toutes, sur une même échelle, selon une gradation linéaire, étagée du contrôle minimal, limité à la vérification de l'existence matérielle des faits, au contrôle maximal dit de la qualification juridique, dans les cas où le juge se reconnaît le droit de décider si les faits

sont de nature à justifier la décision prise par l'administration. L'apparition, dans les années 60, du contrôle de l'erreur manifeste ne bouleverse pas cette vision des choses. Cette technique, par laquelle le juge se réserve de décider si l'appréciation à laquelle se livre l'administration n'est pas manifestement erronée, est analysée comme une application implicite aux motifs des décisions de l'administration du principe de proportionnalité. Consistant en une vérification par le juge de l'existence, ou non, d'une disproportion manifeste entre les motifs de fait de la décision et son contenu, elle a le mérite, comme le montre Jean-Paul Costa(90), de faire échapper le contrôle de légalité à la rigidité des choix binaires auxquels il a jusqu'alors été réduit: "l'erreur de droit, l'inexactitude matérielle, l'incompétence, sont des <armes rigides> entre les mains du juge -qui ne peut répondre aux questions que pose l'invocation de tels moyens que par oui ou par non. L'appréciation de la proportionnalité qu'implique la technique de l'erreur manifeste laisse au contraire au juge une latitude, une marge d'appréciation qui s'accommode de situations très diverses et consent des jugements nuancés"(91). Elle constitue donc un degré intermédiaire sur l'échelle des contrôles qui, désormais, en comporte trois: le contrôle minimal de l'existence matérielle des faits, le contrôle moyen ou restreint de l'erreur manifeste d'appréciation, et le contrôle normal, ou contrôle entier, de la qualification juridique des faits.

L'analyse est séduisante. On serait tenté d'y souscrire. C'est en effet un progrès pour le contrôle juridictionnel que d'échapper à la rigidité des choix binaires -et l'on voit bien les avantages de cette technique "moyenne", et la souplesse qu'elle introduit dans le contrôle des actes de l'administration. On peut cependant s'interroger sur la validité du classement de toutes ces techniques sur une même échelle. Elles relèvent en fait de logiques différentes. Sans doute s'agit-il toujours de contrôles dont on peut, comme le proposait déjà Daniel Labetoulle,(92), définir la forme par la combinaison de deux éléments, "précision" et "lecture" de la règle -je préfère, on le sait(93), dire: pré- et codétermination. Mais, tandis que les premiers contrôles apparus, ceux dont les arrêts Camino et Gomel (C.E. 1916 et 1914)(94) dessinent les figures emblématiques, relèvent de techniques où le facteur dominant est constitué de l'élément de prédétermination, les plus récemment apparus, au contraire, ont basculé de l'autre côté: ce sont des contrôles à dominante de codétermination. A n'en pas tenir compte, l'on risquerait de laisser échapper à la fois la profonde originalité de ces contrôles au regard des contrôles traditionnels type Camino-Gomel, et la profonde parenté de l'ensemble des contrôles les plus récemment apparus.

La vérité est en effet que l'on a affaire, pour les premiers, à des contrôles de transcription; pour les autres, à des contrôles de transdiction -et que le rôle du juge est fondamentalement différent dans ces deux types de contrôles. Si dans l'un comme dans l'autre cas, le juge dispose, du fait de l'absence de "précision" de la norme qu'il doit appliquer, d'un pouvoir substantiel, ce n'est certes pas du même pouvoir dont il use, ni dans les mêmes conditions.

On a relevé précédemment à propos des contrôles de transcription -contrôles de l'existence matérielle et de la qualification juridique- qu'ils sont caractérisés par la combinaison d'un plus ou moins fort degré de pré- et d'un faible degré de co-détermination. Le contrôle entier ou maximum, ou encore contrôle normal -le contrôle de la qualification juridique-, correspond en fait dans le droit positif des années 20 à l'existence, pour l'administration, d'un pouvoir légalement conditionné, le juge étant chargé de vérifier si les faits au regard desquels a décidé l'administration sont, ou non, de nature à justifier, compte tenu des conditions posées par la loi, la décision qu'elle a prise. Degré maximum de précision de la norme. Contrôle maximum du juge. Le contrôle minimum du juge -qui se limite à la vérification de l'existence matérielle des faits- correspond, en principe, au contraire, à un degré minimum de précision de la norme: le pouvoir de l'administration n'est pas légalement conditionné. Ou bien l'administration exerce son pouvoir dans un domaine d'une telle technicité, à ce point non-juridique, que le juge ne se reconnaît pas le droit d'y intervenir -ce qui, du point

de vue de la liberté de l'administration, revient au même: il n'existe pas de conditions légales posées à l'exercice du pouvoir de l'administration. Le juge, dans les deux cas, se contente d'appliquer la règle. Et ne se donne aucune liberté à son égard -aucune liberté de lecture.

Si donc son pouvoir d'annulation des décisions de l'administration est à l'exacte mesure de la précision des règles qu'il doit appliquer -degré maximum, contrôle maximum; degré minimum, contrôle minimum-, et si donc son contrôle est directement proportionnel au degré de précision de la norme, en revanche son pouvoir de codétermination, son pouvoir d'"invention" de la règle, lui, est inversement proportionnel: aussi limité qu'est élevé le degré de précision de la norme. Dans les cas de transcription, les variations dans l'importance du rôle du juge -contrôles de l'existence matérielle ou de la qualification juridique des faits- sont donc inversement proportionnelles aux variations du degré de liberté laissé par la loi à l'administration contrôlée par le juge. Que le juge se "contente" de contrôler l'existence matérielle des faits, ou qu'il "étende" son contrôle à la qualification juridique, dans tous les cas le juge ne fait que vérifier que la norme supérieure est bien mise en oeuvre et respectée par la norme subordonnée. Plus la liberté de l'administration est limitée par la loi, plus le contrôle du juge est étendu -en application de la loi.

Dans les contrôles de transdiction, la situation est toute différente. Le rôle du juge, du fait de "l'absence de précision" de la loi, se situe sur un autre plan, -et prend une autre dimension. C'est un pouvoir d'invention de la référence. Et un pouvoir d'autant plus étendu que la liberté de l'administration elle-même est plus étendue. On rencontre là les hypothèses de "pouvoir discrétionnaire non-conditionné"(95) -non conditionné par la loi: situations à faible degré de prédétermination, où la liberté d'appréciation consentie à l'administration est très large. C'est dans ces hypothèses que le juge se reconnaît un pouvoir d'appréciation à la mesure de la liberté dont dispose l'administration elle-même. Le champ dans lequel s'exerce le pouvoir juridictionnel d'annulation de la norme est limité: contrôle restreint, dit-on à juste titre... Mais son pouvoir de codétermination est directement proportionnel à la liberté dont jouit l'administration -ce qui est la situation symétrique et inverse de celle des contrôles de transcription, et peut se schématiser ainsi:

où l'on voit que les contrôles de transcription sont à dominante de prédétermination, et que les contrôles de transdiction sont, conformément aux évolutions récentes, des contrôles juridictionnels à dominante de codétermination, le juge se reconnaissant de plus en plus le droit de poser lui-même des conditions à l'exercice du pouvoir discrétionnaire non prévues par la loi (96).

Ces contrôles de transdiction, s'ils revêtent des caractères communs, ne sont cependant pas uniformes. Le pouvoir d'invention de la référence se traduit en effet de manière différente selon qu'il y a inexistence ou concurrence des références. Il en résulte des caractères qui font des contrôles exercés dans le cas d'inexistence de la référence des contrôles à la marge....

Les caractères communs tiennent au fait que ces contrôles sont tous, à des degrés divers, des contrôles de transdiction -à dominante de codétermination. Le juge, ayant à y dire le droit, doit y "inventer" la référence -l'inventer et non la créer-, soit que la loi ne la précise pas (référence inexistante), soit que la loi renvoie simultanément à des références contradictoires ou concurrentes. Dans tous les cas, la démarche du juge qui veut s'en tenir au droit -dire le droit, et non le faire...-, dans tous ces cas, la démarche du juge est commandée par son souci de se tenir dans les limites mêmes du droit -de la norme juridique considérée dans l'ensemble de ses éléments, mais de ses seuls éléments, constitutifs. Autoréférentialité....Pour cela, il prend les précautions suivantes -qui construisent et caractérisent les techniques que l'on connaît sous le nom de contrôles de proportionnalité.

La première, qui constitue un préalable, est de prendre appui sur la loi -le texte de la loi: l'élément de prédétermination, qui est fondamental au sens exact du terme. Le juge, note le Doyen Vedel, se refuse "la "puissance initiale", c'est-à-dire "le pouvoir de s'abstraire de tout fondement textuel"(97). Les contrôles de transdiction, si larges qu'y soit le pouvoir de codétermination, d'invention de la référence, exercé par le juge, supposent en effet une prédétermination minimale -en deçà de laquelle le texte n'est même pas considéré comme porteur d'une règle de droit(98).

Cette condition étant remplie, et si le texte se situe ainsi au delà du seuil de la normativité, le juge peut alors se trouver dans l'une ou l'autre des deux hypothèses suivantes. La première: la référence est claire et unique. Le juge ne se donne aucune liberté de lecture de la référence -et applique purement et simplement le texte. Cette hypothèse est celle de la transcription, qui a été considérée précédemment. Ou bien, deuxième hypothèse -qui, elle-même, se subdivise...-, le texte comporte des indications contradictoires ou concurrentes sur les références, ou même ne comporte aucune indication du tout sur ce point. Dans ces deux cas, le juge doit "inventer" la référence. Mais, pour dire le droit, et non le faire -pour que le contrôle soit juridique et non politique: un contrôle de légalité et non d'opportunité-, l'opération de codétermination à laquelle se livre le juge, cette opération d'où n'est jamais exclu "le risque de subjectivité", doit être dé-subjectivée. Elle l'est, dans les contrôles de transdiction, par l'invention objective d'une référence objective.

Là se séparent deux types de contrôles, selon que l'on se trouve dans le cas de concurrence ou d'inexistence des références.

Dans le premier cas, celui de la concurrence, l'objectivité de la référence ne constitue pas un vrai problème. Par hypothèse, les références sont inscrites dans le texte -donc objectivement déjà déterminées par le texte qui les mentionne, et y renvoie, et les impose à son lecteur. Toutes ces références inscrites dans les textes ont une existence également, et légalement, objective au regard du juge, soit que non expressément différenciées, elles opposent deux conceptions antagonistes de l'intérêt général(99), soit que, différenciées et plus précisément énoncées, elles mettent en contradiction des valeurs également respectables et respectées dans une société donnée à une époque donnée: le droit de grève contre le principe de continuité des services publics, par exemple...(100).

Le problème naît donc, dans ce cas, non pas tant de l'objectivité de la référence que, par suite de la concurrence des références objectives, de la nature des techniques

destinées à faire prévaloir, dans l'espèce soumise au juge, l'une de ces références sur les autres: problème de l'objectivité des techniques d'invention de la référence. Elles ont fait l'objet, ces techniques, de deux types de tentatives de systématisation, qui débouchent significativement -et parfois involontairement: elles partent de prémisses opposées et n'utilisent pas nécessairement le mot même- sur le même concept de surdétermination....

La première tentative relève d'une logique hiérarchique. C'est celle qu'a faite Bruno Genevois(101) autour de l'idée de hiérarchie matérielle des droits garantis sur le fondement de la Déclaration de 89. Sa thèse: alors même qu'il n'existe pas de hiérarchie formelle des normes composant le "bloc de constitutionnalité" -la Déclaration ayant valeur constitutionnelle à l'égal des autres principes, règles ou éléments du bloc-, il existe cependant des degrés différents de garantie attachés aux différentes libertés. Certains principes ou droits seraient ainsi mieux protégés que d'autres et s'imposeraient au premier chef au juge -ainsi de la liberté individuelle, de la liberté d'opinion et de conscience ou de la liberté de la presse. D'autres ne viendraient qu'au second ou au troisième rang...-la liberté d'entreprendre, par exemple, qui, bien qu'ayant valeur constitutionnelle, n'est "ni générale ni absolue", ou la liberté du commerce et de l'industrie qui demeure "le droit commun de l'activité industrielle en France", mais un droit commun sujet à de nombreuses exceptions....Une telle hiérarchie matérielle résulterait, selon Bruno Genevois, de la combinaison de plusieurs éléments: du degré de précision du principe considéré, du point de savoir s'il comporte des exceptions ou des tempéraments, du degré d'attachement de l'opinion dominante à son égard et de l'étendue du contrôle que le juge exerce sur les actes ou décisions qui le mettent "en cause" ou "en oeuvre".

De la liste de ces quatre éléments, il faut relever que deux, a priori, ne méritent guère d'y figurer. A supposer qu'une hiérarchie existe et qu'elle soit le produit de la combinaison d'une pluralité de facteurs, l'existence d'exceptions ou de tempéraments aux principes, d'une part, et l'étendue du contrôle sur les actes ou décisions qui les mettent en cause ou en oeuvre, d'autre part, ne sont-elles pas, plutôt que des facteurs, des conséquences de ces facteurs? N'y aurait-il pas, au moins, une confusion entre causes et symptômes? Quant à l'autre élément retenu par Bruno Genevois, celui relatif au degré de précision de la norme, il ne fait guère que renvoyer à la notion de prédétermination. On ne saurait en contester l'importance dans la détermination du degré de contrainte pesant sur l'auteur de la norme subordonnée. Encore faut-il observer, d'abord, que la notion de *degré de précision* est bien imprécise, et qu'elle mériterait d'être décomposée en ses éléments constitutifs -ce que l'on a essayé de faire plus haut; et surtout, que le problème ici posé est celui de savoir comment le juge, dans les cas de concurrence des références, peut décider de celle des références qu'il peut faire prévaloir sur les autres. Autrement dit, le faible degré de précision de la norme est ici une donnée et une constante du problème. C'est le faible degré de précision de la norme, le faible degré de prédétermination -le fait que le juge se trouve face à une norme qui ne lui dit pas quelle des références il doit faire prévaloir- qui amène le juge à user de son pouvoir de codétermination -situation caractéristique des contrôles de transdiction. Faire donc du degré de précision de la norme l'un des facteurs de la hiérarchie matérielle, c'est en fait traiter une constante qui définit la nature du problème en variable susceptible d'en expliquer la solution...

On voit que des quatre éléments énoncés par Bruno Genevois comme susceptibles d'influer sur la hiérarchie des droits, n'en reste qu'un seul qui mérite d'être retenu -et que retient seul, d'ailleurs, le Doyen Vedel: celui du degré d'attachement à l'opinion dominante(102). Ce serait donc cet élément qui constituerait le facteur déterminant de la hiérarchie des droits garantis par la Déclaration -et, au delà de ces droits, de la hiérarchie des références.

La notion de hiérarchie a cependant cet inconvénient majeur qu'elle suggère l'existence d'automatismes et de décisions qui, dans tous les cas, auraient pour résultat

l'invalidation de la norme de degré inférieur lorsqu'elle est contraire à la norme du degré supérieur. Or, relève le Doyen Vedel, "dans le jeu très empirique de la <conciliation>(…), si l'on peut remarquer que, le plus souvent, les libertés de premier rang bénéficient des préférences du juge, cet effet n'est pas automatique"(103). C'est qu'en vérité existe une autre logique -je l'ai appelée "dialogique"(104). Le recours à ce concept permet de rendre compte, dans l'analyse juridique, de phénomènes propres aux systèmes de signification. Ces phénomènes s'analysent en l'introduction dans des systèmes conçus et construits sur une base monologique(105) -disons, pour utiliser un concept plus commun: hiérarchique- de logiques duales ou plurales dont la concurrence ou la contradiction vient menacer l'unité du système. Or l'existence de systèmes dialogiques pose deux questions. L'une est relative aux causes de l'apparition d'une dualité ou pluralité de logiques dans des systèmes conçus et construits sur une base hiérarchique et monologique. Ces causes tiennent, on l'a vu, au faible degré de prédétermination qui règne dans ces systèmes -et qui permet au juge d'user de son pouvoir de codétermination : pouvoir de dire le droit, pouvoir de transdiction. L'autre question est justement celle de savoir comment le juge, dans un système dialogique - système à concurrence ou contradiction de logiques ou de références-, fait prévaloir l'une de ces logiques ou références sur les autres. On vient de voir que la réponse "hiérarchique" n'en est pas une: elle consiste à affirmer l'existence d'automatismes, que dément formellement l'analyse du "jeu empirique de la conciliation" auquel se livre le juge; elle consiste, aussi, à maintenir, déguisée, cette idée qu'il n'y a d'autre système que fondé sur une logique unique. Or tout démontre le contraire… La réponse "dialogique" consiste précisément à prendre acte, d'une part, de cette pluralité de logiques concurrentes, et d'autre part de ce qu'il existe (106) des logiques dominantes ayant une existence objective, que le travail de transdiction du juge consiste à mettre à jour objectivement. C'est cela très exactement que décrit le Doyen Vedel lorsque, analysant le processus de "pesée concrète" des valeurs entrant en jeu dans la décision du juge, il recense "les critères de décision très variables en nombre et en importance"(107) qui y interviennent. Variables, ils le sont -et pour cause. Il s'agit pour le juge qui fait un travail d'invention de la référence, mais un travail objectif d'invention d'une référence objective, de déterminer, -dans le cas auquel il est confronté, et sur la base des éléments dont il dispose (à la fois: les faits, et la règle écrite qui les régit, dans la mesure de sa précision)- quelle est celle des logiques qui doit dominer dans ce cas précis. Le degré d'attachement à l'opinion dominante -le code culturel et social dominant- ne peut être déterminé abstraitement et généralement. La loi -la loi écrite, générale et impersonnelle- est faite pour cela. Il appartient au juge, en revanche, de dire le droit, d'en préciser l'application au cas concret. La loi est écriture et généralité, le jugement, parole et singularité. On ne saurait donc s'étonner de la multiplicité et de la variabilité des critères -"besoins essentiels du pays", "sauvegarde de l'intérêt général", contraintes d'ordre technique etc...(108)- qui permettront au juge de décider comment, dans chaque cas, la logique dominante surdétermine la solution du cas auquel il est confronté. Inutile, dans ces conditions -et non seulement inutile, mais parfaitement vain-, de vouloir systématiser ou rationaliser un processus que l'on ne saurait guère plus songer à mettre en équation que l'on ne peut le faire du processus de recherche ou de connaissance auquel se soumet un chercheur ou un savant en quête d'un fait ou d'une vérité. En l'occurrence, le juge qui dit le droit ne cherche qu'à se faire l'instrument objectif d'une quête objective pour laquelle il use des éléments à sa disposition, variables par définition, selon les aspects auxquels il est confronté. Prétendre à une systématisation et une rationalisation intégrales du processus serait prétendre que le juge se trouve dans une situation entièrement prédéterminée -ce qui est exactement le contraire de la situation réelle où en l'espèce il est placé. On peut donc simplement recenser, qui n'est pas négligeable, et sachant désormais ce qu'est le pouvoir de transdiction du juge, les techniques dont il use à cette fin, dans quelles circonstances il est autorisé à en user, et dans quelle mesure il s'en écarte, tombant alors, mais alors seulement, dans le risque d'arbitraire, dans la transgression de la loi.

En définitive, un pouvoir de transdiction. C'est-à-dire un pouvoir d'invention de la référence. C'est-à-dire un pouvoir de détermination objective d'une référence objective. C'est-à-dire un pouvoir dont la double objectivité est liée, dans le cas de concurrence des références, d'une part à l'existence d'une référence écrite, inscrite dans un texte (même si, comme en l'occurrence, elle y est inscrite en concurrence ou en contradiction avec d'autres); d'autre part, à la détermination, dans l'espèce considérée, de la référence dominante (même si, comme en l'occurrence, la concurrence ou la contradiction en rend difficile le travail de connaissance ou de détermination exactes. Mais qui donc a jamais prétendu qu'un travail de connaissance ou de détermination était un travail facile qui pût s'exercer à l'abri des erreurs?...). On mesurera à cet égard tout l'intérêt de certains arrêts de la jurisprudence canadienne pour la définition de la notion de référence dominante. Il est acquis que cette notion ne peut, dans l'hypothèse considérée, faire l'objet d'une définition générale et intangible. Les valeurs constitutives du code sont, en l'espèce, en situation de concurrence ou de contradiction. La dualité ou la pluralité de références toutes également objectives et théoriquement possibles interdit, on l'a vu, que l'une ou l'autre d'entre elles se voie affecter un rang prédéterminé qui en entrainerait la prévalence nécessaire sur les autres. Ce serait croire à l'existence d'une hiérarchie, fût-elle matérielle, et à des automatismes inconciliables avec le "jeu empirique de la conciliation" tel qu'il se pratique effectivement. La "domination" d'une référence est ainsi, il faut le répéter, une domination au coup par coup, au cas par cas -portée par le juge, dans l'espèce singulière à laquelle il est confronté.

Il faut ajouter que cette domination, qui n'est donc pas générale, n'est pas non plus absolue. C'est ce que permet d'apercevoir l'analyse du Juge Sopinka, dans l'arrêt *R. c. Butler* de 1992 (1 R.C.S. 452). Dans cette affaire, se trouvaient en cause, à travers M. Butler, propriétaire d'une boutique "vendant du matériel de pornographie intégrale", deux exigences fondamentales de la société canadienne: la protection de la Société d'une part, un article du Code criminel interdisant toute "publication réputée obscène"-et, d'autre part, la liberté d'expression, reconnue par la Charte canadienne des droits et libertés. Le Juge s'interroge alors sur le respect du principe de proportionnalité -et conclut que, même si le paragraphe du code criminel réputant obscène "toute publication se livrant à une exploitation indue des choses sexuelles" viole la liberté d'expression garantie par la Charte, il en constitue cependant une limite raisonnable et, à ce titre, doit se voir déclaré constitutionnel. Le raisonnement du Juge est fondé sur deux éléments: d'une part l'existence d'une <norme sociale de tolérance> -"parce qu'il ne s'agit pas d'une question dont la preuve peut être faite de façon traditionnelle et parce que nous ne voulons pas nous en remettre aux goûts de chacun des juges, nous devons disposer d'une norme qui fera fonction d'arbitre pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles. Cet arbitre est l'ensemble de la société"(109); d'autre part, l'existence d'un <équilibre> entre les effets des mesures restrictives résultant du code criminel et l'objectif législatif de protection de la Société. Autrement dit, après avoir, en l'espèce, dégagé la référence dominante -la protection de la Société: une Société érigée en arbitre, dont le juge n'est que le traducteur et l'interprète-, le Juge Sopinka procède à son *étalonnage*. L'objectif de protection de la société ne justifie pas en effet n'importe quelle atteinte à la liberté d'expression des individus. Si cette atteinte devait dépasser le minimum requis par l'objectif poursuivi, elle serait inconstitutionnelle. Or, en l'occurrence, l'atteinte à la liberté d'expression vise seulement une mesure destinée à interdire la distribution de matériel pornographique. "Ce genre d'expression est loin de l'essence de la garantie de la liberté d'expression(...). Par contre, l'objectif du texte législatif (...) vise à favoriser le respect de tous les membres de la société, les comportements non-violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens"(p. 509).

On voit, à travers une telle analyse, comment se précise la notion de référence dominante: le recours du juge au principe de proportionnalité ajoute encore à l'objectivité du pouvoir d'invention de la référence. Triple objectivité, en fin de compte, de la transdiction. L'objectivité de la référence -une référence écrite-

s'accroît de l'objectivité de la détermination, qui elle-même se décompose en deux opérations, objectives toutes deux, de choix (une référence dominante) et d'étalonnage de la référence (une atteinte minimale à la référence dominée). Que cette objectivité puisse être totale, personne ne le pensera. On est, avec la transdiction, dans une zone des contrôles caractérisés à la fois par leur fort degré de co- et leur faible degré de pré-détermination. L'objectivité absolue ne pourrait être liée qu'à la reproduction pure et simple par l'auteur de la norme inférieure du contenu de la norme supérieure. Le faible degré de prédétermination rend impensable, sinon impossible, une telle solution (à moins de tomber au dessous du seuil de normativité). Il ouvre donc la voie à la subjectivité -mais une subjectivité ici réduite et bridée par une démarche tout entière orientée vers la dite du droit. Transdiction, qui consiste à dire, et non à faire, le droit.

La formule, qui en est évidemment Y , en est cependant, pour tenir compte de cette objectivité qui la marque, $Yx : Y$ pour la place qu'y tient le pouvoir de codétermination; x pour l'objectivité qu'y introduisent l'existence d'une référence écrite et l'objectivité de la démarche du juge à partir de cette écriture....

Mais, on le sait, le pouvoir de transdiction peut s'exercer en l'absence de toute écriture de la référence. C'est la seconde hypothèse: celle de l'inexistence de la référence. La situation en est sensiblement modifiée. Alors que, dans l'hypothèse précédente, la loi -la loi écrite- indique deux références r_1 et r_2 , et que le pouvoir d'invention de la référence consiste, pour le juge, à vérifier l'adéquation de la mesure prise en vertu de la référence dominante r_1 au regard du sacrifice qu'elle exige de r_2 , on se trouve désormais dans une situation où la loi -la loi écrite- n'indique aucune référence, ni r_1 ni r_2 . L'autorité publique a pris la décision contestée sans que la loi ait indiqué quelle référence devait y commander. L'autorité a procédé à sa propre appréciation de la situation. Le contrôle du juge, dans cette hypothèse, n'est plus, à proprement parler, d'adéquation. Le juge ne dispose plus en effet, du fait du silence de la loi, des éléments que suppose au minimum un tel contrôle d'adéquation - il ne dispose plus de l'indication expresse, écrite, par le législateur de références, même concurrentes, même contradictoires, au regard desquelles devrait être appréciée l'adéquation de la mesure prise par l'autorité publique. En l'absence de telles références écrites et données au juge par la loi, le contrôle ne peut plus être d'adéquation. C'est désormais un contrôle où le juge est beaucoup plus autonome: un contrôle de l'appréciation. Un problème se pose alors, aigu. Comment opérer un tel contrôle de l'appréciation sans qu'il apparaisse comme un contrôle de l'opportunité -et qu'il le devienne? Comment le juge se met-il réellement, effectivement, à l'abri d'un tel reproche, alors que le reproche serait aisé, et peut-être justifié, puisque le juge ne dispose même plus du secours, de l'ancrage, de l'élément objectif, que constituent les indications de références, même concurrentes, même contradictoires, inscrites dans la loi?.....

La réponse est dans la mise en place d'un contrôle à la fois symétrique et voisin du précédent. Création relativement récente du droit français, et désormais étendu de la jurisprudence administrative à la jurisprudence constitutionnelle, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation(110) a été analysé comme "une application implicite aux motifs de la décision administrative du principe de la proportionnalité"(111). Relevant, comme les précédents, de la catégorie des contrôles de transdiction, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (EMA) se traduit, comme eux, par l'existence au profit du juge d'un pouvoir de détermination objective d'une référence objective -pouvoir qui l'amène à exercer un contrôle de proportionnalité. Toutefois, une double différence apparaît, du fait de l'inexistence de la référence, entre ce type de contrôle et les contrôles classiques de proportionnalité .

Transdiction: détermination objective d'une référence objective, ai-je dit. L'objectivité de la référence existe encore dans ce cas, mais elle ne résulte plus de l'inscription de la référence dans la loi. Le juge, désormais, a recours à un corps de

références plus diffuses, moins facilement perceptibles, mais tout aussi objectives, constitué par les principes généraux du droit - principes dont on a vu que le juge ne fait que les "sommer" à partir de textes épars et partiels. Objectivité de la référence que, pour la quasi-totalité(112) de ces principes généraux, l'on ne saurait contester. Objectivité de la détermination, aussi, en ce qu'elle est toujours, de la part du juge, une opération de détermination de la référence dominante. Mais c'est, sur ce point également, une opération qui diffère de la précédente. Tandis que, précédemment, le juge procédait à un étalonnage des références l'une par rapport à l'autre, le juge ne dispose ici, par définition, d'aucune indication inscrite dans la loi sur la référence dominante. Au lieu, donc, d'un étalonnage précis et positif, il procède à un étalonnage négatif et grossier. Au lieu de se prononcer sur la proportionnalité et de vérifier que l'atteinte à la référence dominée est bien aussi minime que possible ("l'atteinte minimale" de la jurisprudence Butler), le juge se prononce sur la disproportion manifeste et se contente de déclarer que l'appréciation des faits à laquelle a procédé l'autorité n'est manifestement pas celle à laquelle elle aurait dû procéder. Au lieu d'une "lecture à la loupe", une "lecture à l'oeil nu"(113). Au lieu d'une graduation au millimètre -ou au milligramme: la "pesée", selon le Doyen Vedel-, "une marge d'excès suffisamment importante par rapport à la norme implicite"(114) que constitue la norme dominante. Une référence qui n'est donc pas désignée(115), sinon par défaut, sinon en creux.... Une référence qui, ainsi implicitement désignée, place le juge à l'abri du risque d'empiètement sur cette prérogative fondamentale, essentielle, de l'autorité publique d'apprécier elle-même l'opportunité -de définir elle-même les conditions d'opportunité- de son action.

Un contrôle de transdiction à fort degré de codétermination: Y. Mais un contrôle qui trouve son fondement objectif dans la référence à des valeurs -z -, valeurs dominantes désignées seulement, et prudemment, par rapport à ce qu'elles ne sont pas -et ne doivent pas être: Yz . Le juge prend en effet cette précaution, en l'absence de toute référence écrite, de dire non quelle référence eût dû inspirer l'action de l'autorité publique, mais que cette action s'inspire de références qui ne sont manifestement pas celles qui auraient dû la fonder et l'inspirer... On se trouve là à la marge, à l'extrême marge, des contrôles de transdiction. Le pouvoir du juge est à la mesure de la liberté de l'administration. Il lui est directement proportionnel -et se traduit dans le schéma que l'on peut ainsi désormais compléter:

-où l'on reconnaît les différents types de contrôles jusqu'ici énoncés: les contrôles de l'adéquation (Yx) et de l'appréciation (Yz) d'une part; les contrôles fondés sur une recherche objective de l'intention de l'auteur (Xz) et sur une interprétation littérale du texte (Xy) d'autre part. Figurent également sur ce schéma les différents types de contrôles des faits -contrôles de l'existence matérielle des faits (EMF) et de la qualification juridique des faits (QJF) selon que l'on se trouve dans l'hypothèse de pouvoirs liés conditionnés, ou non, par la loi. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (EMA), contrôle exercé par le juge dans les hypothèses de pouvoir discrétionnaire non conditionné, n'est pas un contrôle d'opportunité. Ce ne pourrait être le cas que si le juge substituait sa propre appréciation à celle de l'autorité publique qu'il est chargé de contrôler. Ce qui est formellement exclu. Sauf violation de la loi -une violation, il est vrai, qui est à l'horizon, menaçante. Au delà de la transdiction. Au delà même de la transgression -dont il faut maintenant parler.

Z

Dernier blason. Le moins commun. Le plus énigmatique. Déchiffirable seulement à condition de repérer les lignes de fractures et de tensions qui le traversent, les écarts -c'est bien un terme d'héraldique?- qui le composent et le déchirent, le chiffre pour tout dire -ou la lettre?- qui le signe: -celui de la transgression. Non plus le texte, et son auteur -dont il fallait opérer la transcription. Non plus le texte, et son lecteur, auquel la parole du juge venait apporter le supplément nécessaire à sa transdiction. Mais, désormais, l'au delà du texte, d'un texte trop massif, trop encombrant, trop immobile, trop présent pour qu'il puisse continuer d'assurer sa fonction de virtualité, et d'être ce "progrès décisif", cette "invention admirable" dont parle Jean Carbonnier. L'humanité, en inventant la règle et l'écriture, avait réalisé "une énorme économie de moyens" lui permettant de n'avoir plus à forger le droit au coup par coup, "pour chaque nécessité", au risque d'avoir ensuite à le laisser se perdre...(116). L'humanité, qui s'en était remise aux lois de sa liberté -"la liberté se grave sur la pierre des tables où s'inscrivent des lois"(117)....- découvre qu'il ne lui suffit plus de se confier et de s'abandonner à elles, et que, figées dans la pierre, enfouies dans la poussière, les lois peuvent être comme mortes de ne pouvoir échapper à leur généralité et leur impersonnalité. Il ne reste plus au juge qu'à les transgresser -allant chercher dans l'au-delà du texte les moyens de mobiliser le texte -sans pour autant, et c'est là tout l'art du juge, le violer, ni commettre d'illégalité....

La transgression se situe en vérité à l'extrême de la tension entre trois couples d'oppositions, distinctes et pourtant encadrées, qui, chacune, renvoie à l'un des trois problèmes précédemment envisagés: problèmes des termes, du contenu et du contrôle de la relation de légalité.

1. Les termes de la relation.

Difficile d'en dire la nature. Et pour cause. On sait désormais que si l'on veut définir une relation de légalité, c'est de substance, et non de nature, qu'il faut traiter. On l'a vu précédemment, à propos de la relation de transcription, avec la discussion autour de la notion de degré de précision de la norme, ses insuffisances, et les concepts proposés, pour y remédier, de champ et d'intensité normative. La substance des termes -champ, intensité- importe, et non leur nature -constitution, loi, règlement...-, dans la définition de la relation de légalité. On a vu, un peu plus tard, à propos de la transdiction, le rôle joué par la lecture de la norme dans la détermination de sa substance. Pouvoir de codétermination, et non de simple interprétation des intentions ou de la volonté de l'auteur de la norme.

Ce que fait apparaître la transgression, qui la distingue des relations précédentes, c'est que la relation de légalité s'établit dans ce cas entre des termes qu'il est, à la fois, possible et impossible de ramener à ceux d'une relation entre normes supérieures et subordonnées. Première tension. Première opposition. Pour qu'en effet l'on puisse parler de transgression, il faut qu'à la fois la relation de légalité s'établisse entre des termes dont la substance est telle qu'il y ait détermination du sens de la norme subordonnée par la norme supérieure, et qu'en même temps, un mécanisme de surdétermination exonère la norme subordonnée de sa détermination par la norme supérieure....Rien là qui soit en vérité tout-à-fait exceptionnel.. Certains grands arrêts de la jurisprudence administrative en fournissent, depuis longtemps, d'excellents exemples. *Dame Lamotte* (C.E. 17.2.1950): "L'article 4 al. 3 de l'acte dit loi du 23.5.1943 dispose: <l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire> (...). Cette disposition (...) n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat contre l'acte de concession (...)". *Falco et Vidailac* (C.E. 17.4.1953): "...A la vérité, aux termes de l'article 8 al. 3 de la loi du 1.2.1947, les décisions dudit bureau ne sont susceptibles d'aucun recours; mais (...) les dispositions précitées (...) ne sauraient avoir pour conséquence de (...) priver /les justiciables/ du recours

pour excès de pouvoir". *D'Aillères* (C.E. 7.2.1947) : " Aux termes du 3° al. de l'article 18 bis ajouté à l'ordonnance du 21 .4.1944 par celle du 6.4.1945 (...), la décision du jury d'honneur <n'est susceptible d'aucun recours>. Mais l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée (...) comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'Etat". On pourrait multiplier les exemples -et en découvrir dans d'autres secteurs de la jurisprudence civile et constitutionnelle, ou d'autres jurisprudences étrangères ou internationales. Ce qui fait la transgression dans ces exemples, c'est que, comme dans l'hypothèse de la transcription, le degré de prédétermination est élevé: à raison, et à la mesure, de la précision de la norme supérieure. La substance du terme déterminateur (la loi, en l'occurrence) ne laisse pas de place à l'ambiguïté -"aucun recours",- dit la loi. La détermination paraît donc absolue. En même temps, le juge, à l'encontre des termes même de la loi, qui paraissent lui imposer une signification définie et définitive, lui confère, comme dans la transdiction, une signification qu'il fonde sur des éléments extra-textuels: en l'occurrence, les principes généraux du droit....Comme dans la transcription, comme dans la transdiction... Et pourtant, ni l'une, ni l'autre. La transgression est une forme autonome de relation entre normes supérieures et subordonnées où la *mesure* de la relation entre normes emprunte à la transcription, et le *mode* de formation de la norme à la transdiction. De ce mode-là, on parlera plus loin, à propos du contenu de la relation. Quant à la mesure de la relation, elle est effectivement commandée par l'existence objective de termes dont, comme dans la transcription, le degré de précision -ou mieux peut-être: de substance normative:- est élevé -tel, en tout cas, qu'il permette de reconnaître et évaluer l'écart qui sépare la signification conférée au terme déterminateur -sa signification nette - de celle qu'il pouvait a priori recevoir -sa signification brute, pourrait-on dire....Ce n'est en effet que si cette condition d'un degré suffisant de précision ou de substance normative est remplie que l'on peut parler de transgression. Il n'y a transgression, par définition, que lorsqu'une limite est marquée -et qu'un seuil est franchi. Le "pas au-delà", dont parle Blanchot. Si donc l'hypothèse de départ des deux types de relations -transcription et transgression- est objectivement semblable -une relation caractérisée dans les deux cas par l'existence de termes à fort degré de substance normative-, il apparaît cependant que la notion de substance normative subit un nouveau choc. Elle doit être considérée comme susceptible de donner lieu non pas tant à une gradation du + au - qu'à une caractérisation de la substance en fonction des types de relations entre termes déterminateur et déterminé. Trois types de relations, on le sait: -de transcription, transdiction et transgression- qui correspondent, chacun, à l'un des mécanismes dominants d'accession de la norme à sa signification: pré-, co- et surdétermination -et renvoient chacun, à l'un des caractères que peut revêtir la substance normative. Une partie de la doctrine avait déjà renoncé, on l'a vu, à la référence eisenmannienne à la nature du terme déterminateur, pour se rallier à l'idée d'une distinction selon le degré de précision de la norme. C'était, chez W. Coulet ou J.P. Lebreton, cette notion de degré de précision de la norme qui devait rendre compte du contenu du rapport de légalité. En fait, cette notion est elle aussi trop grossière pour pouvoir être retenue. Elle ne fait que transposer sur le plan normatif la distinction traditionnelle entre mono- et polysémie. Quand le degré de précision est le plus élevé, on parle de "monosémie". Quand le degré de précision est faible ou inexistant, on l'impute à la "polysémie" des termes utilisés. Cette distinction elle-même ne fait que renvoyer -extraordinaire jeu de miroirs qui se prolonge à l'infini...- à la distinction non moins traditionnelle des deux types de relations de conformité et de compatibilité utilisée pour rendre compte de la légalité. La monosémie -degré de précision élevé- impose la conformité. La polysémie -faible degré de précision- autorise la compatibilité....

La vérité est qu'il apparaît une nouvelle fois, avec la transgression, que l'on ne saurait s'en tenir à ces distinctions binaires. Elles renvoient à une conception fautive de la substance normative, et -au lieu qu'elles découlent d'une analyse des propriétés les plus fondamentales de la norme, à la fois écriture, parole et silence-, elles se fondent sur ses caractères formels -la "nature" du terme déterminateur....- ou une approche superficielle de son contenu -le "degré de précision" de la norme. En fait, de la même manière qu'il a déjà fallu abandonner le concept de nature du terme déterminateur

pour celui de substance, il faut maintenant comprendre ce concept de substance pour ce qu'il désigne réellement: non pas un matériau unique et homogène dont il y aurait plus ou moins -il y aurait "de" la norme, et la norme serait considérée en soi, sans que l'on se préoccupe de ce qui la constitue. Et ce serait ce plus ou moins de norme qui en ferait la précision, et par conséquent le degré de précision. Et ce serait ce degré de précision de la norme qui en imposerait le respect exact, l'obligation de conformité, ou autoriserait une certaine liberté à son égard, la compatibilité. Non pas donc un matériau unique et homogène, mais un matériau fait d'éléments composites et hétérogènes -de l'écriture, de la parole et du silence- dont la combinaison en proportions variables peut aboutir à la production d'une signification nette irréductible aux significations brutes qui s'imposent apparemment. De la même façon, en effet, qu'il a fallu précédemment préciser.... le concept de précision de la norme par le recours aux notions de champ et d'intensité normatifs, il faut désormais abandonner l'idée de degré de précision de la norme. *Nolens volens*, une telle idée renvoie à la distinction binaire de la mono- et de la polysémie. Or il apparaît, avec la transgression, que l'on doit désormais admettre, en outre, l'existence d'un type de relation qui, en dépit de la mono- ou de la polysémie de son terme déterminateur -"aucun recours", dit la loi: monosémie; ou, à l'inverse, polysémie: "le droit de toute personne à la vie", selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme- peut donner lieu à l'élaboration d'une signification et d'une vérité fort éloignée de celle qu'impliquait l'apparente mono- ou polysémie du terme. Comme il existe une légalité qui ne se réduit ni à la conformité ni à la compatibilité, il existe aussi une mono- et une polysémie qui peuvent produire et sans en être- les mêmes effets que de la poly- ou de la monosémie. C'est que ces concepts, et celui qu'ils induisent de degré de précision de la norme, supposent et impliquent l'existence d'une substance normative homogène, d'une norme, dont la signification ne serait jamais fonction que de la seule détermination, ou indétermination, du fait de son auteur. La détermination de la norme aurait-elle été complète, la monosémie en serait absolue, le degré de précision en serait le plus élevé et le destinataire de la norme n'aurait qu'à s'y conformer et à en assurer la transcription dans la norme subordonnée. La polysémie serait-elle au contraire très large, le résultat en serait l'incompatibilité de toute action, quelle qu'elle soit, avec les termes de la norme polysémique. Ce qui, dans la réalité, n'est pas toujours le cas. On le sait déjà. On le verra encore. L'hypothèse de la transgression le démontre. Il faut donc rejeter cette séquence de distinctions binaires trop simples pour être exactes -mono/polysémie; précision/imprécision; conformité/compatibilité. Et, prenant en compte l'hétérogénéité du matériau normatif, comprendre les fractures et les écarts de signification qu'y introduisent sa composition, et leur traduction spécifique dans chacune des trois relations énoncées: de transcription et transdiction -on les a déjà analysées-, et de transgression: -que l'on analyse maintenant.

2. Le contenu de la relation.

Relation de transgression C'est sur ce registre-là et non sur celui de la conformité ou de la compatibilité qu'il faut traiter du contenu de la légalité. De deux choses l'une, en effet. Ou bien on considère que les concepts destinés à rendre compte de la relation de légalité ont un objet pratique: permettre au juge de décider, et sans plus, de la validité ou de l'invalidité d'un acte au regard de l'état du droit existant. Et dans ces conditions, un seul concept eût suffi: celui de conformité qui, dans son sens le plus large, peut désigner cette concordance de l'acte au regard du droit qui s'impose à lui. Le concept de compatibilité est alors inutile, puisque le juge, dès qu'il reconnaît qu'il y a, ou non, "conformité" de l'acte, décide par là-même de sa validité ou de son annulation. Ou bien on considère que les concepts ont bien plus que cette fonction grossière et un peu brutale d'auxiliaire de la décision -qu'au delà de cette fonction pratique, ils ont une fonction théorique de description en vue de la décision, -de description préalable de la relation empirique entre actes supérieurs et subordonnés. Et la distinction binaire conformité/compatibilité est inadéquate. Car si une telle fonction

practico-théorique est bien assignée aux concepts, le juge, alors, ne peut se contenter de décider -simplement- de la validité ou de l'invalidité d'un acte. Sa décision doit être modulée, et les modes de contrôle qu'il exerce adaptés en fonction du contenu exact de la relation de légalité à laquelle il est confronté. C'est bien, il est vrai, ce qu'il essaie de faire en distinguant entre conformité et compatibilité. Mais, enfermé dans cette distinction, il est obligé, pour cerner mieux la réalité, d'inventer des formules alambiquées du type *non-incompatibilité*. Or de telles formules renvoient à des catégories qui ne sont ni distinctes ni homogènes. Ces formules se situent, en effet, on l'a vu, sur d'autres terrains que celui de l'analyse des propriétés fondamentales de la norme. D'où la nécessité, retrouvant ce terrain, de recourir à la notion de transgression.

Pas plus que l'on ne peut identifier les concepts de conformité et compatibilité aux relations de transcription et de transdiction, on ne peut non plus assimiler les concepts de non-incompatibilité et de transgression. La norme a cette propriété fondamentale, on le sait, d'être à la fois écriture, parole et silence. Écriture ou parole, la loi se transcrit ou se transdit. Dans le silence de la loi, dans son ombre et avec sa complicité, ou dans la lumière et avec violence, elle se transgresse. Le problème est de savoir comment fonctionne le silence de la loi -comment, dans la transgression -c'en est tout le mystère et toute l'originalité- une violence faite à la loi peut n'en pas pour autant constituer une violation....

a. "La transgression, dit Blanchot, n'appartient ni au jour ni à la nuit. Jamais elle ne rencontre la loi qui, cependant, est partout"(118). La transgression, en effet, se place entre souscription et suscription. Violence faite à la loi, la transgression -l'une des trois démarches fondamentales du juge, l'un des trois modes de relation du juge et de la loi- renvoie directement à ce qui, dans la loi, se trouve inscrit, à ce à quoi le lecteur de la loi se trouve a priori avoir souscrit. La transgression a ce caractère, qui la rapproche de la transcription, que dans l'une et l'autre des deux relations, il y a eu prédétermination, par la loi, du sens de la norme -et que celui-ci s'impose, quel que soit le degré de précision, quelle que soit l'étendue de la prédétermination, à son lecteur, à son destinataire. On est là dans une hypothèse fort éloignée de celle à laquelle se réfère la sémiotique -un Umberto Eco, par exemple- sous le nom d'*oeuvre ouverte*. On se situe sur un autre plan, on se place sur un autre registre: l'oeuvre ouverte, c'est l'équivocité et l'indétermination de structures conçues et construites de façon qu'elles se prêtent, en fonction de lectures variables, à la formation de constellations toujours en mouvement(119). Ici, l'on considère deux hypothèses fort différentes: soit celle d'une forte détermination, d'une apparente univocité, qui confèrent à la norme, à travers les mots qui la portent, le sens nécessaire qu'elle revêt a priori; soit celle d'une forte indétermination. Ce qui est important, ce n'est pas le degré, mais le seuil de la détermination. Pour qu'il y ait transgression, il faut qu'un sens ait été imposé -précis ou large, peu importe. Il faut qu'une limite existe, proche ou lointaine, pour qu'elle soit franchie. Tout le problème est de savoir ce qui, en l'occurrence, marque ce seuil, indique cette limite qui seront transgressés. S'il y a violence faite à la loi, et que pourtant ce n'en est pas une violation, qu'est-ce donc qui constitue la loi? Ce sont en vérité ces deux premières propriétés de la loi d'être écriture et parole. Écriture, c'est-à-dire signes affectés d'un sens conventionnel. Parole, c'est-à-dire sons, en l'occurrence figés dans des signes qui les traduisent, affectés d'un sens dont l'auteur des sons prétend garder la maîtrise et auxquels l'intention qui l'anime prétend conférer leur signification. La convention et l'intention dessinent et précisent ces limites même dont le dépassement, dont le franchissement, est constitutif de la transgression....

Lorsque, par exemple, dans les affaires Falco et Vidallac, d'Aillères ou dame Lamotte jugées par le Conseil d'Etat, la loi dit :<aucun recours....>, ce sont les conventions de la langue qui imposent a priori cette idée que les actes ou décisions dont s'agit ne peuvent faire l'objet de quelque recours que ce soit. Le sens de la norme est clair. Les commentateurs sont formels: "en l'espèce, écrivent-ils, la volonté du législateur ne pouvait faire aucun doute"(120). Lorsque le législateur, dans l'affaire qui sera portée

devant le Conseil constitutionnel, du droit de grève à la Radio et à la Télévision (CC. 25.7.1979), fait usage du terme "requérir" pour désigner les appels qui peuvent être éventuellement adressés aux catégories de personnels dont le concours est indispensable aux fins d'exécution des missions dévolues aux sociétés concernées, les requérants qui se pourvoient contre la loi entendent le terme dans le sens qu'il revêt conventionnellement, habituellement. Ils le comprennent comme conférant un pouvoir de réquisition à des dirigeants de sociétés privées, ce dont, en application des règles du droit administratif classique, ils contestent la régularité alors même, disent-ils, qu'il s'agirait de sociétés privées chargées de l'accomplissement d'une mission de service public.

Et quand l'article 23 de la loi canadienne de 1870 sur le Manitoba déclare que si "l'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la Législature", en revanche "dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire", il n'y a non plus aucun doute sur la signification assignée au mot *obligatoire*. Il veut bien dire que l'usage de la langue française s'impose, dans cette hypothèse, -qu'il est impératif. La Cour suprême du Canada en témoigne (Affaire du Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, 1985 1 R.C.S. 721) (121) qui, successivement, invoque pour le démontrer "le sens grammatical ordinaire" ("Le terme anglais *shall /doit/* est, par présomption impératif"), l'intention du Parlement ("Il suffit simplement de considérer l'objet de l'article 23 /.../ qui est d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux"), et l'histoire (les premières ébauches des textes "employaient le terme facultatif *may*"). Conclusion (provisoire): -"il semble impossible d'y échapper (...): les auteurs de la loi (...) ont choisi délibérément le terme impératif..."

b. Dans tous ces cas, pourtant, où la loi est claire parce que le sens que lui confèrent les conventions ou l'intention -parfois les deux, parfois seules les conventions(122)- ne souffre aucun doute, dans tous ces cas, pourtant, le juge se ralliera à une solution manifestement en contradiction avec ce sens conventionnel et/ou intentionnel. On comprend que, dans de telles conditions, le juge ne puisse, n'ose même, parler de conformité ni de compatibilité à ce propos. Faisant violence à la loi, il se livre à une construction destinée à faire apparaître qu'il ne viole pour autant pas la loi. C'est qu'à la souscription préalable et implicite du lecteur au sens conventionnel ou intentionnel de la loi, le juge oppose une sorte de sus-scription, de sur-détermination qui l'emporte même sur la surdétermination qui a présidé à l'élaboration de la loi, et qui, parfois, est inscrite en elle -une *archi*-détermination, quelque chose comme le "sens anagogique" des textes sacrés, un "sens hyper-littéral"(123) qui lui permet d'aller chercher l'esprit de la loi au delà de sa lettre, et même contre sa lettre, et même parfois contre l'esprit qui a animé les rédacteurs de la lettre... Le mécanisme en est simple. Le lecteur de la loi -ici: le juge- se réfère à un principe qui présente le plus souvent ce double caractère d'être à la fois très général et de n'avoir aucune base écrite, si même le juge songe parfois, il est vrai, à lui en trouver une. Un tel principe permet au juge d'imposer, à l'encontre de la loi, la solution qui lui paraît la plus conforme aux exigences de l'équité, de la justice ou de l'ordre. Formulé dans les termes les plus généraux, il permet au juge qui l'invoque de faire prévaloir sa solution alors même que la précision, la substance de la norme sembleraient en imposer une autre. Dans l'affaire des droits linguistiques du Manitoba, c'est un "principe de primauté du droit" -qualifié par la Cour de "perception philosophique de la société" (R.C.S. p.749) et reconnu comme ne faisant pas l'objet d'une "disposition précise de la Constitution" (R.C.S. p. 751)- qui est invoqué pour justifier que les lois de la Législature du Manitoba déclarées invalides et inopérantes pour n'avoir pas été imprimées et publiées en français soient, dans le même temps, réputées temporairement valides et opérantes (R.C.S. p.780). C'est donc, sur la base de ce principe non écrit (R.C.S. p. 766) de primauté du droit, un concept original d'*invalidité-validité* que crée en définitive le juge canadien pour, dans ce cas

précis, qualifier la nature des relations entre normes constitutionnelles et législatives, entre normes supérieures et subordonnées.

Les juges du Conseil constitutionnel français, eux, ont eu recours à la notion d'objectifs de valeur constitutionnelle. Désignant sous ce nom des exigences aussi fondamentales que le pluralisme des courants d'opinion, le respect d'autrui ou la sauvegarde de l'ordre public, ils se servent de cette notion pour éviter de conférer un caractère trop absolu à la définition littérale de certains droits ou libertés inscrits dans la loi ou même la Déclaration des droits -son article 11 par exemple, relatif à l'exercice de la liberté de communication. La conciliation doit en être opérée par le législateur avec les "objectifs de valeur constitutionnelle" énoncés par le juge....(124). Comme le reconnaissent MM. Badinter et Genevois, "en pratique, le recours à des objectifs de valeur constitutionnelle permet au législateur d'apporter des limitations à des libertés constitutionnellement reconnues"(125) -autrement dit: d'aller à l'encontre de la loi, et sans violation de la loi -pour mieux respecter la loi...

Ce sont toujours des principes ou des notions aussi générales que l'on voit invoquer par le juge pour justifier les transgressions auxquelles il se livre quand, confronté au sens conventionnel ou intentionnel de la loi, il estime devoir le dépasser -ainsi des "principes généraux du droit", utilisés par le Conseil d'Etat pour justifier que, malgré le caractère formel et sans ambiguïté de la formule "aucun recours", il admette la possibilité du recours pour excès de pouvoir ou en cassation; ou encore le "principe général" ou le "légitime souci" de la "sécurité" évoqués par la Cour de Justice des Communautés européennes pour, malgré les termes de l'article 191 du Traité, interdire l'utilisation par des autorités compétentes du procédé de la mise en vigueur immédiate des règlements qu'elles édictent(126)...

Les mécanismes de la transgression et de la transdiction, malgré leurs ressemblances, diffèrent donc au moins sur deux points. Sans doute peuvent-ils être les uns et les autres analysés comme invention de la référence. Mais, tandis que les mécanismes de transdiction, consistent en une extraction du sens -"découverte", "invention" au sens juridique du terme-, les mécanismes de transgression s'analysent en une effraction du sens -violence faite à la loi, à une loi dont le sens conventionnel ou intentionnel eût imposé une autre solution que celle qui, en définitive, a été retenue. Le deuxième point sur lequel diffèrent les mécanismes réside en ceci: dans la transgression, la référence inventée se caractérise par sa généralité, généralité rendue nécessaire par l'obligation d'aller à l'encontre d'un sens conventionnel ou intentionnel qui ne peut, du fait de sa précision, être contesté que de très haut, c'est-à-dire par le recours à une notion ou un principe tellement vague qu'il n'a donc, le plus souvent, besoin d' aucun support écrit, d'aucun texte qui le fonde de manière exacte: primauté du droit, sécurité juridique, ordre public, objectif à valeur constitutionnelle... Dans tous ces cas, pourtant, et pratiquement dans tous les exemples cités ici, la référence inventée a un caractère objectif. Si, en effet, elle n'a plus de base écrite -sauf de manière exceptionnelle, quand le juge s'attache vraiment à vouloir en découvrir une...-, elle trouve encore son fondement dans l'existence d'un code social dominant auquel puise le juge pour dégager, élaborer, construire le précepte ou le concept qui lui servira à déterminer, surdéterminer, la solution qu'eût a priori imposée la lecture de la norme.

L'absence de tout support écrit à la référence inventée, dans le cas de la transgression(127), ouvre cependant la voie à une évolution de la référence, et à une transformation de la transgression. N'ayant plus de support écrit, et formulée en termes très généraux, la référence s'analyse en un véritable principe d'archi-détermination dont l'existence se voit ainsi consacrée dans le mécanisme d'accession de la norme à sa signification. Archi-détermination, car non seulement la référence inventée par le juge, lecteur de la norme, surdétermine la signification de la norme, mais elle l'emporte même sur la surdétermination de l'émetteur de la norme. Archi-détermination aussi, car formulée en termes tellement généraux et n'ayant plus aucun support écrit, si elle

garde encore le plus souvent une base objective dans le code social dominant, elle peut aussi s'en affranchir -ultime transgression, transgression majeure- et n'avoir plus d'autre ancrage que dans les valeurs morales, religieuses, politiques ou sociales propres au juge lui-même: son code personnel, son éthique individuelle, serait-elle même, serait-il même, en désaccord ou en contradiction avec les valeurs dominantes de la société ou de la loi dont le juge ne devrait être que la bouche...

On comprend que, dans ces conditions, le contenu de la relation ne puisse facilement, ne puisse exactement, être toujours qualifié dans les termes de la distinction conformité/compatibilité. Le recours du juge aux formules doublement négatives, non-incompatibilité, non-dénaturation, l'élaboration de la distinction mise en cause/mise en oeuvre témoignent de cet embarras du juge dans l'appréciation et le traitement de situations qui ne peuvent être réduites aux dimensions trop simples de la distinction binaire conformité/compatibilité, elle-même fondée sur une analyse du mécanisme de formation de la norme qui la limiterait à la distinction trop simple des situations de mono- et de polysémie.

On a jusqu'à présent raisonné sur des cas de forte détermination -"aucun recours"... Les mêmes conclusions peuvent être tirées en vérité d'hypothèses à forte indétermination. Lorsque le Conseil d'Etat, dans ses arrêts du 21.12.1990(128), examine le problème de la pilule abortive inventée par par le Professeur Beaulieu (pilule connue sous la dénomination RU 486) et s'interroge sur la légalité de l'arrêté relatif à l'utilisation de cette pilule au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, il pose en fait le problème de l'interprétation de l'article 2 de la Convention -"le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi...". Forte indétermination de la formule en considération du problème soulevé en l'espèce: l'embryon est-il ou non couvert par cette "protection"? Certaines Cours suprêmes, en Allemagne, en Espagne, ont répondu par l'affirmative, avec ou sans nuances. D'autres ont, en revanche, jugé que la protection de la Convention ne s'étendait pas à l'embryon. Le commissaire du gouvernement reconnaît qu'il n'y a pas de raison de ne pas donner leur sens le plus large aux dispositions de la Convention. Mais, ayant admis cette indétermination du sens, il ne peut plus conclure, naturellement, à la *conformité* des dispositions de la loi sur l'I.V.G., ni même à leur *compatibilité*. Il n'a alors d'autre choix, devant la polysémie de la Convention, que de situer son analyse dans "un cadre qui protège les droits fondamentaux" -peut-on imaginer plus ample surdétermination, archidétermination plus typique?...- et de conclure: "les principes énoncés par la Convention n'excluent pas l'introduction, dans certaines limites, de procédés d'interruption volontaire de grossesse". Ce que le juge traduit alors ainsi: "Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 17.1.1975: <la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limites définies par la présente loi>; qu'eu égard aux conditions ainsi posées par le législateur, les dispositions issues des lois des 17.1.1975 et 31.12.1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, prises dans leur ensemble, ne sont pas incompatibles avec les stipulations précitées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme...". Formulation révélatrice: "Prises dans leur ensemble....", dit le Conseil d'Etat. Prises séparément, certaines d'entre elles pourraient donc être incompatibles avec la Convention. Si elles ne le sont pas, c'est que le mécanisme d'archidétermination a fonctionné pour "globaliser" les dispositions et neutraliser leur sens littéral. Sans le mécanisme d'archidétermination, qui rend possible en l'occurrence la transgression du sens littéral, le Conseil d'Etat aurait donc dû conclure à l'illégalité....

Certains auteurs ont voulu voir dans ces décisions du Conseil d'Etat un premier exemple de "non-incompatibilité manifeste" -"un contrôle plus lâche autorisant une plus grande distance de la norme contrôlée à la Convention que le terme de contrariété, surtout s'il est employé sous la forme d'une double négation"(129). On ne peut, une fois encore, qu'approuver une telle analyse. A condition d'en saisir toute la portée quant à la nature du contrôle qu'elle désigne: un contrôle de la transgression....

3. Le contrôle de la relation.

Si cette relation existe, comme je le prétends, si elle correspond vraiment à un type autonome de rapport du jugement à la loi, si elle n'est pas seulement une construction intellectuelle et qu'elle a sa traduction dans le droit positif, elle doit trouver son expression dans des modes de contrôle distincts de ceux auxquels donnent lieu les relations précédemment décrites de transcription et transdiction. Nécessité, donc, pour le démontrer, d'un retour en arrière.... en forme de rappel de quelques notions et schémas déjà proposés ici, et qu'il faut reprendre pour en montrer la continuité, et les transformations à mesure que se présentent de nouvelles situations. Le plus simple: ce schéma construit, au départ, sur la base des deux variables de la pré- et de la co-détermination -variables auxquelles renvoient, on le sait, les formules de Daniel Labetoulle sur "la précision de la règle que le juge applique" et "la façon dont le juge choisit de lire et appliquer cette règle".

Deux variables qui permettent de définir les limites dans lesquelles évoluent les pouvoirs du juge. Sur ces bases, toute une série de situations caractérisées à partir de ces deux extrêmes que constituent d'une part la stricte exécution par le juge d'une règle précise -prédétermination maximale-, et d'autre part l'"invention" par le juge de la règle qu'il doit appliquer -codétermination. Ces situations -on se le rappelle peut-être encore- se schématisent ainsi:

Elles correspondent aux deux situations précédemment caractérisées de la transcription -où le juge se contente de reproduire, exécuter, ou exiger l'exécution du contenu de la règle fixée par la loi écrite- et de la transdiction, où le juge se donne une certaine liberté de lecture de la loi écrite, liberté de lecture qui l'amène à "dire", transdire, le droit, "inventer" la règle qu'il applique par "l'invention" de la référence dont sera affectée la loi écrite dont il a charge d'assurer l'exécution. Ces deux situations correspondent à deux modes de contrôles qui ont leur traduction sur le plan juridictionnel -deux contrôles de la qualification juridique des faits, caractérisant, selon les cas, les situations de pouvoir lié conditionné, ou non, par la loi: la loi écrite, évidemment.

A l'intersection des deux types de situations -là où la pré- et la co-détermination sont réduites, sinon nulles-, se placent les situations où le juge se borne, en l'absence de toute "précision" de la règle qu'il doit appliquer, à contrôler l'existence matérielle des

faits susceptibles d'entraîner l'application de cette règle. C'est un contrôle correspondant aux situations de pouvoir discrétionnaire non conditionné par la loi. Ces situations, on le sait, ont progressivement donné lieu à une extension du contrôle du juge. Au delà d'un simple contrôle de l'existence matérielle des faits, il n'a pourtant pas atteint aux dimensions d'un contrôle de la qualification juridique. C'est ainsi qu'est apparu un type original de contrôle: le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Original, il l'était en effet. Et à un double titre -en ce qu'il consistait d'une part à étendre le contrôle du juge à des situations de pouvoir discrétionnaire non conditionné par la loi, -à aller donc plus loin dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire, sans, cependant, qu'il pût, d'autre part, s'agir ni d'un contrôle de la qualification juridique des faits, ni d'un contrôle tendant à substituer l'appréciation portée par le juge sur les faits à celle de l'administration: ni, donc, un contrôle de la qualification juridique, ni un contrôle de l'opportunité "politique".

Un tel contrôle, où le pouvoir du juge s'exerce de manière négative -l'appréciation à laquelle a procédé le juge n'est manifestement pas celle etc...- est à la mesure de l'étendue du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration. La prédétermination est nulle ou réduite, et le pouvoir discrétionnaire très large: le juge se limite à un contrôle de l'existence matérielle des faits. C'est le cas le plus général, le principe. La prédétermination -dans certains secteurs de l'activité de l'administration, la haute police par exemple- est-elle plus large, et le pouvoir de l'administration encore susceptible de s'exercer de manière largement discrétionnaire, le contrôle du juge s'étend, alors, à la mesure du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration. Sans aller jusqu'au contrôle de la qualification juridique des faits, le juge se préoccupe cependant de vérifier que l'administration ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation. Grignotage par le juge du pouvoir de l'administration. Un grignotage qui reste respectueux de l'irréductible liberté dont dispose l'administration dans l'exercice de ses fonctions: le contrôle du juge ne peut en effet jamais porter sur l'opportunité de l'acte -qui se place, définitivement, hors des limites du contrôle juridictionnel. C'est cependant, toujours, de la part du juge, un contrôle portant sur la manière dont l'administration exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu. Le schéma doit donc rendre compte de ce particularisme du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation - qui le place à l'écart de tous les autres types de contrôle. A l'écart, d'abord, des contrôles de la qualification, qui font des pouvoirs de l'administration, conditionnés ou non par les textes, des pouvoirs liés. A l'écart, d'autre part, des contrôles exercés par le juge dans des situations de pouvoir discrétionnaire non-conditionné par la loi. Ces derniers contrôles sont eux-mêmes contenus entre deux limites extrêmes: celle où la prédétermination est minimale, le pouvoir discrétionnaire très large, et où le juge se reconnaît au minimum le droit de contrôler l'existence matérielle des faits. Et celle, à l'opposé, où la prédétermination étant la plus étendue, l'administration dispose cependant encore de l'irréductible liberté que lui confère le droit de juger de l'opportunité de la décision -un droit sur lequel ne peut se prononcer le juge, car il est la seule marque, la marque ultime, du pouvoir du Souverain, dont l'administration est l'exécutant.

Pour ces raisons, le schéma doit se compléter ainsi:

Il en apparaît que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation relève effectivement d'une logique qui le sépare des contrôles traditionnels de transcription, et même de transdiction: contrôle à la marge. Contrôle marginal. Il se situe dans la logique des contrôles de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, sans aller cependant jusqu'à entamer ce noyau dur du pouvoir discrétionnaire, -la faculté de décider de l'opportunité d'un acte. Reste entre ces limites -entre les contrôles de l'erreur manifeste et de l'opportunité- un espace -qu'occupent les contrôles de transgression.

Ce sont des contrôles de la référence, le juge déterminant la référence affectée à la règle dont il doit assurer l'exécution -surdétermination. Ils ne se confondent avec aucun des contrôles de la référence précédemment envisagés. Ni les contrôles effectués dans le cas de transcription, où le juge vérifie simplement que la référence adoptée par l'auteur de la norme supérieure est bien celle mise en oeuvre dans la norme subordonnée -recherche de l'intention de l'auteur de la norme. Ni les contrôles de la référence dans les cas de transdiction: dans ces cas, lorsque le juge "invente" la référence, il est en fait dans une situation où l'inexistence ou la concurrence des références lui impose son intervention et l'amène à dire le droit. Sans sa "dite" du droit, le texte dont le juge doit assurer l'exécution serait privé de signification. Il lui manquerait cet élément essentiel pour "*vouloir dire*" quelque chose. Et il ne "voudra dire" que par cette invention objective d'une référence objective.

Dans les contrôles de transgression, il en va tout autrement. La référence existe, l'auteur de la norme supérieure l'a mentionnée. Peut-être ne l'a-t-il pas inscrite dans le texte même dont le juge doit assurer l'exécution, mais elle est assez clairement indiquée pour que l'auteur de la norme subordonnée dont la légalité est soumise au juge puisse la mettre en oeuvre. N'étant pas inscrite dans le texte de la norme supérieure, elle ne relève pas des mécanismes de prédétermination. Et elle ne s'impose pas à l'auteur de la norme subordonnée -qui en invente, au sens ordinaire du mot, une autre. Par là, où s'ouvre cette brèche, s'opère la transgression.

Deux types de transgression -de "non-incompatibilité manifeste", disent les commentateurs. De "non-incompatibilité", car l'on ne saurait, évidemment, dans ces cas où le juge transgresse la loi, parler de conformité. Mais pas plus de compatibilité, parce

que l'invention de la référence par l'auteur de la norme subordonnée se fait en contradiction avec la référence à laquelle adhère l'auteur de la norme supérieure. Ni conformité, ni compatibilité donc. "Non-incompatibilité", pour rendre compte de cette "distance plus grande", de cette compatibilité à la limite de la norme inférieure à l'égard de la norme supérieure: il ne s'agit que de la compatibilité avec une norme supérieure dont la référence a été modifiée, transformée, inventée par le juge - mais cette fois d'une invention flagrante, manifeste-, inventée par un juge qui a décidé d'ignorer la référence clairement indiquée pour le décodage du texte porteur de la norme. Non-incompatibilité *manifeste*, car elle est établie au regard de principes de surdétermination qui l'emportent sur ceux même qui étaient clairement indiqués et auraient dû s'imposer normalement. Principes d'*archi*-détermination qui prévalent sur tous les autres, et doivent manifestement s'imposer à tous: principes d'intérêt général, d'ordre public, de primauté du droit, grossièrement désignés dans des formules trop vagues, mais si massifs qu'ils ne peuvent être, en dernier ressort, ignorés de personne. Ce sont les principes les plus fréquemment invoqués dans les cas de transgression: transgressions mineures, en vérité -il en est d'autres.... Elles ne font que faire prévaloir sur le sens intentionnel ou conventionnel -le "sens littéral", la "lettre du texte", le "sens clair" etc.. - une signification qui, fondée sur une référence inventée par le juge, et à l'encontre du texte de la loi, est plus conforme aux valeurs et au code social dominant dont le juge se fait l'expression. Transgression. Elle reste mineure, car le juge, alors même qu'il confère au texte une signification qui s'établit à son encontre et contredit peut-être, dans ce cas précis, les intentions de son auteur, n'invente d'autres valeurs que celles que lui fournissent les valeurs constitutives du code social dominant. Le juge reste, dans ces hypothèses, l'organe de la Société qui l'a institué. Organe chargé de garantir la justesse de fonctionnement du corps social: "eu égard, dit le Conseil d'Etat, aux conditions (...) posées par le législateur, les dispositions issues des lois des 17.1.1975 et 31.12.1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, prises dans leur ensemble, ne sont pas incompatibles avec les stipulations (...) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme...". On voit là où réside la transgression. Si l'on devait s'en tenir à la lettre du texte, certaines dispositions des lois de 1975 et 1979 relatives à l'IVG, prises isolément, seraient incompatibles avec la Convention... Et l'on voit pourquoi la transgression est mineure. Il ne s'agit guère pour le juge qui considère les dispositions prises dans leur ensemble que d'affirmer leur non-incompatibilité avec les valeurs dominantes du groupe social, telles qu'elles se trouvent exprimées dans cette convention à laquelle la France a adhéré... La formule d'une telle relation pourrait être Zx..

Z (majuscule) pour, naturellement, faire sa place à la surdétermination, à l'*archi*-détermination, qui donne sa signification finale à la norme dégagée par le juge; x (minuscule), pour rendre compte, et rendre hommage, au "travail du texte" auquel se livre le juge pour dégager des textes le code social dominant auquel il puise la référence. Le juge reste encore, et malgré tout, dans ce cas, instrument de la loi..... Peut-être plus, en vérité, dans ce cas, instrument de la Société que du droit. Car si le droit est justice plus que justesse, alors il est d'autres transgressions -majeures. Le juge franchit un nouveau pas -l'ultime- qui, pour la Justice, le fait se dresser contre les institutions et la Société. Dans ce cas, non seulement le juge invente la référence, non seulement il assigne à la norme une signification qui s'établit à l'encontre de la loi et de son sens conventionnel ou intentionnel, mais il la détermine par référence à des valeurs qui ne sont plus celles du code dominant -des valeurs qui lui sont personnelles, en parfaite contradiction tant avec celles de l'auteur même de la norme dont le juge doit assurer l'exécution qu'avec celles du groupe social qui l'a institué pour rendre son jugement, pour rendre -quel mot!...- la justice. La conception que se fait le juge de la justice, sa morale personnelle, ses convictions les plus profondes -ou son sens de la provocation...- l'amènent à rompre tant avec les intentions ou la volonté de l'auteur de la loi qu'avec les valeurs du groupe. Le juge est en rupture. Et parfois en révolte. En avance sur l'état des moeurs. Ou en réaction contre elles. Annonceur d'orage. Ou de révolution. Avec ce juge, naît le gouvernement des Juges.

*

* *

Gouverner. Juger.

Gouverner ou juger? -Pour en juger, ces blasons de la légalité, dressés maintenant autour de ces trois signes X, Y, Z, qui en dessinent le centre, permettent d'en mieux mesurer les écarts par rapport aux différents schèmes du jugement, et de mieux, enfin, définir les modes du gouvernement.

I. Trois signes, alternativement dominants et dominés, pour dessiner les blasons de la légalité. Trois séries d'oppositions binaires qui rendent compte, à la fois, de la cohérence et de la totalité des relations de la loi et du jugement. On peut les schématiser dans un tableau unique de la juridicité, formé à partir des éléments constitutifs du mécanisme d'accession de la norme à sa signification -où l'on retrouvera l'ensemble des analyses précédentes:

Ce tableau peut être lu selon différents axes. D'abord, naturellement, les deux axes, horizontal et vertical, des deux séries d'éléments dominants et dominés. Selon l'axe vertical, c'est la distinction fondamentale transcription, transdiction, transgression. Selon l'axe horizontal, on voit la manière dont chacun des éléments du mécanisme d'accession de la norme à la juridicité vient nuancer les formes dominantes de la relation loi-jugement. Tout en bas du tableau, x pour désigner l'objectivité de la référence utilisée par le juge dans son travail de détermination de la signification de la norme: une référence puisée dans le code social dominant et qui contribue, par sa préexistence à la norme, à en prédéterminer la signification. Ce qui distinguera, de ce point de vue, les deux relations Y et Z, c'est que, dans le cas de la transdiction (Yx), l'invention de la référence objective est elle-même objective (cf. supra p.), tandis que, dans le cas de la transgression (Zx), l'invention de la référence se fait en contradiction avec l'élément objectif que constitue l'inscription de la référence dans un texte. L'élément y , à son tour, vient nuancer les relations à dominante X et Z en y introduisant la considération du rôle du lecteur dans la détermination -codétermination- de la signification de la norme: recherche par le juge de l'intention de l'auteur (Xy), ou détermination par le juge de la référence qui sera adoptée (Zy), cette référence étant personnelle au juge lui-même, qui ne se préoccupe plus du code dominant. L'élément z , enfin, donne sa coloration aux relations X et Y, et permet de

rendre compte de deux aspects particuliers du phénomène de surdétermination: d'une part, dans l'interprétation littérale (Xz), la prise en compte par le lecteur de la norme, dans la lecture de la lettre de la loi, du sens conventionnel des mots utilisés, qui seront donc interprétés conformément au sens commun, c'est-à-dire, en fin de compte, selon le code social dominant; d'autre part, dans le contrôle de l'appréciation (Yz), le fait que juge, lorsqu'il se prononce sur une erreur manifeste, se livre à une appréciation fondée, là encore, sur le recours à une référence, à un code social dominant, dont il déclare qu'ils ne sont manifestement pas ceux qui ont inspiré l'action de l'autorité contrôlée.

Le tableau peut aussi donner lieu à une lecture diagonale. En vérité, selon deux arcs de cercle. Dans le premier, les techniques d'interprétation et de contrôle fondées sur l'élément le plus objectif du mécanisme d'accession de la norme à sa signification -le texte. On y trouve les deux formes de la relation de transcription d'une part, et le contrôle de l'adéquation d'autre part, contrôle fondé sur une référence inscrite - en contradiction ou en concurrence, il est vrai, avec d'autres- mais inscrite, en tout cas, dans un texte. Dans le second arc de cercle, les éléments moins objectifs: les valeurs, le code commandant à la lecture du texte. On y trouve alors le contrôle de l'appréciation, exercé dans le cas où aucune référence n'est inscrite dans un texte (cas d'inexistence de la référence) et les deux formes de la transgression.

On voit que ce tableau qui rend compte des formes de la juridicité à partir des éléments qui la constituent, est organisé selon, et ancré dans, l'analyse des propriétés les plus fondamentales de la notion même de droit: l'écriture, la parole et le silence. L'écriture de la loi -le texte qui la porte, d'une part; le silence de la loi -les valeurs, le code qui commandent à sa signification, d'autre part. Et, entre l'écriture et le silence, la parole du juge, pour les faire accéder à l'existence -une existence singulière, celle du jugement. Car, il faut le répéter, la loi est écriture et généralité, le jugement parole et singularité.

II. Cette formule, je l'ai appelée théorème, et baptisée *théorème de Laon* (129 bis). Elle peut expliquer les variations successives des schèmes du jugement auxquelles on a assisté depuis Montesquieu et sa théorie des pouvoirs. Trois schèmes principaux, semble-t-il, donnant lieu tous les trois à deux variantes qui ne rendent compte, chacune, que d'un seul aspect de la relation du législatif et du judiciaire.

Le premier schème trouve son expression dans la phrase célèbre de Montesquieu: "les juges de la nation (...) ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi". Sur cette phrase se battissent les deux variantes. Une variante faible -c'est la vulgate orthodoxe, la pensée doctrinale la plus communément répandue au XIX^e siècle- consiste à faire du jugement un acte de pure exécution de la loi. "Dans toute société politique, disent ainsi les Constituants de 89, il n'y a que deux pouvoirs, celui qui fait la loi, et celui qui la fait exécuter. Le pouvoir judiciaire (...) n'est qu'une simple fonction, puisqu'il consiste dans l'application pure et simple de la loi". A l'appui de cette analyse, en particulier, les formules de Montesquieu sur la "nullité" et "l'invisibilité" de la puissance judiciaire -une puissance qui ne saurait donc s'ériger en pouvoir autonome, le juge n'ayant d'autre prérogative que de mise en oeuvre de la volonté du Souverain, du Législateur. Et, à l'opposé: une variante forte, dont au contraire, Carré de Malberg se fait le défenseur à la fin du siècle. Elle prétend, en dépit du principe constitutionnel de subordination de l'autorité judiciaire à la loi, à l'existence d'un pouvoir normatif du juge, dans les cas, au moins, de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi. "Le juge n'est ni un automate, ni un exécutant. Son action ne se ramène pas à l'exercice d'une seule fonction conçue comme s'épuisant dans une opération de traduction purement passive de la loi"(130). Le juge assure le nécessaire "complètement du droit" (G. Cornu) -et, dans cette mesure, est législateur. A côté du législateur.

Le deuxième schème, c'est celui dont Kelsen se fait le théoricien le plus efficace. Sur d'autres bases, à partir d'autres prémisses, des conclusions en fin de compte assez étrangement semblables. Là encore, deux variantes, fondées l'une et l'autre sur le processus de concrétisation de la norme auquel prennent part les autorités chargées de

la mise en oeuvre des normes supérieures. La variante faible insiste sur le fait que les autorités tant administratives que judiciaires se livrent exactement à la même opération -d'exécution et de concrétisation des normes supérieures. Si donc une différence existe entre les deux fonctions administrative et judiciaire, elle ne tient, en bonne théorie normative, qu'au statut d'indépendance ou de subordination des autorités qui, respectivement, en sont chargées. Cette première variante du schème kelsenien replace ainsi le jugement dans l'ombre de la loi, dont il ne fait qu'assurer la concrétisation. Mais la prise en compte du processus de concrétisation, considéré comme opération d'interprétation nécessaire à l'application du droit, débouche sur une autre variante du schème kelsenien: elle a pour résultat de faire du jugement le double, et peut-être même la seule vérité de la loi. Si la norme supérieure, abstraite, n'accède en effet à l'existence que par le processus de concrétisation dont elle fait l'objet, il devient impossible de distinguer vraiment entre le pouvoir du législateur, qui pose la norme abstraite, et celui de l'autorité administrative ou judiciaire, investie de la fonction d'interprétation de la norme posée par le législateur. L'un et l'autre se confondent, les normes supérieures n'ayant d'autre existence que dans et par les normes inférieures qui en assurent l'exécution. Non seulement il n'est plus possible de distinguer entre fonctions administratives et judiciaires -ce sont toutes deux des fonctions de concrétisation de la norme supérieure-, mais il devient même impossible de distinguer entre fonctions d'élaboration des normes supérieures -législatives- et inférieures -administratives et judiciaires... Paradoxe implication du schème kelsenien: le pouvoir du juge n'existe pas (variante faible). Ou bien il existe seul -variante forte-: le juge, législateur à la place du législateur...

Le troisième schème opère un renversement complet de la perspective. On le doit aux philosophes Emmanuel Levinas et Jacques Derrida. "La liberté, dit Levinas, ne se réalise pas en dehors des institutions sociales et politiques (...). La liberté se grave sur la pierre des tables où se gravent des lois (...); la liberté tient à un texte écrit, destructible certes, mais durable, où en dehors de l'homme se conserve la liberté pour l'homme"(131). La liberté tient donc à la loi. C'est elle qui, première, fondamentale, en assure la protection et la mise en oeuvre. C'est en elle -par la loi- que la volonté s'assure "contre la mort et sa propre trahison"(132) et dans ces "institutions raisonnables" que réside le pouvoir -et la possibilité- d'échapper à la violence et au meurtre du monde. Mais, ajoute, Levinas, un danger existe dans les lois: celui d'une autre tyrannie: "une tyrannie de l'universel et de l'impersonnel. Ordre inhumain quoique distinct du brutal..." Contre cette tyrannie doit s'affirmer "l'homme comme singularité irréductible", et la "parole à la première personne" comme moyen de résister à la passivité de l'ordre total auquel l'homme s'est agrégé. Cette "parole à la première personne", la justice en est investie -elle ne doit pas consister à énoncer un verdict "impersonnellement et implacablement à partir de principes universels"(133) -cette justice-là ramènerait l'homme à la totalité et à la tyrannie à laquelle il prétendait échapper; une justice qui, au contraire, doit exalter la singularité et la subjectivité - et d'abord celle d'autrui, car " la justice consiste à reconnaître en autrui mon maître"(134). "La justice, conclut Levinas, est un droit à la parole"(135).

A quoi Jacques Derrida fait écho en expliquant, devant des juristes (136): "Pour être juste ou injuste, pour exercer la justice, je dois être libre et responsable de mon action. On ne dira pas d'un être sans liberté, ou du moins qui n'est pas libre dans tel ou tel acte, que sa décision est juste ou injuste. (...)Si l'acte consiste simplement à appliquer une règle, à dérouler un programme ou à effectuer un calcul, on le dira peut-être légal, conforme au droit, et peut-être, par métaphore, juste, mais on aurait tort de dire que la décision a été juste. Pour être juste, la décision d'un juge, par exemple, doit non seulement suivre une règle de droit, mais elle doit l'assumer, l'approuver, en confirmer la valeur par un acte d'interprétation ré-instaurateur, comme si, à la limite, la loi n'existait pas auparavant, comme si le juge l'inventait lui-même à chaque cas". Et de poursuivre: "Bref, pour qu'une décision soit juste et responsable, il faut que, dans son moment propre, s'il y a un, elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi, et assez destructrice ou suspensive de la loi pour devoir, à chaque cas, la réinventer, la

re-justifier, la réinventer au moins dans la confirmation nouvelle et libre de son principe".

On trouve, certes, dans ces formules, la dénonciation du juge "machine à calculer"(137) -comme chez Levinas, qui avait écrit: "dans la justice(...), je ne suis pas simplement appelé (...) à sceller mon entrée pure et simple dans l'ordre universel"(138). Mais plus encore, et peut-être au delà de Levinas, on y trouve l'apologie d'un juge qui, pour la justice, saurait se dresser contre la loi, "réinventer" la loi, la "re-justifier", la "réinstaurer" -c'est-à-dire la "suspendre", ou même la "détruire". Apologie d'un juge qui devrait donc être législateur, non plus à côté ou à la place du législateur, mais -dans les cas ultimes- contre le Législateur.

On découvre alors peut-être mieux ce que chacun de ces schèmes, et leurs variantes, portent en eux d'implicite. Dans les trois cas et leur variante faible, une tentative de préserver les relations différenciées du juge et de la loi, en assignant des fonctions différentes et spécifiques aux organes législatifs et judiciaires -Dans le schème Montesquieu, sur le fondement d'une conception de la liberté dont la loi est garante, et d'un processus d'élaboration/exécution de la loi qui fait du jugement l'exécution de la volonté suprême du Souverain. Dans le schème kelsenien, autour d'une conception de la régularité qui fait de la *Grundnorm* le fondement aseptisé de l'ordre juridique et du processus de concrétisation la caractéristique commune des fonctions subordonnées. Dans le schème Levinas, enfin, à partir d'une conception de la justice qui fait de la singularité et de la subjectivité du jugement le moyen d'ajouter à l'objectivité et l'universalité de la loi.

Mais les trois schèmes et leur variante forte témoignent de la fatalité de l'échec de ces tentatives de différenciation. Le schème Montesquieu, en ne réussissant pas à distinguer entre le législateur et le juge lorsque celui-ci se voit reconnaître un pouvoir normatif autonome -l'un et l'autre deviennent alors, et au même titre, des organes d'élaboration du droit. Le schème kelsenien, en ne parvenant à différencier ni le juge de l'administrateur -ils contribuent tous deux, et au même niveau, à la concrétisation des normes législatives- ni d'ailleurs l'administrateur et le juge du législateur, dont ils concrétisent et exécutent les normes qu'ils font ainsi accéder à l'existence. Le schème derridien, enfin, en confiant au juge le soin de garantir une société sans violence et en le faisant porteur d'une singularité irréductible à l'universalité de la loi -une singularité qui peut être "destructrice" de la loi et fait donc de sa destruction l'une des figures du jugement... et peut-être la seule figure de la justice.

Trois schèmes porteurs, en définitive, chacun d'une réalité. Mais la réalité ne se réduit à aucune de ces réalités, qu'il faut unir pour retrouver toute la réalité. Les trois schèmes disent chacun à leur manière, et par leurs variantes, les directions où il faut s'engager -l'un qui réduit le jugement à la destruction de la loi, l'autre qui fait du jugement la seule vérité de la loi, le dernier qui persiste à camoufler le pouvoir normatif du juge sous les dehors d'une simple exécution de la loi. La vérité est que le jugement, s'il est bien cela, est tout cela à la fois -et que ce n'est qu'en retrouvant, dans et à travers le jugement, les propriétés essentielles de la norme dont, en définitive, il est porteur qu'on réussira à en définir la structure véritable.

III. Ecriture, parole et silence tout ensemble, la norme juridique peut se trouver, dans son rapport à une autre norme, dans une relation fondamentale de transcription, transdiction ou transgression. Or, ces notions, si elles décrivent des relations du juge et de la loi, sont en fait la traduction de catégories encore plus fondamentales relatives aux modes du gouvernement. Habituellement traitées dans la théorie de l'Etat sous la dénomination de puissances législative, exécutive et judiciaire, elles ont fait l'objet de ces analyses en termes d'exécution, concrétisation, etc.. que l'on a vues. On en a vu aussi l'insuffisance et les impasses. C'est que, référées à des propriétés annexes ou partielles de la norme, elles ne permettent pas d'en exprimer la substance. En fait, les figures de la transcription, de la transdiction et de la transgression renvoient à des réalités encore

plus profondes. A en prendre l'exacte mesure, l'on pourra, par elles, grâce à elles, identifier une notion ancienne, celle de gouvernement des juges, -et tracer une nouvelle frontière, celle d'une légalité et d'une administration transfigurées -et, peut-être, par là d'un Etat de droit moderne et renouvelé.

1. L'identification théorique de la notion de *gouvernement des juges* a été jusqu'à présent rendue difficile sinon impossible par le cumul de trois séries de raisons: Les unes qui tiennent à l'histoire de la notion -une notion dont l'apparition est liée à l'évolution de la Cour Suprême des Etats-Unis. On a cru que la notion ne pouvait guère être détachée de son contexte historique, et ne pouvait être analysée que dans les termes qu'imposait l'étude du statut et des modes de jugement de cette institution américaine, ou d'autres qui lui ressembleraient. La deuxième série de raisons a trait aux conditions politiques de l'utilisation de la notion. Précisément à cause des conditions de son apparition, la notion de gouvernement des juges a été très tôt utilisée et perçue comme une arme et une accusation dirigées par un gouvernement ou une majorité à l'encontre de juges qui oseraient censurer leur action, législative ou gouvernementale. Ces juges, dit-on, se livreraient à une censure politique d'une action politique. La notion serait donc dépourvue de tout contenu juridique, et par là ne mériterait -et d'ailleurs, n'en pourrait même faire l'objet...- aucune étude juridique. La troisième série de raisons est proprement scientifique. On a vu ce que les schèmes du jugement qui se sont succédé ont tenté d'explicitier de la relation de la loi et du juge. Or ces schèmes, au lieu de fournir des repères permettant de distinguer entre les fonctions de l'Etat -ce qui aurait peut-être conduit à mieux connaître et établir la limite entre juger et gouverner-, n'ont fait, involontairement, qu'en brouiller les limites. Non seulement les repères utilisés par les différents schèmes -l'exécution, la concrétisation....- entraînent une confusion des fonctions -le juge législateur à côté ou à la place du législateur, ou... contre lui-, mais ils ne permettent même pas de discriminer entre les différents aspects du rôle "législatif" du juge. Le juge est-il législateur dès le moment même où commence d'émerger un pouvoir normatif du juge? Peut-on assimiler toute contribution du juge à l'élaboration de la norme à une création de norme qui ferait alors du juge, et dès ce moment, un juge qui gouverne? Si c'était le cas, le gouvernement des juges commencerait très tôt, et l'accusation, trop générale, risquerait de perdre toute portée... Les notions de transcription, transdiction et transgression fournissent peut-être, elles, le moyen de répondre à de telles questions. Rendant compte des relations du juge et de la loi, elles correspondent également, chacune, à l'un des modes fondamentaux de l'action étatique: exécuter, juger et décider, souverainement.

La transcription est fondamentalement exécution. Exécution fidèle et reproduction de la volonté exprimée par l'autorité supérieure -par le Législateur, dans la loi. Pour cette raison, Montesquieu faisait de l'administration une fonction d'exécution. Et Weber plaçait l'honneur du fonctionnaire "dans son habileté à exécuter consciencieusement un ordre sous la responsabilité de l'autorité supérieure, même si, au mépris de son propre avis, elle s'obstine à suivre une fausse voie (...). Sans cette discipline morale, sans cette abnégation, tout l'appareil s'écroulerait". Tout l'appareil, en effet, est fondé sur l'expression et l'exécution de cette volonté dont l'autorité subordonnée ne saurait s'écarter si peu que ce fût, alors même qu'il serait évident que l'autorité supérieure etc.... Transcription pure, à laquelle on a longtemps voulu réduire l'administration -et le juge. La vérité est qu'il y a de l'administrateur -de l'administrateur weberien- dans le juge -et qu'il doit y en avoir. Le juge, pas plus que l'administrateur, n'ont dans une démocratie de légitimité propre. L'un comme l'autre doivent, dans une démocratie, appliquer la loi, mettre en oeuvre la volonté du Souverain dont ils sont les serviteurs -consciencieux, scrupuleux. Le juge exécute la loi. S'il a un doute sur sa signification, il doit en rechercher le sens en s'in- terrogeant loyalement, consciencieusement, objectivement, sur les intentions de l'auteur de la loi, dont il est chargé de mettre en oeuvre la volonté. On ne saurait le condamner ni le dédaigner de le faire: c'est "l'honneur" du fonctionnaire... -et le magistrat est, en ce sens, fonctionnaire. Il a été institué pour cela: exécuter et garantir l'exécution de la volonté du Souverain. On a d'ailleurs voulu qu'il le fût: "le rêve révolutionnaire"... Et l'on a

même voulu croire longtemps, prenant prétexte des formules de Montesquieu -le jugement, "un texte précis de la loi"; le juge, "bouche de la loi"- qu'il n'avait été institué que pour cela. On comprend, même si on ne peut l'admettre que, dans ces cas où le juge se réduit, ou se voit réduit, à une telle fonction d'application de la règle, à une simple fonction de transcription de la loi, il ait pu être traité d'automate ou de machine à calculer. Mais après tout, Voltaire ne voyait-il pas dans les "machines jugeantes" de son *Zadig*, la liberté qu'elles garantissaient aux justiciables?...

Il est vrai qu'une démocratie -et des justiciables.- n'exigent pas seulement la garantie d'une liberté, mais que justice soit rendue. Peut-être alors, en ce sens, le jugement s'identifie-t-il mieux à l'autre catégorie, à l'autre relation, celle de la transdiction. Peut-être cette conception de la fonction judiciaire -et son archéologie...(139)- en font-elle cette fonction de dire le droit, fonction de "dite" singulière du droit à partir de la généralité et de l'impersonnalité de la loi écrite. Ce serait alors cette conception de la fonction judiciaire -expression non seulement d'un jugement mais de la Justice- dont on trouverait la traduction philosophique dans les formules de Levinas sur le "droit à la parole" et la "singularité irréductible" de l'homme. Reconnaissance, exaltation d'une double singularité, en vérité: celle du juge, et celle d'autrui soumis à son jugement. Dépassant et ajoutant à l'universalité de la loi -"je suis (...) nécessaire à la justice comme responsable au delà de toute limite fixée par une loi objective" (140)-, elle ne peut cependant aller jusqu'à se passer de tout critère et de toute référence universelle. Du moins ne peut-elle faire de l'absence de tout critère, de l'ignorance de toute loi, la loi de son jugement. La transdiction ne se confond en effet, de ce point de vue non plus, ni avec la transcription, ni avec la transgression. Elle ne se confond pas avec la transcription, où le jugement -"déterminant", dans les catégories kantienne- s'analyse en un "pouvoir de subsumer le particulier sous l'universel" (141) à partir d'une référence objective, prescrite et donnée par la loi. Monologisme. L'exécution syllogistique de loi à laquelle donne lieu un tel jugement confère au juge la possibilité de revendiquer pour la décision ainsi rendue une nécessité inconditionnelle -doublement inconditionnelle, doublement monologique: elle est la seule expression possible, parce qu'elle en est la seule vérité, d'une loi qui est la seule expression de la volonté du Souverain, et à ce titre, la seule garante de la liberté des citoyens. La transdiction, elle, ne s'analyse certes pas en une exécution syllogistique de la loi. La dite du droit, l'invention de la référence à laquelle procède le juge ont définitivement installé le dialogisme au coeur du jugement.

La transdiction ne se confond pas non plus avec la transgression. L'invention de la référence y est purement subjective -fondée sur les sentiments seuls du juge, son code moral, religieux ou politique personnel. Ne pouvant alors plus prétendre à la validité universelle, elle prive de toute nécessité le jugement ainsi rendu. Invention objective d'une référence objective, la transdiction relève au contraire de cette catégorie de jugements que Kant appelle "réfléchissants" (142) -jugements fondés sur un principe transcendantal que le juge se donne à lui-même, sans qu'il l'emprunte à la loi prescrite -écrite...- a priori, ni qu'à l'inverse, il l'ait créé de manière purement subjective. Invention objective d'une référence objective, le jugement de transdiction, lui, peut prétendre à l'adhésion universelle de la communauté sociale dont le juge est membre.

En cela, la transdiction est, et reste fondamentalement, un jugement. Le risque serait en effet de confondre juger et gouverner, -d'ignorer que le juge n'est pas Dieu, ni même Législateur, et qu'à faire de l'absence de critère -on veut dire: à faire du choix subjectif du critère- le critère du jugement, l'on s'exposerait à faire du juge, non un juge, mais celui qui décide -seul, souverain, impérial ou divin..... Car la décision, au sens le plus pur, c'est bien cela -qui n'est pas une tautologie: décider seul, hors de toute obligation normative, hors de toute subsomption. Ce à quoi, précisément, se résume la transgression. Par la transgression, le juge échappe à la loi, et redevient -lui, serviteur du Souverain, au nom de la Loi et du Peuple- souverain, contre la loi et au nom, dit-il, de la Justice. "Seule une décision est juste", écrit Jacques

Derrida(143). Ou injuste... Seule, en tout cas, souveraine. On est là aux limites mêmes, et bientôt à l'extérieur de l'ordre juridique, -en rupture de ban. Carl Schmitt le montre, qui affirme d'entrée, d'emblée: "Est souverain celui décide de la situation exceptionnelle"(144). Si l'on admet en effet qu'une décision au sens juridique doit être par hypothèse déduite d'une norme qui la présuppose, il n'y a plus de définition possible de la souveraineté que celle qui, la reconnaissant comme puissance suprême, et non dérivée, de gouverner, ne voit en elle que la faculté de décider dans les seuls cas non définis par l'ordre juridique en vigueur -c'est-à-dire dans les situations exceptionnelles. "L'exception, dit encore Carl Schmitt, c'est ce qu'on ne peut subsumer"(145). La transgression désigne précisément le cas exceptionnel où le juge se libère, par l'invention subjective de la référence, de la subsomption. Par la transgression ainsi commise, le juge alors décide, s'érige en souverain, et -cessant de juger- se met à gouverner. Ainsi peut-on déterminer le moment de l'apparition du gouvernement des juges -moment exceptionnel, mais probablement inéluctable, où se trouvent en balance, dans les institutions de l'Etat, justesse et justice, et où sont remises en question, dans la conscience du juge, les frontières de la Justice et de la Liberté...

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

Devant l'ampleur du phénomène, trois attitudes possibles. La nostalgie: le droit n'est plus ce qu'il était; il faut une cure de rusticité -un rêve irréalisable, je crains... Ou bien la révolte: l'accusation de laxisme, -et la conclusion: la nécessité de moeurs juridiques et administratives plus saines, avec ce risque presque inéluctable de l'inflation normative, pour contrôler par la loi ce que les lois laissent échapper et ont été incapables de contrôler.... Ou encore, le réalisme: les temps ont changé; il faut les assumer. Là, si vous avez décidé d'être réaliste, s'ouvre à vous une nouvelle option. Vous avez encore à choisir -un vrai choix, et non pas juste oui ou non. Ou bien, assumant les changements des temps, mais désireux pourtant de pallier à leurs conséquences néfastes -le laxisme de la règle, l'imprécision normative, la prolifération cancéreuse de la loi-, vous mettez en place, au dessus de la loi et de la constitution, tout un système de principes supraconstitutionnels destinés à contrôler la loi et la constitution -et vous réinventez le droit naturel. Le jusnaturalisme est un réalisme. Il n'a qu'un défaut: de ne pouvoir fonder la réalité des principes qu'il invoque, et de ne guère expliquer, Georges Vedel le remarquait, "de quelle nuée il a reçu la révélation des Tables de la Loi"...(134). Ou bien réaliste jusqu'au bout - et jusqu'au bout des ongles-, vous ne pouvez vous

accomoder, malgré la noblesse de son architecture, des faux-semblants de cette construction. Vous percevez bien non seulement qu'elle a la tête dans les nuées, mais qu'elle n'est en fait que la répétition, la transposition au niveau juste supérieur, et le résultat, d'un geste architectural que vous connaissez bien -auquel vous aviez renoncé- : le geste hiérarchique -le geste vertical d'une construction tout entière ordonnée de la base au sommet sous l'autorité d'une norme ou d'un dieu baptisés, selon les temps, Raison, Nature, ou Norme ou Dieu. Or vous savez bien que ce n'est pas ainsi que fonctionnent les systèmes normatifs, et que se fait l'engendrement du droit -sur le mode hiérarchique, vertical, unilinéaire et monologique. Réaliste, et jusqu'au bout des ongles, vous avez choisi, au lieu d'avoir la tête dans les nuées, d'ancrer vos analyses dans les réalités, même si elles paraissent à première vue, et à beaucoup, éloignées de la réalité. Redécouvrant par l'analyse systémale -qui n'est ni seulement systémique, ni strictement structurale- les propriétés fondamentales de la juridicité, vous avez alors fait de la norme le produit d'un mécanisme complexe dans lequel, certes, l'écriture de la loi -cette loi que l'on appelle positive- tient un rôle fondamental, mais pas seulement elle; aussi les silences que, volontairement ou non, elle ménage, où viennent se loger les valeurs du lecteur ou de l'interprète de la loi; et la dite du droit, par laquelle le juge, exerçant son "droit à la parole", procédant à la "pesée des valeurs", vient à leur donner corps, et parfois, à en faire, contre la loi du législateur, la seule loi qui s'impose, et même, dans certains cas cas, au nom de la Justice, la seule loi qui vaille...

Procédant ainsi, analysant les choses en ces termes, vous êtes à la fois réaliste -au plus près des réalités- et en mesure d'esquisser et proposer de nouvelles frontières à la réalité. Prenant en compte les mécanismes réels de l'engendrement du droit, vous pourrez expliquer comment se fabriquent les tables de la loi -pas dans les nuées...-, et sachant la place qu'y tiennent les mécanismes de surdétermination -les valeurs, la manière dont elles adviennent à l'existence-, déterminer comment elles peuvent servir l'Etat de droit -c'est-à-dire et l'Etat et le droit. Au lieu, alors, d'une archéo-légalité qui ne soit conçue que comme pure et mécanique application -et contrôle d'application- de la loi, au lieu d'une administration qui ne soit que de procédure et d'exécution, vous aurez une administration qui, s'étant vu reconnaître la liberté de dire la loi dans le cadre d'une légalité renouvelée -une administration et une légalité de transdiction-, se verra à son tour soumise à toute l'étendue des contrôles, et avec toute la gamme des moyens, qu'apporte l'émergence de cette néo-légalité.

Par là, si vous vous y décidez, peut-être réussirez-vous à réconcilier l'exigeante impatience de l'action, la noblesse de la loi -et cette imprudente passion que vous m'avez dite -votre passion de la justice.

NOTES

1. S. Goyard-Fabre, Les fondements de la légalité, in: Ch. A. Morand (Ed.), *Figures de la légalité*, préface de G. Vedel, Publisud, 1992, p. 29-54.
2. N. Belloubet-Frier et G. Timsit, L'administration transfigurée: un nouveau modèle d'administration? *R.I.S.A.* 1993, Vol. 59, n° 4, Décembre, p. 623-667.
Des mêmes auteurs, L'administration en chantiers, *R.D.P.* 1994, p. 299-324.
3. Voir P. Knoepfel, Les cycles écologiques et le principe de légalité, De la nécessité d'assouplir les liens de causalité, in: Ch. A. Morand (ed.), *op. cit.* p. 141-184.
4. S. Goyard-Fabre, *loc. cit.* p.40.
5. Timsit (G.). 1986. Thèmes et systèmes de droit. P.U.F. Coll. Les voies du droit. Le thème du monologisme a été ensuite repris in : Sur l'engendrement du droit. *RDP* 1988, et Les noms de la loi P.U.F. Coll. Les voies du droit (1991).
6. Bastit (M.) Naissance de la loi moderne. P.U.F. Coll. Leviathan. 1992.
7. -du moins, d'une certaine interprétation de Montesquieu. Sur cette interprétation et la contestation que l'on a cru pouvoir en faire, cf. G. Timsit. M le maudit. Relire Montesquieu, in : Mélanges R. Chapus 1992, Domat-Montchrestien et Les figures du jugement" P.U.F. Coll. Les voies du droit 1993, p. 60.
8. On reconnaît là les postulats habituels du positivisme le plus classique -ceux du législateur rationnel, de la complétude de la loi, etc...
9. Sur ces notions d'ordre et d'espace normatif, cf. G. Timsit. Thèmes et systèmes de droit (1988) et Les figures du jugement(1993) précités.
10. Ch. Eisenmann (1957). Le droit administratif et le principe de légalité. *E.D.C.E.* 1957-1958, p. ?
11. *Ibid.* p. 27
12. Vedel (G.). L'égalité, in : La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Ses origines. sa pérennité., C.A. Colliard. G. Conac, J. Beer-Gabel (Ed.). La Documentation française 1990, p. 172.
13. Chapus (R.). Droit administratif général. Tome I. 7e ed. Montchrestien, 1993, p. 497.
14. Charles Eisenmann. *loc. cit.* p. 40.
- 15 C.E. Ass. 30.3.1973, Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme et Comité pour l'expansion touristique de la Favière, *Revue Administrative* 1973, p. 511.
16. M. Franc et J. Boyon. Chronique générale de jurisprudence administrative française. *AJDA* 1974. p. 200.
17. W. Coulet, La notion de compatibilité dans le droit de l'urbanisme. *AJDA* 1976. 291. Voir, particulièrement, p. 295.

18. L'analyse de W. Coulet sur ce premier point est confirmée par exemple par celle de J.P. Lebreton. La compatibilité en droit de l'urbanisme, *AJDA* ? p.491.

19. Le phénomène est relevé, pour la première fois, à notre connaissance, par Jean-Marie Auby, Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, éléments de problématique" in *Mélanges R. Pelloux*, Ed. de L'Harmattan, ? p.21-37.

20. Cf. par exemple, CE 27.2.1970. Sieur Bessin, R. 139. "Considérant que (...) l'article 14, 4e alinéa du Décret du 31.3.1961 s'est borné, *sans dénaturer* les conditions posées par la loi pour l'ouverture du droit aux prestations, à préciser lesdites conditions..."; -et pour la jurisprudence du Conseil Constitutionnel : C.C. Décision n° 61.171 du 22.12.1961. "Considérant que s'il y a lieu de ranger au nombre des principes fondamentaux de la Sécurité sociale propres au régime des allocations de maternité et qui, comme tels relèvent du domaine de la loi, l'existence même de ces allocations ainsi que la nature des conditions exigées pour leur attribution, il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à *ne pas dénaturer* lesdites conditions, d'en préciser les éléments"..

21. G. Vedel, Doctrine et Jurisprudence constitutionnelle, *R.D.P.* 1989 , p. 16 .

22. Jamais d'une rigueur absolue..... Si l'égalité s'exprime auprès des juridictions dans la formule "à situations semblables, règles semblables", tandis que l'égalité relative ou proportionnelle prend forme dans le principe selon lequel des situations différentes peuvent ou doivent être traitées de manière différente, on doit constater que l'égalité au sens de similitude de situations ne peut jamais recevoir de traduction exacte dans la réalité, "car il y a toujours une différence entre les deux situations que (la juridiction) juge semblables. En vérité, il lui revient d'apprécier si cette différence justifie ou ne justifie pas les règles différentes et là, toujours, son pouvoir d'appréciation est considérable" (F. Luchaire. La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 in : Conseil constitutionnel. *La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*. 1989. P.U.F. Coll. Recherches politiques, p. 226).

On constatera encore une fois l'exacte homologie des concepts utilisés à propos des principes de légalité et d'égalité et des relations qu'ils définissent. A la notion de conformité dans le principe de légalité, répond celle de similitude ou d'uniformité dans le principe d'égalité. Pas plus, cependant, l'une que l'autre ne peuvent toujours rendre compte d'un rapport qui, dans la réalité, sera rarement de conformité ou d'uniformité absolue, car il y a difficilement exacte reproduction, exacte copie d'une norme supérieure par une norme inférieure (légalité), ou d'une personne par une autre (égalité)...

23. On se souvient de la formule particulièrement nette à cet égard du Conseil constitutionnel (CC 87.232 DC du 7.11.1988, R. 17) : "le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, les différences de traitement qui en découlent soient en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit".

Cf. Guy Braibant, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État, in : Conseil constitutionnel, *La Déclaration des Droits.... op. cit.* p. 105.

24. F. Luchaire. *loc. cit.* p. 231.

25. M. Waline, La compatibilité des grands travaux d'équipement avec les schémas directeurs d'urbanisme (CE. Ass. 22.2.1974. Adam et autres). *RDP*. 1974. 1780 et ss. Une différence de 6,5 km entre un tracé d'autoroute déclaré d'utilité publique et celui qui était indiqué au schéma directeur antérieurement approuvé -une différence "flagrante et importante", selon Marcel Waline- ne paraît pas suffisante au Conseil d'État pour rendre ces travaux incompatibles avec les dispositions du schéma : "cette différence, dit l'arrêt, ne remet en cause ni les options fondamentales du schéma, ni la

destination générale des sols et (...) elle ne compromet ni le maintien des espaces boisés, ni la protection des sites tels qu'ils sont localisés par le schéma..."

26. J.P. Lebreton. La compatibilité en droit de l'urbanisme. *loc. cit.* p. 496.

? 27. G. Vedel. *loc. cit.* p.

On peut relever que c'est un parti exactement contraire, et même extrême, qu'adoptent de jeunes auteurs assez représentatifs, semble-t-il, d'un certain renouveau de la théorie juridique. Faisant le constat de tous ces troubles de l'image traditionnelle du système normatif, ils concluent qu'il ne saurait y avoir de salut théorique que dans une pensée qui fasse toute sa place au juge -une place qui ne saurait être subordonnée: théorie de la co-souveraineté (celle du législateur et du juge)...Voir, par exemple: Cayla (O.), *La notion de signification en droit*, Thèse, Paris II, 1992.

28. Néologisme créé sur le modèle du mot *jurisdiction*. Sur ce concept, comme sur ceux de transcription (*supra*) et de transgression (*infra*), Cf. G. Timsit. *Les figures du jugement*, précité, p. 147s.

29. Sur cette notion de travail du texte, cf. G. Timsit. *Les noms de la loi*, p. 141.

30. Ch. Eisenmann, *loc.cit.* p. 27.

31. C'est d'ailleurs ce que consacre implicitement le Conseil Constitutionnel dans sa terminologie lorsque, avec la décision 137 DC du 25/2/1982 (Lois de décentralisation), il affirme que "le principe de *légalité* exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la *Constitution* adoptée par le peuple français a proclamé etc..."

Les commentateurs de la décision, MM. Favoreu et Philip (*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7e ed. Sirey, 1993, p.486) expriment leur regret de ne pas voir employer l'expression principe de constitutionnalité. On peut au contraire considérer que le Conseil marque par l'utilisation de l'expression *principe de légalité* l'unité profonde de l'ensemble des relations entre normes supérieures et inférieures...

32. Ch. Eisenmann. *loc. cit.* p. 29.

33. Cf. *infra* p. 30 (développements sur le champ et l'intensité normative) et note 54.

34. J.P. Lebreton. Les particularités de la juridiction constitutionnelle. *RDP* 1983, p. 419-485 : "la distance est grande entre la légalité, qui est faite d'un tissu plus ou moins lâche de normes écrites, et la constitutionnalité qui est, a priori, une totalité logiquement achevée : dans le premier cas, la création jurisprudentielle est soit masquée en ce qu'elle joue de la discontinuité des textes et en ce qu'elle est justifiée à cerner et à combler des lacunes (...); dans le second cas, cette création se heurte à la nature théoriquement close de la Constitution qui donne à l'intervention prétorienne la portée d'une ingérence ou, à tout le moins, révèle son caractère volontariste" (p. 484).

35. J.P. Lebreton. *loc. cit.* p.484.

36. On notera, dès maintenant, que le "desserrement" du rapport de détermination ainsi conçu ne se traduit pas nécessairement par un allègement des obligations pesant sur le législateur... Comment concilier ces deux mouvements simultanés de "desserrement" du rapport de détermination et d'alourdissement des obligations pesant sur l'auteur de la norme déterminée ? C'est le sens de la question esquissée plus haut sur l'interférence des relations dans lesquelles une même norme peut se trouver simultanément engagée. Pour la réponse à cette question : cf. *infra* p. 30 (développements sur le champ et l'intensité des normes) et note 54.

37. cf. *supra* p. 8. Ce sont ces variations qui ont fait conclure précédemment à la non-pertinence de la distinction conformité/compatibilité.
38. W. Coulet. La notion de compatibilité. *op. cit.* p. 299.
39. L. Favoreu et L. Philip. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel., précité, p. 253.
40. Cf. sur ce point G. Timsit. Les noms de la loi. p. 122s.
41. *eod. loc.* p. 73.
42. On reconnaît là les thèmes et les formules empruntés à Paul Ricoeur et Maurice Blanchot, cités in : Les noms de la loi., p. 44-45.
43. Vedel (G.), Souveraineté et supraconstitutionnalité, *Pouvoirs*, n° 67, p. 83.
44. C'est une question de méthode : on ne peut en effet procéder à une évaluation que si l'on dispose d'une échelle, d'un instrument de mesure, qui le permette. Or, en cette matière, n'existe aucune échelle préétablie ni fiable. On ne peut donc que procéder par voie de comparaison entre ce qui existait avant et après: -avant et après l'intégration au bloc d'éléments nouveaux sur la nature desquels il faut s'interroger (leur degré de précision relative) et sur la nature des conséquences que produit leur intégration (le degré de détermination relative des normes inférieures produit par la formation du bloc ainsi constitué).
45. Cf. L. Favoreu et L. Philip. Les grandes décisions... 7e ed. p. 254.
46. ...imprécision due soit à leur caractère originellement non écrit - et à la marge que laisse de ce fait leur non-écriture à l'interprétation-, soit à la formulation en termes vagues des obligations qu'ils imposent : la Nation "garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité maternelle, le repos et les loisirs" (Préambule de la Constitution de 1946, intégré au bloc de constitutionnalité).
47. On reconnaît ici le concept utilisé par St. Rials dans sa thèse sur les standards. On a dit dans Les noms de la loi. (p. 124) tout le bien qu'on en pense -et fait quelques réserves à son propos.
48. Les noms de la loi, précité, p. 172.
49. Cf. *infra*, p. 58.
50. J.P. Lebreton, La compatibilité..., précité, p. 493.
51. C.E. 29.6.1990. Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés. Concl. R. Abraham. R. 171.
52. Cf. *infra*. 3e partie.
53. R. 1990, p. 182.
54. C'est cette notion de transparence de la lecture qu'a consacrée précisément la jurisprudence dite de la loi-écran. On sait que cette jurisprudence a eu pour objet de rendre inopérante l'argumentation tirée de la méconnaissance par un acte réglementaire pris en application d'une loi des stipulations d'un traité. Cette argumentation revenait en effet à mettre en cause, indirectement, la conformité de la

loi postérieure au traité, -question dont, jusqu'à l'arrêt Nicolo (1989), le Conseil d'Etat n'était pas juge. Le Conseil appliquait en l'occurrence les principes suivants. Lorsqu'une loi postérieure à un traité fixe un certain nombre de règles de fond dont le pouvoir réglementaire ne fait par ailleurs que tirer les conséquences nécessaires, le juge administratif met en oeuvre le système de la loi-écran. Il s'interdit de vérifier directement la conformité du décret au traité, car s'il vérifie la conformité au traité d'un décret pris conformément à la loi, il vérifie par là-même, indirectement, la conformité de la loi au traité. Si, en revanche, la loi postérieure au traité est une simple loi-cadre et qu'elle se borne à conférer au pouvoir réglementaire une compétence sans fixer de lignes directrices pour l'exercice de cette compétence, alors le juge peut s'autoriser, sans à aucun moment se faire le juge de la loi, à apprécier la conformité au traité des dispositions réglementaires. A quoi il faut ajouter que, lorsque les dispositions de la loi et du traité sont strictement identiques, le Conseil d'Etat se reconnaît également le droit de se prononcer directement sur la conformité au traité d'un décret pris pour l'application de cette loi, dont les dispositions reproduisent les stipulations du traité.

Ces principes peuvent en définitive se résumer en ces termes : pas de loi-écran, et donc contrôle du juge sur le décret, dans le cas où la loi est la reproduction pure et simple des dispositions du traité, ni quand les dispositions réglementaires sont prises, non pour l'application de la loi, mais sur son fondement. Il est clair que de tels principes de solution trouvent leur explication dans l'idée de transcription et son corollaire, la notion de transparence de la lecture. L'écran de la loi ne fonctionne en effet ni dans le cas où la loi est la transcription du traité, ni dans celui où le décret n'est pas la transcription de la loi. L'objectif est que le juge administratif n'ait pas à se prononcer, même indirectement, sur la conformité de la loi au traité -question qui échappe par nature à sa compétence. Ce serait le cas si la loi ne se faisait transparente en reproduisant purement et simplement les dispositions du traité (transcription du traité dans la loi: possibilité, alors, pour le juge de vérifier directement la conformité du décret au traité, la question de la conformité de la loi au traité ne se posant pas, puisque l'une est la reproduction pure et simple de l'autre). Ce serait également le cas si le décret était l'application de la loi (transcription de la loi dans le décret, auquel cas la vérification directe par le juge de la conformité du décret au traité reviendrait à mettre en cause indirectement la conformité au traité de la loi dont le décret n'est que l'application). En somme, le système de la loi-écran renvoie dans tous les cas à l'idée de transcription et de transparence de la lecture - mais à des niveaux différents de la relation traité-loi-décret. Dans le premier cas, le problème se pose au niveau des relations traité-loi. La loi ne fait pas écran entre le traité et le décret parce que le législateur transcrit intégralement les dispositions du traité. Tandis que dans le second, le problème se situe au niveau des relations loi-décret. La loi ne fait pas écran entre le traité et le décret parce que le décret ne constitue pas une transcription de la loi, et que l'examen de la conformité du décret au traité laisse donc la loi, dont le décret n'est pas l'application, à l'extérieur de cette relation. La transparence de la lecture dans un cas, sa non-transparence dans l'autre, permettent de parer aux effets de la transitivité de la relation traité-loi-décret, et d'éviter la mise en cause, par ricochet, de la loi au regard du traité. En fin de compte, le système de la loi-écran ne s'applique que lorsqu' existe, entre le traité et le décret, une loi qui fixe un certain nombre de règles de fond dont le pouvoir réglementaire se borne à tirer les conséquences nécessaires -autrement dit, lorsqu'existe entre le traité et le décret une loi prédéterminant le contenu du décret...

La jurisprudence Nicolo, en 1989, si elle a permis le contrôle par le Conseil d'Etat de la conformité de la loi postérieure au traité, n'a cependant rien enlevé de son intérêt théorique au système de la loi-écran, ni quant à la signification qu'il revêt du point de vue de la prédétermination de la norme.

Cf. sur tous ces points, M. Azibert et M. de Boisdeffre, Chronique générale de jurisprudence administrative, *AJDA* 1986. 683 (à propos de l'arrêt Société Smanor, C.E. 19.11.1986, *A.J.* 1986 715). Cette chronique est ici largement utilisée pour rendre compte de l'état de la jurisprudence sur le système de la loi-écran.

Il faut noter aussi que les notions de transcription, de transparence de la lecture et de transitivité-intransitivité permettraient peut-être également de mieux comprendre pourquoi, "pour savoir si une loi constitue une loi-écran (...), il faut se préoccuper non

seulement de sa nature (loi fixant des règles de fond ou loi portant délégation de compétence) mais aussi de son objet; et donc considérer cette loi dans son articulation avec le texte réglementaire pris pour son application ou sur son fondement, mais aussi dans son rapport avec le traité dont la violation est invoquée" (Azibert et Boisdeffre, précité, 684). La nécessaire considération des deux niveaux de relation loi-décret et loi-traité qu'implique, par exemple, la notion de transitivité (sur cette notion, voir G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1986) est ici rappelée sous les espèces de la "nature" et de l'"objet" de la loi.

55. Daniel Labetoulle, Intervention dans le débat sur *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Institut français des Sciences administratives, Cahier n° 16, 1978, Editions Cujas, p.77.

56. Voir, sur ces notions, le commentaire de l'arrêt Société anonyme Librairie François Maspero, C.E. Ass. 2.11.1973, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 9ème ed. p. 669s.

57. Je prétends que l'on peut avoir une compréhension moins étroite -et plus exacte de cette formule. Cf. *supra* note 7.

58. Le "théorème de Laon" est formulé dans "Les Figures du jugement", p. 43s. et se résume dans la formule: la loi est écriture et généralité, le jugement, parole et singularité.

Voir également: J. Derrida, Force de loi. Le fondement mystique de l'autorité. *Cardozo Law Review*, Vol. II. July-August 1990. n° 5.6, p.948 : "Comment concilier l'acte de justice qui doit toujours concerner une singularité, des individus, des groupes, des existences irremplaçables, l'autre ou moi comme l'autre, dans une situation unique, avec la règle, la norme, la valeur ou l'impératif de justice qui est nécessairement une forme générale, même si cette généralité prescrit une application chaque fois singulière "?

59. Ch. Eisenmann, *loc. cit.* p. 40.

60. C.E. 27.10.1978. R. 395.

61. C.E. 8.4.1987. R.132.

62. C.E. 29.6.1990, précité.

63. Sur cette étymologie, voir : Les figures du jugement, précité et la bibliographie citée: -en particulier; A. Magdelain : La loi à Rome, Société d'éditions Les belles lettres, et P. Legendre : Le désir politique de Dieu, 1988 et Les enfants du texte, 1992, Fayard.

64. Sur la notion de transgression -cf. *infra* p. 97.

65.G. Vedel, La place de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dans le bloc de constitutionnalité in: Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits...* précité, p. 54 et ss.

66. *Ibid.*

67. C.E. 8.12.1978. GISTI. R. 493

68. *Eod. loc.* p.55. L'analyse du Doyen Vedel fait clairement ressortir les raisons qui ont pu amener certains juristes à conclure en sens inverse : "Le problème de la valeur d'une proposition insuffisamment normative est en général traité par rapport au point de savoir si cette proposition est directement applicable par le juge à qui un plaideur en

demande le bénéfice. Pour prendre un exemple dans un système où le Code pénal aurait omis de reprendre le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, mais où le constituant aurait posé cette règle dans la Constitution, le juge devrait appliquer ce principe qui comporte une prescription précise. En revanche, dans une situation comparable, le juge ne saurait, faute de loi d'application, mettre directement en oeuvre les dispositions très imprécises du Préambule relatives à "la solidarité et à l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales" proclamées par le Préambule de 1946.

Mais c'est par une transposition illégitime que l'on déduirait de ces prémisses l'inexistence d'une règle constitutionnelle, en raison de son imprécision. En effet, si l'imprécision d'une prescription empêche à un certain niveau le juge de la considérer comme étant d'application directe, elle n'empêche pas à un niveau supérieur un juge doté d'une compétence appropriée de lui faire produire effet. Sans doute aucun juge constitutionnel ne pourrait-il rien tirer de la proposition selon laquelle le soleil se lève à heure fixe, car elle ne peut avoir aucun contenu normatif. En revanche, il pourrait fort bien censurer une loi qui, en matière de calamités nationales, méconnaîtrait le principe de solidarité, car l'imprécision de la prescription n'en supprime pas le caractère normatif. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la précision ou l'imprécision de la norme constitutionnelle déterminent pour le législateur des zones de compétence liée et de pouvoir discrétionnaire différentes et, en cas de silence de la loi, des pouvoirs différents pour le juge" (p. 54. 55. *loc. cit.*).

68 bis. Une norme ne serait précise qu'à la double condition, -pour constituer un "guide suffisant dans le débat judiciaire"-, d'être un "avertissement raisonnable aux citoyens" (c'est-à-dire d'être enracinée dans la "conscience qu'une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales") et de "limiter le pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi", et, pour cela, par exemple, de n'être pas dénuée de précision "au point d'entraîner automatiquement la déclaration de culpabilité dès lors que la décision de poursuivre a été prise". (Nova Scotia...p. 24-29, version française).

69. G. Vedel, La place de la Déclaration...*loc. cit.* p. 56.

70. *Ibid.* p. 57.

71. *loc. cit.* p. 58.

72. On en est donc désormais à distinguer entre trois séries d'imprécisions. L'une relève de la transcription. Les deux autres de la transdiction. Les cas d'imprécision relevant de la première catégorie sont ceux où "l'imprécision" du texte peut être levée par référence au texte lui-même -plus exactement, par référence à des textes qui lui sont objectivement liés. La modalité la plus commune de la levée de l'imprécision du texte consiste dans la "recherche objective de l'intention de l'auteur"- ce à quoi se ramènent les phénomènes "d'interprétation" par le juge des textes dont celui-ci reconnaît qu'ils sont d'application cumulative, alternative ou supplétive. Le juge se situe et se cantonne dans les limites de la prédétermination.

Les deux autres séries de cas d'imprécision relèvent de la transdiction. Le juge est, là, confronté à l'imprécision de la loi qui tient soit à l'absence de texte, soit à l'existence de textes contradictoires- cas de "conflit réel" (et non "illusoire" -qui, eux, relèvent de la première catégorie...). Le juge ne peut plus se situer dans les limites du ou des textes. Par hypothèse même, ils n'existent pas -ou bien la contradiction qui les affecte empêche que le juge puisse trouver la solution dans le texte : il est alors obligé de procéder par voie de "conciliation" ou de "compromis". Il est obligé "d'inventer" la solution... de "dire" le droit -de dire un droit qui n'est pas inscrit dans la loi. Invention de la référence. Deuxième catégorie d'imprécision, elle-même divisée en ces deux sous-ensembles que constituent les imprécisions par absence et par contradiction des textes... A quoi l'on peut ajouter les considérations sur l'intensité et le champ des normes (cf. *supra*) qui peuvent également contribuer à affiner la notion d'imprécision.

73. S. Rials, Supraconstitutionnalité et systématique du droit, *Archives de philosophie du droit*, Sirey 1986, p.59.
74. *Eod. loc.* p.67.
75. L. Favoreu, Souveraineté et supraconstitutionnalité, *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 72.
76. *Eod. loc.* p.76.
77. *Ibid.* p. 77
78. G. Vedel, Souveraineté et supraconstitutionnalité, *Pouvoirs* n° 67, 1993 p.79-97.
79. *Eod. loc.* p. 87.
80. *Ibid.* p. 91. ?
81. *Ibid.* p. 92.
82. *Ibid.* p. 95.
83. *Ibid.* p. 96.
84. *Ibid.* p.80.
85. *Ibid.* p.82.
86. On retrouve là, sous ces termes *découvrir* et *inventer*, la distinction faite précédemment entre les deux sens, juridique et ordinaire, du mot *inventer*. Le Doyen Vedel apporte donc sa caution à la thèse de l'invention, au sens juridique (il dit: *découverte*), par le juge de la référence, dans le cas des principes généraux du droit.
87. *Eod.loc.* p.83.
88. Rapport présenté par la Délégation française à la VIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, *Revue française de droit administratif* (6)3 Mai-juin 1990, p.325.
89. Tout contrôle est référentiel. mais il existe des contrôles auto- et hétéro-référentiels. Le contrôle hétéro-référentiel du décodage de la norme est opéré de l'extérieur de la norme, la référence étant définie par l'auteur du contrôle: c'est un contrôle politique ou hiérarchique. Le contrôle auto-référentiel est opéré de l'intérieur de la norme, la référence étant trouvée, "découverte" ou "inventée" par l'auteur du contrôle dans la norme elle-même -c'est ce contrôle qui constitue le contrôle juridictionnel, celui-ci se définissant comme contrôle par la norme de son propre décodage.
Sur la distinction des deux types de contrôles, cf. G. Timsit, Sept propositions (plus une) pour une définition systématique du droit, *Droits* n° 9, et *Les figures du jugement*, précité.
90. J. P. Costa, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, *A.J.D.A.* 1988 p. 434-437.
91. *Eod.loc.* p.436.
92. D. Labetoulle, Intervention au débat sur *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif...* précité, p. 77.

93. Cf. *supra*.

94. Arrêts Gomel et Camino, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9^e ed. C.E. 4.4.1914, p. 170s; C.E. 14.1.1916, p.178s.

95. Voir sur cette notion, le commentaire précité sous C.E. 2.11.1973, S.A. Librairie François Maspero, *G.A.J.A.* 9^e ed. précité, p.676 note 56 et *supra* p. 46.

96. D. Labetoulle, Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique *in: Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, , précité, p.31.

97. G.Vedel, Souveraineté et supraconstitutionnalité, *loc. cit.* p. 86.

98. Cf. *supra*, p. 56s. à propos de la limite basse de la transdiction.

99. Par exemple, dans l'arrêt Ville de Limoges, C.E. 18.7.1973, *A.J.D.A.* 1973, p. 494. Le problème était posé de la légalité de dérogations au plan d'urbanisme accordées à une SCI en vue de la surélévation d'un immeuble ancien. Le ministre justifiait ces dérogations en faisant valoir que la construction autorisée ne nuisait pas au bloc d'immeubles auquel elle devait être intégrée, qu'un parc public de stationnement se trouvait à proximité et que les avantages de la surélévation d'un immeuble ancien, comme c'était le cas en l'espèce, justifiaient la double dérogation apportée au plan d'urbanisme tant en ce qui concernait le coefficient d'utilistion des sols qu'à l'égard de la règle concernant la nécessité d'emplacements de stationnement pour les véhicules. Le Conseil d'Etat décide qu'"une dérogation aux règles prescrites par un plan d'urbanisme ne peut être légalement autorisée que si les atteintes qu'elle porte à l'intérêt général que les règlements d'urbanisme ont pour objet de protéger ne sont pas excessives en regard de l'interêt général que présente la dérogation".

100. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada offre de bons exemples de cette situation: ainsi *R.v.Morgentaler*, 1988 ou *Butler*, 1992 (analysé *infra* p. 90).

Dans l'arrêt *Morgentaler*, était en cause, au delà des péripéties de l'affaire, la légalité d'avortements pratiqués sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat d'avortement thérapeutique requis par l'article 251 du Code criminel. Aux termes de l'arrêt, le pourvoi est accueilli et des acquittements sont prononcés. L'article 251 est reconnu par le Juge en chef comme constituant clairement une atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle des femmes, les moyens choisis par l'article 251 pour mettre en oeuvre les objectifs du législateur ne pouvant se démontrer dans "une société libre et démocratique": les effets de la limitation des droits de l'individu garantis par la Charte canadienne des droits et libertés sont en effet considérés comme disproportionnés par rapport à l'objectif recherché de protection de la vie et de la santé des femmes.

101. B. Genevois, Analyse comparée de l'application des principes de 1789 par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, *in: La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel*, Conseil d'Etat, *Etudes et Documents*, n° 40, 1988 p. 178s.

102. "Le terme de <hiérarchie matérielle> doit être entendu plutôt dans son sens parajuridique comme indiquant <l'importance> que le juge constitutionnel attache à certains droits et libertés avec cette conséquence que, s'ils doivent être conciliés avec des droits et libertés moins <importants>, c'est à leur exercice que l'on demandera le moins de sacrifier sur l'autel de la conciliation". (G. Vedel, *La place de la Déclaration.. loc.. cit.* p. 61).

103. G. Vedel, *ibid.*

104. Le concept, emprunté à la linguistique et à la critique littéraire, a été utilisé dans *Thèmes et Systèmes de droit* (P.U.F. 1986) pour désigner des types de systèmes normatifs

qui, apparus à l'écart ou à l'opposé de la conception que s'en faisait la doctrine classique positiviste ou néo-positiviste, kelsenienne en particulier, font place à des logiques duales ou plurales dans l'élaboration des normes.

105. Cf., en Introduction, l'analyse des systèmes de la doctrine classique.

106. La formulation adoptée dans le Rapport présenté par la Délégation française (R. Badinter, B. Genevois) à la VIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes sur le thème "Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux (R.F.D.A., précité) est sur ce point beaucoup plus nuancée. Elle admet qu'"il serait excessif de soutenir qu'au sein des normes constitutionnelles une hiérarchie serait faite suivant des méthodes objectives. Il serait plus exact de dire qu'il y a une mise en oeuvre par le juge constitutionnel de règles d'interprétation qui lui permettent de mieux définir la portée concrète des règles et principes de valeur constitutionnelle"(p. 325).

Parler de "règles d'interprétation", n'est-ce pas cependant tomber d'un excès dans l'autre et -après avoir cru à une hiérarchisation- risquer de dénier toute objectivité à l'opération de "conciliation" en la soumettant à des règles extrinsèques, des règles liées seulement à la démarche intellectuelle du juge? La notion de "logiques dominantes" me paraît se situer à mi-chemin de ces deux risques: elle a, me semble-t-il, ce mérite d'être en parfaite cohérence avec l'ensemble d'une analyse fondée sur une définition de la juridicité qui prend en compte les mécanismes d'accession de la norme à sa signification -des mécanismes où les logiques dominantes (la surdétermination) tiennent la place que l'on sait.

107. G. Vedel, *eod. loc.* p59.

108. G. Vedel, *ibid.*

109. Le juge poursuit: "Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter (...). Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. Cette conclusion peut être tirée à partir du matériel même ou à partir du matériel et d'autres éléments de preuve. En outre, la preuve de normes sociales est souhaitable mais non essentielle" (485).

110. Voir sur le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le commentaire sur: C.E. Ass. 2.11.1973, S.A. Librairie François Maspero, précité, p. 669s.

111. J.P. Costa, *loc. cit.* A.J.D.A. 1988, p. 435.

112. Il faut en effet réserver le cas de ceux des principes généraux du droit dont certains contestent... la généralité.

113. Les expressions sont de D. Labetoulle, *loc. cit.* p.77.

114. J.P. Costa, *loc. cit.* p. 436.

115. Voir la formule du Juge Sopinka citée en note 109: "la preuve des normes sociales est souhaitable, mais non essentielle".

116. Jean Carbonnier, *Flexible droit*, L.G.D.J. 1983, p. 91-92.

"L'hypothèse la plus simple est celle-ci: que tout a commencé dans la société primitive par des commandements actuels du chef, des ordres à exécuter immédiatement par un ou plusieurs sujets, des ordres de type familial ou militaire. Ces actes d'autorité instantanée, issus des besoins du moment et oubliés sitôt le moment passé, ont dû constituer les premières manifestations du droit. Mais c'était comme éclairer une caverne avec des

étincelles de silex: il y fallait une infinité d'efforts pour un très faible résultat. La règle a représenté un progrès social, une invention admirable (dont le merveilleux nous est masqué maintenant par l'accoutumance). Elle a procuré aux chefs une énorme économie de moyens, en leur permettant de multiplier la portée de leurs commandements, non seulement à travers l'espace, mais plus extraordinairement encore avec le temps. Jusqu'alors, il fallait forger le droit pour chaque nécessité, et le laisser ensuite se perdre. Grâce à la règle, l'humanité, à partir d'une certaine époque, a eu la possibilité inouïe d'emmagasiner le droit".

117. E. Levinas, *Totalité et Infini, essai sur l'extériorité*, Biblio, Essais, 1992, p. 270.
118. M. Blanchot, *Le pas au-delà*, Gallimard, 1973, p. 147.
119. U. Eco, *L'oeuvre ouverte*, Coll. Points, 1971.
120. Commentaire sur: C.E. 17.2.1950, Dame Lamotte, *Les Grands arrêts...* 9^e ed. p.433.
121. Affaire *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, 1985 1 R.C.S. 721.
122. Par exemple, dans l'affaire jugée par le Conseil constitutionnel sur le droit de grève à la Radio et à la Télévision, où le Conseil invoque, contre le sens conventionnel, l'intention manifestée par les rédacteurs de la loi: "Considérant que, si (...) le législateur fait usage du terme *requérir* (...), il résulte clairement des débats parlementaires et déclarations faites à cette occasion par le ministre de la Culture et de la Communication, qu'en usant de ce terme, la loi ne se réfère pas au droit de réquisition (...)."
123. Ph. Sollers, *L'écriture et l'expérience des limites*, Seuil, Coll. Points, 1968, p. 45.
124. C.C. 17.1.1989, Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, 264-DC, *G.D.C.C.* 7^e ed. p. 716s.
125. Normes de valeur constitutionnelle et protection des droits fondamentaux, précité, p.321.
126. Cour de Justice des Communautés européennes, Affaire 17-67, 13.12.1967, Rec. p. 572, par exemple.
127. A la différence de la transdiction, où les principes généraux du droit n'étaient que la "sommation" de principes épars inscrits dans des lois diverses et partielles: Cf. *supra*. p.65.
128. C.E. Ass. 21.12.1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, Concl. Stirn, R. 369s, *A.J.D.A.* 1991, p. 158s.
129. C.M., F.D. et Y.A., Le Conseil d'Etat, le droit à la vie et contrôle de conventionnalité, *A.J.D.A.* 1991, p. 99.
- 129 bis. Cf. *Les figures du jugement*, précité
130. J. van Compernelle, Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge, in: Lenoble (J.), *La crise du juge*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Story scientia, 1990; p.12.
131. E. Levinas, *Totalité et Infini*, précité, p. 269-270.
132. *Ibid.* p. 270.
133. *Ibid.* p.273.
134. *Ibid.* p.68.

135. *Ibid.* p.332.

136. J. Derrida, Force de loi, le "fondement mystique de l'autorité", in: *Cardozo Law Review*, July-August 1990, Vol.11, n°5-6, p.960.

137. *Ibid.* p. ?

138. E. Levinas, *eod. loc.* p. 67: "Nous appelons justice cet abord de face, dans le discours".

139. *Les figures du jugement*, précité.

140. E.Levinas,*eod. loc.* p. 274.

141. E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, Première Introduction, IV.

142. E. Kant, *eod. loc.*

143. J. Derrida, *loc. cit.* p.962.

144. C. Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1992; P. 15.

145. *Ibid.* p. 23.