



HAL
open science

Sur “ Qu’est-ce qu’une règle de droit ? ”

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Sur “ Qu’est-ce qu’une règle de droit ? ”. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 1997, 5, pp.1509-1513. halshs-00126564

HAL Id: halshs-00126564

<https://shs.hal.science/halshs-00126564v1>

Submitted on 25 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



de BECHILLON (Denys) . — **Qu'est-ce qu'une règle de droit ?** Editions Odile Jacob, Paris, 1997, 302 pages.

Qu'est-ce qu'une règle de droit ? Il y a au moins deux manières de répondre (ou de ne pas répondre) à cette question. La première, la plus sournoise et pourtant la plus fréquente, est bien de considérer que l'objet ainsi désigné s'impose à nous avec une telle évidence empirique qu'il n'est nul besoin d'approfondir ou de définir. Après tout, que nous parlions sur le droit, ou que simplement nous ayons affaire à lui dans nos vies humaines, nous savons nécessairement de quoi il s'agit ; et nous pouvons simplement caractériser, sans plus d'analyse, cet objet normatif. La seconde refuse la fausse évidence et s'attache à comprendre tout ce que nous mobilisons comme représentations, comme prémisses, comme méthodes, lorsque nous parlons d'un objet intellectuel que nous nous proposons de définir comme *norme juridique*. C'est de cette seconde approche que se réclame ici Denys de Béchillon. Il n'est certes ni le premier, ni le seul ; mais convenons que l'entreprise n'est pas si fréquente, même si par ailleurs elle offre et appelle des traitements divers, des constructions variables, qui dépassent le présent ouvrage. L'auteur ne cherche pas ici à constituer une théorie radicalement neuve de la norme juridique, mais simplement à analyser et présenter des présupposés et prémisses logiquement obligatoires pour une construction scientifique sur le droit ; il le fait avec une grande clarté, une grande rigueur et une grande honnêteté. Dès lors, son livre donne véritablement à penser ; bien plus qu'il n'y paraît peut-être au premier abord ; et surtout à l'usage d'un public suffisamment large pour que l'entreprise soit vivement saluée.

D'emblée, l'auteur nous prévient : il s'agit de s'attacher à une « *théorie froide* » (p. 9), et aucun objet *droit* n'est donné *a priori*. Définir la règle de droit ne peut donc procéder, selon la terminologie désormais popularisée par Michel Troper, que d'une approche stipulative ou conventionnelle. La démonstration de Denys de Béchillon est bien celle-là : rechercher une définition stipulative de la règle de droit qui ne soit pas complètement arbitraire, et qui soit autant que possible fondée en raison. Et partant, cette démonstration déborde largement du titre retenu, en retraçant logiquement la construction scientifique d'une théorie du droit, ici une théorie normativiste, et en l'éclairant de la confrontation à d'autres regards sur la norme juridique : psychanalyse – Pierre Legendre est amplement utilisé –, anthropologie – l'auteur, quoique normativiste, n'oublie pas qu'il est aussi le secrétaire général de *l'association française d'anthropologie du droit* –, sociologie – on reconnaîtra certains partis pris bourdieusien –, etc. On peut alors ne pas adhérer à la définition proposée *in fine* ; on doit de toute façon la discuter et l'on se plaira même à en souligner quelques insuffisances, comme l'on verra quelques hésitations et quelques contradictions dans la démarche – pleinement assumées parce qu'elles sont sans doute inhérentes à cette dernière et à la rigueur avec laquelle sa logique est déclinée – ; mais on trouvera forcément un grand intérêt au projet.

L'ouvrage se décompose en trois parties, logiquement agencées.

Dans un premier temps, Denys de Béchillon discute quelques idées fréquemment attachées à la règle de droit, et en démontre, avec beaucoup de pertinence, le caractère artificiel. Ainsi sur la prétendue généralité de la norme (pp. 19-57) – terme tenu pour synonyme de règle (p. 218) et qu'il serait sans doute davantage pertinent d'utiliser seulement – ou sur la question de la sanction (pp. 59-89), l'auteur montre, en fait et en raison, les présupposés qui en constituent la base (par exemple la confusion entre le droit et la loi ou entre le concept de généralité et celui d'abstraction, le mythe de l'effectivité, etc.) et les difficultés qui en résultent

(notamment la liaison critiquable généralement établie entre la question du respect de la règle et celle de sa juridicité).

Puis vient le temps d'indiquer sur quelles fondations construire une définition de la règle de droit, c'est-à-dire l'examen de la question même du Droit (pp. 91-160). Ce passage, à mon sens capital en ce qu'il dévoile clairement l'épistémologie suivie – et désigne donc le premier terrain indispensable au débat, celui sur lequel il faut impérativement se situer pour comprendre et critiquer la démarche –, donne lieu à une limitation volontaire et consciente du champ d'analyse (au terme de ce que l'auteur qualifie de « choix du terrain d'observation ») : la règle de droit dans cette étude sera seulement celle que l'Etat moderne présente comme telle (et très justement encore, l'auteur parle du statut « officiel »). Voilà donc l'option retenue, que l'auteur admet certes restrictive (p. 107 et s.), partielle et partielle (p. 163) ; mais qu'il estime aussi, et sans doute avec réalisme, féconde (p. 140). Au total, se trouvent donc ici posées deux questions : qu'est-ce d'abord que le droit dans l'absolu (et notamment qu'est-ce qu'un ordre juridique : de ce point de vue, l'auteur admet un regard externe, et reconnaît que la règle de droit n'est pas nécessairement étatique) ? Qu'est-ce ensuite que le droit en présence d'un Etat moderne, dont la souveraineté implique le monopole de la définition du juridique (et subséquemment, quelle est la conséquence de l'affirmation de ce monopole d'un point de vue interne sur l'existence et la juridicité d'autres ordres définissables, d'un point de vue externe, de juridiques : ici, l'auteur entend suivre le discours étatique sur le juridique) ? On pourra accompagner Denys de Béchillon sans trop de réticences dans sa démarche parce qu'elle est clairement identifiée. Mais on pourra aussi exprimer quelques regrets quant à cette posture. Regrettons surtout que les longs (et indispensables) passages sur le pluralisme, sur l'anthropologie, ou sur la définition de l'Etat, en viennent à occulter sans doute qu'une telle séparation des questions est malgré tout quelque peu artificielle – au moins d'un certain point de vue, qui n'est certes pas celui qu'adopte l'auteur, mais dont il reconnaît cependant l'intérêt scientifique –. L'émergence de l'Etat moderne n'oblige pas nécessairement – entendons : épistémologiquement, du point de vue de la science du droit – à refuser tout regard externe sur les phénomènes juridiques. De tels regards montrent qu'existent ou que peuvent exister, sans être pour autant toujours juridiques pour l'Etat – c'est-à-dire sans être toujours intégrés par voie d'habilitation au *statut officiel* de droit –, des phénomènes normatifs de type institutionnels ; et ces phénomènes répondent même aux critères ici proposés pour définir le juridique dans l'absolu (« du droit quand même » dit ainsi Denys de Béchillon – p. 134 et s.). Or le choix épistémologique adopté par l'auteur l'oblige à postuler que, en présence justement de cet Etat moderne, l'existence de tels phénomènes ne concerne pas ou plus la science du droit, qui se centre sur un seul de ces phénomènes (l'ordre juridique étatique) ; certes, ce système juridique est le plus remarquable, et est sans doute irréductible aux autres phénomènes institutionnels ; il ne s'agit pas de nier cette spécificité ; mais il importe bien de la saisir véritablement, c'est-à-dire par une démarche critique qui tient compte de ses fondements institutionnels, et non par la simple acceptation axiomatique du discours étatique sur le droit comme *critérium* scientifique. Nous devons alors admettre que ce fondement institutionnel – et ce qui y est lié : que d'autres phénomènes juridiques, contemporains à l'Etat moderne, coexistent plus ou moins bien avec lui – n'est peut être pas sans conséquences (réservons au moins l'hypothèse pour le travail) sur le système juridique, au sens limité qu'en donne Denys de Béchillon : l'Etat en tant qu'ordonnement normatif. L'auteur l'admet d'ailleurs en évoquant la question fort éclairante de la persistance d'un certain « droit

d'aïnesse intégral » *contra legem* dans le Béarn, dont très curieusement il ne peut ou ne veut combattre la juridicité qu'en convoquant l'argumentation jusnaturaliste (p. 150), cette persistance étant envisagée comme élément de régression sociale (ce qu'elle est certainement, mais ce qui ne concerne en rien sa juridicité ou n'influe en rien sur elle, selon la logique même que prône Denys de Béchillon). Cela doit empêcher de négliger que si l'Etat est souverain, cette souveraineté n'est pas un fait acquis mais avant tout une construction intellectuelle qui, nécessairement, doit être affirmée et réaffirmée – en tant que condition constitutive de l'Etat comme ordre spécifique –, à tout instant, et contre d'autres ordres normatifs qui remettent cette souveraineté en jeu (à preuve l'exemple cité plus haut, mais aussi d'autres systèmes, plus ou moins spontanés, comme il en apparaît dans les banlieues ou dans les lieux d'exclusion notamment, pour s'en tenir à des éléments que nul ne peut ignorer et qui doivent retenir notre attention, aussi bien en tant que juristes du point de vue de la science qu'en tant que citoyens du point de vue politique). Pareille analyse de la notion de souveraineté doit soumettre à la question le monopole étatique dans la définition du juridique pour montrer en quoi cette définition n'est pas la simple constatation d'un monopole du fait juridique, mais l'affirmation (idéologique) d'un monopole du droit, dans l'appellation du droit, de la qualification de *droit* (et l'auteur l'admet encore, en disant qu'il suit la norme *officielle* ; regrettons qu'il n'aille pas plus loin pour interroger ce caractère officiel). Car la question du pluralisme et de la souveraineté ne saurait se résumer à la seule question de l'habilitation (ou de la relevance, pour prendre l'optique institutionnaliste), c'est-à-dire à la problématique d'un pluralisme *officiel* (dont l'auteur montre bien qu'il est juridiquement l'expression de l'unité et de la souveraineté, donc du monopole), parce que cette question est avant tout une question dialectique entre systèmes normatifs concurrents, certes inégaux, mais pour lesquels le concept de souveraineté est un peu moins descriptif que performatif (l'Etat *doit* être souverain, à peine de n'être qu'un système parmi d'autres : l'affirmation de cette souveraineté participe de son idéologie constitutive et doit à ce titre être intériorisée par les membres du groupe humain constitué) : il est remarquable à cet égard que si Denys de Béchillon, comme d'ailleurs généralement la doctrine normativiste, place très logiquement la question du pluralisme dans une posture de coupure (l'anthropologie ou la sociologie coupées du droit : c'est là la condition épistémologique première de ces approches), les analyses institutionnelles qui refusent cette coupure sont généralement négligées (ici, aucune analyse de ce type n'est réellement discutée ; seul Santi Romano est un peu plus que référencé, sans doute parce qu'il est, parmi les institutionnalistes, celui dont l'analyse ne remet en rien le normativisme en cause), et notamment, dans ces analyses, le thème de l'interinstitutionnalité ; négligées car assignées systématiquement, implicitement et sans davantage d'analyse, dans la sphère jusnaturaliste ; sphère dans laquelle des analyses institutionnelles peuvent certes éventuellement se ranger ; mais de laquelle l'analyse institutionnelle en tant que telle ne relève pas nécessairement, pouvant aussi bien être déclinée dans un projet simplement descriptif : *purement* descriptif.

Enfin, dans un troisième temps, l'auteur construit sa définition de la règle de droit. On l'a dit, cette définition n'est pas révolutionnaire (la règle de droit est une norme rattachable à l'Etat indiquant un modèle sur un mode impératif) : mais ce n'était sans doute pas là son intention et l'essentiel du propos était bien d'essayer de fonder cette définition. Denys de Béchillon réhabilite ici l'impérativité (p. 174-216) ; on pourra certes se demander si ces développements ne procèdent pas d'une confusion, en tout cas d'un implicite à lever, entre impératif et obligatoire ; mais on devra reconnaître

qu'est parfaitement saisi ici l'enjeu social qui est attaché à la règle de droit : une fonction de repérage du licite et de l'illicite, une fonction de structuration. On regrettera peut-être que la notion d'acte normateur ne soit pas davantage mobilisée (notamment *in fine* à propos des normes sans actes et des actes sans norme, p. 271 et s.) alors que c'est bien là, semble-t-il, le concept implicitement adopté. Surtout, on s'interrogera sur l'absence totale dans la construction de la question de l'interprétation : un débat il est vrai avait déjà opposé l'auteur à Michel Troper sur ce sujet (*RRJ* 1994-1 p. 247 et s.), et Denys de Béchillon maintient ici ses positions contre les analyses réalistes de l'interprétation, qui voient dans l'application de l'énoncé juridique l'acte normatif ; mais à plusieurs moments (notamment dans le débat avec Antoine Jeammaud sur la règle de droit comme modèle p. 172 et s., ou dans l'idée de norme sans acte et d'acte sans norme), cela aboutit à des constructions moins convaincantes, là où le réalisme propose une vision plus simple, plus parlante, et surtout compatible avec le projet recherché. Mais quoi qu'il en soit de ces débats (au vrai sens du terme : la discussion d'une théorie proposée et assumée sur le terrain des arguments avancés), et peut-être même surtout pour les susciter, il faut lire ce beau travail, stimulant et enrichissant.

Et il reste alors à dire ce qui est peut-être l'essentiel. Que l'ouvrage est très agréablement écrit, dans un style personnel, plaisant à lire, et servant bien la démonstration ; que la division en plusieurs niveaux de lecture (d'abord un exposé général ; puis des nuances pour approfondir ; enfin des indications bibliographiques nombreuses et éclairantes) le destine aussi bien au néophyte (et on pense à l'étudiant de première année, pour lequel il constituera sans aucun doute une véritable voie, sinon absolument alternative, tout au moins complémentaire et hautement recommandable, aux classiques manuels d'*Introduction au droit*), qui pourra saisir immédiatement l'enjeu des débats théoriques du droit et s'y initier, qu'au lecteur plus familier de ces débats. Qu'enfin, et contrairement à l'affirmation initiale, il n'est pas ici question que de froideur : la rigueur n'exclut pas la conscience, et à bien des égards, les illustrations qui ponctuent le développement satisfont avec bonheur cette double exigence. Pour s'en tenir à un exemple, sur la question si controversée du droit nazi, traitée avec une hauteur de vue admirable (p. 255-258) : oui, nous dit Denys de Béchillon, si nous raisonnons conformément à nos prémisses, nous ne pouvons dire autrement que « le droit nazi était du droit » ; odieux, monstrueux, mais du droit (ici, l'auteur conclut donc à l'inverse de Michel Troper dans *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, p. 177 et s. : or on se souvient que Michel Troper se fondait sur l'analyse par M. Broszat de l'absence de hiérarchie dans l'Etat d'Hitler, d'où il déduisait l'absence d'Etat, donc de droit, et non sur la question des valeurs véhiculées ou combattues par les règles nazies ; ce qui veut dire que Michel Troper admettrait que l'Etat d'Hitler pourrait être véritablement qualifié *Etat* s'il était hiérarchisé, et constituerait donc un système juridique à cette seule condition, quelles que soient les abominations qu'il professait et commettait ; et cela correspond à l'analyse proposée par Denys de Béchillon) ; cependant nous avertit aussitôt l'auteur, *attention* : dire ceci n'est pas légitimer ce droit ou cet Etat, et ne peut pas le légitimer. Et ce serait mal le lire que de ne pas tenir compte de cet avertissement essentiel et longuement, pédagogiquement, exprimé. Le scientifique, nous dit l'auteur, ne peut ignorer : « que le droit puise sa source dans un fait d'autorité, dans un processus étatique d'autoaffirmation susceptible de recouvrir *n'importe quel contenu* [...] ; que prétendre à une science du droit, c'est savoir la froideur et la dangerosité du droit [...] ; que prétendre à une science du droit, c'est prétendre à la lucidité. C'est n'être donc pas dupe de ce qu'est le droit » (p. 258). Suivre alors Denys de Béchillon, c'est

bien savoir que la forme juridique ne nous préserve pas du monstre parce qu'elle n'est qu'un moyen que ce monstre peut, aussi bien que nous, et mieux peut-être, accaparer à son profit. C'est comprendre qu'il ne nous faut pas nous endormir sur de fausses certitudes : comme celle qui assimile le droit (entendu comme objet de science) à la démocratie (comprise comme projet politique) ; comme celle qui croit que nier la juridicité d'un système normatif non démocratique permettrait de conjurer, par le seul effet d'une qualification ou non qualification scientifique, son existence politique et le danger historique qu'il nous fait courir ; et comme celle qui, ne voyant de droit qu'en démocratie, croit que pour la défendre, il suffirait de défendre l'instrument même (l'Etat de droit) qui pourrait pourtant tout aussi bien l'annihiler, alors que ce qu'il nous faut avant tout défendre, par une attention qui ne relève pas de la théorie et de la science, mais bel et bien de cette belle chose que l'on appelle politique, ce sont véritablement les valeurs démocratiques. C'est donc savoir et dire que, juristes, il nous faut être vigilants aussi à des choses qui ne sont pas et qui ne peuvent pas être, à proprement parler, scientifiquement, juridiques. Ce n'est pas là le moindre des mérites de Denys de Béchillon que de nous rappeler à cette conscience élémentaire.

Eric Millard