

DES-ORDRE/S JURIDIQUE/S

PAR

Geneviève KOUBI

*Professeur de Droit public à l'Université de Cergy-Pontoise
Centre d'étude et de recherches : "Fondements du droit public" (CER/FDP)*

Dans la science juridique, le *pensé* du *désordre* se caractérise par une résistance opiniâtre à la conception de l'*ordre* puisque le droit inscrit la continuité d'un discours déterminant un ordre, un ordre à bâtir, à maintenir, à rétablir. Cette perception de la relation entre désordre et ordre signifie alors une impasse dans la réflexion des juristes : le désordre est immanent à l'ordre.

Sans doute, "la tendance naturelle qu'ont les juristes à associer dans leur esprit droit et règles et à concevoir 'le droit' comme un ensemble ou un système de règles"¹ explique leur difficulté à transiger à propos de la notion comme sur le concept de *désordre*. Le droit positif est composé de toute une série de textes, d'actes, de normes, de systèmes, il les "offre [au juriste] pour ainsi dire 'en vrac' tous ensemble, comme 'à l'état brut' ; et c'est à lui juriste, à lui seul, qu'il appartient et incombe de mettre de l'ordre intelligible, l'ordre de la connaissance, dans cette masse de matériaux, de constituer un système..."². Ainsi, dans le positivisme juridique dominant³, l'axiome de l'ordre fonde le droit.

1. Dworkin (R.) *Prendre les droits au sérieux*, P.U.F., Paris, 1995, p. 99.

2. Eisenmann (C.) "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique", *Archiv. Philo. Drt.*, 1966, p. 34.

3. ... qui a incité les juristes "à se cantonner dans l'observation, la description et la systématisation du droit positif, dans l'analyse et le commentaire des textes et décisions de justice et a corrélativement stérilisé la pensée critique dans les disciplines juridiques" : Lochak (D.) "Les usages du savoir juridique" in : *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, P.U.F., Paris, 1989, p. 329.

Effectivement, “le juriste ne crée rien ; il connaît, ou — comme s’exprime le sens commun — il constate”⁴ ; son rôle serait de (re)mettre de l’ordre dans le désordre. Or la construction d’un ordre juridique repose nécessairement sur des effets d’occultation, d’abstraction ou d’extraction des *perturbations* et *oscillations* qui participent de la production des normes ou de la création des règles, du discours du droit. En quelque sorte, l’édification d’un ordre juridique concède un travestissement du désordre qui lui est inhérent : “l’érection du droit en ‘ordre’ est une entreprise précaire, aléatoire et toujours remise en chantier: si le droit se présente comme un système cohérent, rigoureux, logique, des brèches incessantes réapparaissent dans cette systématisme exigeant un travail d’ajustement, d’élagage, de colmatage...”⁵. La conscience du désordre est indispensable à l’étude approfondie des phénomènes juridiques. Le mécanisme de déguisement des désordres est un test de la dynamique du droit ; il permet la gestion des *contradictions* internes du système d’ordonnement des normes, la manipulation des *antinomies* juridiques dans la diffusion du sens de l’obligation ou du droit et l’appréhension des *incertitudes* dans l’application et l’exécution des règles de droit.

Devant les développements de la pensée juridique, le positivisme ne s’oppose pas à une spéculation sur le désordre *en* droit mais, du fait de son caractère inflexible, il ne peut convenir sans réticences d’une saisie du désordre *du* droit. Concevoir le désordre *du* droit revient ainsi à contester le présupposé selon lequel le droit est ordre (juridique) et ordonnancement (des règles).

La recherche sur les processus de création juridique, sur les procédés d’édiction du droit, sur les procédures d’exécution des règles de droit, sur les procès ne s’enferme pas dans le champ clos de l’étude du ‘droit des règles de droit positif’. Elle conduit à prendre en considération les *turbulences* et les *dissipations* de ces processus, procédés, procédures et procès. Elle renseigne sur l’extension des jeux et lieux de discernement des [dés-]articulations “internes et externes” de l’agencement des relations des normes juridiques entre elles – suivant les fonctions de la conformité ou de la compatibilité [notamment dans les systèmes de droit latin]. D’une part, les rapports entre les normes juridiques sont progressivement (em)brouillés par la multiplicité et la pluralité, la juxtaposition et l’emboîtement de systèmes juridiques différents, complémentaires ou parallèles (international, européen, national, infra-étatique). D’autre part, les imbrications de normes provenant de ces sources diversifiées modifient les circuits de la connaissance du droit, les méthodes d’interprétation des textes et les modes de concrétisation des normes juridiques, en les inscrivant dans une complexité mouvante.

4. Eisenmann (C.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, 1928 rééd. Economica/ Univ. Aix-Marseille, 1986, p. 91.

5. Chevallier (J.), “L’ordre juridique” in : *Le droit en procès*, CURAPP, P.U.F. 1983, Paris, p. 49.

La *texture ouverte* du droit présuppose l'appréhension des déplacements et balancements que subissent le savoir juridique et la connaissance du droit, l'étude des variations et transformations que soupèsent les modalités de raisonnement argumentatif et interprétatif, l'examen des évolutions et changements que suscite l'actualisation des normes juridiques, l'observation des rectifications et altérations que provoque la concrétisation des normes, l'analyse des mouvements et fluctuations que génèrent les rapports entre textes de normes et normes-décisions⁶.

Aucune réponse univoque n'a été apportée à la question "existe-t-il un ordre ?"⁷. La notion d'ordre est variable dans l'espace et dans le temps ; les disjonctions décelées entre normes et comportements et entre textes de normes et normes influencent les prospectives juridiques et (re)produisent les désordres qui caractérisent l'ordre juridique. Au lieu de poser le droit comme une technique destinée à extraire la société d'un état de désordre, à situer 'la place du désordre'⁸ pour contenir les modalités du changement social ou à réguler les correspondances entre ordre juridique et ordre social, le saisir en tant que fondement, source et lieu de mystification sociale permet de mettre à jour la part d'illusoire dans l'ordre ; il invite à reconnaître sa fiction initiale. Le désordre préexiste à l'ordre ; tout ordre préfigure des désordres passé, réel, présent, virtuel, éventuel, futur, latent. Subséquemment, le désordre est la *préface* de l'ordre.

Le postulat de la qualité 'd'ordre de contrainte' du droit n'est plus recevable ; il serait, d'ailleurs, inexact de soutenir que 'l'ordre serait toujours par lui-même répressif' : "*jamais l'ordre ne pourra supprimer le désordre. (...) Il ne saurait y avoir d'ordre infailible puisqu'il comporte inévitablement des tensions et des contradictions, des franges de désordres, du fait qu'il y a toujours des choix à faire et des décisions à prendre au regard de l'évolution générale de la société*"⁹. Entre rigidité des règles et souplesse des normes ou entre stabilité et adaptabilité des unes et des autres, se profile une certaine défection de la notion d'ordre public¹⁰. Il s'agit, aujourd'hui, pour le juriste, de ne pas bannir de la recherche le désordre, de ne pas l'éliminer des lectures pratiques du droit par simple commodité.

Envisager le désordre *du droit* équivaut donc à le soustraire aux conséquences de ce système juridique clos. Comme il n'existe pas de définition juridique du droit, faire 'l'éloge du désordre'¹¹ conduit à proscrire la répéti-

6. Ces acceptions renvoient à l'étude de Müller (F.) in : *Discours de la méthode juridique*, trad. O. Jouanjan, P.U.F., Paris, 1996.

7. Jori (M.) "Ordre juridique", *Archiv. Philo. Drt* 1984, pp. 347.

8. ... titre de l'ouvrage de Boudon (R.) *La place du désordre*, Quadrige / P.U.F., Paris, 1991.

9. Freund (J.), "Le concept d'ordre", *Rev. adm. de l'Est de la France*, n° 19, 1980, p. 15.

10. Cf. sous la dir. de Revet (T.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, Paris, 1996.

11 ... titre de l'ouvrage de Guillaume (M.), *Eloge du désordre*, Gallimard, Paris, 1968.

tion des observations sur la dimension institutionnalisante du droit en tant que principe d'ordre (statut), sur la fonction instrumentale de la mise en ordre des règles et normes (ordonnancement) et sur la condition formelle du rappel à l'ordre impératif (commandement). Ces divers éléments mettent en perspective la dialectique permanente entre l'ordre *du* droit et le désordre *en* droit ; ils expliquent la ré-organisation de l'idée d'ordre *en* droit autour de la problématique de la fondation de l'ordre juridique et de la formation de l'ordre social ; ils en rappellent ainsi la constante relation avec la notion d'*ordre public*.

Fondamentalement, la raison d'être du concept d'ordre public est de jongler avec les irrégularités et incohérences, avec les inconstances et incertitudes dans la séparation entre théorie et pratique ; elle permet de maintenir ou de poser maintenir une connexion entre les données des ordre/s et désordre/s afin de masquer les variantes, variations et variables des discours de/du droit. Ces nuances se manifestent dans la confrontation du droit avec les composantes de la vie sociale : "la norme juridique est en effet le produit aléatoire de l'ensemble des déterminations pesant sur le champ social dans lequel elle s'inscrit..."¹². Facteur de protection sociale, la notion d'ordre public prétend recouvrir les imperfections de l'ordre juridique suivant la forme absconse d'exigence de sécurité juridique par la société civile. Cette conception de l'ordre public est ébranlée par les mutations que connaît la structure de l'ordre juridique, notamment quand s'élargit la marge qui sépare le *dir-droit* des attentes sociales, quand s'enchevêtrent les discours de droit, quand se déplacent les hiérarchies normatives ou quand se remodèlent les rapports entre normes¹³. Ce flottement invite à débattre des notions fondamentales du droit qui sont 'objet d'interprétations variables'¹⁴ ; il recentre les analyses sur les basculements de logiques juridiques "dans les eaux douteuses de la semi-impérativité, de la flexibilité, de la discontinuité, des hiérarchies alternatives..."¹⁵.

L'ordre public n'est qu'une figure fictive aux contours incertains et éminemment idéologiques. En lui-même, il s'établit sur une pré-détermination du désordre, éventuel ou possible. Notant que "l'ordre public est indiscipliné, imprévisible, en droit communautaire, en droit administratif et même en droit pénal, matière où il faut pourtant prévoir la conformité des actes à la

12. Chevallier (J.), "L'ordre juridique" in : *Le droit en procès*, CURAPP, 1983, *op. cit.*, p. 25.

13. Par ex. Nicolas (V.), "Le désordre normatif", *Pouvoirs* n° 69, 1994, pp. 35 ; Revet (T.), "L'ordre public dans les relations de travail" in : *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, dir. Revet (T.), *op. cit.* pp. 43.

14. Miaille (M.), "Désordre, droit et science" in : *Théorie du droit et science*, dir. Amselek (P.), P.U.F., Paris, 1994, p. 89 : "Tout, dans le système de droit, est discutable, objet d'interprétations variables à commencer par les notions de base, souvent les moins bien définies..."

15. Picard (E.), "Science du droit ou doctrine juridique" in : *Mel. en l'homm. de R. Drago, L'unité du droit*, Economica, Paris, 1996, p. 120 : ces logiques risquent ainsi de "sombrier dans le monde incertain de l'optatif, des normes molles, prospectives, floues, expérimentales..."

*règle*¹⁶, P. Malaurie admet les implications des innovations des techniques juridiques dans la lecture du droit. Mais en posant la question de l'ordre public dans le cadre de l'ordre juridique, et plus particulièrement, de l'ordre normatif, il dénie une quelconque dissociation entre chacune de ces facettes d'un ordre construit artificiellement et toujours dépendant de désordres antécédents et préalables. Marquée par le dualisme de la norme juridique résultant du présupposé selon lequel la fonction du droit est d'ordonner la société¹⁷, la synonymie relevée dans nombre de discours doctrinaux entre ordre public et ordre juridique, puis entre ordre juridique et ordre normatif, contribue à renforcer l'illusion de stabilité du droit et de sa capacité à absorber la pluralité. Aménageant la confusion dans un même champ d'analyses des désordres *en* droit et des désordres *du* droit, ce semblant de similarité syntagmatique exclut toute interrogation sur la connexité effective de ces ordres, sur leur autonomie relative comme sur leur complexité exclusive.

Aborder la notion de *désordre* contraint à recomposer la trajectoire des recherches menées en droit, à propos ou sur le droit : la réflexion doit incorporer l'imprécis, le flou et les zones d'ombre qui émaillent les discours juridiques. En conséquence, de même que l'analyse de l'ordre du droit ne peut faire l'économie d'une observation du désordre, le *dés-ordre* juridique est objet de réflexion systématique dès qu'interfère le présupposé antithétique que serait l'ordre.

Les désordres relèvent de la dynamique profonde du droit, l'instauration de l'ordre social comme l'institution de l'ordre juridique en sont affectées : "*si toute norme juridique est bien une norme sociale, l'inverse n'est pas vrai : les règles de conduites ne sont pas toutes des normes juridiques et une partie d'entre elles restent placées hors de l'emprise du droit*"¹⁸. Tout système ordonné ou ordonnancé assemble nombre de désordres instruits ou inconnus, circonscrits ou indistincts, déterminés ou flous, isolés ou entrecroisés. Ces désordres sont répertoriés et, suivant des critères variables et incertains, font l'objet de qualifications qui leur assurent une introduction dans des classifications théoriques. Ces classements sont destinés à les contenir dans des configurations particulières — généralement des procédures, systèmes ou modes de préparation aux décisions juridiques.

Certes, "*les juristes ne veulent être ni des philosophes, ni des rêveurs : ils ne peuvent travailler dans l'abstrait. Les théories juridiques doivent être de bons outils qui guident la réflexion et la recherche de solutions concrètes, des instruments utilisables dans la pratique du raisonnement. Il leur faut en particulier avoir des contours assez nets ; l'un des mérites d'une bonne théorie est*

16. Malaurie (P.), Rapport de synthèse, in : *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, op. cit. p. 108.

17. Cf. Virally (M.), *La pensée juridique*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 39 et suiv.

18. Chevallier (J.), "L'ordre juridique" in : *Le droit en procès*, op. cit. p. 30.

de ne pas semer de doute dans des secteurs voisins de celui qui a été l'occasion de son élaboration"¹⁹. Pourtant, loin de les déconcerter, cette méthode de raisonnement assurerait des (ré)partitions des désordres dans les ordres conceptuels du droit (I) ; elle attribue aux désordres inventoriés ou inopinés certaines fonctions constitutives de *sens* (sous la forme de référents factuels ou circonstanciels) ou bien en les distribuant dans le 'hors-texte', elle clarifie leur surveillance dans le cadre des discours juridiques (II) —... pour ainsi dire, dans l'avant-texte comme dans le pré-texte, c'est-à-dire dans le *prescrit*, donc le *presque écrit* (qui retourne au commencement), le *près-écrit* (qui traduit la proximité) ou le *pré-[s]écrit* (qui relève de l'anticipation). Elle invite à dépasser les apparences d'un ordre pré-établi même si le rôle traditionnel du juriste est de privilégier la notion d'ordre et de refouler le concept de désordre.

La réflexion ainsi transposée dans l'étude du droit postule que, combinant ouverture et clôture, le système juridique ne s'analyse pas d'emblée en un ordre cohérent. Ce n'est que par l'appréhension du désordre initial et permanent que se réalise la compréhension d'un ordre pré-construit et pré-instruit.

I - DÉSORDRE DU DROIT

Evoquer le/s désordre/s du droit conduit à retenir l'ampleur de la perplexité des théories juridiques et, ainsi, à convenir de la complexité des systèmes juridiques : retenir les *différences* que, paradoxalement, tout désordre coordonne, autorise le relevé des détraquements propres aux systèmes juridiques [re-]travaillés essentiellement à partir du savoir et du procès. Or, ainsi que L. Constans le signifie, "*n'en déplaise aux kelséniens, la technique juridique est originellement et irréductiblement désordonnée*"²⁰. Au lieu d'affirmer que "*le droit s'emploie à dépasser l'antagonisme sans cesse renaissant de l'ordre et du désordre...*"²¹, ne serait-il pas plus pertinent de soutenir que le **droit est désordre** ? Ce qu'on appelle ordre juridique n'est-il pas, comme l'exprime M. Miaille, "*la plupart du temps, un labyrinthe plus ou moins obscur, un dédale où plusieurs portes offrent des choix multiples, où plusieurs ordres juridiques se croisent, se combattent quelquefois, se conjuguent sans véritablement se hiérarchiser.*"²²

Cette démarche consiste à refuser de localiser les *moments* d'intervention du texte comme de la décision juridique ; elle empêche la délimitation du désordre dans l'espace et dans le temps, dans des lieux toujours extérieurs à la forme du discours juridique. Virtuellement, elle oblige un déplacement de la

19. Atias (C.), *Théorie contre arbitraire*, P.U.F., Paris, 1987, p. 139.

20. Constans (L.), "Le droit positif comme désordre (Paradoxe sur la valeur instrumentale de la technique juridique)" in : *Etudes off. à J.M. Auby*, ed. Dalloz, 1992, p. 35.

21. Terré (F.), Rapport introductif, in : *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, op. cit. p. 9.

22. Miaille (M.), "Désordre, droit et science" in : *Théorie du droit et science*, op. cit. p. 91.

question dans les sources du droit, dans les textes de normes et dans les processus de concrétisation de la norme.

Alors que la question des désordres *en droit* expose la notion d'ordre public, une interrogation sur le désordre *du droit* requiert l'attention du juriste sur les disqualifications progressives de la loi comme source exclusive du droit, sur le foisonnement des formulations de règles jurisprudentielles, sur l'émergence et la constitution de systèmes juridiques infra-étatiques ou trans-étatiques. Le concept de désordre apparaît alors comme un enjeu décisif pour repenser l'objet juridique au-delà du positivisme²³. D'un côté, évoquer le désordre *en droit* retient la question dans un cadre annexe, extérieur au droit, donc amène à redessiner le schéma de la construction et du maintien de l'ordre ; de l'autre côté, penser le désordre *du droit* a pour effet de remodeler le savoir sur la dynamique intrinsèque de la production du droit, souscrivant au discernement des inférences et interactions, des tensions et dissensions, des échanges et déplacements du discours juridique. La connaissance du désordre fait vaciller la conception statique des systèmes juridiques.

Le maniement du terme de *désordre* est usuel, latent ou sous-jacent, dans l'ensemble des propos actuels de droit : il concentre de l'étude des notions à contenu variable et l'observation de l'émergence du flou en droit²⁴ ; il rassemble aussi les syllogismes des processus d'automatisation dans les systèmes décisionnels comme les modalités de transposition d'un modèle normatif textuel dans un système d'aide à la décision. Cependant, D. Bourcier remarque justement que "*l'examen de ce 'nouveau' droit de la décision assistée par ordinateur viendrait confirmer qu'il existe des lacunes de représentation des règles de droit dans l'implémentation conceptuelle ou institutionnelle de ces nouveaux outils.*"²⁵

Si le droit se constitue autour des oppositions entre formalisme et pragmatisme à partir des conciliations entre stabilité et changement²⁶, il révèle son propre désordre : il se présente comme un *chaos*²⁷. Admettre les rapports complémentaires et antagonistes de l'agencement de l'ordre juridique équivaut ainsi à reconnaître la complexité des systèmes de droit et conduit la réflexion à cerner les jeux de l'aléatoire et de la relativité, à dépasser les apparences de l'ordre cohérent, à contourner la demande d'ordre et d'équilibre pour adhérer

23. Apostolidis (C.), Chemillier-Gendreau (M.), "L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique", *R.D.P.* 1993, pp. 611.

24. Cf. sous la dir. de Perelman (C.) et Vander Elst (R.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984 ; Delmas-Marty (M.), *Le flou du droit*, P.U.F., Paris, 1986 ; Fortier (V.), "La fonction normative des notions floues", *R.R.J. Droit prospectif*, 1991, pp. 755.

25. Bourcier (D.), *La décision artificielle*, P.U.F., Paris, 1995, p. 131.

26. Cf. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), "De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ?", *R.I.E.J.*, Bruxelles, n° 27, 1991, pp. 77.

27. Krivine (J.P.), "Autour du chaos : analyse d'une métaphore", *Raison présente*, n° 115, 1995, pp. 9.

rer définitivement au constat de 'la teneur indécise du droit'²⁸. De fait, "le désordre constitue la réponse inévitable, nécessaire, et même souvent féconde, au caractère sclérosé, schématique, abstrait et simplificateur de l'ordre"²⁹. Cette approche autorise à circonscrire l'investigation sur la 'petite fabrique du droit'³⁰, sur la création de la règle de droit comme sur l'intervention de la loi ou l'insertion de la règle dans les circuits pratiques du droit. Elle conduit à signaler les caractéristiques du *désordre juridique*.

Les erreurs, incertitudes, inconséquences et indéterminations sont des vecteurs du désordre ; les troubles, instabilités, dysfonctionnements et irrésolutions en sont des éléments factuels ; les imprécisions, obscurités, asymétries et rétroactions en sont des facteurs spécifiant ; les hasards, périls, risques et aléas en sont des particularités persistantes³¹. Participant à la déstructuration d'un discours juridique homogène et régulier, ces vecteurs, éléments, facteurs et particularités (inducteurs ou révélateurs) possèdent une certaine constance : ils sont toujours présents, indéfiniment corrélatifs, interchangeable, fluctuants. La détermination de la mobilité des mesures, références, indices, qualités et propriétés du processus de création des textes et règles juridiques dans des cadres pré-élaborés conduit à une mise à jour (plus qu'une mise en cause) des analyses menées sur les sources et fondements du droit, alors entendus comme les raisons, effets et conséquences des désordres.

Le subterfuge de l'ordre juridique ne fait pas de doute. Niant les antinomies inhérentes au droit, le positivisme juridique prétend affirmer "l'égalité légitimité — et même la nécessité — d'une définition et d'une théorie juridiques du droit, c'est-à-dire d'une définition et d'une théorie qui considèrent les règles de droit en elles-mêmes, comme un système autarcique, et non d'un point de vue extérieur, comme un système dépendant et partiel, c'est-à-dire, en fait, du point de vue de leur but ou de leur origine, comme des moyens ou des produits"³². Certes, la construction positive du système juridique a pour objectif d'aplanir les contradictions et de réduire les incompatibilités entre règles, normes, et principes juridiques, mais elle demeure intrinsèquement liée à ces 'erreurs' récurrentes. L'exemple du traitement des antinomies juridiques est probant ; le problème que suscite l'antinomie est résorbé dans une alternative fermée : 1° quand des critères légaux sont énoncés pour résoudre

28. ... titre de l'article de Amselek (P.), "La teneur indécise du droit", *R.D.P.* 1991, pp. 1199.

29. Morin (E.), *Introduction à la complexité*, ESF éd., Paris, p. 122.

30. ... titre de l'ouvrage de Robelin (J.), *La petite fabrique du droit*, Kimé, Paris, 1994.

31. Alors que "ambiguïtés, lacunes, standards, fictions — et bien d'autres phénomènes, plus discrets, mais guère moins révélateurs, que ceux-là... — manifestent la co-détermination...", qu'il s'agisse de signifier les lieux ou les stratégies de la co-détermination qui est pouvoir d'entendre plus que pouvoir de dire : Timsit (G.), *Les noms de la loi*, P.U.F., Paris, 1991, p. 110 et suiv.

32. Eisenmann (C.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, rééd. Economica/ Univ. Aix-Marseille, 1986, *op. cit.* p. 88.

la question ; 2° suivant la proposition selon laquelle “il n’y a pas d’antinomie dans la contradiction entre deux règles lorsqu’il y a hiérarchie de leurs sources juridiques : dans ce cas, l’opposition est parfaitement réductible”³³. La fonction de la hiérarchie des règles est clairement exposée : la contradiction entre deux règles est résolue par la relation supériorité/infériorité. Cette configuration des rapports normatifs n’est envisageable que dans un système clos, clôturé, qui ne disposerait d’aucune ouverture sur d’autres systèmes juridiques. Or, la notion de hiérarchie des normes n’apparaît plus que comme un artifice ; elle est dé faite par la multiplicité des référents juridiques. La question : ‘la pyramide des normes est-elle toujours debout ?’³⁴ persiste ; elle permet de signaler l’existence possible de dénaturations à même d’interférer dans l’armature des systèmes juridiques³⁵. Comme le note C. Atias, “la hiérarchie des normes ne rend nullement compte de l’activité la plus habituelle de connaissance du droit qui est faite de la conférence d’arguments aussi divers que possible ; elle est controversée”³⁶. Mais, la controverse ne saurait indéfiniment contribuer à une [re]mise en ordre, aussi factice puisse-t-elle être. La notion et la fonction du désordre ne sont nullement absentes ni du droit, ni de la science juridique³⁷.

Ainsi, l’objectif de conservation de l’ordre est celui des *docteurs angéliques* et des juges dès qu’apparaissent des décalages, failles ou brèches dans la compréhension des règles — à charge pour eux de les masquer ou de les combler donc d’en donner une interprétation “adaptée de règles fuyantes, incertaines, relatives et évolutives”³⁸. Pourtant, les mesures de l’entendement de la règle de droit ne sont perceptibles qu’à travers des filtres institués suivant des raisonnements et méthodes d’interprétation dont les conclusions demeurent variables et incomplètes : l’indétermination est continue. Dans le jeu de l’interprétation en droit, “le juge et le législateur sont emportés dans une partie infiniment complexe qui les dépasse — la production du droit — dont il n’est donné à personne de prononcer le premier et le dernier mot”³⁹.

33. Buch (H.), “Conceptions dialectiques des antinomies juridiques” in : *Les antinomies en droit*, dir. Perelman (C.), Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 382.

34. Cf. Troper (M.), “La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amssek”, *R.D.P.* 1978, pp. 89 [en réf. à Amssek (P.), “Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l’ordre juridique”, *R.D.P.* 1978, pp. 5].

35. Nicolas (V.), “Le désordre normatif”, *Pouvoirs* 1994, *op. cit.* p. 35 : s’agissant des interactions entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux, “cette altération est créatrice d’un désordre normatif qui se traduit par une désorganisation dans l’édition des normes communautaires et par des perturbations liées à l’intégration de ces normes dans le droit interne des Etats membres de la Communauté.”

36. Atias (C.), *Science des légistes, savoir des juristes*, ed. Univ. Aix-Marseille, 1991, p. 89.

37. Cf. Van de Kerchove (M.), Ost (F.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F., Paris, 1988.

38. Morand-Deviller (J.), “Plaidoyer pour les docteurs angéliques”, *E.D.C.E.* 1996, n° 47, p. 524.

39. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), “De la théorie de l’argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ?”, *R.I.E.J.*, n° 27, 1991, *op. cit.*, p. 95.

La fin de la conception rigide et homogène de la hiérarchie des normes justifie la formalisation du désordre juridique ; ce désordre qui sous-tend la fiction de l'ordre juridique instille dans ce système, une *autre* conception du droit.

II - DÉSORDRE DES TEXTES

Le droit est *texte* ; le désordre du droit est désordre du texte et des textes. Un double constat s'impose : celui de la complexité croissante de la rédaction des textes, celui de l'inflation des textes juridiques. Ces textes sont, de ce fait, toujours lacunaires, incomplets, qu'ils aient un objet partiel ou révèlent des objectifs généraux. Ils sollicitent, en parallèle, la compréhension des phases de 'pré-interprétation' et de concrétisation des normes qu'ils supposent. La circularité de la lecture des textes qui s'ensuit, de la préparation à l'écriture, de la rédaction à la lecture, de la lecture à l'application qui engage le processus de concrétisation, renforce l'indécision et, contradictoirement, perfectionne l'indétermination. L'inachèvement du droit qui en résulte complique le sens à donner du texte juridique. Le texte n'acquiert de signification comme de validité qu'en vertu de la contention polémique de l'interprétation : "*ce n'est [donc] pas l'imprécision des normes qui suscite l'interprétation, c'est leur double contextualité : place dans un système juridique déterminé (contextualité interne) et fonctionnement dans une conjoncture politico-sociale (contextualité externe)*"⁴⁰. Ainsi, "l'irrésolution et l'instabilité du législateur [...] acceptées avec fatalisme mais sans complaisance" demeurent indispensables à la connaissance des enchaînements dans la production jurisprudentielle "souple, intrinsèquement fragile, évolutive"⁴¹. La conscience de la variabilité de la règle et de la versatilité de la norme est primordiale : la multiplication des lieux de contradictions internes et d'inférences intertextuelles au sein d'un même champ de régulation est le signe du désordre inhérent au système juridique⁴² ; elle réactive la fonction de l'interprétation qui *fait* le droit.

Mais la profusion de textes normatifs trouble la compréhension même du concept de droit⁴³ ; la déflation normative bien que recherchée par la stratégie de la codification ne traduit guère une décréue de la production *textuale* législative et administrative⁴⁴. Quelle que soit leur place dans la nomenclature des actes juridiques, les dispositifs de nombre de ces textes juxtaposent ou superposent des assertions morales, des perceptions idéologiques, des définitions terminologiques, des composantes techniques, des dispositions pro-

40. Robelin (J.), *La petite fabrique du droit*, op. cit. p. 70.

41. Morand-Deville (J.), "Plaidoyer pour les docteurs angéliques", op. cit. p. 524.

42. Cf. Van de Kerchove (M.), Ost (F.), "Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit" in : *Interprétation et droit*, dir. Amselek (P.), Bruylant / Press. Univ. Aix-Marseille, 1995 pp. 135.

43. Conseil d'Etat, rapport public, "De la sécurité juridique", E.D.C.E n° 43, 1991, pp. 15.

44. Carcassonne (G.), "Société de droit contre Etat de droit" in : *L'Etat de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996, p. 37.

cédurales, des propositions interprétatives, des prescriptions normatives, des sanctions morales. La texture du droit se modifie, la qualité normative des règles se transforme tandis que les lectures des textes de forme juridique se vulgarisent. Le désordre permanent qui parcourt la lecture du droit annonce la dislocation de la *juridicité*. Donnant corps à un droit mou et informe, prétendant conduire à la confection d'un droit uniforme bien que flexible (au-delà de la prolifération de textes de droit communautaire), la multiplication des lois, règlements, directives et circulaires induit progressivement une insertion du phénomène de l'*internormativité* dans la régulation juridique et sociale. Car "le concept d'*internormativité* (...) postule la coexistence d'ordres ou systèmes normatifs différenciés, parallèles, complémentaires ou antagonistes"⁴⁵ ; déterminant d'un désordre dans le droit marqué par la dissonance plus que par l'incohérence, ce principe oblige la préhension de pluralités normatives et argumentatives dans une société donnée. Si cette *dissolution* du droit accentue l'obscurité de certaines dispositions législatives ou réglementaires, intensifiant les zones d'ombre du droit et amplifiant les sphères d'incertitude juridique, la pensée juridique devrait alors se préoccuper des normativités 'allusives ou latentes'.

Loin d'entraver l'influence que l'*indétermination* et l'*imprécision* juridiques exercent sur le discours de droit, la méthode des lois expérimentales invente le 'provisoire juridique' — de l'idée d'essai plus que d'expérience⁴⁶ — et contribue à la fabrication d'un corpus de 'règles incomplètes' — déjà défini à partir d'objectifs ou principes orientatifs⁴⁷ — ; de même, l'édification d'un 'droit recommandationnel', c'est-à-dire d'un système de droit semi-formel composé de conseils et avis⁴⁸, ou le recours à des procédés dérivés des contrats et règlements intérieurs sous la forme de chartes spécifiques soulignent les quelques fissures de la connaissance et de l'expérience juridiques⁴⁹. Plutôt que de déplorer le fait que "le droit est en miettes, technicisé à l'extrême, volubile et obscur"⁵⁰, il s'agit, désormais, de décoder les dysharmonies entre la lecture des textes et la (con)textualité du droit et d'entériner la précarité et la flexibilité de la norme — norme qui n'est ni un outil de tra-

45. Rocher (G.), "Les phénomènes d'*internormativité* : faits et obstacles" in : *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'*internormativité**, dir. Bellay (J.G.), L.G.D.J., Paris, 1996, p. 26.

46. Cf. Chevallier (J.), "Les lois expérimentales" in : Bourcier (D.), Thomasset (C.) (dir.), *L'écriture du droit*, éd. Diderot, 1996, p. 167.

47. Tel est l'objet des premiers articles de la plupart des lois nouvelles ; mais, trop souvent ces articles ne sont pas "codifiés", et sont ainsi situés "hors-texte".

48. Goyard-Fabre (S.), *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992, not. p. 165 et ss.

49. Cf. Rivero (J.), "État de droit, état du droit" in : *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, ed. Dalloz, 1996, p. 609.

50. Mais accorder aux 'savants', aux "*docteurs de la loi capables d'en faire une claire exégèse, de l'interpréter et de le justifier*" un statut d'expert qui les travestit progressivement en décideurs n'aurait pour but que de préserver le système juridique, de lui conserver cette cohérence qui peu à peu lui fait défaut : Morand-Deville (J.) in : "Plaidoyer pour les docteurs angéliques", *op. cit.*, p. 512.

vail, ni un instrument de mesure, ni une mesure d'équilibre. L'étude de la 'cacophonie' ou 'polyphonie' et des 'dissonances' du droit contribue à l'enrichissement de la connaissance juridique ; elle invite à une réorganisation du savoir autour du concept de désordre.

Le défaut d'une connexion entre *textes* de droit et *normes* juridiques amplifie, par ailleurs, le rôle des juridictions et dans le même temps, le fragilise. L'existence de dissensions entre législateurs, administrateurs et juges provoque des manifestations de discordances entre normes, principes et règles, et entraîne des confusions entre interprétations des normes [souvent issues des interactions entre loi, règlement, circulaire et avis, rapport, jurisprudence]. Certes, le ré-agencement des relations entre les tribunaux par la multiplication des renvois à une instance supérieure par le biais des questions particulières pour des réponses générales⁵¹, convie le juriste à "figer la signification de la règle de telle façon que ces termes généraux possèdent nécessairement la même signification dans toutes les situations où il est question de l'appliquer"⁵². Cette technique juridictionnelle cherche à limiter la désorganisation de la concrétisation des textes de normes, à contenir le dérèglement de la lecture des normes juridiques, donc à canaliser les modalités d'élaboration des normes-décisions, mais elle est dépendante de la perspicacité des juges chargés de démêler l'écheveau du système pour donner une solution à un litige donné : le désordre (lié autant au contentieux généré par la règle qu'au travail juridictionnel de déchiffrement de la norme dans le texte) assure la facture du droit⁵³. L'indétermination qui caractérise le système juridique n'altère donc pas fondamentalement le rôle comme la stratégie du juge — qui s'orientent vers une accentuation de la cohérence de l'ordre juridique 'entendue à la fois comme congruence logique et harmonie idéologique'. F. Ost note alors que "*l'interprétation du cas à la lumière de la loi est [donc], par excellence, un procédé destiné à assurer le caractère homéostatique de l'ordonnement juridique, sans cesse appelé à se transformer sans pour autant se renier*"⁵⁴.

51. De la procédure des questions préjudicielles (au sein des différents ordres de juridiction et en vertu de l'article 177 du Traité C.E.E.) et des saisines pour avis du Conseil d'Etat par les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

52. Hart (H.-L.-A.), *Le concept de droit*, trad. Van De Kerchove (M.), ed. Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1976, p. 161.

53. Dans ce champ d'analyses, au vu du principe de non-rétroactivité, et suivant les divers contretemps, incidents et anicroches qui suscitent l'existence de contentieux, l'interprétation de l'énoncé comme de la norme par le juge se réalise dans un espace-temps doublement passé : antérieurs sont les faits qui déterminent les circonstances de l'espèce et antérieures à ces faits sont les règles qui déterminent le traitement juridictionnel de ces circonstances. Cf. Petev (V.), "L'interprétation des faits et l'interprétation du droit", in : *Interprétation et Droit*, dir. Amssek (P.), *op. cit.* pp. 51. La décision de justice, comme résolution du litige, est concrétisation et actualisation de la norme soumise à une appréciation présente du passé transposable aux situations similaires futures ; ce parasitage de l'historicité de la norme est l'un des seuils de perceptibilité des désordres du droit.

54. Ost (F.), "Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme auto-poétique appliqué au droit", *Archiv. Philo. Drt*, 1986, *op. cit.* p. 157.

Ainsi, "l'ambiguïté du droit fait partie de son efficacité"⁵⁵ ; la question du désordre du droit en saisit l'essence : l'ordre unique et unitaire sur lequel se fonde le système juridique compris comme un ensemble ordonné et hiérarchisé de règles de droit, masque les fractures qui se produisent dans l'ordonnement conçu à partir de la fiction de la hiérarchie des normes. Du désordre naît le droit.

Dorénavant, il incombe à la pensée juridique "d'établir une nouvelle taxinomie de la juridicité et de construire plusieurs typologies pour mieux traduire la diversité des mélanges normatifs, la variété de leurs liaisons symbiotiques ou parasitaires, la complexité d'une mêlée normative hétérogène, fluctuante et pétrie de dissonance"⁵⁶. La fonction du désordre s'insère dans l'interrogation sur les fondements du droit⁵⁷. La conceptualisation juridique du désordre permet de lever les tabous de l'in-décision : le désordre n'émane pas de la pluralité des ordres⁵⁸ sinon par l'obligation qui en résulte des re- et dé- contextualisations discontinues et continuées des lectures du droit et des ajustements ponctuels de la règle générale à la situation particulière⁵⁹. La notion d'imprécision serait ainsi composée de discordances entre les interprétations délivrées par les acteurs juridiques entre application du droit et concrétisation de la norme.

Néanmoins, il est indispensable de retenir que "la théorie du droit possède (...) une histoire curieuse ; elle est aussi bien capable d'ignorer que d'exagérer l'imprécision des règles de droit...". Il est alors difficile de prétendre 'échapper à cette oscillation entre les extrêmes', ne serait-ce qu'en vertu du fait que "l'incapacité de l'homme d'anticiper l'avenir, qui se trouve à l'origine de cette imprécision, varie en degré selon les différents domaines de la conduite", même si "les systèmes juridiques pourvoient à cette incapacité en recourant à une diversité corrélative de techniques"⁶⁰. Il faut admettre que le désordre du droit ne s'étudie pas dans un temps négatif.

55. Robelin (J.), *La petite fabrique du droit*, op. cit., p. 255.

56. Belley (J.-G.), "Le point triple du droit" (présentation de la IIème partie : "Solutions de droit : la teneur juridique de l'internormativité") in : *Le droit soluble*, dir. Bellay (J.-G.), op. cit., p. 156.

57. Cf. l'ensemble des contributions aux numéros 10 et 11 de la revue *Droits*, consacré au thème *Définir le Droit ?*.

58. Santi Romano, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Dalloz, Paris, 1975.

59. ... comme, dans la pensée positiviste libérale, il pourrait provenir de l'incapacité de l'ordre juridique de l'Etat à agir sur le 'marché', c'est-à-dire sur les activités économiques, œuvrant alors vers un concept de pluralisme juridique extra-étatique, cf. Gurvitch (G.), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pédone, Paris, 1935.

60. Hart (H.-L.-A.), *Le concept de droit*, op. cit. p. 162.

La notion de désordre est nécessaire à la dilatation de l'interprétation en droit ; l'étude du désordre juridique invite à fracturer les textes, à questionner l'idée de droit, à interroger le *sens* de la norme⁶¹.

Le droit est désordre permanent. S'il prétend retraduire une recherche constante d'équilibre entre valeurs diversifiées, entre égalité et équité, entre solidarité et individualité, entre sécurité et sérénité, s'il s'efforce d'atténuer les dissonances entre normes et discordances entre règles, l'hétérogénéité des textes de normes et la disparité des sanctions et jugements prononcés à partir de ces textes, c'est justement parce qu'il est désordre. La recherche d'équilibre externe et d'harmonie interne qui le caractérise, lui assure peut-être les moyens de gérer les situations de rupture ou de transition, mais, de toute évidence, ce n'est qu'en vertu de cette *logique du désordre* qui lui est inhérente que le droit se (re)présente comme un système complexe et dynamique.

61. Par exemple, dans les différentes lignes, circuits, réseaux qui composent le processus de fabrication de la norme juridique, tout énoncé de droit est confronté au problème de la *prévisibilité* non pas dans le schéma de son application particulière mais en vertu de la finalité qu'il se pré-destine ; même si la règle de droit prétend composer non à propos de l'éventuel mais en vertu de l'*à-venir*, la question de l'anticipation ou de la prévisibilité dans les processus décisionnels reste posée. Ainsi, affirmer que le 'savoir juridique appliqué' a pour tâche de 'prévoir et de provoquer les décisions à venir' [Atias (C.), *Science des légistes, savoir des juristes*, ed. Univ. Aix-Marseille 1991, p. 71 et suiv.] ne dissimule pas le fait que : 1° l'accumulation des références produit un désordre dans l'ordre de la connaissance, 2° le développement de ce désordre renforce les jeux de responsabilisation dans la décision, 3° la solution est toujours factuelle. Une des fonctions pragmatiques du concept de *désordre* — saisi dans ses [in]conséquences normatives — serait de soutenir l'approche de la notion de *risque*.