

L'ORDRE JURIDIQUE

PAR

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université d'Amiens

S'il n'épuise pas la totalité des acceptions possibles du mot « droit », saturé de significations multiples, le concept d'« ordre juridique » permet de progresser de manière décisive dans la connaissance du phénomène juridique, en révélant certaines de ses caractéristiques fondamentales.

Ordre, le *droit* l'est en effet dans les deux sens du terme. Par ordre, on peut entendre d'abord l'agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible : conçu comme synonyme d'*ordonnement*, l'ordre désigne alors à la fois le principe logique qui commande les relations entre les divers éléments constitutifs et l'ensemble articulé qu'ils forment. Or, le propre des règles juridiques est précisément qu'elles sont, à l'intérieur d'un même espace social, liées et interdépendantes : « chaque règle de droit est toujours l'élément d'un système, d'un tout, d'un ordre complexe »¹ ; elle prend place dans une totalité plus large qui la dépasse et dont elle est tenue de respecter les déterminations et les contraintes. Mais par ordre, on peut entendre aussi un certain mode d'action et d'emprise sociale : conçu comme synonyme de *commandement*, l'ordre traduit alors une manifestation d'autorité. Or, la règle de droit s'exprime essentiellement à l'impératif : elle entend obtenir, par voie de prescription, d'injonction ou d'interdiction, certains

1. G. Gurvitch, *L'idée de droit social*, Sirey, 1932, (rééd. Scientia 1972), p. 106.

comportements de la part des destinataires ; et la force obligatoire dont elle bénéficie la dote d'une puissance de contrainte irrésistible. Le droit est donc un ordre à la fois en tant qu'il est « systématique » et en tant qu'il est « normatif »² ; et ces deux aspects, non seulement sont indissolublement liés, mais encore se confortent réciproquement : de même que l'effet normatif du droit est renforcé par la rigueur de sa construction, la dogmatique juridique prend appui sur la force obligatoire de la norme. Ce principe d'ordre, entendu aussi bien sur le plan de l'agencement formel du droit que de son effet social, paraît être de l'essence même du phénomène juridique : on le trouve à la base de tous les systèmes juridiques, même s'il a tendance à gagner en rigueur au fur et à mesure de leur développement³. C'est à vrai dire un élément fondamental du jeu de croyances qui entoure la règle de droit : tandis que son apparence systématique contribue à la parer des attributs de la rationalité, sa puissance normative lui confère le privilège de l'incontestabilité ; derrière l'idée d'« ordre juridique » se profile l'image d'une société organisée, pacifiée et unifiée selon les règles de la raison et en fonction des exigences du bien commun.

Débarassé de la gangue idéologique qui l'entoure et de la forte valorisation dont il est l'objet, le concept d'ordre juridique exprime cette conjonction et ce croisement des deux dimensions de *systématicité* et de *normativité* du droit. Par son caractère systématique, l'ordre juridique transcende la simple « norme juridique » : il met en évidence les interrelations qui unissent les normes juridiques, considérées comme liées les unes aux autres et formant *système* ; ces normes sont analysées, non plus dans leur singularité, mais en fonction de leur appartenance à un ensemble structuré et cohérent, régi par une logique globale et animé par une dynamique propre d'évolution (I). Mais la fonction qu'il remplit dans la société interdit tout autant de réduire l'ordre juridique à un système de règles abstraites⁴ et à imposer certaines disciplines ; il est du même coup au cœur de l'ordre social et indissociable des rapports de force qui traversent la société (II).

*
**

2. S. Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Klincksieck, 1972, pp. 35, 276.

3. Constatant qu'une « intention d'ordre » préside à toute « œuvre juridique », S. Goyard-Fabre y voit l'expression d'un « besoin d'ordre de la pensée » (p. 273) ; le droit trouvant son fondement, selon elle, dans « la normativité structurelle de la conscience » (p. 293).

4. Pour P. Legendre (*L'amour du censeur, Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, 1974), le système juridique « fonctionne pour tamiser, décolorer et recolorer, détruire et reconstruire, en vue du Grand Œuvre : dresser à l'amour du pouvoir » (p. 38), et le savoir des juristes n'est là que pour « propager la soumission » (p. 51).

I. — L'ORDRE JURIDIQUE COMME SYSTEME DE NORMES

Par ordre juridique, on entend tout d'abord les relations d'interdépendance qui existent entre les normes juridiques et les constituent en totalité organique, en « système »⁵.

Le problème se pose d'emblée de savoir si cet ensemble normatif peut être envisagé indépendamment des pratiques concrètes, des phénomènes organisationnels, des structures de pouvoir, dont il est tout à la fois l'objet, le produit et l'enjeu. Partant des analyses de Santi Romano, pour qui l'ordre juridique n'est pas réductible à un ensemble de règles, mais recouvre aussi « les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent les normes juridiques, sans s'identifier à elles »⁶, on peut prétendre y intégrer tout ce qui contribue à le faire fonctionner, tout ce qui s'inscrit dans le type de relations qu'il implique : ce ne sont plus seulement les normes elles-mêmes et leurs rapports qui sont pris en considération, mais « la totalité de l'espace où se déploie le droit ». L'ordre juridique se trouve dès lors absorbé dans un concept plus large de *système juridique*, qui intègre les éléments divers « dont l'agencement et l'interaction fournissent à tout ordre juridique positif reconnu comme tel les moyens de sa cohérence et de son fonctionnement », et notamment les « activités juridiques »⁷. Ce concept de « système juridique » n'est pas dépourvu d'intérêt : certes, ses limites sont difficiles à circonscrire dans la mesure où la place occupée par le droit dans la vie sociale tend à faire de chaque activité une activité juridique et de chaque individu un acteur, un agent ou un sujet du système juridique, sans qu'il soit possible d'isoler clairement la part du juridique ; mais s'il peut apporter un éclairage utile sur les processus d'élaboration et d'application du droit, cela ne signifie pas pour autant que l'ensemble normatif se confonde purement et simplement avec le jeu d'interactions dont il est la résultante et le point de départ : la distinction de l'ordre juridique et du système juridique permet au contraire de mettre en évidence la logique propre qui commande sa structuration et préside à son évolution.

Ainsi entendu, l'ordre juridique présente sans nul doute les caractéristiques d'un *système*. On sait que le succès de l'analyse systémique tient en grande partie à son extraordinaire plasticité et adaptabilité, qui lui permettent de rendre compte des phénomènes les plus variés : toute réalité

5. Pour H. Kelsen (*Théories pure du droit*, 1934, Dalloz, 1962 (p. 42), « un ordre est un système de normes ».

6. *L'ordre juridique*, 1946, Dalloz, 1975, p. 7.

7. Voir P. Oriante, *Introduction au système juridique*, Bruylant, 1982, pp. 31, 128 et ss., et aussi J. Carbonnier (*Sociologie juridique*, P.U.F., Coll. Thémis, 1978, pp. 203-204) pour qui le « système juridique », assimilé à « l'espace juridique », est « le champ spatial et temporel où se produisent les phénomènes de droit ».

quelconque, qu'elle soit physique, biologique ou sociale, peut être considérée et étudiée en tant que système⁸ ; il suffit pour cela qu'existent entre les éléments constitutifs des liens d'interdépendance et d'interaction, porteurs d'un principe de cohésion spécifique et de différenciation avec l'extérieur — le système ainsi cristallisé entretenant des relations permanentes et réversibles d'échange avec le milieu dont il est issu, l'environnement, dans lequel il puise l'énergie qui lui est nécessaire pour agir et qu'il modifie en retour par ses interventions. Or, ces liens existent bien entre les règles de droit qui forment des « ensembles organiques »⁹, gouvernés par une « rationalité » globale et spécifique¹⁰. Dès l'instant en effet où le droit parvient à un certain degré de développement et de généralité, il tend inéluctablement à la « systématisation » : les règles atomisées et dispersées vont se trouver intégrées dans un ordre plus vaste qui les dépasse et les transcende ; elles ne constituent plus des pièces détachées et disparates mais les parties d'une « totalité », au sein de laquelle elles se voient assigner une certaine place. L'ordre juridique est, dès lors, relevable d'une analyse en termes de système. Cependant, il n'en présente pas moins, comme système, des caractéristiques spécifiques. L'ordre juridique est formé d'une série d'éléments *passifs*, les normes juridiques, agencés en fonction d'une rationalité d'ordre exclusivement *logique* : il ne dispose pas en tant que tel d'une capacité de régulation autonome : qu'on le considère comme un « système à états », commandé du dehors¹¹, ou comme un « système-machine »¹², l'ordre juridique est un *artefact*, une création artificielle, dont le sens se situe à l'extérieur ; ce sont les acteurs du « système juridique » qui lui insufflent la vie qui lui fait défaut.

La perception de l'ordre juridique comme système conduit à mettre en évidence à la fois la logique qui commande l'articulation de ses éléments constitutifs (A), et la dynamique qui résulte de son insertion dans un certain environnement social avec lequel il entretient des relations réciproques d'échange (B). Prenant en compte la spécificité de l'ordre juridique mais aussi le poids des déterminismes sociaux, l'analyse de système permet d'éviter deux écueils également redoutables : celui d'une « théorie pure du droit », qui concevrait l'ordre juridique comme

8. D. Durand, *La systémique*, P.U.F., Coll. Que sais-je, n° 1795, 1979, p. 5. Voir aussi G. Rocher, *L'organisation sociale*, Seuil, Coll. Points, 1970, pp. 156-157 et J. de Rosnay, *Le macroscopie*, Seuil, Coll. Points, 1975, pp. 91 ss.

9. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, 1^{re} éd. 1943, Nlle éd. Dalloz, 1969, p. 99.

10. J. Lenoble et F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Public Fac. Saint Louis, 1980, p. 175.

11. J. Lesourne (*Les systèmes du destin*, Dalloz, 1976) distingue quatre grandes catégories de systèmes : les « systèmes à états », commandés de l'extérieur soit par un mécanisme régulateur, soit par intervention humaine ; les « systèmes à buts », qui ont leur propre finalité et disposent de capacités de contrôle et de régulation ; les « systèmes à apprentissage », capables de se fixer à eux-mêmes leurs propres objectifs et de s'auto-corriger ; les « systèmes à décideurs multiples », au nombre desquels figurent les organisations sociales.

12. J.-L. Le Moigne (*La théorie générale des systèmes*, P.U.F., 1978) classe les systèmes en neuf catégories selon leur niveau de complexité ; les quatre premiers niveaux relevant de la catégorie des « systèmes machine ».

un système complètement étanche, gouverné par les seules lois de la logique formelle — en oubliant qu'il y a « immersion totale du droit dans la société »¹³ ; celui d'une « théorie sociologisante du droit », qui ferait de l'ordre juridique un simple reflet social, en négligeant son efficace propre.

A. — STATIQUE

L'exigence de systématité paraît inscrite au cœur du phénomène juridique : tout se passe comme si le droit ne pouvait être pensé autrement que comme un ensemble cohérent, intégré, monolithique dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement. Cette exigence s'exprime aussi bien dans la structuration de l'ordre juridique, fondée sur l'articulation des normes et soudé par quelques principes essentiels, que dans son fonctionnement concret : la réalité sociale est appréhendée à travers le prisme de concepts abstraits, regroupés en catégories de plus en plus larges et compréhensives, et les solutions applicables aux cas d'espèce peuvent être déduites de règles générales. La systématité pèse comme une contrainte sur le processus de production du droit : non seulement les producteurs du droit, pris dans les rêts de l'ordre juridique, sont tenus de respecter ses déterminations, mais encore les brèches éventuelles, de nature à mettre en péril la cohésion de l'ensemble, sont colmatées par des agents actifs de systématisation, garants de l'ordre, qui travaillent à éviter les hiatus, à résorber les distorsions, à éviter les contradictions. On ne saurait trop souligner sur ce plan le rôle de la doctrine qui, en s'efforçant « de systématiser les solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer en une matière intelligible »¹⁴ contribue à clôturer le système sur lui-même et à empêcher toute dérive possible des significations : il s'agit non seulement d'établir les chaînons nécessaires entre les productions juridiques singulières et de les ramener à certains principes communs, mais encore de construire les « grandes synthèses » donnant à l'ordre juridique son unité et le plaçant sous l'empire de la rationalité.

Ce caractère fondamentalement systématique de l'œuvre juridique est évidemment indissociable de la dimension normative du droit. Ce lien peut être expliqué par des considérations purement pragmatiques et utilitaires. Le droit ne pourrait remplir la fonction qui lui incombe dans la société, c'est-à-dire être un facteur d'ordre, de sécurité et de stabilité, qu'à condition d'atteindre un certain degré d'abstraction et de généralité et de se présenter comme un ensemble logique et cohérent : il faut que

13. Selon l'heureuse expression de P. Orienne, *op. cit.*, p. 19.

14. J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Dalloz* 1951, Chron. XXIII, pp. 99-102. Voir aussi J.J. Gleizal, « Doctrine juridique et critique du droit », *Léviathan* n° 6/7, 1981, p. 70.

chacun ait la possibilité de prévoir à l'avance les conséquences de ses actes et de connaître la règle qui s'appliquera à lui ; le « besoin de prévisibilité » impliquerait l'agencement des normes juridiques en un système intelligible et rigoureux, ne comportant ni équivoque, ni contradiction¹⁵. Cependant, la systématisation du droit n'a pas une fonction seulement *instrumentale*, visant à un bon usage et à une meilleure efficacité de la norme juridique, mais aussi *symbolique* : elle est en fait inséparable de jeu de croyances sans lequel le droit n'est rien. La *systématique* n'est que l'envers de la *dogmatique*, avec laquelle elle a fondamentalement partie liée. P. Legendre a parfaitement montré que le droit canon, dont le droit moderne n'est que la laïcisation, repose entièrement sur l'autorité sacrée du Pontife, dont la Parole vénérable est enfermée, enchâssée, dans le Livre, « texte intouchable » et unique, placé hors d'atteinte et doté d'une absolue vérité : toute règle prend sa source dans le Texte, dont elle n'est que déduite par le fruit d'une opération « logique », qui passe par « un discours réglé, ponctuellement récité, rigoureux dans sa grammaire et préservant l'échelle des sens »¹⁶. Le droit apparaît comme la science unitaire du Texte, qui s'enracine dans le culte du Pontife : la parole du Pontife est, dans le même temps, objet d'amour, mais aussi science rigoureuse, savoir absolu. La laïcisation n'a pas modifié fondamentalement cette construction mythique. L'ordre laïc n'est en fait que la transposition de l'ordre chrétien, par le jeu de la substitution de l'Etat au Pontife et de la Loi au Texte. Le droit reste perçu comme un ordre sacré et donc unitaire, fondement de toute normativité, et dont les éléments s'articulent en séries, catégories, classifications, unies par des liens complexes : et cet agencement unitaire a, comme par le passé, pour fonction d'assurer la soumission et de dresser à « l'amour du pouvoir » ; il s'agit moins d'« obtenir l'hypothétique assentiment de la raison que de mobiliser l'imaginaire des sujets de droit pour reproduire leur adhésion dans les termes préétablis de la logique canonique »¹⁷. Le droit est ainsi, selon l'heureuse expression de J. Lenoble et F. Ost, une « mytho-logique », dans la mesure où ce qui fait la force attractive de la logique juridique c'est d'être articulée à un mythe.

Sous peine de tomber soi-même dans cette mytho-logique, et d'alimenter du même coup la dogmatique juridique, la systématique ne saurait être rendue comme une donnée intrinsèque, comme une qualité substantielle de l'ordre juridique, relevant de son essence et traduisant sa supériorité onto-logique : il s'agit d'un élément d'ordre purement *phénoménal*, exprimant l'interdépendance des normes juridiques et leur autonomie relative par rapport aux autres réalités sociales, et résultant d'une entre-

15. J. Rivero, *Dalloz*, 1951, *op. cit.*, et aussi « Le juge administratif français : un juge qui gouverne », *Dalloz*, 1951, *Chron.* VI, pp. 21-24 et « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *A.J.D.A.*, 1968, pp. 15-18 ; G. Vedel, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *E.D.C.E.*, 1979-1980, n° 31, p. 35.

16. *L'amour du censeur*, *op. cit.*, p. 7.

17. J. Lenoble et F. Ost, *op. cit.*, p. 223.

prise aléatoire, fragile et vouée à l'incomplétude, de *systématisation*. Dès lors, la systématité de l'ordre juridique ne le place pas pour autant sous l'empire de la logique formelle¹⁸. Sans doute, la dogmatique juridique, visant à une parfaite objectivation de l'ordre juridique le prétend-elle justiciable de cette logique¹⁹ : fondé sur un enchaînement rigoureux de propositions normatives, l'ordre juridique serait gouverné par les lois de la logique formelle. Cependant, les tentatives faites par certains théoriciens du droit²⁰ ont démontré l'impossibilité d'une assimilation pure et simple de la logique juridique à la logique formelle : la formalisation de l'ordre juridique n'est jamais telle qu'elle exclue toute incertitude quant au sens et à la portée des différents éléments qui le composent ; et le raisonnement juridique ne se ramène pas à l'application mécanique et déductive de normes stéréotypées posées *a priori*²¹. La référence à la logique formelle n'est donc qu'un mythe servant à parer l'ordre juridique d'un bien-fondé incontestable et à éviter toute discussion sur la validité de ses prescriptions²². Mais ce mythe contribue puissamment à l'entreprise de systématisation du droit : l'« idéal logicien »²³ qui anime les juristes les pousse en effet sans cesse à établir les connexions logiques, à créer les chaînons manquants, afin d'assurer l'unité de l'ordre juridique.

En tant que système²⁴, l'ordre juridique se caractérise par les deux principes essentiels de cohésion et de hiérarchie : unies par des liens

18. Il est donc vain de prétendre opérer une distinction entre la logique (formelle) du droit et la logique (dialectique) de la science du droit, qui montrerait le caractère artificiel de la précédente (M. Mialle, *Une introduction critique au droit*, Maspéro, 1976, pp. 203 ss.).

19. J. Lenoble et F. Ost montrent bien que la dogmatique juridique, fondée sur le postulat du « législateur rationnel », s'attache à reconstruire par institutions, branches et systèmes, un ordre juridique transparent, cohérent et efficace », où toutes les règles s'enchaînent logiquement.

20. Voir G. Kalinowski, « De la spécificité de la logique juridique », in *La logique du droit*, A.P.D., Tome XI, 1966, p. 7 ; *La logique des normes*, P.U.F., 1972 ; « Logique et méthodologie juridique : réflexions sur la rationalité formelle et non formelle en droit », in *Formes de rationalité en droit*, A.P.D., 1978, p. 59.

21. Refusant la réduction de la logique juridique à la simple logique formelle, qui néglige le contenu des prémisses, C. Perelman (« Raisonnement juridique et logique juridique », A.P.D., 1966, *op. cit.*, p. 3) la conçoit sous l'aspect d'une rationalité pratique, l'« argumentation », qui désigne « l'ensemble des techniques discursives permettant de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses que l'on présente à leur assentiment ».

22. Comme le remarquent J. Lenoble et F. Ost (pp. 182-329), cet « imaginaire logicien » subvertit cependant quelque peu la rationalité juridique dans la mesure où il ébranle l'humanisme qui est censé par ailleurs présider à l'élocution de la loi, en lui substituant la représentation d'un ordre juridique froid, machinique, inexorable.

23. J. Lenoble et F. Ost, *op. cit.*, p. 297.

24. Pour A.-J. Arnaud (*Critique de la raison juridique I. Où va la sociologie du droit ?*, L.G.D.J., 1981, p. 21), les concepts d'« ordre » et de « système » ne sont pas substituables et constituent deux niveaux différents d'approche du phénomène juridique : en parlant de « système », on met l'accent sur le principe de cohésion, la « raison juridique », alors que la notion d'« ordre » implique la « conception hiérarchique de la conformité à une même norme fondamentale ». Cette distinction n'apparaît pas convaincante dans la mesure où tout système quel qu'il soit est caractérisé par un élément d'« ordre » et par un principe d'agencement de ses éléments constitutifs.

d'interdépendance, les normes juridiques se voient assigner en son sein une place différenciée et inégalitaire.

1) COHÉSION

La cohésion apparaît comme la caractéristique première et fondamentale de tout système organisé. Cette cohésion doit être entendue à la fois *négativement*, sous la forme d'une différenciation avec l'extérieur, et *positivement*, comme l'existence d'une identité commune aux divers éléments constitutifs. Tout système résulte d'un processus de différenciation au sein d'un milieu physique, biologique ou social, jusqu'alors désordonné, indifférencié et homogène²⁵ : certains des éléments de ce milieu s'articulent, s'agrègent, se coagulent pour donner naissance à des formes organisées et stables, à des ensembles molaires, qui évoluent ensuite de manière relativement autonome. A l'instar de tout système social, l'ordre juridique, constitué par schismo-genèse à partir du désordre, est le produit d'une scission au sein de la réalité sociale : il passe par le tracé d'une séparation, d'une ligne de démarcation, d'une frontière avec l'extérieur. L'appartenance ou non à l'ordre juridique devient un principe de distinction et de discrimination avec les autres phénomènes sociaux. Cette différenciation est corrélative à l'établissement d'interrelations entre les normes juridiques, qui n'évoluent plus de manière autonome mais sont placées en situation d'interdépendance : reliées les unes aux autres, elles sont tenues d'ajuster leurs propositions mutuelles afin d'éviter hiatus et distorsion. Appliqué à l'ordre juridique, le principe de cohésion se traduit par les exigences de *compatibilité*, de *non-contradiction* et de *complétude* : il implique que les normes qui composent l'ordre juridique ne s'excluent pas mutuellement, que leurs énoncés ne soient pas antinomiques et qu'elles ne comportent pas des lacunes flagrantes, des blancs intersticiels, de nature à paralyser leur efficacité.

Il faut pourtant aller plus loin. Un système ne se réduit pas à un simple jeu d'interactions entre des éléments unis par des rapports d'interférence et de complémentarité : le propre d'un système est au contraire de former une unité complexe, une *totalité*, dotée de propriétés nouvelles et gouvernée par une logique d'ensemble. Cette « totalité » est à la fois plus et moins que la somme des parties : si le système possède des « qualités émergentes »²⁶, inconnues des composantes, il pèse en retour sur elles comme contrainte, en limitant le champ de leurs possibilités, en bridant certaines de leurs potentialités. Du fait de leur agencement en système, les normes juridiques ne peuvent plus être considérées isolément, sans référence à l'unité du tout ; leur sens est *sur-déterminé* par la logique d'ensemble qui gouverne l'ordre juridique dans lequel

25. Le désordre en physique correspond à une répartition d'éléments totalement aléatoire, aboutissant à l'homogénéité et à l'équilibre (Voir H. Atlan, *Entre le cristal et la fumée. Essai sur l'organisation du vivant*, Seuil, 1979, p. 32).

26. E. Morin, *La méthode I. La Nature de la Nature*, Seuil, 1977, p. 106.

elles se trouvent insérées. C'est en cela que l'ordre juridique constitue, au sens propre du terme, un ensemble « rationnel » : il existe en effet à la base de l'ordre juridique, comme de tout système organisé, un principe d'ordre, une *logique* — même si elle n'est pas de type formel —, qui lui donne ses caractères propres et garantit sa cohésion. Cette logique contribue à la fois à cristalliser l'identité spécifique de l'ordre juridique vis-à-vis de l'extérieur et à réaliser son unité positive sur le plan intérieur : elle constitue la clé qui détermine l'appartenance à l'ordre juridique et le ciment qui lie entre eux les éléments constitutifs, en assurant la cohérence de leur articulation et la transparence de leur signification ; intégrées au même ordre, les normes juridiques se trouvent du même coup placées sous l'empire d'une logique commune, exclusive et totalisante, ne tolérant pas la contradiction, qui les imprègne et modèle leurs rapports. L'œuvre de systématisation menée par divers acteurs du système juridique consiste précisément à éviter toute dérive des normes juridiques hors des voies de cette logique et des frontières de l'ordre juridique : il s'agit de supprimer autant que possible les dissonances, de réduire les écarts éventuels, par un travail patient et subtil d'interprétation visant à rendre les normes hétérodoxes compatibles avec les déterminations de l'ordre juridique ; à défaut, leur retrait garantit le maintien de l'harmonie d'ensemble. Bien entendu, cette logique n'est ni explicite, ni d'emblée perceptible : échappant à la conscience des acteurs de la vie juridique, elle existe seulement de manière latente et informelle ; le rôle de la science du droit est précisément de la découvrir, à partir des assemblages existants, et de fournir ainsi un schéma cohérent d'interprétation et d'explication de l'ordre juridique en éclairant le « sens » caché²⁷. Cette logique, qui constitue la *structure* profonde de tout ordre juridique, A.-J. Arnaud l'appelle pour sa part « raison juridique » — celle-ci étant entendu comme « le moteur en vertu duquel un système juridique s'organise de façon cohérente et propre à réaliser certaines fins ».

Il importe cependant de ne pas céder à la tentation holistique, en concevant l'ordre juridique comme un « tout » intégré, fonctionnant d'un seul tenant. La *totalisation* ne fait pas disparaître la diversité et l'hétérogénéité constitutives d'un système : tout système est formé de composantes multiples, qui entretiennent des relations variées, aussi bien entre eux qu'avec l'ensemble résultant de leur union. Or, le nombre de ces composantes et l'intensité de ces liaisons ne sont pas indifférents : c'est en effet pour

27. Cette démarche de type structuraliste (voir C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, Plon, 1958, rééd. 1974, et la synthèse de J. Piaget, *Le structuralisme*, P.U.F., coll. Que sais-je, 3^e éd., 1968, notamment p. 83), qui constitue un prolongement utile et à vrai dire indispensable de l'analyse systémique, a été parfaitement illustrée par A.-J. Arnaud (*Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, L.G.D.J., 1973) qui, partant du postulat que le code civil constitue un « système autonome et formant une totalité » (p. 17), s'est efforcé de mettre au jour « le modèle structural » qu'il incarne (p. 22) : en isolant méthodiquement les unités constitutives du code Napoléon, puis les règles d'assemblage présidant à leurs relations, il a ainsi pu mettre en évidence le « modèle des relations civiles » dans la paix bourgeoise (pp. 143 ss.).

le système un facteur de complexité mais aussi de richesse, en contribuant à renforcer ses capacités d'adaptation et de renouvellement. L'analyse de l'ordre juridique doit prendre la mesure de cette complexité, qui a tendance à s'accroître avec le développement des systèmes juridiques ; comme les autres phénomènes sociaux, le droit a connu une « escalade de la complexité », qui, si elle menace la cohésion de l'ordre juridique, le rend aussi plus performant. Par ailleurs et surtout cette diversité amène à s'interroger sur le mode de structuration de l'ordre juridique et sur la position respective des normes en son sein : pour tout système en effet, « l'organisation », qui fixe les conditions d'agencement des composantes, est un élément crucial, dont dépend son efficacité.

2) HIÉRARCHIE

Le principe de hiérarchie est indissociable du concept d'ordre juridique : le terme d'« ordre » évoque d'ailleurs par lui-même, parmi d'autres images, celle d'un édifice, d'une pyramide, formés d'un ensemble d'éléments disposés en couches superposées, en strates successives. Il convient cependant de souligner que la hiérarchie n'est pas une caractéristique propre de l'ordre juridique, par laquelle il se distinguerait des autres systèmes. Il n'y a pas en effet de système sans *organisation*, c'est-à-dire sans un agencement interne : rompant avec le désordre et la dispersion originaires, l'organisation produit de l'ordre, en disposant les éléments constitutifs du système selon certaines règles, selon certaines lois ; l'homogénéité initiale fait place à l'*hétérogénéité*²⁸. L'organisation d'un système est « organisation de la différence »²⁹ : fixant la position respective des différents composants, elle n'établit pas seulement entre eux des relations de complémentarité, mais produit aussi inévitablement spécialisation et hiérarchisation ; les systèmes sont donc toujours des ensembles ségrégués et hiérarchisés. Il reste que la hiérarchie de l'ordre juridique présente des aspects particuliers, qui tiennent à la fois au caractère formel de cet ordre et au fait qu'il est appelé à régir la production du droit, c'est-à-dire en fait sa propre production.

La hiérarchisation de l'ordre juridique signifie que les normes qui le composent n'ont pas toutes la même portée et la même puissance. L'ordre juridique se présente comme un édifice formé de niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres : une norme se situant à un niveau donné n'est valide que dans la mesure où elle satisfait, par son émission et dans son contenu, aux déterminations inscrites dans d'autres normes de niveau supérieur ; et des mécanismes de régulation spécialisés sont institués pour vérifier cette conformité et retirer éventuellement

28. Hétérogénéité mesurée en physique par des probabilités inégales de trouver par exemple une forte concentration de certaines molécules à certains endroits (H. Atlan, *op. cit.*, p. 32).

29. E. Morin, *op. cit.*, p. 117.

de l'ordonnement juridique les normes indûment posées³⁰. Comme le montre Kelsen, chaque norme trouve ainsi le fondement de sa validité dans une autre norme du système, hiérarchiquement supérieure, qui règle sa création et dont elle n'est que l'« application » ; mais elle-même est, à son tour, la condition de validité de normes de niveau inférieur : « tout acte juridique est à la fois application d'une norme supérieure et création, réglée par cette norme, d'une norme inférieure »³¹. On est donc en présence d'une série de normes en cascade, qui s'enchaînent et s'engendrent successivement, en prenant appui les unes sur les autres : au sommet, une norme positive suprême, supérieure à toutes les autres et qui définit leurs conditions de production (la constitution dans le droit étatique) ; à la base, des normes étroitement encadrées par les normes placées au-dessus d'elles et dont la part de création, d'innovation est réduite — mais jamais complètement nulle ; entre les deux, différents degrés ou paliers, dont le nombre varie selon la complexité de l'ordre juridique, et qui sont à la fois déterminés (par les niveaux supérieurs) et déterminants (pour les niveaux inférieurs)³². Cette structure rigoureusement hiérarchisée de l'ordre juridique, généralement confortée et doublée par une hiérarchie de type organique — dès l'instant où les conditions de création du droit sont fixées sous la forme d'attributions de compétence à certains acteurs du système juridique ou agents de l'institution³³ —, contribue puissamment à maintenir la cohésion de l'ordre juridique : elle s'oppose à l'intégration de normes incompatibles avec la logique qui préside à la construction de l'ordre juridique et rayonne du sommet jusqu'en bas de la pyramide ; elle garantit le respect du principe de non-contradiction, par le retrait de la norme hiérarchiquement inférieure³⁴.

Véritable *police interne* de l'ordre juridique, le principe hiérarchique préserve ainsi son unité et règle l'agencement de ses éléments constitutifs ; il laisse néanmoins en suspend le problème crucial du fondement de la validité de l'ordre juridique, pris cette fois comme totalité. Dès l'instant en effet où l'on s'interroge sur la validité d'une norme, on est en effet inévitablement conduit à remonter de proche en proche les différents

30. Il arrive que cette régulation comporte certaines failles : c'est ainsi qu'en droit français, la supériorité des traités sur les lois, posée par l'article 55 de la constitution, est imparfaitement garantie dans la mesure où, à la différence des tribunaux judiciaires, le juge administratif refuse d'écarter une loi postérieure à un traité même si elle lui est contraire (C.E. 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, A.J.D.A., 1968, p. 235, concl. Questiaux).

31. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 315.

32. Pyramide parfaitement illustrée en droit positif français par la hiérarchie : constitution - traité - loi - règlement.

33. D'où le glissement logique opéré par R. Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 1, Sirey, 1920, rééd. C.N.R.S., 1962, p. 268) qui en vient à définir « la fonction par l'organe ».

34. Le principe de hiérarchie ne permet pas en revanche de résoudre la contradiction éventuelle de normes de même niveau : il faut alors se réténer au principe de succession dans le temps (*lex posterior derogat priori*) ou s'efforcer de les rendre compatibles par un travail d'interprétation.

niveaux de cet ordre jusqu'à la norme placée au sommet, qui conditionne la validité de toutes les autres ; à ce titre, on peut dire qu'un ordre juridique se caractérise par la soumission de toutes les normes qui le composent à une *norme positive suprême*. Reste cependant à savoir ce qui fonde la validité de cette norme suprême elle-même, et partant de tout l'ordre juridique. Dans la mesure où elle présente un caractère « positif », la norme suprême n'a pu être que « posée » : c'est le produit d'une volonté extérieure à l'ordre juridique lui-même ; le fondement de la validité de l'ordre juridique ne dépend plus en fin de compte que d'un élément extra-juridique, l'« autorité » détenue par celui qui a posé la norme positive suprême. L'ordre juridique tout entier semble dès lors se trouver singulièrement fragilisé, frappé de contingence en devenant le produit aléatoire d'un simple rapport de pouvoir : la norme suprême ne l'est que de nom puisqu'elle ne conditionne plus sa propre validité. D'où la tentative kelsénienne de *clôturer* l'ordre juridique sur lui-même, en plaçant son fondement ultime, non pas dans une norme suprême posée et positive, mais dans une norme « supposée » : « constitution première » et originaire, la *norme fondamentale* (*Grundnorme*), dont la validité est admise comme « hypothèse », a pour fonction de fonder la validité objective de l'ordre juridique positif ; de la norme fondamentale d'un ordre juridique donné « se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre » (p. 43) ; et l'ordre juridique peut être défini comme l'ensemble de normes « dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale » (p. 257), qui établit son unité constitutive (p. 273). Parce que cette norme fondamentale ne fournit que le « principe de validité » des normes, en déterminant les conditions de leur création et non pas leur contenu concret, l'ordre juridique peut être considéré comme un système de normes « dynamique » et évolutif.

Cette tentative n'est pas vraiment convainquante : il est en effet paradoxal de prétendre fonder la validité de l'ordre juridique positif, c'est-à-dire son caractère obligatoire, sur une norme qui n'est qu'« hypothétique » : on ne voit pas comment une simple supposition intellectuelle pourrait valoir habilitation à édicter des normes juridiques et à garantir leur validité : comme le montrent pertinemment J. Lenoble et F. Ost³⁵, la construction kelsénienne de la norme fondamentale ne relève pas, contrairement aux apparences, d'une position « positiviste » : ce n'est que la « traduction rationalisée du préjugé fondateur de la pensée juridique », à savoir le devoir d'obéissance au droit. En fait, la création d'un ordre juridique relève d'une *opération instituante*, qui n'est pas en tant que telle placée sous l'emprise du droit : elle traduit tout au plus l'existence d'une simple *représentation* préalable d'un ordre juridique souhaitable, qui ne saurait être considérée comme le fondement normatif de l'obligation juridique ; c'est ce que G. Burdeau exprime assez bien par le concept d'« idée de droit » qui, impliquant la représentation d'un

35. *Op. cit.*, pp. 529 ss. ; dans le même sens, J. Dabin, *op. cit.*, p. 62.

« certain type d'aménagement de la vie commune selon des règles pré-établies » est selon lui au cœur du processus d'institutionnalisation de tout pouvoir, et notamment du pouvoir étatique³⁶. L'ordre juridique est donc le produit d'une dynamique sociale qui continue à peser sur lui tout au long de son existence.

B. — DYNAMIQUE

L'analyse de l'ordre juridique ne peut être menée, sauf à tomber dans le piège du formalisme pur, sans prendre en compte la nature des liens qui l'unissent au reste de la société. Le concept même de système implique au demeurant déjà par lui-même que l'ordre juridique ne saurait être conçu comme une entité entièrement autonome, régie par des lois spécifiques et vivant en état d'auto-régulation : tout système baigne dans un certain environnement, avec lequel il entretient des relations réciproques d'échange ; et ces relations contribuent à le faire bouger, à l'animer, à le dynamiser.

L'intensité des échanges est néanmoins, comme le montre la théorie générale des systèmes, susceptible de variations. Sans doute, la distinction traditionnellement opérée entre les systèmes dits *fermés*, repliés sur eux-mêmes et insensibles aux pressions du dehors, et les systèmes dits *ouverts*, tournés vers l'extérieur et réceptifs aux sollicitations du milieu, comporte-t-elle une large part d'artifice : pas plus qu'il ne peut survivre s'il est isolé et privé de contacts avec un milieu écologique, dans lequel il puise les ressources et l'énergie qui lui sont indispensables pour fonctionner, un système ne peut subsister s'il perd ses caractéristiques propres et se fond dans le désordre ambiant ; tout comme la fermeture conduit à la mort par asphyxie ou entropie, l'ouverture conduit à la mort par dissolution ou éclatement. L'étanchéité parfaite est tout aussi inconcevable que l'osmose totale avec le milieu. Tout système est donc à la fois et nécessairement ouvert, dans la mesure où il s'insère dans un environnement, et fermé, dans la mesure où il s'en détache par la constitution d'une identité spécifique³⁷ : plus encore, les concepts de fermeture et d'ouverture se présupposent réciproquement, si tant est que l'ouverture implique l'existence préalable de frontières et la fermeture ne se conçoit que par référence à un milieu d'appartenance. Il reste que si ces deux tendances contradictoires sont à l'œuvre dans tout système, le degré de fermeture/ouverture, et l'équilibre réalisé entre ces deux attractions, varient. Certains systèmes, caractérisés par un ordre massif, compact, rigide et par une forte cohésion interne, n'ont avec leur environnement

36. Cette « idée de droit » ne se confond pas avec la « norme fondamentale » kelsénienne, dans la mesure où l'obligation juridique naît de la *croyance* que le bien collectif suppose le respect de la règle (voir G. Burdeau, *Traité de science politique*, Tome 2 : *L'Etat*, 3^e éd., 1980, n° 175, et aussi *L'Etat*, Seuil, coll. Politique, 1970, p. 58).

37. Voir E. Morin, *op. cit.*, pp. 197 ss.

que des échanges réduits ou de type unilatéral : ils prétendent imposer leur loi au milieu, sans être eux-mêmes placés sous son emprise. D'autres au contraire, dont l'ordre est souple, plastique, adaptable et les liens entre les composants relativement lâches, entretiennent avec leur environnement des relations étroites et réversibles : irrigués par un flux continu d'information en provenance du milieu, ils ajustent leur stratégie et infléchissent leur organisation en fonction de son évolution³⁸.

Cette présentation permet d'éclairer la nature des liens entre l'ordre juridique et la réalité sociale. Comme on l'a vu, l'ordre juridique est gouverné par une logique spécifique qui lui confère une identité propre, assure son unité positive et commande l'articulation de ses éléments constitutifs. Cette logique se caractérise sans nul doute par la rigueur, la rigidité, l'inflexibilité : n'autorisant aucun jeu, aucun flou intersticiel, aucune incertitude, elle ne tolère pas la contradiction, récuse les antinomies, réprime l'hétérodoxie et se projette dans la durée, en se posant comme inaltérable et éternelle. À ce titre, l'ordre juridique semble bien présenter tous les aspects d'un système *de type fermé*, c'est-à-dire construit autour d'une identité fortement accusée et hautement affirmée. Mais cette présentation est trompeuse et mérite d'être corrigée. De par la fonction normative qui lui incombe, l'ordre juridique est tenu d'être en contact permanent avec la réalité sociale : visant à agir sur elle, à la modeler, il est aussi le produit de ses déterminations ; l'ordre juridique n'a de sens et de pertinence que s'il est *efficace*³⁹, et cette exigence explique qu'il se trouve vis-à-vis de la réalité sociale dans un véritable rapport d'*adhérence* — au point qu'il est difficile de distinguer la part du juridique dans les comportements sociaux qu'il transcrit et infléchit par le même mouvement indissociable. Ce rapport étroit est discernable dès la phase d'institutionnalisation de l'ordre juridique : qu'on en fasse la projection d'une « idée de droit », fondée sur le consensus collectif, ou la résultante de forces instituantes, l'ordre juridique est toujours le reflet d'une certaine représentation du monde et de la société, qui s'est imposée au sein du groupe concerné : il est donc l'expression d'un certain mode d'être du social, frappé du sceau de l'historicité, et duquel il ne saurait être artificiellement détaché — au prétexte fallacieux d'un prétendu « positivisme juridique ». Cette dépendance à l'égard du social se prolonge tout au long de la vie de l'ordre juridique : construite à partir de l'expression de certaines exigences et de la formulation de certains enjeux, la norme juridique revient par rétroaction sur cette réalité pour la

38. Voir pour l'application de cette typologie aux systèmes administratifs (J. Chevallier, D. Loschak, *Science administrative II. L'administration comme organisation et système d'action*, L.G.D.J., 1978, pp. 155 ss., et J. Chevallier, « L'administration face au public », in *La communication administration-administrés*, P.U.F., 1983 (pp. 13 et 55) et aux systèmes politiques (J. Chevallier « Le modèle centre/périphérie dans l'analyse politique » in *Centre, périphérie, territoire*, P.U.F. 1978.

39. Pour Kelsen lui-même les normes d'un ordre juridique positif ne sont valables que *si*, et par conséquent *tant que*, cet ordre est efficace (p. 287) : l'efficacité est une *condition* de la validité, même si elle ne se confond pas avec elle.

transformer — mais tout en subissant, du fait du frottement engendré par cette *application* ainsi que de la nécessité de passer par la médiation d'acteurs sociaux concrets, une certaine torsion ; les réactions et les difficultés éventuelles constatées au niveau de l'exécution sont à leur tour génératrices de nouvelles normes.

Il y a donc, dans le fonctionnement concret de l'ordre juridique, *allers-retours* incessants du fait au droit, et du droit au fait : l'ordre juridique « ne trouve sa vérité, c'est-à-dire son efficacité, qu'au contact des situations concrètes que vivent les sujets de droit »⁴⁰. Loin d'imposer silence aux faits, par leur transsubstantiation miraculeuse en normes juridiques, l'ordre juridique s'en empare et s'en nourrit : le *fait* continue à vrombir, à bourdonner, au cœur même de l'ordre juridique, comme l'élément de *dés-ordre* dont celui-ci a besoin pour survivre⁴¹. Cette présence tenace et insistante du fait, incompatible avec la vision déshumanisée d'un ordre juridique fonctionnant en vase clos, de manière purement machinique, par application mécanique de normes abstraites, montre les limites de l'idée de fermeture qu'entend donner de lui-même l'ordre juridique ; révélant le « travail du négatif » au sein de cet ordre, elle permet du même coup de le mettre en branle : la dynamique juridique ne résulte donc pas de processus purement internes à l'ordre juridique, mais bien de la *tension dialectique entre le droit et le fait*. Il reste que si elle est présente dans tout ordre juridique, cette dialectique est plus ou moins intense selon le mode de construction de cet ordre : c'est ainsi que l'ordre juridique totalitaire, fondé sur la volonté de « conjurer le désordre » importé du dehors, dresse des barrières pour entraver la communication avec le reste de la société : « il faut qu'aucune perturbation étrangère ne vienne bousculer l'harmonieux déploiement de la loi afin que puisse se constituer un îlot d'ordre au sein d'un univers de désordre »⁴². Néanmoins, sous peine d'être frappé de paralysie, cet ordre lui-même ne peut éviter une certaine porosité : des mécanismes officieux d'échange et de régulation lui permettent de s'adapter — au prix de retards, distorsions, déformations —, en fonction des changements qui affectent l'environnement social.

1) PRODUCTION

Les concepts de fermeture et d'ouverture prennent en fait pour l'ordre juridique un sens très particulier, dans la mesure où, comme on l'a dit, celui-ci n'est, en tant que système, qu'un artefact, dont les mouvements sont commandés du dehors : la production de ses éléments constitutifs, les normes juridiques, dépend de l'intervention d'agents extérieurs, ce qui

40. S. Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 122.

41. Comme le souligne M. Guillaume (*Eloge du désordre*, Gallimard, 1978, p. 8), « tous les dispositifs de normalisation s'approchent au plus près du désordre pour s'en nourrir, se développer et produire leurs ordres spécifiques ».

42. D. Loschak, « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires », in *L'institution*, P.U.F., 1981, p. 149.

place du même coup l'ordre juridique sous le signe de l'ouverture ; la fermeture réside dans l'existence d'une logique rigide, qui joue comme élément de clôture vis-à-vis de l'environnement. Cette combinaison est parfaitement visible dans le processus de création du droit. La logique juridique joue ici comme *contrainte*, en pesant lourdement sur son déroulement : pour être valide, une norme juridique doit se plier aux déterminations de l'ordre juridique, qui désigne ceux qui sont habilités à l'édicter, fixe les rituels à observer, définit les formes à suivre, balise enfin le champ des possibles ; la production du droit se trouve dès lors soumise à l'emprise de la rationalité propre de l'ordre juridique, qui vaut comme cadre axiologique. Cependant, les normes juridiques ne s'engendrent pas mécaniquement par le simple jeu de processus internes ou par génération spontanée : ce sont bien des acteurs concrets, insérés dans des rapports complexes d'interaction extrajuridiques, qui les posent. Si la stratégie de ces acteurs se déploie dans le cadre des règles imposées par l'ordre juridique, elle ne s'y réduit pas : institutionnellement chargés de convertir en normes juridiques positives les attentes et les demandes du groupe social, ils occupent une position charnière entre la société et l'ordre juridique. Par eux, la réalité sociale pénètre dans l'ordre juridique, en se coulant dans *le moule de sa rationalité* et en se pliant à sa logique. L'origine du droit se situe donc clairement dans « la spère du non-juridique »⁴³ : elle passe par un processus « politique » de transformation d'exigences sociales en normes juridiques, qui dépend de la puissance respective des différentes forces sociales en présence et suppose la *médiation* d'acteurs habilités par l'ordre juridique à « dire le droit », selon les termes qu'il indique. Reste à savoir quelle est la part du « volontarisme » incluse dans cette médiation et de quelle marge de libre détermination disposent les acteurs chargés de décliner le droit positif.

Ainsi posé, le problème renvoie en fait à deux séries de questions différentes. Tout d'abord, il s'agit de déterminer si c'est bien l'intervention des organes habilités à formuler le droit positif qui est en fin de compte le *fait générateur du droit*. Pour toute une série d'auteurs au contraire, qui adhèrent à la distinction opérée par F. Gény⁴⁴ entre le « donné » et le « construit », le droit ne saurait être réduit aux seules règles « formelles » ou « techniques », qui résultent de cette intervention : il y a derrière ces règles une réalité juridique antérieure et plus profonde, sur laquelle s'appuie leur édicition ; le texte officiellement posé n'est jamais en fait que la cristallisation d'une norme juridique déjà présente, bien que de manière latente, au sein du groupe social. C'est ainsi que pour L. Duguit, c'est *l'état de conscience* de la masse des individus composant un groupe social donné qui est la « source créatrice du droit »⁴⁵ : il y a en effet droit quand cette masse « comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement

43. P. Oriane, *op. cit.*, p. 159.

44. *Science et technique en droit privé positif*, 4 tomes, 1914-1925.

45. *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd. Fontemoing, 1927, tome 1, p. 117.

organisée » (p. 94) ; c'est à ce moment que la simple norme sociale, fondée sur la solidarité et l'interdépendance, se transforme en norme juridique. Le droit n'est donc nullement une création de l'État et l'expression de sa suprématie, mais un « fait social » ; il se forme « spontanément dans l'esprit des hommes » (p. 128), sous l'influence de deux « sentiments » : celui de la « sociabilité », qui pousse à ce que soit sanctionné tout acte attentatoire à la solidarité sociale, celui de la « justice », qui incite à ce que soit préservée l'égalité de tous à la fois dans leurs rapports mutuels (justice commutative) et dans leurs rapports avec le groupe (justice distributive). C'est la double conscience qu'une règle est « essentielle pour le maintien de la solidarité sociale » et qu'il est « juste de la sanctionner », qui provoque sa transformation en règle de droit ; existant ainsi en dehors de l'État et sans que soit requise son intervention, cette règle s'impose à lui « objectivement », comme elle s'impose à tous les individus. Cela ne signifie pas pour autant que l'État, ou plutôt les gouvernants, n'aient aucun rôle à jouer dans la production juridique : si le respect de la règle de droit est obtenu par une réaction collective du groupe dans les sociétés qui ne connaissent pas la différenciation politique, il arrive un moment où les membres du groupe admettent que la sanction de cette règle soit assurée « d'une manière permanente par une réaction sociale recevant une organisation plus ou moins développée » (p. 110) : apparus avec la différenciation politique, les gouvernants ont pour fonction de transcrire les « règles de droit normatives », formées au sein du groupe en « règles de droit constructives et techniques » destinées à en garantir dans toute la mesure du possible le respect et l'application. Ces règles constructives tirent leur force obligatoire, non pas du fait qu'elles sont édictées par l'État, mais bien de la norme objective sur laquelle elles s'appuient : elles ne sont valides que pour autant qu'elles lui sont conformes, et leur institution ne fait pas disparaître cette norme. Duguit supprime donc toute manifestation de volonté dans la formation de la norme juridique ⁴⁶ : la norme sociale devient juridique par transmutation spontanée et avant même son constat par l'État. Pour G. Gurvitch aussi ⁴⁷, le fondement de la force obligatoire du droit positif doit être recherché dans des « sources primaires », sur lesquelles il s'appuie. Le droit ne saurait être, selon lui, réduit à un ensemble de règles abstraites et formelles ; il y a derrière ces règles des éléments plus concrets et plus objectifs. Les règles de droit ne sont en fait que l'expression de *faits normatifs* préexistants, qu'elles se bornent à « constater » — soit au moyen de procédés techniques prévus à l'avance (droit positif formel), soit par une « intuition directe et immédiate » (droit positif intuitif). Dépourvues par elles-mêmes d'autorité, ces « sources secondaires » du droit tirent leur force obligatoire des faits normatifs qu'elles constatent et qui, incarnant des valeurs juridiques positives,

46. L. Sfez, « Duguit et la théorie de l'État » (représentation et communication), in *Genèse de l'État*, A.P.D., tome XXI, Sirey, 1976, p. 112.

47. *Op. cit.*, pp. 133 ss.

garantissent par leur existence leur efficacité. La racine de ces faits normatifs se situe dans la réalité sociale qui engendre, dès le moment où elle s'anime⁴⁸, deux types de faits normatifs très différents par leur signification et par leur portée : ceux d'« union » ou de « communion » (sociabilité) et ceux fondés sur le simple « rapport à autrui » (commerce juridique) — les premiers étant à la fois plus riches du point de vue de leur essence et plus divers par leurs modes d'expression. Ainsi, l'acte formel de création du droit positif se trouve dépouillé de son prestige : simple « procédé technique » de constatation ou de reconnaissance d'une normativité préexistante, il relève de la « connaissance » plutôt que de la « volonté » (p. 140).

Toutes ces analyses visant à retrouver derrière les règles officiellement posées des normes sous-jacentes tirées de la nature (Gény) ou de la société (Duguit, Gurvitch) n'emportent pas la conviction. La « conscience sociale » sur laquelle Duguit prétend appuyer la norme juridique apparaît singulièrement fragile, faute d'une analyse en termes réellement sociologiques d'une conscience qui n'est en fait pour lui, comme l'a remarqué justement E. Pisier-Kouchner⁴⁹, qu'un autre aspect de la conscience individuelle : Duguit n'analyse en effet, ni les conditions de formation des normes sociales, ni le processus par lequel elles se transforment en normes juridiques ; il s'agit pour lui de phénomènes spontanés, naturels, qu'il se refuse à considérer comme le produit d'une certaine structuration préalable du champ social. Par le jeu d'un « humanisme », que certains jugent « naïf »⁵⁰ et d'autres « bourgeois »⁵¹, la norme sociale comme la norme juridique acquièrent une consistance propre, une existence autonome, transcendante aux rapports qui balayent l'espace social et codifient les représentations⁵². La théorie de Gurvitch n'encourt pas exactement le même type de critiques, dans la mesure où elle évite les pièges du psychologisme : cependant, les contours des faits normatifs restent flous, et leur caractère spécifiquement juridique difficile à établir ; et le souci de construire un droit placé hors de l'emprise étatique conduit Gurvitch à minimiser délibérément l'importance des clivages sociaux et le poids des arbitrages politiques. En réalité, dès l'instant où l'on ramène la norme juridique à un fait social diffus et générique, on est inévitablement conduit, soit à l'assimiler à la norme sociale, soit à placer son fondement dans une « conscience sociale », individuelle et collective, hypostasiée, et placée dans l'ordre du « vouloir ».

48. Pour Gurvitch, les faits normatifs sont l'expression seulement d'une « sociabilité active ».

49. *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, L.G.D.J., 1972, p. 89.

50. A. Cauquelin et L. Sfez, « Un trajet : de la demande sociale à l'économie libidinale », *R.F.S.P.*, 1975, p. 743.

51. N. et A.-J. Arnaud, « Une doctrine de l'Etat tranquillisante : le solidarisme juridique », in *La Genèse de l'Etat*, op. cit., p. 294.

52. J. Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, tome 2, P.U.F., 1979, p. 38.

Si l'on admet que la norme juridique est bien un « construit » social et non un donné préexistant, le problème se pose de façon différente. Entre la conception purement « objectiviste » précédente et la vision « volontariste » d'un « législateur rationnel », édictant la norme en fonction des seules règles de la Raison et exigences du Bien commun⁵³, un moyen terme existe : la norme juridique est en effet le produit aléatoire de l'ensemble des déterminations pesant sur le champ social dans lequel elle s'inscrit ; résultat d'un arbitrage entre demandes sociales antagoniques, elle est aussi la traduction d'un certain rapport de forces entre groupes sociaux. A.-J. Arnaud distingue ainsi⁵⁴ deux étapes dans le processus de production du droit : celle de « l'avant-dire droit », pendant laquelle s'affrontent normes instituées et normes en puissance, système de droit imposé et autres systèmes juridiques, dans un champ balisé par des facteurs objectifs (le contexte économique, l'état des mentalités) et subjectifs (les images et croyances, les usages et pratiques) ; celle du « dire-droit », qui correspond à la prise de décision consécutive à la mise en relation des données recueillies. Si elle traduit une conception très linéaire et très rationalisée du processus de création des normes juridiques — tout en le concevant sous la forme discutable d'un conflit de « raisons juridiques » antagoniques —, cette analyse rend cependant bien compte des mécanismes fondamentaux de la dynamique juridique, inséparable des mouvements qui agitent le corps social. Cette présentation est évidemment incompatible avec une vision qui faisant du droit un simple « reflet » de déterminismes sociaux reviendrait subrepticement à la conception précédente : c'est ainsi que pour E.B. Pasukanis⁵⁵, le rapport juridique est « directement » engendré par les rapports matériels de production et d'échange dans lesquels il s'enracine ; c'est le rapport économique qui est fondamentalement la source du rapport juridique, que le pouvoir d'État ne fait qu'aménager. Comme chez Duguit ou chez Gurvitch, le fait générateur de la norme juridique est dès lors rabattu vers la société.

2) REPRODUCTION

Loin d'être l'édifice massif, compact et intangible qu'il donne à voir, l'ordre juridique est affecté par un tourbillon, un *turnover*, permanent : bombardé par des sollicitations multiples, soumis à l'épreuve du fait qui corrode ses rouages, il subit régulièrement le renouvellement de ses éléments constitutifs, de plus en plus rapidement frappés d'obsolescence ; sujet à de perpétuelles transformations, et dont le rythme va en s'accélégrant, l'ordre juridique paraît être caractérisé par une instabilité chro-

53. « Mythologique », pour reprendre l'expression de J. Lenoble et F. Ost, à laquelle cède en partie J. Dabin (voir *op. cit.*, pp. 215 ss.) même s'il y voit l'expression d'une « Raison pratique ».

54. *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, pp. 323 ss.

55. *La théorie générale du droit et le marxisme*, 1929, E.D.I., 1969, notamment pp. 77-82 et 83.

nique. Cette instabilité n'est pourtant qu'épiphénoménale. L'ordre juridique constitue en réalité une parfaite illustration de ces systèmes qui parviennent à maintenir leur *état stationnaire*, par un effort continu d'innovation et de réorganisation. La stabilité d'un système n'est en effet nullement synonyme d'immobilisme, d'invariance, d'immuabilité : c'est un équilibre dynamique et évolutif, qui implique un processus incessant d'adaptation. D'une part, parce que l'environnement change : si le système veut garder toute son efficacité, réitérer ses performances, il lui faut évoluer de manière concomitante, en ajustant ses objectifs et ses modes d'action. D'autre part, parce que tout système tend à se dégrader : pour éviter l'échauffement interne, l'usure, la sclérose, il est tenu de remplacer périodiquement ses composants et de capter de nouvelles sources d'énergie. L'état stationnaire passe donc par des inflexions qui permettront au système de préserver ses caractéristiques essentielles, malgré les changements qui affectent le milieu ambiant. L'ordre juridique est, en raison de sa configuration propre, prédisposé à ce type de régulation : tenu d'*adhérer* à la réalité sociale, puisque sa validité dépend de son efficacité, il est relié à elle par de multiples réseaux qui garantissent sa sensibilité, sa réceptivité, sa perméabilité ; et ses éléments constitutifs sont particulièrement vulnérables à l'usure du temps. Mais les transformations incessantes qu'il subit, loin de menacer sa survie, sont la garantie de sa perpétuation, en assurant son efficacité sociale. L'instabilité des normes dissimule en fait la continuité de la logique profonde sur laquelle repose la cohésion de l'ordre juridique : l'ordre juridique résiste en effet à l'intégration de normes contraires à cette logique, qui joue comme principe de sélection et instrument de refoulement. Cette résistance se manifeste par le biais des contraintes qui régissent la production des normes et qui sont en principe suffisantes ; elle se prolonge par l'entrée en action de dispositifs de régulation chargés de traiter les normes hétérodoxes, de manière à les rendre compatibles avec la logique juridique (interprétation) ou, à défaut, de les expulser hors de l'ordre juridique (annulation). La plasticité et l'adaptabilité de l'ordre juridique rencontrent donc des limites structurales, qui constituent l'élément de clôture de ce système et en garantissent la *stabilité*. Néanmoins, s'il parvient à maintenir, grâce à des défenses immunitaires, son état stationnaire, l'ordre juridique ne dispose pas, en tant qu'artefact, de réelles facultés homéostatiques ; il a toujours besoin de la médiation d'intervenants extérieurs, capables de *réaliser* (rendre réelles) ses déterminations.

Cette stabilité de l'ordre juridique ne signifie nullement qu'il soit pour autant assuré de la pérennité. La logique qui imprègne l'ordre juridique est, on l'a dit, marquée du sceau de l'historicité : elle correspond à un certain équilibre social, caractérisé par la prédominance de certaines forces, par la prégnance de certaines représentations. L'ordre juridique est aussi un ordre de domination, transcrivant un rapport de forces au sein du groupe : les attentes sociales ne correspondant pas à cette logique sont impitoyablement refoulées comme hétérodoxes, déviantes, et donc inadmissibles. Cependant, ces attentes ne disparaissent pas : cris-

tallisées en représentations et en attitudes structurées⁵⁶, elles subsistent à la périphérie de l'ordre juridique comme facteur de *dés-ordre*, de dissonance. Au cas où ce bruit devient plus insistant et la pression plus forte, l'ordre juridique se trouve menacé sur le double plan de sa cohésion interne et de son efficacité sociale. La réponse peut consister en un durcissement de l'ordre juridique, qui se crispe sur sa logique et accentue son emprise sur les comportements : à l'accentuation du désordre correspond, par un processus en spirale, un renforcement de l'ordre⁵⁷. Mais ce fonctionnement de type explosif rencontre des limites : aussi l'ordre juridique peut-il évoluer en faisant preuve d'une plus grande tolérance, et en infléchissant sa logique par l'intégration de nouveaux éléments. Cette *ré-génération* de l'ordre juridique est de nature à diminuer la pression qui pèse sur lui. Elle n'est pourtant pas toujours suffisante, et la persistance de la crise peut entraîner un véritable changement de structure, traduit par l'émergence d'un nouvel ordre, fondé sur une logique différente. Dans tous les cas, ce changement est évidemment indissociable d'un déplacement plus global des équilibres sociaux, qui entraîne la restructuration en chaîne des dispositifs de normalisation constituant l'armature de la société : l'ordre juridique ne saurait être plus stable que le groupe social dont il émane⁵⁸. Cette constatation conduit à mettre l'accent sur l'autre dimension de l'ordre juridique, à savoir la fonction normative qu'il remplit dans la société.

••

II. — L'ORDRE JURIDIQUE COMME DISPOSITIF NORMATIF

Le concept d'ordre juridique ne traduit pas seulement un principe de *cohésion* formel des normes juridiques, agencées en un ensemble systématique, régi par certaines lois : il renvoie aussi à la fonction *concrète* remplie par le droit dans la société. Le droit est un « ordre » encore dans la mesure où, modelant les représentations et les comportements, il est doté d'une portée *normative*⁵⁹. Cette vision a parfois été récusée, au motif qu'elle aboutirait à concevoir le droit avant tout comme un instrument d'assujettissement, en négligeant sa dimension positive et créatrice : constitués par l'ordre juridique en « sujets de droit », les individus et les groupes en tirent une capacité d'action et des possibilités

56. Prenant les caractères, selon A.-J. Arnaud (*Critique, op. cit.*, pp. 338-349) de systèmes « infra-juridiques » ou « vulgaires », concurrents de l'ordre juridique dominant et s'opposant à lui.

57. M. Guillaume, *op. cit.*, p. 9.

58. H. Lévy-Brühl, *Sociologie du droit*, P.U.F., coll. Que sais-je, n° 951, 1964, p. 31.

59. Comme le dit Kelsen (*op. cit.*, p. 16), le droit est « un ordre ou règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règle la conduite d'être humains ».

nouvelles. Fondé, totalement ou partiellement, sur l'idée de « justice »⁶⁰, le droit serait d'abord un moyen de réalisation des aspirations individuelles et collectives. C'est ainsi que pour Gurvitch, il convient d'opposer au « droit de coordination et de subordination » d'inspiration individualiste, un « droit social » basé sur l'intégration : le droit n'est en effet pas seulement un ordre négatif et limitatif, mais aussi « un ordre de collaboration positive, de soutien, d'aide, de conformité » ; il faut s'habituer à voir en lui « un ordre de paix, d'union, de travail en commun, un ordre de service social, aussi bien qu'un ordre de guerre, de séparation disjonctive, de réparation » (p. 19). La structure profonde de la règle de droit serait d'ailleurs « multilatérale », c'est-à-dire caractérisée par l'interdépendance des devoirs et des prétentions, par « l'enchevêtrement des réciprocités juridiques » (p. 104) — ce qui interdirait de la concevoir en termes de contrainte unilatérale⁶¹. Cependant, l'idée de *normativité* ne préjuge pas du contenu concret de l'ordre juridique : elle met seulement en évidence son « efficace » propre, à savoir sa vocation à agir sur le milieu social, à le discipliner, en obtenant certains comportements de la part des destinataires.

La portée normative du droit est d'emblée perceptible au vu de ses énoncés. Si elle n'est pas toujours formulée sous la forme « impérative »⁶² — positivement d'un ordre ou d'une injonction, négativement d'un interdit ou d'une prohibition —, puisqu'elle peut être « permissive » ou « habilitatrice »⁶³, elle ne se réduit pour autant jamais à une simple constatation, à une simple description : elle comporte des *prescriptions*, édicte des dispositions, fixe des règles, auxquelles les destinataires sont tenus d'obéir ; ainsi le droit assure-t-il l'encadrement normatif des conduites, en imposant le respect de certains modèles de comportement et, au-delà, la régulation plus globale des échanges sociaux. Cet effet normatif est apparemment assez différent selon que la règle de droit fonctionne sur le mode de *l'interdit*, et se borne à limiter le champ des actions licites⁶⁴, ou au contraire procède par voie d'*injonction* et prétend

60. Idée de justice qui contrebalance pour M. Hauriou les exigences de l'ordre et se combine pour L. Duguit avec le sentiment de « sociabilité ».

61. Pour A. Kojève au contraire, la structure du droit est caractérisée non pas par l'enchevêtrement des réciprocités mais par l'intervention d'un « tiers désintéressé » (*Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, pp. 24-25).

62. Quand il existe, cet « impératif » n'est, comme le remarque pertinemment S. Goyard-Fabre (*op. cit.*, pp. 83 ss.), pas réductible aux catégories kantienne de « l'impératif catégorique », puisque la règle de droit se rapporte toujours à une conduite effective et concrète, et de « l'impératif hypothétique » (en dépit de la thèse kelsénienne), puisque ce ne sont jamais les visées personnelles d'un sujet qui déterminent les conditions du droit. Pour J. Dabin en revanche (*op. cit.*, p. 73), la règle de droit comporte bien un « impératif catégorique » dans la mesure où il est indépendant de la volonté du sujet.

63. En ce sens, J. Carbonnier (*Flexible droit*, L.G.D.J., 1971), qui montre bien les limites de la conception d'un droit à base de commandement et d'obéissance.

64. Dispositif parfaitement visible dans le droit canon, fondé sur la *summa divisio* du licite et de l'illicite, et « traçant le cercle où doivent s'opérer les dessaisissements élémentaires, c'est-à-dire là où se déclarent les consignes les plus lourdes, par lesquelles l'institution amorce véritablement son grand œuvre, à savoir la résorption du désir » (P. Legendre, *L'amour du censeur*, *op. cit.*, p. 124).

dicter les conduites de manière positive : alors que dans la première hypothèse, le quadrillage juridique reste lâche, extériorisé et préserve une marge d'autonomie individuelle, le droit devient, dans la seconde, un dispositif effectif de contrôle et de « normalisation »⁶⁵ ; cependant, non seulement tout ordre juridique combine, bien que selon un équilibre variable, ces deux techniques, mais encore il tend à renforcer sans cesse sa positivité, en s'assurant une emprise toujours plus forte sur les comportements⁶⁶. Mais la normativité du droit ne tient pas à la seule force prescriptive de ses énoncés. Le droit est aussi un *discours*⁶⁷ imprégné des valeurs fondamentales qui assurent la cohésion du groupe social et transcendant les déterminations élémentaires qui sont au cœur de l'ordre social : dans la norme juridique se profile une certaine conception de la « normalité », pétrie des représentations sociales dominantes. Or, le droit est un vecteur privilégié de diffusion et d'inculcation de ces valeurs et de ces normes, dans la mesure où la conjugaison de la systématité et de la force prescriptive confèrent à son discours une singulière *puissance* persuasive, en le parant du privilège de l'incontestabilité ; les représentations qu'il véhicule bénéficient en effet par projection tout à la fois de l'aura de « rationalité » qui nimbe l'ordre juridique entier et de l'« autorité » qui s'attache à ses énoncés : la force obligatoire n'est pas limitée au dispositif instrumental, elle s'étend aux valeurs qui en sont le soubassement. Parallèlement à son contenu explicite, le texte juridique impose par voie d'autorité un ensemble de croyances, dont la certitude ne saurait être mise en doute : il suffit qu'elles soient enchâssées dans la loi pour devenir incontestables et sacrées⁶⁸.

La perception de l'ordre juridique comme dispositif normatif conduit à mettre en évidence les liens qui l'unissent à l'ordre social, dont il est l'un des éléments constitutifs (A), et partant à s'interroger sur la place qu'il occupe dans l'architecture sociale (B). Là encore, il convient d'éviter l'écueil de deux analyses également réductrices : l'une qui, concevant la société comme un Tout uni et intégré, pose l'ordre juridique comme monolithique et homogène ; l'autre qui fait du pluralisme d'ordres juridiques atomisés et hétérogènes le produit de la diversité sociale. En fait, si tout processus d'institutionnalisation passe bien par la mise en place d'un système de droit qui présente souvent tous les aspects d'un véritable ordre juridique, ces ordres juridiques partiels sont, dans le cadre d'une société donnée, unis par un principe de cohésion structural et agencés selon un certain plan d'ensemble.

65. La distinction opérée *infra* par D. Loschak (« Droit, normalité et normalisation ») entre la dimension « normative » du droit, fondamentale du point de vue de son essence, et sa portée « normalisatrice », variable au contraire selon l'intensité du quadrillage juridique — ce qui la conduit à distinguer, à titre d'« idéaux-types », un « ordre juridique libéral » et un « ordre juridique totalitaire » — est, sur ce point, très éclairante.

66. Voir J. Chevallier, « Le modèle centre/périphérie », *op. cit.*, p. 19.

67. D. Loschak, « Le droit, discours de pouvoir », in *Itinéraires*, Etudes en l'honneur de Léo Hamon, Economica 1982, pp. 429 ss.

68. J. Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif », *op. cit.* p. 53.

A. — ORDRE JURIDIQUE ET ORDRE SOCIAL

Les rapports entre l'ordre juridique et l'ordre social doivent être pensés en termes d'*inclusion* : l'ordre juridique ne constitue par un ensemble distinct, mais un *sous-ensemble* de l'ordre social, auquel il est génétiquement et structurellement lié. Dans ces conditions, si l'ordre juridique est intégré dans l'ordre social, il ne se confond pas pour autant avec lui. Le droit n'est pas le seul instrument servant à modeler les comportements sociaux : plus large et plus diffuse que la normativité juridique, la normativité sociale passe aussi par les mœurs, les usages, les manières de vivre ; l'ordre social englobe ces dispositifs normatifs très divers, dont l'agencement et l'articulation varient selon les sociétés. Si toute norme juridique est bien une norme sociale, l'inverse n'est pas vrai : les règles de conduite sociale ne sont pas toutes des normes juridiques et une partie d'entre elles restent placées hors de l'emprise du droit. L'analyse des relations entre l'ordre social et l'ordre juridique suppose que soient préalablement définis les contours de celui-ci, afin d'éviter qu'il ne se transforme en « sous-ensemble flou », et dégagés les traits spécifiques de la normativité juridique.

Cette question classique de la *juridicité* a fait l'objet de multiples réponses, qui tournent autour de trois critères essentiels, souvent utilisés de manière combinée : celui des finalités du droit, celui du « procès » juridique, celui de la puissance de contrainte attachée à la norme juridique. Pour certains auteurs, le droit est dominé par une « intention », celle de la *justice* : « essai en vue de réaliser la justice »⁶⁹, le droit ne serait « rien d'autre que l'application de l'idée de justice à des interactions sociales »⁷⁰ ; une règle de conduite n'est donc une norme juridique que dans la mesure où elle est sous-tendue par « l'idéal de justice », qu'elle vise à appliquer dans les relations sociales. Certes, la morale aussi peut déboucher sur l'idée de justice : mais le lien n'est pas inéluctable comme dans le phénomène juridique, et quand il existe la justice n'est qu'un « moyen » au service de la morale (A. Kojève) ou une « rationalisation » de celle-ci (G. Gurvitch). La définition d'un phénomène social par sa finalité est néanmoins toujours aléatoire, dans la mesure où cette finalité est généralement construite *a posteriori* et fortement idéologisée : le principe de justice n'est qu'un « idéal » très vague, dépourvu de contenu objectif et susceptible de multiples traductions ; il joue plutôt comme système de légitimation de la norme juridique, qui s'inspire, au demeurant, d'autres considérations⁷¹. Dès lors, on est porté à rechercher dans la

69. G. Gurvitch, *op. cit.*, p. 76.

70. A. Kojève, *op. cit.*, pp. 181, 331.

71. Pour M. Hauriou par exemple le droit positif est « un composé d'ordre social saupoudré de justice » (*Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929, p. 35) — la composante d'ordre l'emportant nettement et donnant sa physionomie particulière au droit positif : alors que la justice tend à l'égalité et à la proportionnalité entre les hommes, l'ordre social a pour fonction d'assurer la stabilité des relations sociales et de « faire l'entreprise d'une civilisation » ; même si tout

structure même du mécanisme juridique les racines de son particularisme : ce qui serait propre au droit serait l'organisation d'un « débat », d'une « contestation », dont la forme typique est celle du *procès* — dans lequel un tiers (le juge) intervient pour trancher un litige par une décision (le jugement). Avancée par H. Kantorowicz⁷², sous le concept de « justiciabilité », et reprise par J. Carbonnier⁷³ sous le terme de « mise en question », cette thèse avait été systématisée dès 1943 par A. Kojève. Pour Kojève, le particularisme du droit réside dans l'intervention d'un « tiers » impartial et désintéressé, qui s'effectue à l'occasion d'une « interaction » entre deux êtres humains, et dont l'objectif est d'annuler la réaction éventuelle du second à l'action du premier : c'est cette intervention qui constitue « l'élément spécifiquement juridique » ; c'est elle qui « transmet un caractère juridique à l'ensemble de la situation » (p. 25). En pratique ce « tiers » n'est jamais quelconque : il est choisi au sein du « groupe exclusif d'une société donnée à un moment donné » (p. 90), c'est-à-dire du groupe capable de supprimer et d'exclure tous les autres ; dans le droit étatique, ce tiers n'est autre que l'Etat. Mais cette relation « triangulaire » est aussi, comme l'a bien montré J.-P. Sartre⁷⁴, la figure même de la sociabilité et la racine de l'organisation sociale.

Aussi est-ce bien, par-delà l'intention aléatoire de « justice » et la structure du « procès », l'élément de *contrainte* qui confère au droit son particularisme : pour Kelsen, le propre du droit est d'être, à la différence des autres systèmes normatifs qui, comme lui, prescrivent certains comportements, un « ordre de contrainte », c'est-à-dire de réagir par des actes de contrainte aux conduites considérées comme indésirables (p. 46) et contraires à ses prescriptions ; et de même pour Duguit, la norme sociale devient norme juridique quand il y a « intervention de la contrainte sociale », c'est-à-dire lorsque la masse des individus composant le groupe « comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée » (pp. 93-94). Le terme de « contrainte » est plus précis que celui de « force obligatoire », qui caractérise toute norme quelconque : la contrainte implique, selon l'heureuse formule de P. Orianne, un véritable pouvoir d'« exigibilité », à savoir la capacité d'obtenir l'exécution par les destinataires, au besoin contre leur gré. Si elle s'appuie sur des « sanctions » elle ne s'y réduit pas, dans la double mesure où il est rarement nécessaire d'y recourir — l'exécution étant généralement acquise spontanément par le seul jeu de la puissance persuasive du droit —, et où d'autres moyens (par exemple des mesures de rétorsion) peuvent être mobilisés pour l'obtenir. La sanction n'est que

ordre social contient une certaine dose de justice, il se trouve en conflit avec celle qu'il n'a pas incorporée — conflit pouvant dégénérer en véritable crise sociale.

72. *The Definition of Law*, 1958, pp. 78 ss.

73. *Sociologie juridique op. cit.*, A.J. Arnaud s'en inspire dans son interprétation de l'« interaction juridique » (*Critique op. cit.*, p. 279).

74. *Critique de la Raison dialectique*, Gallimard, 1960, par exemple p. 520.

« l'accessoire » (J. Dabin) ou le « corrélat » (S. Goyard-Fabre) de l'obligation juridique. On mesure dès lors le fossé qui sépare le droit de la morale, entendue au sens d'« éthique », qui non seulement n'est jamais assortie de sanctions, mais encore implique que le sujet y adhère, dans son for intérieur : si les mêmes exigences peuvent relever, alternativement ou cumulativement de la morale ou du droit⁷⁵, elles sont formulées dans les deux cas de manière foncièrement différente ; la transformation d'une règle morale en règle juridique provoque son « extériorisation »⁷⁶ et place son observation sous le signe de la contrainte et non plus seulement d'une simple obligation subjective. Mais le droit se distingue aussi par là des autres normes sociales qui n'exercent jamais qu'une pression indirecte et ne présentent pas le caractère d'une contrainte véritable. Certes, cette contrainte n'est ni toujours explicite, ni toujours perceptible dans le droit, notamment lorsqu'il s'agit de règles « positives » qui reconnaissent, autorisent, habilitent : elle est pourtant latente, même si elle n'a pas l'occasion de se manifester en l'absence de toute éventualité de résistance ou de transgression. Le danger de ce critère est qu'il risque, si l'on n'y prend garde, de conduire par glissement à concevoir le droit à partir du modèle étatique : il est clair néanmoins que la contrainte ne s'exprime pas toujours sous la forme qu'elle prend dans le droit étatique et peut se manifester de manière plus diffuse et sans l'appui d'un appareil répressif aussi élaboré.

1) SOCIALISATION DE L'ORDRE JURIDIQUE

L'ordre juridique est inséparable de l'ordre social plus global qui résulte de l'entrecroisement des différents dispositifs normatifs existant à l'intérieur du groupe social et qui sur-détermine leur particularisme et leur spécificité.

Ce qui a été dit à propos de l'ordre juridique peut être transposé homothétiquement au niveau de l'ordre social dans son ensemble. L'ordre social doit être entendu tout d'abord comme le principe de cohésion, d'unité structurale, qui soude la société et assure la continuité et la transparence des significations sociales. Aucune société ne peut exister et survivre sans donner de la nature et d'elle-même une image de cohérence, d'intelligibilité, de lisibilité : « elle fait être un monde de signi-

75. Pour de nombreux auteurs (voir par exemple J. Dabin, *op. cit.*, p. 107, ou H. Lévy-Bruhl, *op. cit.*, p. 36), il y aurait une différence intrinsèque entre la morale, qui s'adresse à la conscience individuelle et se préoccupe de la vie intérieure, et le droit, qui s'intéresse avant tout aux actes et aux attitudes, en ne prenant en compte le monde des intentions que dans la mesure où il « s'extériorise ou s'objectivise d'une manière quelconque, c'est-à-dire se manifeste à l'extérieur » (A. Kojève, *op. cit.*, p. 225) ; cependant, la limite est difficile à tracer, notamment quand on est en présence d'institutions totalitaires qui récuse cette distinction et entendent prendre l'homme en charge dans tous les aspects de son existence.

76. Comme le dit S. Goyard-Fabre (*op. cit.*, p. 245), « ce n'est jamais des tréfonds d'une conscience que l'obligation juridique trouve sa vérité ; c'est en irradiant sur la réalité qu'elle prend corps et manifeste sa puissance ».

fications et est elle-même par référence à un tel monde »⁷⁷ ; il y a au cœur du procès de constitution du social l'*institution*, par un coup de force fondateur, d'un ensemble de représentations, d'images, de symboles, qui assurent la société dans son être, affirment son identité collective. Or, cette opération instituante est aussi l'instauration d'un *ordre*, d'une police des significations⁷⁸ : elle classe, en distinguant ce qui est bien/mal, juste/injuste, licite/illicite, mais aussi ordonne, en articulant les diverses représentations en chaînes d'oppositions structurées et cohérentes ; l'institution du social revient à « établir des dichotomies », à « assigner des places », c'est-à-dire en fin de compte à créer une « métrique », par la « tyrannie d'un logos classifiant »⁷⁹. Cet ordre de significations, ou *code social*, qui sert de prisme, de filtre, à l'appréhension du réel, est par hypothèse complet, exhaustif, sans failles. D'une part, il ne laisse rien sans réponse : « tout doit absolument être pris dans le réseau des significations, tout doit faire sens ». D'autre part, les significations se tiennent en un ensemble logique, d'où toute contradiction est bannie. Véritable « ciment social », le code représente dans une société donnée la « seule parole vraie, d'une vérité totale, à ce point oppressante »⁸⁰ que tous sont tenus de s'y référer : chaque ordre social partiel, dispositif normatif singulier, assure sa propagation et est lui-même imprégné par lui ; les significations particulières qu'il véhicule sont nécessairement secondaires, dérivées et compatibles avec les significations principales dont dépend la cohésion de la société. En organisant « les énoncés dominants et l'ordre établi d'une société, les langues et les savoirs dominants, les actions et les sentiments conformes », le code assure « l'homogénéité des différents segments, leur convertibilité, leur traductibilité » et « règle les passages des uns aux autres et sous quelle prévalence »⁸¹. L'ordre juridique est donc intégré à un ordre plus large, dont il reproduit les déterminations essentielles ; sa logique est indissociable du code social qui lui donne sa configuration propre. Cependant, le code social n'est pas fixé une fois pour toutes, intangible, immuable : il évolue au gré des mutations sociales ; et ces inflexions ne peuvent manquer d'avoir une incidence sur la structure même de l'ordre juridique.

Soudé par le code qui règle les significations élémentaires, l'ordre social est constitué des diverses normes régissant les conduites individuelles, articulées en un *ensemble systématique*. Toute société est fondée sur l'imposition de certaines disciplines, sur l'inculcation de certains modèles de comportement, sur l'agencement de certains équilibres entre ses éléments constitutifs. Certes, la densité et l'intensité de ces normes varient selon les cas : l'ordre social peut être relativement lâche, distendu,

77. C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, 1975, p. 481.

78. J. Chevallier, « L'analyse institutionnelle », in *L'institution*, P.U.F., 1981, pp. 35-36.

79. M. Guillaume, *op. cit.*, p. 94.

80. P. Legendre, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, éd. Minuit, 1976, p. 105.

81. G. Deleuze, C. Parnet, *Dialogues*, Flammarion, 1977, p. 156.

discontinu, en laissant aux membres une sphère de liberté, une marge d'autonomie ; mais il peut aussi être global, multidimensionnel, totalisant, en prétendant régir l'existence des individus dans ses moindres aspects et couvrir l'intégralité du champ social. Superficiel, épidermique, lorsqu'il se borne à édicter des interdits, il se fait pénétrant, insinuant, lorsqu'il prétend obtenir des actes positifs. Mais aucune société ne peut se passer d'un minimum de règles, contrebalançant la pression des forces centrifuges, et destinées à assurer sa cohésion et à réaliser son intégration⁸² ; elle implique toujours la définition, négative ou positive, d'une certaine *normalité*, et la production corrélatrice de comportements conformes/déviantes. Le concept d'ordre social souligne que ces règles sont liées entre elles, au prix d'une régulation incessante servant à ajuster leurs exigences et à supprimer les contradictions éventuelles⁸³, mais aussi hiérarchisées : les divers ordres partiels ne sont pas simplement juxtaposés, mais emboîtés de manière à former un édifice stratifié et cohérent ; occupant chacun une position particulière au sein de l'ordre social, ils apparaissent comme les éléments d'un ensemble, les parties d'un tout, qui les dépasse. Le particularisme de l'ordre juridique réside apparemment dans son caractère second, dérivé : formée à partir d'une norme sociale préexistante, la norme juridique lui conférerait seulement une portée nouvelle en l'assortissant de la contrainte. Néanmoins, ce lien n'est pas réductible à une dépendance mécanique et unilatérale : la norme juridique ne se borne pas à *transcrire* la norme sociale en termes juridiques ; elle contribue aussi à la *produire*. Il y a en réalité un mouvement de va-et-vient de l'une à l'autre : si la norme juridique est formée à partir de normes préétablies, elle réinterprète et reconstruit ces normes en fonction de sa logique ; et elle agit en retour sur les représentations et les comportements sociaux. L'ordre juridique ne se contente donc pas d'entériner et d'*encoder* une normalité sociale déjà-là, en servant à la fixer et à l'imposer par la contrainte ; il parvient, par son efficacité normative propre à la *modeller*. Par un véritable « double-jeu », la normativité juridique réfléchit et imprime tout à la fois une certaine vision de la normalité sociale⁸⁴, à laquelle elle est inextricablement mêlée. Par ailleurs, cet ordre social est, par essence même, changeant et évolutif⁸⁵ ; et l'ordre juridique concourt, par la dynamique résultant du frottement de ses éléments constitutifs et de la confrontation incessante du droit et du fait, à le faire bouger, à l'animer.

82. Pour M. Hauriou (*Précis, op. cit.*, p. 34), l'ordre social est « une organisation de la société sur certaines bases en vue d'assurer au mieux la subsistance du groupe, de faire l'entreprise d'une civilisation et aussi en vue d'obtenir, par des équilibres appropriés, le mouvement lent et uniforme de l'ensemble des situations et relations sociales ».

83. L. Duguit (*Traité, op. cit.*, p. 89) souligne bien que « la norme sociale est une par son fondement, son caractère général et son objet », la diversité tenant à l'intensité de la réaction sociale.

84. D. Loschak, *infra*, II.

85. M. Hauriou le conçoit comme « le mouvement lent et uniforme d'un ensemble donné » (*Précis, op. cit.*, p. 62).

2) JURIDICISATION DE L'ORDRE SOCIAL

S'il n'y a pas de société sans un minimum d'ordre — entendu à la fois comme police des significations et discipline des comportements —, la part réservée au droit dans cet ordre est, en revanche, variable : l'ordre juridique n'est qu'un des modes possibles de contrôle des conduites, et son importance par rapport aux autres dispositifs normatifs est plus ou moins grande selon les cas ; la mesure du degré de juridicisation de l'ordre social est dès lors un bon indicateur pour mettre au jour la structure sociale.

La part du droit a incontestablement tendance à croître au fur et à mesure du développement social : il semble qu'un mouvement irrésistible pousse à l'extériorisation progressive des disciplines sociales, par la codification rigoureuse des règles et la substitution de la contrainte impersonnelle au sentiment intérieur d'obligation⁸⁶. Sans doute, comme on l'a justement noté⁸⁷, l'idée d'une société a-juridique est-elle illusoire : dès l'instant où un groupe social *s'institutionnalise*, il est voué au droit, « colonne vertébrale du corps social » (Del Vecchio) ; dans tout ordre social, il y a déjà les linéaments d'un ordre juridique. A cet égard, le droit apparaît bien historiquement antérieur à l'État : si elles ne connaissent pas de différenciation politique et s'il n'y a pas en leur sein d'appareil de « contrainte » spécialisé⁸⁸, les sociétés « primitives » ou « pré-étatiques » comportent un réseau extraordinairement dense de règles, de normes qui, articulées les unes aux autres, forment un ordre social complet, exhaustif, ayant réponse à tout ; garanti par la pression collective du groupe, cet ordre est sans nul doute déjà un ordre de « contrainte »⁸⁹. Mais il est vain de prétendre circonscrire en son sein la part du juridique, dans la mesure où il constitue au contraire un ensemble compact et monolithique, dans lequel religion, morale, droit sont indissociables, et à vrai dire confondus. Ce n'est qu'à partir du moment où ces sociétés sont affectées par un mouvement de division interne, entraînant la dissolution de la communauté primitive et l'émergence de l'État, que les diverses composantes de l'ordre social commencent à être distinguées : détaché de la religion et de la morale, par un mouvement lent et progressif de *laïcisation*, l'ordre juridique acquiert ses caractéristiques et sa logique propres. Mais droit et religion auront encore, et pendant longtemps, partie liée : plus encore, c'est à l'abri et sous le couvert de la religion que les ressorts essentiels de la dogmatique juridique, fondée sur la conjonction de la systématité et de la normativité apparaîtront en Occident. Comme l'a montré P. Legendre, c'est parce que, et dans

86. Pour sa part, A. Kojève explique ce phénomène par le fait que la complexification croissante de la société multiplie les interactions sociales, en augmentant du même coup mécaniquement le besoin de droit (*op. cit.*, p. 124).

87. M. Virally, *La pensée juridique*, L.G.D.J., 1960, p. 3.

88. P. Clastres, *La société contre l'État*, éd. Minuit, 1974.

89. Voir les remarques de P. Birnbaum, « Les origines de la domination politique », *R.F.S.P.*, 1977, p. 5 (et la réponse de P. Clastres).

la mesure où, elle s'appuie sur un Texte authentiquement sacré (le Livre) et sur l'autorité vénérable du Pontife, que la norme juridique obtient « le miracle de la soumission »⁹⁰. Et il faudra le relais de l'État pour que l'ordre juridique garde toute sa puissance normative.

Ayant ainsi pris son autonomie, l'ordre juridique a d'abord été cantonné dans un rôle limité d'encadrement des comportements et des relations sociales : fonctionnant essentiellement à base d'interdits, il se contentait de délimiter, négativement, le champ des activités licites, en édictant des prohibitions, sévèrement sanctionnées ; à l'intérieur de ce cadre, il était relayé par d'autres dispositifs normatifs. Puis, on l'a dit, l'ordre juridique, caractérisé par une positivité nouvelle et imposant des comportements effectifs, a grignoté progressivement cette sphère extra-juridique, en étendant du même coup la surface qu'il occupe au sein de l'ordre social : désormais formulées en termes juridiques, de nombreuses normes sociales ont été attirées dans son orbite. On a ainsi assisté à une véritable *explosion* du droit, qui envahit des domaines de plus en plus nombreux et diversifiés et cherche à dicter l'ensemble des conduites sociales : aucune activité ne peut plus prétendre échapper à l'emprise du droit ; et chaque comportement est tenu de s'inscrire dans le cadre strict qu'il autorise. La « profusion normative » (D. Loschak) ne caractérise pas seulement les sociétés de type totalitaire, mais aussi les sociétés libérales, dans lesquelles la norme juridique tend à devenir l'élément privilégié de contrôle social. On peut se demander si, au terme de cette évolution, on ne parviendra pas à une *juridicisation intégrale* de l'ordre social, et à une utilisation exclusive du registre du droit pour modeler les comportements sociaux.

Cette perspective de « pan-juridisme » est cependant, sinon contredite, du moins nuancée, par plusieurs constatations. D'abord, l'expansion du droit ne signifie pas qu'il parvienne à « emplir tout l'univers social sans y laisser aucun vide »⁹¹ ; au contraire, dès l'instant où l'on prend le problème à l'envers en s'intéressant aux blancs, aux interstices, aux lacunes qui existent dans le quadrillage juridique, on voit que la part du *non-droit* reste considérable — pour ne pas dire prédominante : non seulement le droit est contraint de « s'auto-limiter », faute de parvenir à saisir certaines situations, mais encore il « s'auto-neutralise », au moment où il prétend pousser trop avant ses investigations. Ensuite, l'explosion juridique semble se doubler d'une transformation de la *nature* du droit⁹², dont la dimension proprement normative régresse, au profit d'exigences purement instrumentales ou opérationnelles. Devenu une simple technique de gestion des rapports sociaux, visant avant tout à l'efficacité, la règle de droit tend à perdre ses caractéristiques traditionnelles : la cohérence devient illusoire dans un système de droit hypercomplexe et les

90. P. Legendre, *L'amour du censeur*, *op. cit.*, p. 82.

91. J. Carbonnier, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 19.

92. P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *R.D.P.*, 1982, pp. 279 ss.

mécanismes de régulation ne suffisent plus à la tâche ; la stabilité est contredite par l'obsolescence de textes qui se renouvellent à une cadence de plus en plus rapide ; quant à la contrainte, elle fait place à la « direction non-autoritaire des conduites » qui s'efforce d'emporter l'adhésion. Enfin, il est significatif qu'au moment même où la normativité du droit décline, on assiste au perfectionnement de nouvelles techniques de *manipulation* des comportements, qui utilisent d'autres ressorts et cherchent à s'insinuer dans le « for intérieur » des individus : pour P. Legendre, le droit est ainsi en passe d'être dépossédé de sa fonction normative par les sciences dites « humaines et sociales » qui se posent dans la visée des vieilles sciences « morales et politiques » et dont le discours « travaille à récupérer l'orthodoxie perdue, recolle et modernise les observances, par une simulation qui n'a rien à envier au dogme ancien »⁹³ ; on assiste ainsi à un processus de ré-intériorisation des disciplines sociales par essence contraire à la logique juridique. Tout ceci amène en fin de compte à s'interroger sur la part du droit dans l'organisation sociale.

B. — ORDRE JURIDIQUE ET ORGANISATION SOCIALE

La production d'un ordre juridique est, on l'a dit, intimement liée au processus d'*institutionnalisation* des groupes sociaux : d'une part, il n'y a d'ordre juridique concevable que si les individus ont conscience de faire partie d'un ensemble qui les englobe et les dépasse⁹⁴, et dont la personnalité propre est projetée dans une figure symbolique, chargée de décliner l'identité du groupe et d'assurer la continuité des significations⁹⁵ ; mais d'autre part, et à l'inverse, cette opération d'institutionnalisation suppose le détour par le droit, qui permet de condenser, sur un mode abstrait et impersonnel, les contraintes inhérentes à la vie collective ; « la vertu du droit est de remplacer l'agrégation par l'association, de substituer à l'amorphisme d'un rassemblement la structure d'un groupe, d'instituer et de distribuer des pouvoirs, partant de créer des droits et les obligations aux individus qui *ipso facto*, sont promus membres de la communauté »⁹⁶. Il y a donc *liaison bi-univoque* entre droit et institution, qui se présupposent, s'appellent réciproquement, adhèrent l'un à l'autre.

Cette adhérence est tellement forte qu'on peut se demander si, en définitive, l'ordre juridique n'est pas tout simplement *l'autre nom de l'institution*. L'institutionnalisation se traduit en effet par l'imposition

93. *L'amour du censeur*, *op. cit.*, p. 232.

94. J. Dabin distingue trois degrés successifs dans cette prise de conscience : l'« altérité », qui se situe sur le plan des rapports interindividuels ; la « solidarité », d'ordre communautaire ; la « société », qui suppose l'association (*op. cit.*, p. 19).

95. J. Chevallier, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, P.U.F., 1978, p. 17.

96. S. Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 31.

aux membres de règles de conduite, au nom de la « totalité » qu'ils forment : l'institution est essentiellement une figure qui incerne « la Loi » du groupe, et polarise sur elle les rapports d'autorité et de contrainte ; c'est par/dans la norme juridique qu'elle prend corps et se forme. Mais la juridicisation n'est, à son tour, que l'expression d'un certain mode d'être du social : l'ordre juridique n'a de sens que rapporté à l'entité collective dont il ne fait que matérialiser, rendre tangible, la présence ; c'est de l'organisation groupable qu'il tire sa validité et sa puissance. Fait social, l'institution ne se manifeste qu'en tant qu'ordre juridique ; et l'ordre juridique n'est lui-même que la traduction d'un rapport de forces social. Cette thèse de *l'identité droit-institution* est indépendante de la réponse apportée au problème de l'unité ou de la pluralité des ordres juridiques, puisqu'elle est soutenue aussi bien par H. Kelsen que par S. Romano ou G. Gurvitch ; cependant, la perspective est en réalité fort différente dans la mesure où, dans le positivisme kelsénien, c'est l'institution, construite comme système de normes, qui est ramenée au cadre froid d'un ordre juridique, alors que dans les thèses « institutionnalistes » de S. Romano ou G. Gurvitch, c'est l'ordre juridique, conçu comme un équilibre subtil de pouvoirs, qui se plie à la complexité et à la richesse de l'institution.

Récusant la présentation dualiste traditionnelle, Kelsen affirme l'absolue identité de l'Etat et du droit, qui constituent, selon lui, *un seul et même ordre de contrainte*. La contrainte est en effet la caractéristique commune de l'Etat et du droit : de même que l'élément spécifiquement politique de l'Etat réside dans la contrainte que certains individus ont la faculté d'exercer en son nom, le signe distinctif du droit est de réagir par la contrainte à l'inexécution de ses prescriptions ; le droit est donc « précisément ce même ordre de contrainte qu'est l'Etat » (p. 418). En tant qu'organisation politique, l'Etat ne peut être pensé que comme « ordre juridique » (p. 378), et réciproquement l'ordre juridique est un Etat dès l'instant où il présente un certain degré de centralisation. L'Etat n'est pas une entité mystique qui, dissimulée derrière le droit, commanderait sa création et lui donnerait sa force obligatoire : c'est l'ordre juridique qui règle les conditions de production des normes juridiques et fait exister l'Etat en tant que « personne juridique » à qui ces actes seront imputés — « ce qui signifie que le droit règle sa propre création » (p. 411) ; quant à la puissance de l'Etat, elle n'est rien d'autre que « l'efficacité » de l'ordre juridique (p. 383). Kelsen ramène donc en fait l'Etat à l'ordre juridique, en en faisant la pure et simple personnification de cet ordre et le produit de ses déterminations.

La vision de S. Romano est diamétralement opposée, dans la mesure où l'assimilation de l'ordre juridique à l'institution découle, au contraire, du refus de le réduire à un ensemble de normes formelles : évoquant « quelque chose de plus animé et de plus vivant », le concept d'ordre juridique englobe pour S. Romano « les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent les normes juridiques sans s'identifier à elles » (p. 7) ; le droit n'est pas seulement la norme posée, mais encore

l'entité qui la pose. Dès lors, le concept d'ordre juridique est exactement synonyme du concept d'institution, puisqu'il renvoie à la même réalité sociale organisée : « tout ordre juridique est une institution et inversement toute institution est un ordre juridique ; il y a entre ces deux concepts une équation nécessaire et absolue » (p. 19). D'une part, l'institution, par laquelle S. Romano désigne « tout être ou corps social » ayant une identité propre et une existence durable, est, par ce seul fait, placée sous l'emprise du droit : au moment en effet où une force jusqu'alors individuelle ou inorganisée devient sociale et organisée, elle « se mue par là même en droit » (p. 32) ; le droit est le principe vital de toute institution qui est toujours une entité juridique, gouvernée par un régime juridique. D'autre part, le droit suppose le support de l'institution : il ne peut y avoir droit sans organisation capable de « rendre juridique la norme » ; la norme est la traduction des liens organiques établis entre les membres d'un groupe social. Institution et droit sont donc deux phénomènes concomitants, indissociables et qui se présupposent réciproquement. Le droit « ne peut se révéler qu'en une institution et l'institution existe comme telle en tant que le droit la crée et la maintient en vie » (p. 31). On voit dès lors nettement que si, pour S. Romano comme pour Kelsen, l'institution n'est pas plus la source du droit que le droit n'est préliminaire à l'institution et si la question du dualisme Etat-droit ne se pose pas davantage — Etat et ordre juridique étatique n'étant pas deux phénomènes différents, ni même deux manifestations différentes d'un même phénomène, mais « une seule et même chose » (p. 59) —, cette identité est établie sur des bases foncièrement différentes : pour S. Romano, « ce qui confère au droit son aspect fondamental et premier, c'est l'institution en laquelle il se concrétise », et non les normes par lesquelles il agit ; s'il se confond avec l'institution, c'est parce que l'ordre juridique est un *fait social*, qui consiste en l'installation et l'organisation d'une entité sociale transcendant les particularismes individuels. La théorie des *faits normatifs* de Gurvitch est tout à fait conforme à cette analyse. On sait que pour Gurvitch, les plus importants de ces faits normatifs, qui constituent les sources primaires du droit, sont les faits d'« union et de communion », traduits par l'émergence de groupes sociaux organisés, communautés ou institutions. Or, dans ces communautés, social et juridique sont intimement liés et s'appellent réciproquement : de même que toute communauté est amenée, dès l'instant où elle est « active » et se donne une « œuvre à accomplir », à créer du droit, le droit n'est valable que s'il s'appuie sur une organisation sociale ; pour pouvoir engendrer du droit, une communauté doit être déjà imprégnée par lui, mais le droit doit, à l'inverse, pour pouvoir régir la communauté, être engendré et rendu efficient par elle. Ceci montre que le droit ne préexiste pas plus à la communauté que celle-ci ne préexiste à lui, mais qu'ils « naissent et s'affirment ensemble, inséparables dans leur existence et leur validité » (pp. 118-119) : dans un seul et même acte la communauté engendre le droit et fonde son existence sur lui ; elle crée son être en engendrant le droit qui lui sert de fondement.

La liaison intime et réversible de l'ordre juridique et de l'institution ne signifie pas pour autant qu'il faille parler d'identité : comme le prouvent les analyses précédentes, cette assimilation conduit, soit à appauvrir le concept d'institution, en ignorant la dynamique sociale dont elle est le produit, soit à diluer le concept d'ordre juridique, en ignorant la logique propre qui le caractérise. Il y a, en fait, relation d'*opposition dialectique* entre l'institution, entendue comme groupe social organisé, et l'ordre juridique, qui cristallise son identité propre : alors que l'institution est un « processus » évolutif, sans cesse remis en chantier, et n'existe que dans un mouvement continu et tournoyant de déconstruction/reconstruction des formes établies⁹⁷, l'ordre juridique constitue le principe de cohésion par lequel sont imposées les contraintes nécessaires à la survie du groupe, l'élément de stabilité assurant la continuité des significations. Projection de l'institué — mais sans pour autant se confondre purement et simplement avec lui, si tant est que la propagation et l'inculcation de l'ordre institutionnel passe aussi par d'autres moyens plus subtils et plus diffus de manipulation des comportements —, l'ordre juridique n'est qu'*un des moments* de l'institution : cherchant à discipliner les mouvements désordonnés des forces instituant qui travaillent l'institution, il est en retour corrodé par elles, et éventuellement infléchi sous leur pression. Toute tentative d'assimilation ne peut donc qu'aboutir à réduire la complexité et la richesse de la dynamique institutionnelle : en confondant l'institution avec son ordre juridique, on tend à en faire une « totalité », achevée, cohérente et stable, alors qu'elle n'est jamais qu'une « totalisation », précaire et aléatoire ; mais, à l'inverse, en faisant épouser à l'ordre juridique les mouvements de l'institution, on néglige le poids des contraintes qui lestent l'institution et garantissent sa reproduction.

Dès le moment où cet *écart* est maintenu entre l'institution, comme réalité vivante, et l'ordre qui extériorise son identité collective, on s'éloigne aussi bien du positivisme kelsénien que de l'institutionnalisme pur. C'est ainsi par exemple que s'il fait de l'État une « institution juridique », dont la puissance se meut dans le cadre d'un ordre juridique déterminé et s'exerce selon certaines règles (p. 198), R. Carré de Malberg dissocie, à la différence de Kelsen, la « puissance » de l'État et l'« ordre juridique » dans lequel elle s'inscrit. Le signe distinctif de l'État est en effet d'être dépositaire d'une « autorité suprême », d'une « puissance souveraine » et inconditionnée, qui ne peut être réglée ou égalée par aucun autre pouvoir. Seulement cette puissance, l'État peut accepter de la couler dans le moule du droit, en subordonnant son exercice au respect de certaines prescriptions : la puissance de domination étatique devient alors une « puissance de nature juridique » (p. 229)⁹⁸, c'est-à-dire encadrée, régie, et du même coup limitée par le droit ; mais cette limitation n'est qu'une « auto-limitation », dans la mesure où elle résulte de la volonté propre du pouvoir souverain de l'État, qui se fixe à lui-même les règles

97. J. Chevallier, « L'analyse institutionnelle », *op. cit.*, pp. 8-14.

98. Dans le même sens, G. Burdeau, *L'Etat*, *op. cit.*, p. 60.

auxquelles il sera désormais assujéti. L'Etat est donc posé comme antérieur et supérieur au droit⁹⁹, et l'ordre juridique n'est que la projection de sa toute puissance. De même, à la différence de S. Romano et de G. Gurvitch, M. Hauriou distingue la catégorie des « institutions-choses », parmi lesquelles figure le droit, de celle des « institutions-personnes », c'est-à-dire des groupes organisés au sein desquelles elles prennent naissance¹⁰⁰ : alors que les institutions-personnes — qui supposent l'existence d'un « communion fondative », l'action d'un « pouvoir » capable d'unifier les consentements et la formalisation dans une « procédure » — ont une autonomie interne, qui fait d'elles des individualités vivantes, les institutions-choses sont des entités inertes, parasites des premières et n'existant que grâce à leur support ; l'ordre juridique est l'émanation et le produit de l'action d'un « pouvoir » qui, pour durer, est amené à créer un « ordre des choses » par lequel il se transforme en « pouvoir de droit »¹⁰¹. Il n'y a donc pas identité mais simultanéité de l'ordre juridique, qui exige le support d'un groupe organisé, et de l'institution, qui implique la médiation du droit, et rapport dialectique d'échange de l'un à l'autre. Reste à savoir si toute institution secrète son propre ordre juridique ou si elle se contente de reprendre les déterminations d'un ordre global qui la dépasse.

1) DE L'UNITÉ DE L'ORDRE JURIDIQUE...

Gouverné par les principes de totalisation et d'exclusivité, l'ordre juridique ne peut, à première vue, se concevoir qu'*unique*, à l'intérieur d'un espace social donné : systématique, il vise à articuler les diverses normes juridiques selon un ensemble cohérent et hiérarchisé, et il ne laisse rien hors de son emprise ; normatif, il repose sur l'édiction de prescriptions obligatoires, et il ne tolère pas la contradiction. On ne saurait apparemment parler de pluralisme, de compétition, de concurrence, sans détruire ce qui fait l'essence même de l'ordre juridique. L'institution du social passe par l'édiction d'« une seule parole vraie », d'« un seul discours de la loi »¹⁰², dont tout découle : épine dorsale du corps social, qu'il est chargé de ramener à l'unité, l'ordre juridique ne pourrait être que global, compact, monolithique ; tout ce qui ne coïncide pas avec sa logique propre doit être impitoyablement refoulé hors du champ du droit. Ce monolithisme a pris, avec l'édification des Etats modernes, une nouvelle dimension. Concentrant entre ses mains le pouvoir de contrainte, l'Etat entend être la source exclusive du droit, comme le seul détenteur

99. P. Cuche, « A propos du positivisme juridique de Carré de Malberg », *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1937.

100. *Principes de droit public*, Larose, 1^{re} éd., 1910, pp. 127 ss. Voir sur cette analyse : L. Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, L.G.D.J., 1966, pp. 89 ss ; J. Simbille, *Essai sur la notion de décentralisation fonctionnelle en droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1978 (S.R.T., Grenoble, 1983, pp. 329 ss.).

101. *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 14.

102. P. Legendre, *Jouir du pouvoir*, *op. cit.* pp. 105-159.

de la force matérielle : l'ordre juridique étatique a imposé progressivement sa suprématie, en se substituant, ou du moins en se superposant, aux ordres juridiques préexistants et en devenant le seul cadre juridique de référence pour l'ensemble de la collectivité. Dans l'espace territorial étatique, il n'y a plus qu'un seul ordre juridique légitime, et souverain, celui de l'Etat : toutes les normes juridiques sont censées émaner directement ou indirectement de l'Etat ; et elles ne sont valides que si elles s'insèrent dans son ordre juridique, en respectant strictement ses déterminations. Cette promotion de l'ordre juridique étatique s'est doublée de profondes modifications dans la configuration même de l'ordre juridique : poussant la rigueur formelle beaucoup plus loin que les autres, l'ordre juridique étatique se caractérise par une rationalisation du processus de production du droit, confié à des organes spécialisés, aux compétences bien définies ; et surtout, l'exécution des normes est désormais garantie par l'intervention d'appareils de contrainte chargés de réprimer les manquements éventuels des individus et des groupes. Le principe kelsénien de l'identité du droit et de l'Etat signifie, non seulement que l'Etat et le droit sont un seul et même ordre de contrainte, mais encore que l'Etat est devenu l'« ordre juridique total » (p. 393), qui intègre et ramène à lui tous les autres ; « son droit, en tant que suprême, est le seul vrai droit »¹⁰³.

Cette thèse de l'unité nécessaire et ontologique de l'ordre juridique entraîne d'importantes conséquences quant à la perception des phénomènes juridiques aux niveaux *supra-* et *infra-* étatiques. En ce qui concerne le droit international, elle implique deux types de lectures possibles — que Kelsen juge également correctes. Ou bien, le droit international est perçu comme un simple droit de « coordination », tirant sa force de la seule volonté des Etats, et d'ailleurs « déficient du côté de la contrainte », malgré l'existence de sanctions¹⁰⁴ : ne valant qu'à l'égard des Etats qui le reconnaissent, ce n'est plus qu'une fraction de l'ordre juridique étatique, qui conserve sa primauté et son unité. Ou bien — et cette thèse a la préférence de Kelsen mais pour des considérations exclusivement politiques —, le droit international est posé comme un ordre juridique supérieur aux droits étatiques : on ne quitte cependant pas pour autant le schéma d'explication moniste, dans la mesure où la validité des systèmes de droit étatiques étant alors fondée sur une norme de l'ordre juridique international¹⁰⁵, on se retrouve en présence d'un nouveau cadre unitaire basé cette fois sur la primauté du droit international¹⁰⁶. Quant aux règles édictées par les groupes partiels existants à l'intérieur de la société, elles ne prennent un caractère juridique que si elles sont

103. J. Dabin, *op. cit.*, p. 24.

104. J. Dabin, *Ibid.*, p. 66.

105. Norme « posée » selon laquelle un gouvernement qui exerce un contrôle effectif sur la population d'un territoire est légitime.

106. Dont la validité reposerait alors sur la norme fondamentale « supposée » que les Etats doivent se conduire dans leurs relations mutuelles de telle ou telle façon.

admises, reconnues ou estampillées par le droit étatique, c'est-à-dire en fait *intégrées* à lui : la capacité d'action juridique de ces groupements dépend d'une habilitation de l'Etat, qui définit les conditions de son exercice et contrôle son usage ; ainsi l'unité d'ensemble de l'ordre juridique est-elle maintenue par-delà le pluralisme éventuel des producteurs du droit et la diversité des réglementations particulières. En revanche, dès l'instant où ces groupements se situent en marge de l'ordre juridique étatique, en contredisant, méconnaissant ou seulement ignorant ses dispositions, ils se placent d'eux-mêmes sur un terrain *extra-juridique* : les règles de conduite qu'ils posent peuvent être perçues par les membres comme obligatoires ; elles ne sont pas pour autant de type juridique. On trouve, dans une société donnée, de multiples systèmes de relations régis par des normes : ces systèmes normatifs restent « infra-juridiques » tant qu'ils ne bénéficient pas de la caution étatique et ne s'intègrent pas, d'une manière ou d'une autre, à l'ordre juridique établi ou « système de droit imposé » (A.J. Arnaud) ; il s'agit tout au plus de « sous-droit » (J. Carbonnier) ou de « droit vulgaire », dépourvu des attributs essentiels de la juridicité. Sans doute, cet infra-droit est-il un élément important de la dynamique juridique, puisqu'il contribue, par la pression permanente qu'il exerce sur l'ordre juridique, à le faire évoluer : mais, il n'est que droit officieux, latent, virtuel ; plusieurs systèmes de droit ne sauraient en effet coexister au même moment sur un même espace social¹⁰⁷.

Cette thèse moniste n'apparaît pas vraiment convainquante. Elle revient à concevoir la société comme un *Tout* cohérent et intégré, grâce à l'emprise d'un droit homogène et à la pression d'une institution unificatrice et pacificatrice. Si elle traduit bien la volonté de l'Etat d'imposer sa suprématie juridique et de contrôler l'ensemble des flux sociaux, cette conception réduit la complexité de la vie sociale et la diversité consécutive du droit : malgré ses prétentions totalisantes et sa recherche de l'exclusivité, l'ordre juridique étatique ne parvient jamais à ramener à lui et à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques ; il se trouve pris à revers et court-circuité par des règles juridiques qui se forment en de multiples lieux et échappent au moins partiellement à sa médiation. D'une part, la société est constituée d'un ensemble de sous-groupes organisés, qui imposent à leurs membres certaines obligations de comportement liées à leur finalité spécifique ; et ces disciplines sont, à partir du moment où ces groupes s'institutionnalisent, nécessairement formulées en termes juridiques. D'autre part, des rapports juridiques se nouent par-delà le cadre étatique ; et ces rapports ont une dynamique propre d'évolution. Toutes ces règles juridiques éclatées et hétérogènes ne peuvent être rassemblées en un ordre juridique strictement unitaire qu'au prix d'une forte dose d'arbitraire ; et cet unitarisme est trop la transcription du discours étatique pour ne pas être frappé de quelque suspicion. On peut, dès lors, être tenté de prendre le contrepied de cette thèse, en

107. Ce que A.-J. Arnaud appelle la « polysystémie simultanée ».

voyant dans le pluralisme des ordres juridiques le reflet de la diversité constitutive du social et en analysant les formes possibles de leur articulation.

2) ...A LA PLURALITÉ DES ORDRES JURIDIQUES

La thèse du pluralisme part du constat que l'État n'est pas la seule forme d'organisation sociale : d'autres groupes organisés, d'autres entités sociales, existent à la fois au-delà et en-deçà de lui ; même s'il présente des traits particuliers, l'État apparaît ainsi fondamentalement comme une variante d'un mode d'agrégation qui se retrouve à plusieurs niveaux différents de la réalité sociale. Or, ce mode d'agrégation, qui se traduit par la formation d'ensembles organisés, les institutions, passe nécessairement par la *médiation du droit*. Les institutions sont en effet des dispositifs normatifs, qui s'efforcent d'obtenir, dans les limites de leur sphère d'influence, certains types de comportements : elles définissent à l'intention de leurs ressortissants une série de « normes », qu'ils sont tenus de suivre s'ils veulent être « en règle » avec elles ; et des moyens plus ou moins intenses de coercition existent pour garantir le respect de ces normes et réprimer les transgressions éventuelles. Groupe par essence *hétéronome*, l'institution repose sur l'imposition de certaines disciplines collectives aux participants ; et cette contrainte impersonnelle et objective, justifiée par l'intérêt supérieur du groupe, est déjà par elle-même de type juridique. Il semble bien dès lors que le droit soit inhérent à l'institution, qui constitue nécessairement un « foyer juridique »¹⁰⁸. M. Hauriou montre ainsi parfaitement que toute institution sécrète un droit qui lui est propre et qui est indispensable pour assurer la réalisation de l'« idée d'œuvre » autour de laquelle elle a été érigée : ce droit institutionnel se dédouble lui-même en un droit « statutaire », par lequel l'institution s'organise et définit ses équilibres internes et en un droit « disciplinaire », par lequel elle impose les disciplines nécessaires à ses éléments constitutifs ; le droit disciplinaire est ainsi formé de « l'ensemble des actes et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule menace de la force de coercition dont elle dispose »¹⁰⁹.

Dans la mesure où ce droit interne à l'institution se présente comme un ensemble soudé et cohérent, sous-tendu par une logique autonome étroitement liée aux fins de l'institution, on en vient tout naturellement à l'idée d'*ordre juridique* : chaque institution se caractériserait par un ordre juridique qui lui est propre et comporte un principe spécifique

108. D. Loschak montre que l'institution totalitaire elle-même n'est pas, comme on pourrait le penser, un « lieu a-juridique », un « espace de non-droit », mais utilise aussi le droit, même si elle le conçoit différemment dans son contenu et dans sa portée (in *L'institution, op. cit.*).

109. *Principes de droit public, op. cit.*, p. 136.

de cohésion et de hiérarchie. Pour S. Romano par exemple, « il y a autant d'ordres juridiques que d'institutions » (p. 77) : chaque institution, même la plus petite, est un véritable *microcosme juridique*, c'est-à-dire « un monde juridique en soi, complet dans son genre et pour ses fins » (p. 55). Il est donc illusoire de ne prendre en compte que le seul « macrocosme juridique » que constitue l'État, qui n'est « qu'une application du genre droit ». Certes, l'édification de l'État moderne a entraîné un processus d'unification juridique : cependant, si nombre d'entités autrefois indépendantes dans le cadre d'une société morcelée en communautés nombreuses et diverses, ont été ainsi attirées dans l'orbite de l'État, et leur ordre juridique quelquefois fondu dans l'ordre juridique étatique, cela ne signifie pas pour autant que le système étatique soit devenu l'unique système du monde juridique. Au contraire, de multiples exemples démontrent que l'ordre juridique étatique ne parvient pas à polariser sur lui, en dépit de ses efforts, la totalité des phénomènes juridiques : c'est évident pour le droit international, qui implique l'existence au moins embryonnaire d'une « communauté » internationale, pour le droit ecclésiastique qui constitue un monde juridique à part, et bien entendu pour les règles édictées par des groupes que l'État regarde comme illicites ou prétend ignorer ; mais, même lorsqu'il s'agit d'entités réglementées par l'État, on constate que l'État ne parvient pas à régir entièrement leur situation et qu'elles se donnent des règles propres, de nature « disciplinaire », relevant de préoccupations qui leur sont spécifiques. Toute institution est donc caractérisée pour S. Romano par un « ordre juridique distinct qui peut ne pas trouver fondement et appui dans l'ordre étatique, voire... entrer en opposition avec celui-ci » (p. 96).

G. Gurvitch pour sa part opte nettement pour la perspective d'un « pluralisme de différents ordres juridiques se limitant réciproquement dans leur indépendance et collaborant sur un pied d'égalité dans la vie nationale, aussi bien que dans la vie internationale » (p. 14) ; mais pour cela il faut, selon lui, rompre avec la conception « individualiste » d'un droit à base de coordination ou de subordination pour avoir recours à l'idée d'un *droit social*, fondé sur la « communion » et sur l'« intégration ». Visant à l'« intégration objective d'une totalité par l'aménagement de la communion des membres », le droit social est inhérent à tout phénomène groupal : « chaque groupe possède nécessairement son propre ordre de droit social » (p. 20). Basé sur le « fait normatif » initial d'union et de sociabilité sur lequel repose la formation du groupe, ce droit social traduit, dans sa couche primaire et fondamentale, l'existence d'une « communauté objective sous-jacente » entre les membres (droit social inorganisé) sur laquelle doit venir s'appuyer le droit social organisé, s'il veut rester un véritable droit d'intégration ; en tant que phénomène juridique, le droit social est l'expression du « pouvoir social » que le Tout exerce sur les parties, et qui prend la forme d'une « contrainte » tantôt inconditionnée — dont l'État a le monopole —, tantôt conditionnelle. Or, tous ces îlots de droit social, qui résultent de la formation des groupes sociaux, ne sauraient être ramenée dans les replis d'un ordre juridique

étatique unique et totalisant : cette vision implique que le droit soit abusivement réduit aux seules hypothèses de contrainte inconditionnée, ou encore conçu comme un droit de subordination ; l'hypothèse du droit social permet au contraire, en modifiant la perception du phénomène juridique, d'envisager la perspective d'un « pluralisme de multiples ordres équivalents d'intégration » (p. 43), fondés chacun sur l'existence d'une communauté objective. Le droit social n'est en effet que très partiellement placé sous l'emprise de l'État. À côté du droit social « condensé » en ordre juridique étatique, et souvent perverti en droit de subordination¹¹⁰, on trouve de nombreuses manifestations de « droit social pur », qui sont le reflet d'une dynamique sociale autonome : certes, une partie seulement de ce droit social a réussi à acquérir sa pleine indépendance vis-à-vis de l'État (droit international, droit social inorganisé de la communauté nationale primaire, droit économique, droit ecclésiastique), tandis que le reste est soumis à la « tutelle » du droit étatique (droit d'intégration des groupes particuliers) ; mais même cette partie sous tutelle constitue un élément d'affirmation positive de la société face à l'État et elle tend au demeurant irrésistiblement à l'indépendance. Entre ces deux catégories s'intercale une espèce intermédiaire, le droit social « annexé » par l'État, mais conservant son autonomie (par exemple le droit des collectivités locales ou des services publics décentralisés), et qui montre que la dynamique sociale est à l'œuvre aussi au sein des structures étatiques. Dès lors, l'ordre juridique étatique n'apparaît que comme « un cercle restreint de droit » à l'intérieur d'un « cercle infiniment plus vaste » de droit non étatique.

L'option en faveur du pluralisme des ordres juridiques amène inévitablement à s'interroger sur leurs relations mutuelles. Les ordres juridiques ne restent pas en effet cloisonnés et compartimentés : unis par des liens d'interrelation et d'interaction, ils sont agencés selon un certain « plan d'organisation ». L'analyse de ces liens organiques implique d'abord que soient prises en compte la singularité et la spécificité de chaque ordre juridique, qui présente des caractéristiques variables¹¹¹ ; de ces caractéristiques découle un principe d'articulation entre les ordres juridiques, qui sont amenés à se situer les uns par rapport aux autres. Pour analyser ces relations, S. Romano avance le concept de *relevance* : il y a *relevance* lorsque l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre juridique donné dépend des conditions mises par un autre ordre ; l'étude des différents « titres » ou « manifestations » de *relevance* entre les ordres juridiques, c'est-à-dire de l'importance qu'ils ont respectivement les uns

110. Comme le dit Gurvitch, « Dans l'atmosphère condensée et alourdie de ce droit se forment des tendances centralisatrices et unitaires, directement opposées aux tendances confédérales et libertaires du droit social pur et indépendant » (*op. cit.*, p. 85).

111. S. Romano classe ainsi les institutions (ou ordres juridiques), selon qu'elles sont originaires ou dérivées, à fins particulières ou générales, fondées sur des hommes ou sur la mise en commun de moyens, simples ou complexes, parfaites ou imparfaites, avec ou sans personnalité, indépendantes, coordonnées ou subordonnées.

pour les autres, permet de mettre en évidence l'inégalité des positions qu'ils occupent. Mais la relevance ne saurait être entendue comme aboutissant à la restauration de l'unité de l'ordre juridique au profit de l'Etat : « il n'est pas d'institution si vaste qu'elle éprouve le besoin de donner relevance à tous les rapports sociaux » ; et un certain nombre d'ordres juridiques sont dépourvus de toute relevance pour l'ordre étatique. La relevance donne simplement un critère simple pour examiner les rapports existant entre les divers ordres juridiques. La pluralité des ordres est donc corrigée par un principe d'agencement et de structuration, qui varie selon les sociétés et assure une certaine cohésion globale ¹¹².

Assortie de cet important complément, la thèse pluraliste paraît être la seule à pouvoir rendre compte de la dynamique juridique. Comme on l'a dit, chaque groupe social est amené, dès l'instant où il s'institutionnalise, à utiliser le *vecteur juridique* pour maintenir sa cohésion, affermir son identité et assurer sa survie ; le dispositif juridique ainsi établi n'a de sens que rapporté aux intérêts de l'institution ; il est soutenu par une logique autonome, irréductible à toute autre. A partir du moment où l'institution atteint une certaine envergure, la rigueur, la cohérence et la complétude de ce dispositif s'accroissent, par un travail de systématisation et de formalisation : on est alors en présence d'*îlots de droit*, qui ont tous les caractères de véritables *ordres juridiques* — au sens où ce terme a été défini. La cristallisation d'identités collectives — locales, nationales et internationales — dans des institutions structurées est inévitablement assortie de la production d'un ordre juridique correspondant : il est évidemment impossible de ramener ces productions juridiques singulières, et qui ont chacun leur logique et leur configuration propres, à l'unité d'un ordre étatique monolithique et totalisant — à moins de faire de l'Etat la seule réalité sociale organisée et le seul point de référence identitaire. L'*ordre juridique étatique* est donc pris en tenaille entre des *ordres juridiques infra-étatiques*, fondés sur des solidarités « partielles » ou « locales », et des *ordres juridiques supra-étatiques*, nés de l'émergence de communautés plus larges, « régionales » (par exemple l'ordre juridique européen ¹¹³) ou « mondiale » (ordre juridique international).

112. Pour G. Gurvitch (*op. cit.*, p. 44), « c'est au droit se dégageant directement de ces totalités inorganisées primaires qu'il peut exclusivement appartenir de régler les rapports entre les ordres de droit social indépendants qui s'affirment à leur surface ».

113. Voir la formule adoptée par la cour de justice des communautés européennes (*Van Gend* (1962), *Costa/Enel* (1964) : « le transfert opéré par les Etats, de leur *ordre juridique interne* au profit de l'*ordre juridique communautaire*, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne... une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communauté » ; « en instituant une *communauté* de durée illimitée, dotée d'*institutions* propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétences ou d'un transfert d'attributions des Etats à la communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits

Cependant, ce pluralisme ne signifie pas l'inexistence de tout principe d'ordre et de cohérence. D'une part, les ordres juridiques ne peuvent s'ignorer mutuellement : ils sont tenus de se situer les uns par rapport aux autres, en définissant leur sphère respective d'influence et les formes de leur articulation ; ce *modus vivendi* dépend bien entendu de la *puissance*, instrumentale mais aussi symbolique, des institutions dont ils émanent. A cet égard, l'ordre juridique étatique est en position de force et occupe une place privilégiée, puisqu'il est le seul à disposer d'une puissance de contrainte *inconditionnée* et *irrésistible* ; il est du même coup en mesure de dicter ses conditions aux autres ordres juridiques et agir sur eux, soit s'ils se trouvent au niveau infra-étatique en établissant sa *tutelle*, soit s'ils se situent au niveau supra-étatique en imposant sa *médiation* ¹¹⁴. D'autre part, les divers ordres juridiques sont, comme les institutions auxquelles ils sont liés, en situation d'*osmose* et ils se se contaminent réciproquement. Les ordres juridiques partiels existant à l'intérieur d'une société donnée sont nécessairement reliés les uns aux autres : reproduisant les significations élémentaires et les déterminations essentielles inscrites au cœur de l'*ordre social*, ils sont spontanément conduits à harmoniser leurs prescriptions ; dotés d'une capacité d'emprise et d'une puissance d'attraction inégales, ils tendent à former un *ensemble* stratifié et hiérarchisé. Quant aux ordres juridiques supra-étatiques, ils sont tenus, en l'absence d'une identité collective suffisamment affirmée, de rechercher *le plus petit commun dénominateur* des ordres juridiques des Etats membres. Le pluralisme des ordres juridiques n'est donc nullement synonyme de dispersion anarchique ; et la mise en évidence de leurs interrelations est de nature à éclairer les processus de production du droit.

*
**

Le concept d'ordre juridique traduit bien la spécificité du phénomène juridique, qui résulte de la conjugaison de la *systématicité* et de la *normativité* : agencement systématique, l'ordre juridique est davantage qu'une simple juxtaposition de normes ponctuelles ; mais ses visées normatives en font un système très particulier. Il reste que le concept d'ordre juridique n'a de valeur qu'*heuristique*, ou opératoire, en permettant de dévoiler certains traits du phénomène juridique ; il ne saurait en revanche être considéré comme un *attribut* ontologique, comme une qualité substantielle, du droit, sous peine de l'hypostasier. L'érection du droit en

souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes » (argumentation reprise par la cour de cassation : voir 24 mai 1975, *Administration des douanes c/ Sté des cafés Jacques Vabre*, et 15 décembre 1975, *Van Kempis c/ Geldof*).

114. A. Kojève distingue ainsi (*op. cit.*, pp. 127 ss.), le « droit réel en acte », qui, supposant l'impossibilité de se dérober à son emprise, est, de nos jours, l'apanage de l'Etat (encore que la pluralité des droits nationaux empêche une complète actualisation, qui supposerait l'existence d'un ordre véritablement transnational), et le « droit réel en puissance » qui, facultatif, est la marque des autres ordres juridiques (qui cherchent cependant à s'actualiser).

« 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 systématité, exigeant un travail d'ajustement, d'élagage, de colmatage ; de même, l'effet normatif n'est jamais acquis d'avance, et des *glissements* hors de la normativité ne manquent pas de se produire, imposant le recours à des mesures coercitives. L'ordre n'est en fait qu'un *idéal* auquel le droit tend de toutes ses forces ; mais cet idéal, qui sous-tend l'ensemble des démarches juridiques, ne peut jamais être réellement atteint, dans la mesure où sa réalisation signifierait l'arrêt de mort d'un droit figé dans un ordre compact, immobile et glacé ; la distance qui réapparaît constamment entre l'idéal d'ordre et le fonctionnement concret du droit crée une *tension* positive, indispensable pour alimenter la dynamique juridique.