PREFACE

Ce livre n'a pas plus besoin d'une préface que le colloque qui lui a donné naissance n'avait besoin d'une conclusion. Cependant, c'est pour avoir imprudemment assumé celle-ci que, aujourd'hui, je suis chargé de celle-là.

Le paradoxe est que mon propos ne répond à aucun des deux genres. Les travaux et les discussions du colloque, d'une rare qualité, se suffisaient à eux-mêmes tout comme, pour la même raison, les chapitres du livre qui en est le fruit. Je n'ai pu et ne puis encore maintenant apporter autre chose que quelques-unes des réflexions d'un auditeur et d'un lecteur privilégié.

Sur un sujet en apparence banal, juristes et philosophes ont jeté une lumière originale, riche des apports les plus nouveaux, posant des interrogations essentielles, au point que l'ensemble est une incitation à la méditation sur le droit lui-même.

Je ne remplirai pas un si large programme. Sur deux points seulement je voudrais intervenir, brièvement pour l'un, plus longuement pour le second.

*
* *

L'on trouvera dans ce livre des développements brillants et profonds sur la ou les crises de la légalité. Venus d'horizons différents, des auteurs observent d'une part la place de plus en plus réduite de la loi, du législateur, du juge, dans le guidage des comportements et dans la gestion des problèmes, d'autre part, à l'intérieur même de l'empire de la loi, la concurrence faite à celle-ci par l'administration et par d'autres acteurs.

Un auditeur ou un lecteur français, marqué par les particularités de sa culture juridique, ne désavouera certes pas les faits observés, mais, plus peut-être que s'il venait d'un autre terroir (germanique, anglo-saxon ou helvétique), il s'interrogera sur la nouveauté du phénomène et sur son interprétation.

La raison en est sans doute dans l'ancienneté et dans la vigueur du pouvoir administratif en France. Jadis représentée comme une sorte d'invention napoléonienne, cette tradition vient en réalité de plus loin : du XVIIe siècle qui assura la présence du pouvoir royal sur l'ensemble du territoire ; du XVIIIe qui inventa l'administration technique et le métier de fonctionnaire et dont la fin peupla les bureaux de ces hommes qui traversèrent les soubresauts révolutionnaires et offrirent au Premier Consul les bataillons de commis et de chefs de service nécessaires à ses projets.

Cette vieille administration avait appris depuis longtemps que la règle juridique est un instrument important mais non exclusif, il s'en faut, de direction des comportements et de gestion des problèmes. Elle l'apprit d'autant mieux qu'elle avait dû se greffer, centralisée sur des terres aux statuts éparpillés, autoritaire sur des réseaux de pouvoirs locaux ou corporatifs enchevêtrés et résistants, rationalisée sur un monde de pratiques empiriques - ce à quoi d'ailleurs, elle n'était jamais totalement parvenue. Les grandes réalisations d'urbanisme à Bordeaux, à Nantes, ailleurs, furent atteintes par des procédures d'incitation persuasive autant et peut-être plus que par des réglementations. La pratique des ingénieurs des ponts et chaussées, faite de souple collaboration avec les entrepreneurs et les fournisseurs, attestée par les cahiers des charges modèles, remonte à près de trois siècles. Et quand Napoléon, pris au piège du blocus continental, voulut favoriser la culture de la betterave, il entama une campagne publicitaire dont les hérauts furent, plus que les préfets, les curés du haut de leurs chaires.

Mais surtout il me semble que la France a fait une expérience singulière des rapports du pouvoir législatif et de l'administration, qui a arrondi des angles et érodé sinon supprimé des conflits. D'abord parce que le législatif et l'exécutif furent souvent confondus ou jumelés. Il en fut ainsi bien évidemment avant la Révolution ; les régimes autoritaires reproduisirent ensuite peu ou prou ce dessin et il fut, sur de tout autres fondements, imité par le *leadership* du Gouvernement sur le législateur qui dure depuis 1958. Ensuite (que l'on nous épargne des explications trop connues) il faut évidemment tenir compte de ce juge administratif sorti du sein de l'administration, qui est demeuré son conseil et qui a écarté, pour juger, les lois et les codes civils, pour inventer le droit administratif.

Cette histoire a forgé une conception de la légalité caractérisée par deux traits apparemment contradictoires, en réalité complémentaires. Progressivement, le contrôle juridictionnel exercé sur les décisions de l'administration s'est resserré. La catégorie des actes de gouvernement a évolué comme une peau de chagrin ; celle des actes totalement discrétionnaires a disparu ; là même où subsiste au profit de l'administration un très large pouvoir discrétionnaire, le contrôle de l'erreur manifeste, celui de la proportionnalité, la théorie du bilan cernent ce pouvoir selon des règles minutieusement modulées selon la nature des droits et des intérêts en jeu. Mais cette intégration de très vastes zones de l'opportunité dans la légalité, juridiquement justifiée par le pouvoir normatif du juge, a pour résultat d'entraîner dans le prétoire une confrontation contradictoire des objectifs, de leur diversité, de leur combinaison tout comme celle des batteries de moyens mis à leur service. La légalité prend ainsi une figure complexe. S'agit-il de légalité externe (les règles de compétence et, à un moindre degré, les règles de procédure), la rigidité l'emporte. S'agit-il au contraire de légalité interne, le juge entre dans le jeu de l'évaluation stratégique, de l'analyse opérationnelle et la légalité devient plus un garde-fou qu'elle ne demeure un commandement. Si une image est permise, la "*Stufentheorie*" qui est l'un des modes d'expression du principe de légalité n'engendre point l'échelle étroite du maçon, mais plutôt ces étagements des villas italiennes qui vont de la demeure au parc par des escaliers dispersés, capricieux, multiples, s'écartant et se rejoignant à point nommé.

Pour en finir avec cette notation particulariste, il faut rappeler que, en France, le décri du droit au nom des impératifs de planification et de gestion a fait son temps. Il fut de mode dans les années 60 de déplorer le privilège des juristes dans l'accès aux postes de responsabilité de l'administration. En conséquence, l'Ecole Nationale d'Administration (E.N.A.) fut largement ouverte aux candidats venus d'autres horizons et la part du droit dans les programmes de l'Ecole fut fortement réduite. Aujourd'hui le balancier paraît revenu à la verticale. La réhabilitation du droit vient non des juristes professionnels, mais des praticiens du service public et des entreprises qui réclament des administrateurs sachant du droit, non point par goût d'une mode nouvelle, non pas seulement pour une meilleure protection des citoyens, mais aussi pour un moindre abandon à la désinvolture et à la chimère, ces deux mauvaises fées du management.

La seconde partie de cette préface-prétexte n'a que des rapports lointains avec celle qui vient d'être traitée. Elle concerne l'impossibilité de donner au droit un statut scientifique cohérent. Cette formulation peut paraître provocante alors que, de toutes parts, dans tous les pays, on assiste à un véritable *risorgimento* des recherches théoriques sur le droit et sur la science juridique. Est-il permis de dire à quelqu'un qui n'y a pour ainsi dire pas participé, que ce mouvement a certes fait avancer et, dans certains domaines, à pas de géant, la connaissance de la règle de droit, de ses racines, de sa signification, de son mode opératoire, de son support institutionnel et sociologique, mais n'a pas permis de constituer un champ de savoir ayant une unité méthodologique dans lequel pourrait s'exercer une pensée non fracturée ?

Le principe de légalité, comme tout autre principe ou concept constituant l'axiomatique juridique fait resurgir de façon lancinante la gageure de construire un ensemble non contradictoire de propositions énoncées les unes sur le mode impératif, les autres sur le mode indicatif. La légalité n'a de sens que dans l'univers du *Sollen*. Mais elle n'a d'existence que dans l'univers du *Sein*. Sa réalité est donc faite d'une part de la cascade de normes dont la validité ne dépend que de leur propre agencement, d'autre part d'un minimum d'effectivité, soit dans la totalité du système exposé à la destruction révolutionnaire, soit au sein du système, exposé sur de nombreux points, à des interprétations subjectives et parfois arbitraires. La règle du jeu veut que le juriste commence par le *Sein* : trouve-t-on telle norme dans telle Constitution, tel recueil de lois, tel code, telle jurisprudence ? Pure question de fait. Après quoi vient le temps du *Sollen* : la règle existante est-elle valide ? Pure question de cohérence normative. Mais alors que la validité ainsi mise en question ne devrait dépendre que de cette cohérence, le fait reprend son empire : telle règle, cependant claire et précise, s'est vu substituer en fait une autre règle qui la trahit (on pourrait citer des exemples dans tous les pays) et c'est la seconde que le juriste va constater, enseigner, appliquer en acceptant l'intrusion du *Sein* dans le *Sollen*. Sans parler évidemment de l'inexplicable qui est *la mort violente et totale* d'un ordre juridique qui devrait, selon la logique normative, être immortel.

Ce qui est en cause, ce n'est pas la constatation de cette situation ni son caractère inévitable, ni le fait que l'entrelacs du *Sein* et du *Sollen* soit utile et même bienfaisant. Mais il faut bien concéder que le juriste ne fait

son métier qu'au prix d'un sautillement de la pensée qui s'exprime selon deux modes différents et, à la limite, en quête de deux vérités de nature différente.

Vient, il est vrai, la tentation d'un recours. La légalité maximale ou l'Etat de droit (c'est sans doute la même chose) n'est atteinte que s'il existe une institution juridictionnelle assez hiérarchisée, assez complète, couvrant tous les domaines d'application du droit pour éviter toutes les ruptures dans la logique normative (à l'exclusion, il est vrai, de la mort d'un ordre juridique par révolution - mais ce n'est pas un problème quotidien). Le droit, c'est alors finalement ce que le juge décide. Le fait et la norme sont réconciliés. La jurisprudence a le privilège d'être un fait constatable. Elle a aussi celui d'être conforme, par définition à la norme, puisque la norme, c'est ce que le juge tient pour tel. L'existence et la validité sont alors co-extensives. Union du *Sein* et du *Sollen*.

Ce recours à la jurisprudence comme fait juridique essentiel - dans tous les sens du terme - ne se recommande pas seulement au nom de la tranquillité du juriste, enfin en paix avec lui-même, mais au nom de la réalité. De toutes façons, il n'existe pas de loi échappant à l'interprétation du juge. Or, de quelque appareil rationnel et logique qu'elle se couvre, cette interprétation est toujours en fin de compte un acte de libre volonté. Ainsi seraient démystifiés et le droit et la science juridique. Le droit ce ne serait plus seulement ce que dit le juge, mais ce que veut le juge. La Constitution, la loi, les règlements sont un réservoir d'arguments non contraignants proposés à sa réflexion sous les apparences du commandement. Quant à la science juridique, en dernière analyse, elle serait une "psychologie judiciaire" dont l'art dérivé pour la doctrine ou pour les praticiens serait la rhétorique judiciaire destinée à convaincre le juge de se décider en tel ou tel sens.

C'est là payer peut-être un peu cher l'apaisement du juriste enfin débarrassé du sautillement entre le *Sein* et le *Sollen*. Pour résoudre une incommodité logique, un scrupule épistémologique, on détruirait l'ordonnancement, lentement édifié par la civilisation, de l'Etat, du droit, du pouvoir politique et du juge, ce qui serait proprement mettre le feu à la forêt pour faire cuire un oeuf à la coque. Il vaut de même mieux que l'on croie à la Constitution, à la loi, à la légalité. Il vaut tout de même mieux que le juge ne croie pas que le droit, c'est lui.

Et nous voici, en tout cas me voici, au rouet. Peut-être suis-je mauvais élève ou lecteur négligeant, mais il me semble que la pierre d'achoppement majeure à laquelle se heurte une science juridique qui se voudrait cohérente, à savoir la dualité des modes de pensée - le factuel et le normatif - demeure inébranlable depuis que Léon DUGUIT essaya de nous en débarrasser pour faire du droit une science positive. Nul n'a pu aller plus loin pour lever ou contourner l'obstacle - et n'a réussi ce qu'il avait vainement tenté.

Sous une autre forme, la réflexion sur la légalité a mis une fois de plus en lumière la déchirure de la science juridique. Cette fois, c'est l'antinomie entre le "clos" et l'"ouvert" qui est en cause. La légalité est, par construction, un système clos, autopoiétique ; elle trouve en elle-même son propre critère. Mais elle ne saurait trouver en elle-même son fondement. On ne peut la penser sans penser en même temps à des ouvertures qui la relient à un monde supérieur et à un monde extérieur. Sans ces ouvertures le système tourne en quelque sorte à vide et n'a plus qu'une existence formelle. Ici encore, on saisit deux bouts d'une chaîne, mais non la chaîne elle-même. La logique de la légalité la veut close ; son accès à l'existence exige l'ouverture.

Peut-être ces propositions quelque peu abstraites s'éclaireront-elles si, pour terminer, l'on se réfère à deux exemples où apparaissent, de façon existentielle, les contradictions fondamentales de la pensée juridique.

*
* *

Le premier concerne la statut juridico-politique du contrôle en France de la constitutionnalité des lois et de son instrument, le Conseil constitutionnel.

J'ai essayé ailleurs[1] de décrire le double discours qui sous-tend le contrôle et son juge.

Dans une première version, il s'agit d'un discours de clôture, de logique formelle. Le juge constitutionnel n'empiète en rien sur la souveraineté du peuple ou des députés. Bien au contraire il en assure

[1] Pouvoirs n° 9, republié en 1991.

l'exacte expression. En effet, l'acte fondateur de toutes les compétences étatiques, c'est-à-dire la Constitution, définit, soit à travers des règles de procédure, soit au travers de règles de fond, des matières qui peuvent être traitées, selon le cas, soit par le législateur, soit par le pouvoir constituant dérivé. Lorsque le juge constitutionnel censure une loi comme contraire à la Constitution, il ne prononce aucune condamnation ni sur le terrain moral ni sur celui du fond du droit. Il se borne à dénoncer un vice de procédure : le contenu du texte censuré n'est ni moralement ni juridiquement illicite ; mais il aurait dû être formulé en termes de révision constitutionnelle. La souveraineté du peuple et celle de ses représentants ne subissent aucune mutilation.

Vis-à-vis de la classe politique, cette face du discours a des vertus iréniques. Le juge constitutionnel n'est qu'un gardien des procédures ; il n'usurpe rien sur le pouvoir politique à *aucun* de ses niveaux. Il n'est que le rouage d'un mécanisme clos sur le mode du *Sollen*.

Pourtant, le discours a une seconde face. La masse des citoyens tient volontiers pour des chicanes les controverses de compétence ou de procédure. Or elle s'est attachée au contrôle de la constitutionnalité des lois, pourtant si contraire à la tradition française ; les sondages d'opinion en témoignent. C'est parce que les interventions les plus fréquentes et les plus remarquées du Conseil constitutionnel tendent à préserver les droits fondamentaux et les libertés publiques. Mais, dans l'esprit du public, cette défense est au fond celle des droits de l'homme. Elle constitue un devoir absolu dont la vigueur ne saurait dépendre du niveau de l'autorité juridique qui a méconnu ces droits. Tourné contre une liberté fondamentale, un texte de quelque nature qu'il soit, règlement, loi ordinaire, loi constitutionnelle, doit subir la condamnation du juge. Faute de quoi le contrôle de constitutionnalité ne serait qu'amusette de basoche et le jeu n'en vaudrait pas la chandelle. Un tel discours s'évade du système autopoiétique ; il sort aussi de la clôture du pur *Sollen* puisqu'il supporte l'irruption de la croyance en l'irréversibilité des acquis historiques et, en leur nom, paralyse le commandement du souverain.

Le reflet de cette ambiguïté profondément contradictoire opère sur le juge lui-même. Il ressent, de façon également fondamentale, et les limites dans lesquelles l'enferme son investiture et l'obligation "de fait" de les franchir si du moins se réalisaient des hypothèses catastrophiques. Sans

doute, le gouvernement des juges au sens technique du mot (c'est-à-dire le recours à une échelle de valeurs indépendante du droit positif et conforme à la croyance des juges) serait-elle une issue, mais au prix d'un renoncement au discours légaliste. Le Conseil constitutionnel en France n'a pas jusqu'ici franchi ce Rubicon. Mais l'analyse de sa jurisprudence montrerait que, grâce à la très large marge d'interprétation que lui laisse une formulation des libertés et des droits fondamentaux assez riche en imprécisions, il tente d'aller aussi loin dans le sens du second discours qu'il est impossible de le faire sans rompre ouvertement avec le premier. Il s'agit moins d'un équilibre que, comme on le disait plus haut, d'un "sautillement".

*
* *

La seconde illustration de cette impossibilité de tenir un discours juridique parfaitement cohérent sera tirée d'une réflexion sur l'encadrement juridico-éthique des nouveaux pouvoirs, de la biologie et de l'ingénierie humaine. Il existe en cette matière une littérature abondante et souvent de très haute qualité. Les modes de solution et les solutions elles-mêmes des immenses problèmes de la "bio-éthique" varient selon les pays et selon les cultures. Ici, le législateur est intervenu ; là on s'en est remis à la jurisprudence ; ailleurs le droit et les juristes ne sont que l'une des parties prenantes de "comités d'éthique" qui recherchent le consensus dans la formulation des règles et dans leur respect. Quant aux règles elles-mêmes, la variété n'est pas moins grande : sur des interrogations concernant la fécondation *in vitro*, le sort des embryons, les mères porteuses, etc., les réponses diffèrent de pays à pays, de culture à culture. Ce n'est pas le lieu de les évoquer.

On se bornera à une remarque concernant les manipulations génétiques à propos desquelles deux règles, sous forme proprement juridique ou sous forme éthique, paraissent, au moins dans le monde occidental, avoir fait l'unanimité. La première est que la manipulation génétique est légitime en tant qu'instrument médical destiné à guérir ou à pallier une maladie. La seconde est l'interdiction totale de toute manipulation génétique ayant pour objet ou pour résultat l'obtention d'un être humain autre que celui que la nature produit spontanément. Et ceci sans accepter l'excuse qu'il s'agirait d'"améliorer" l'espèce. Cette

proposition s'assortit en général d'une référence justifiée au "*Brave new world*" d'Aldous HUXLEY. Ce refus d'un remodelage de l'homme par l'homme est unanime et échappe à la dispersion des philosophies, des religions, des civilisations. Il procède d'une sorte d'horreur sacrée et instinctive. Nul ne le conteste et évidemment pas l'auteur de ces lignes. Il se présente comme un impératif absolu. On n'imagine pas qu'un législateur, qu'un juge, qu'un chercheur puisse s'y soustraire.

Reste à l'expliquer. Le pouvoir que l'homme s'est donné lui-même ne met en cause aucune des prohibitions généralement reconnues, ni celle du meurtre, ni celle de la torture, ni celle de l'atteinte à la dignité (si du moins il est question de forger un homme "meilleur").

J'ai entendu quelques explications mais elles ne m'ont pas paru convaincantes. Manipuler l'embryon contre son gré serait une atteinte à sa liberté ? Mais alors comment la société, dans la plupart des pays d'Occident, admet-elle l'interruption de grossesse qui logiquement serait alors un meurtre ? Décider la mort n'est pas moins grave que donner un coup de pouce au destin biologique.

Ou alors serait-il impie d'"aller contre la nature" ? Mais, même ornée d'une majuscule, la nature n'est pas une valeur suprême et l'homme a passé des millénaires à la violenter, y compris sa propre nature, à partir des temps où il quitta l'arbre pour la caverne.

Pour que l'homme ne se sente pas le droit de toucher à l'homme, de fabriquer ou d'engendrer un autre homme (peut-être un dieu ?) il faudrait que, quelque part, il existe un "modèle" de l'homme marqué d'une empreinte sacrée. En réalité, *volens nolens*, la prohibition de la recréation s'expliquerait parce que l'homme n'est qu'une "créature" à l'image de quelque chose ou de quelqu'un qui le transcende.

Or, cette explication, fondement de ce qui est peut-être le plus haut principe juridique reconnu par l'humanité, paraît sans doute fausse ou, en tout cas, inutile à une bonne partie de ceux qui défendent, et souvent avec le plus de vigueur, le principe lui-même.

On est ici en pleine ambiguïté au sens complet du terme. Pour les uns (ceux dont on vient de parler) le principe appartient à l'univers du *Sollen* à l'état pur, puisque non rattachable à un ordre supérieur, et il est la

fermeture d'un système clos totalement autopoiétique. Pour les autres, ceux qui croient à "quelque chose" ou à "quelqu'un", il est le reflet d'un fait incontournable - le statut de créature - et il est tout entier ouvert à une transcendance. Il existe pourtant et sa validité n'est pas mise en doute.

*
* *

Cette préface, on l'a déjà dit, n'est ni introduction ni conclusion. Qu'on la prenne - avec les excuses de l'auteur - comme un griffonnage en marge d'un beau livre, témoignage d'un plaisir et d'une excitation, hommage d'un lecteur qui voudrait, plus longtemps encore, rester en si bonne compagnie.

Georges VEDEL
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de PARIS

INTRODUCTION A LA THEORIE DE LA LEGALITE

Par

Pierre MOOR

I. EMBARQUEMENT

Devoir introduire à la théorie de la légalité n'est pas une mince affaire. Des bibliothèques y sont consacrées ; les résumer en quelques pages exigera bien évidemment des simplifications que certains pourront qualifier d'outrancières. Les nuances nécessaires réclameraient un appareil de notes dont le volume dépasserait celui du texte lui-même ; il a aussi fallu y renoncer. La seule solution envisageable consiste en réalité à construire un modèle de la légalité, afin de montrer comment il est censé fonctionner, en gommant toutes les particularités historiques et nationales et les accommodements pragmatiques que sa concrétisation dans les divers ordres étatiques a connus.

Cela provient de ce que le principe de la légalité n'est pas n'importe quel principe : c'est celui qui constitue l'essence même du droit public. Si on le prenait là comme un objet et qu'on le posait devant soi pour le contempler avant de le saisir, une image paraîtrait tout de suite évidente : la chose à laquelle il ressemblerait le plus, ce serait à un écheveau de laine. Un écheveau, c'est très simple tant qu'on le regarde et qu'on n'y touche pas. Dès qu'on y met la main, c'est effroyable : on tire sur un bout, voilà tout de suite un noeud, on tire sur un autre, en voici un nouveau. Avec une énorme patience, on le dévide entièrement : on se trouve en face de kilomètres de fil - et, en termes juridiques, on a devant soi les centaines de pages d'un traité de droit administratif. Ce que l'on a perdu, en revanche, c'est ce bel écheveau que l'on voyait sur la table, cet