

De quelques caractéristiques du système juridique constitutives de « bruit » pour le modélisateur

La redondance en droit

La redondance dans le langage usuel ou littéraire, théâtral ou poétique est non seulement un procédé de communication, mais est indissociable de la recherche d'un effet de sens.

Un seul exemple, que nous prenons à la volée, pourrait-on dire, dans un titre du journal *Le Monde* relatif au décès de l'historien Georges Duby (*Le Monde* du 5 décembre 1996). "Parmi les noms de l'école historique française, ce grand spécialiste du Moyen Âge était un chevalier des mondes obscurs, un enquêteur des temps ténébreux, l'explorateur des vies cachées." Sans nous livrer à une analyse textuelle qui n'est pas l'objet de notre propos, il y a dans les expressions "chevaliers des mondes obscurs", "enquêteur des temps ténébreux" et "explorateur des vies cachées" répétition de sèmes de "recherche", d'"aventure" et d'"au-delà du connaissable", qui produit un effet de sens très particulier et très riche en raison des multiples nuances supplémentaires qui s'attachent à ces expressions.

Le droit, en tant que langage technique, est censé échapper à ce phénomène de redondance. La chose est dite une fois et la redondance, loin de renforcer la portée juridique du texte aurait plutôt tendance à l'affaiblir. En tant qu'acte de langage, le droit se doit d'être sobre.

Pourtant, les cas de redondance ne sont pas rares et il est normal qu'ils posent problème au codificateur comme au modélisateur.

Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

Premier cas : deux textes de niveaux différents dans la hiérarchie des textes normatifs ont à peu près le même contenu. L'idée de "à peu près le même contenu" a son importance et suggère la possibilité de multiples gradations entre l'identité parfaite entre les textes et des différences qui frisent la contradiction. Elle suggère aussi que des différences de formulation s'expliquent par la seule différence d'âge des textes que l'on veut comparer, chaque texte étant culturellement et linguistiquement lié au contexte de son époque.

Second cas : deux ou plusieurs textes de niveau égal dans la hiérarchie des normes traitent du même sujet en des termes voisins mais non identiques.

Textes de niveau différent dans la hiérarchie des normes

En ce qui concerne le premier cas, nous prendrons deux exemples. Nous tenterons d'apporter une solution logique au premier exemple.

Premier exemple

L'article 112-1 du nouveau code pénal alinéa 1 et 2 est ainsi rédigé

"Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis.

Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date."

L'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est ainsi rédigé :

"La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée."

Comme l'a montré le Doyen Vedel dans sa note sur l'arrêt du Conseil d'Etat "Société Eky" (Cf. J.C.P. 1960 II 11629 bis), cet article consacre quatre principes qui tous, depuis l'intégration du préambule de la Constitution dans le bloc de constitutionnalité, ont acquis un statut constitutionnel : la proportionnalité des délits et de peines, la légalité des délits et des peines, la non-rétroactivité de la loi pénale, le droit des délinquants à une procédure légale.

La première proposition établit le principe général connu sous le nom de "principe de proportionnalité" qui inspire notamment toute la jurisprudence relative aux pouvoirs de police, et s'impose d'une manière générale au législateur lorsqu'il légifère dans le domaine pénal. Présentement, ce principe ne nous intéresse pas car il n'est pas repris dans l'article 112-1 du nouveau code pénal avec lequel il n'est donc pas redondant.

Nous écarterons de la même façon le groupe adjectival "et légalement appliquée". Il introduit une précision relative aux conditions d'application de la loi sujette à interprétation mais dont le champ est plus large, tout en l'incluant, que la simple règle de la non-rétroactivité. Ce membre de phrase fonde néanmoins le droit des délinquants à une procédure légale.

Nous nous limiterons donc aux deux alinéas de l'article 112-1 du code pénal et à la partie de l'article 8 de la DDHC qui dispose que "nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit.

Cet extrait de l'article de la DDHC implique deux principes fondamentaux de notre droit : le principe de légalité des délits et des peines, et le principe de non rétroactivité de la loi pénale.

L'article 8 de la DDHC met en scène trois entités : l'individu (nul ne peut...), la loi (qui permet de punir) et le délit. La concision de la phrase laisse supposer que l'individu est l'auteur du délit. Il ne saurait être question du délit d'un autre. Encore faut-il que le mécanisme de compréhension de la phrase soit tel que s'il s'agissait du délit d'un autre, la phrase serait formulée autrement.

La phrase complète serait "nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit qu'il a commis". Et s'il s'agissait du délit d'un autre, la phrase serait "nul ne peut être puni pour un délit qu'il n'a pas commis" ou "commis par un autre". La présence dans la formulation de l'article 8 DDHC de l'article défini "au" valant "à le" dans "au délit" a pour effet d'établir le lien anaphorique avec "nul" dans "nul ne peut..." car s'il s'agissait d'un délit quelconque, en fait l'on aurait "d'un délit" au lieu de "au délit". Il n'y a donc pas d'autre possibilité au plan syntaxique que de rattacher le délit à "nul" de "nul ne peut...".

Ce problème d'ordre syntaxique étant réglé, nous nous trouvons bien en présence de trois entités : l'individu, la loi et le délit. La loi a une date comme attribut, de même que le délit,

et la règle établit une hiérarchie entre ces deux dates. Si la date de la loi est postérieure à la date du délit, la loi n'est pas applicable.

Nous avons également quatre relations. Une relation explicite entre la date du délit et la date de la loi. Une relation implicite entre la personne ("nul") et le délit. Une relation entre la personne et la punition ("ne peut être puni") et enfin une relation entre la punition et la loi qui détermine la punition ("en vertu de...").

S'agissant de l'article 112-1 NCP nous avons les faits, la date des faits, l'infraction, la qualification juridique des faits ("constitutifs d'une infraction") au regard de l'infraction, la date à laquelle l'infraction a été définie, la peine applicable à l'infraction à la date à laquelle l'infraction a été définie.

Nous avons en fait trois dates. On pouvait présupposer que la loi avait défini une infraction et en même temps fixé la peine applicable à cette infraction. La rédaction du nouveau code pénal envisage l'hypothèse que l'infraction a été définie à une date et que la peine applicable a pu être définie à une autre date.

Ce qui revient à dire que la loi, qui dans la rédaction de l'article 8 DDHC est une, peut dans la réalité être dissociée en deux dispositions relativement indépendantes : la définition de l'infraction, la fixation de la peine applicable à l'infraction. L'application de l'article 8 DDHC supposerait donc que non seulement on ne puisse qualifier d'infraction un acte antérieur à la définition de l'infraction, mais que, à supposer que l'infraction ait été déjà définie, la peine applicable soit la peine fixée antérieurement à la date des faits qualifiés d'infraction.

Si l'on considère que la loi pénale est nécessairement constituée de ces deux types d'éléments, la définition de l'infraction, la détermination des peines applicables aux infractions, on doit considérer que la date à laquelle fait référence l'article 8 DDHC est la date la plus tardive qui ne peut être que la date de détermination de la peine, s'il y a dissociation. La date de la loi au sens de l'article 8 DDHC est donc la date de la détermination de la peine et non la date de la définition de l'infraction.

On observera que dans la rédaction de l'article 112-1-NCP, le délit, ou plus précisément l'infraction, est scindée en deux : d'une part la définition de l'infraction, d'autre part les faits constitutifs de l'infraction. La rédaction plus synthétique de l'article 8 DDHC implique néanmoins cette distinction.

On observera également que dans la rédaction de l'article 112-1 NCP, l'auteur des faits incriminés est absent. Il est simplement sous-entendu. Dans l'article 8 DDHC s'est à l'auteur du délit que s'applique la punition. Dans l'article 112-1-NCP, ce sont les faits constitutifs d'une infraction qui sont punissables. On reconnaît là une métonymie, car on ne peut pas punir un fait. Le fait peut seulement donner lieu à une punition de son auteur.

Il en va de même de la loi qui n'est pas citée et de la notion de délit qui disparaît au profit de celle plus générale d'infraction. Il est seulement question de faits punissables. Comme l'on sait, en vertu de l'article 34 de la Constitution, repris, nouveau cas de redondance, par le NCP, les crimes et délits sont définis par la loi, les contraventions par le pouvoir réglementaire. Donc l'article 112-1-NCP a pour effet d'étendre la règle de non-rétroactivité, appliquée par l'article 8 DDHC aux seuls délits, aux infractions de rang inférieur. Curieusement, la DDHC ne vise pas les crimes. Pourtant, on ne voit pas que la

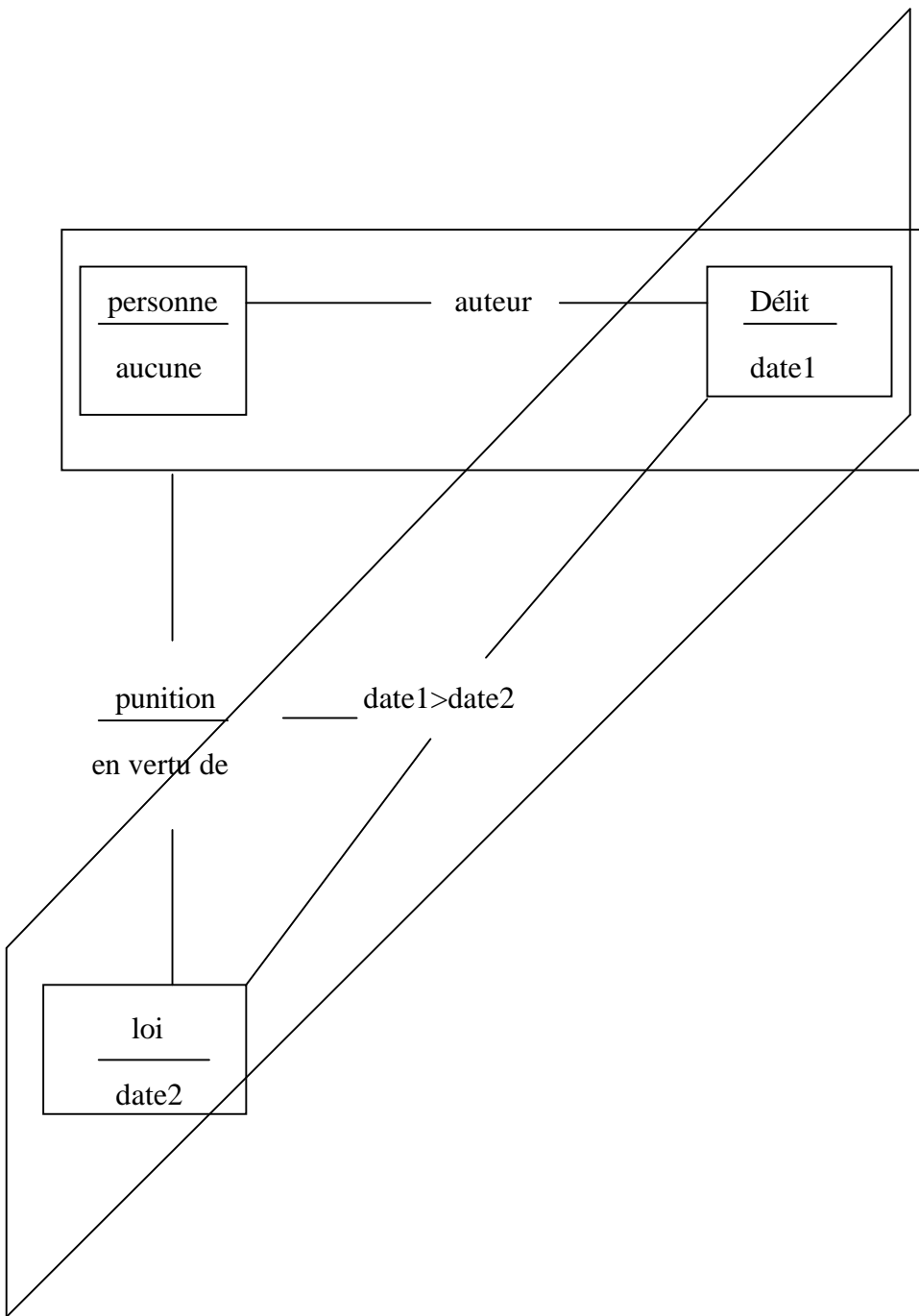
qualification de crime de faits antérieurement qualifiés de délit, puisse déroger à la règle de non rétroactivité. Cette rédaction de l'article 112-1-NCP tire en réalité les conséquences de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel du 30 décembre 1982 selon laquelle "le principe de non rétroactivité (de la loi pénale formulé par l'article 8 DDHC) ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère de punition,...". L'article 112-1-NCP a donc un champ d'application plus large que l'article 8 DDHC. On peut en déduire que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale est un principe de valeur constitutionnelle directement déduit de la DDHC, alors que le principe de non-rétroactivité de toute sanction ayant le caractère de punition, appliquée à un fait constitutif d'une infraction aurait seulement une valeur législative en vertu de l'article 112-1-NCP si le Conseil Constitutionnel ne l'avait pas élevé au niveau constitutionnel.

Quant à la dissociation entre l'infraction et la peine, on peut dire qu'elle est implicite dans l'article 8 DDHC, étant donné que la notion de délit implique à la fois celle d'infraction et celle de peine.

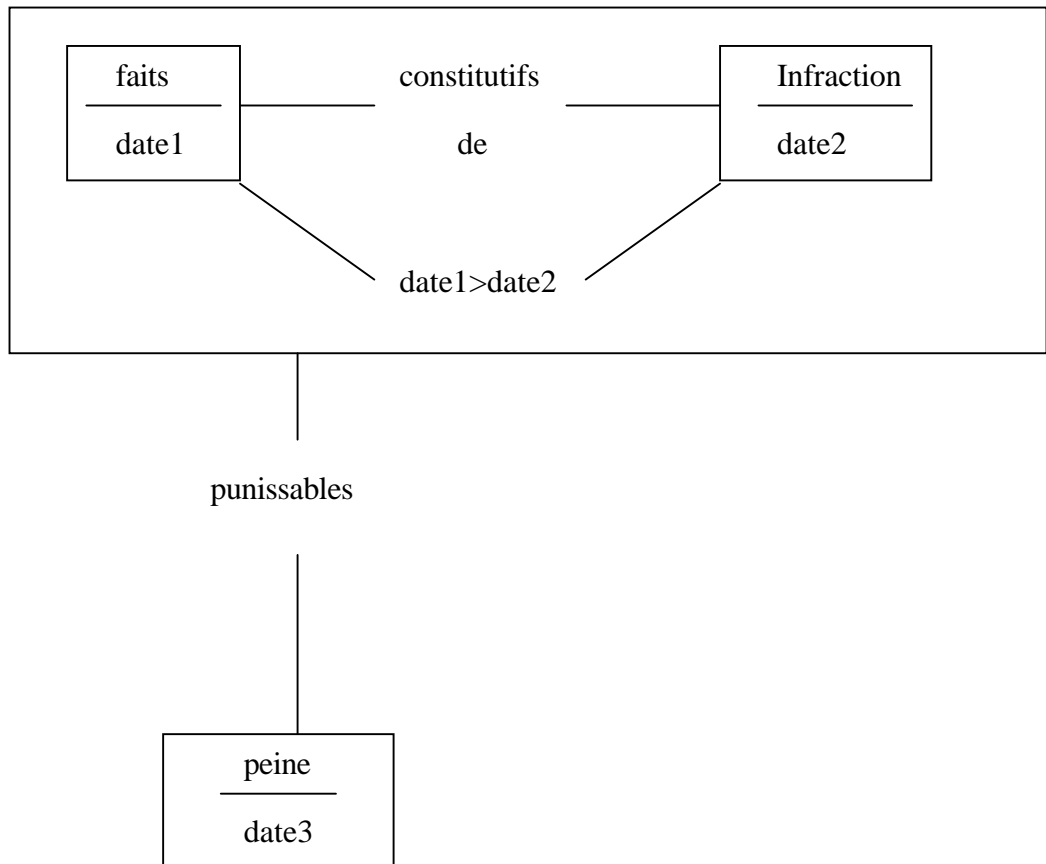
Entre l'article 8 DDHC et l'article 112-1 NCP, il y a redondance partielle, mais également emboîtement, extension.

On mesure toute la complexité qu'impliquent ces deux textes. Nous pouvons néanmoins tenter une modélisation :

Article 8 DDHC :



Article 112-1 NCP :



Ces deux schémas, comme l'annonçait l'analyse précédente, restent a priori très éloignés l'un de l'autre, bien que représentant une réalité voisine assez facilement identifiable.

Nous devons donc tenter de rapprocher ces deux graphes.

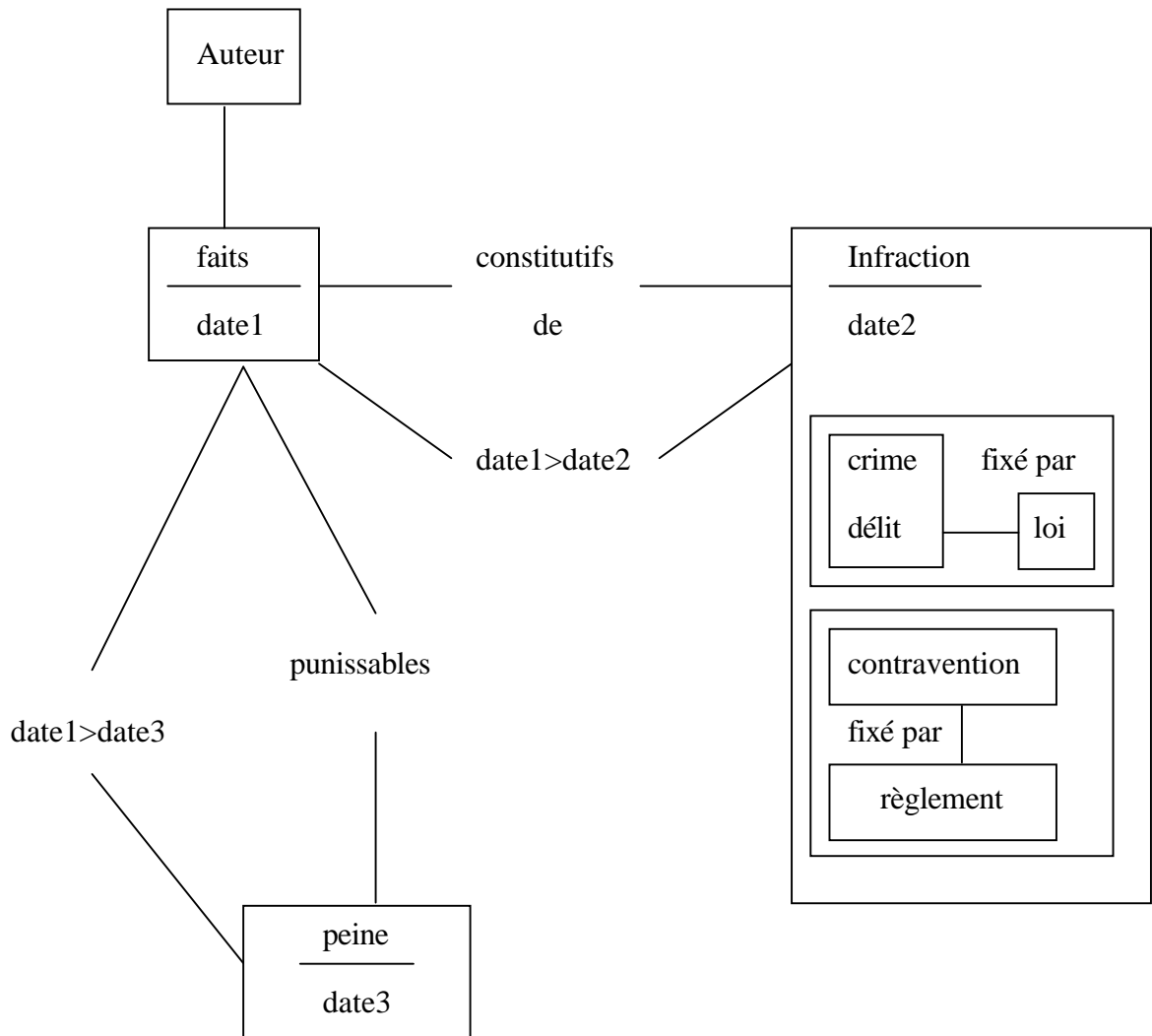
La première opération consiste à réintroduire l'auteur des faits.

La seconde opération consiste à encapsuler la notion de délit au sein de celle d'infraction.

La troisième rattache la définition du délit à la loi. Pour le moment, il n'y a pas lieu d'introduire ni la notion de contravention, ni celle de pouvoir réglementaire, puisqu'elle ne figurent pas expressément ni dans l'article 8 DDHC ni dans l'article 112-1-NCP, mais cette extension reste à l'état de virtualité en attendant l'intégration dans le corpus de l'article 111-2 du code pénal qui précise qu'il existe 3 types d'infractions : le crime, le délit et la contravention, que les deux premiers sont définis par la loi (article 34 C) et que le troisième type, défini par différence avec les deux premiers, relève du pouvoir réglementaire.

La quatrième consiste à établir un rapport de synonymie entre le mot "punissable" et l'expression "peut être puni".

La cinquième consiste à inscrire dans la définition du mot "délit", comme dans celle du mot "infraction", que la définition d'une infraction ou d'un délit implique la fixation d'une peine qui lui est applicable. Par ailleurs, le terme "punissable", l'expression "peut être puni" implique le verbe "punir", lequel implique le sème de peine. "Punir", c'est appliquer une peine, et l'article 8 de la DDHC, repris par l'article 112-1 NCP, nous dit que cette peine n'est applicable que si elle correspond à un délit ou une infraction, que cette infraction doit être définie soit par la loi s'il s'agit d'un crime ou d'un délit, soit par le règlement s'il s'agit d'une contravention.



Évidemment, ce mode de représentation n'est pas directement interprétable par l'ordinateur. Il faut donc lui donner une autre formulation.

Il apparaît nécessaire en premier lieu de définir un formalisme permettant d'établir l'équivalence des expressions "peut être puni", "punissable", "encourir une peine" ou "donner lieu à l'application d'une peine". Autrement dit, il faut pouvoir traiter les phénomènes de paraphrase.

Sur ce premier point, nous rencontrons deux difficultés majeures mais surmontables.

La première réside dans le fait que les cas de stricte synonymie sont très rares, et que les expressions sont plus souvent voisines mais non identiques, la question devenant alors de

savoir si les expressions peuvent être considérées comme équivalentes ou si les sens sont très différents, bien que présentant quelques sèmes communs. La question de logique floue se réduit à déterminer si les expressions considérées sont suffisamment proches pour appartenir au même ensemble de définition.

La seconde difficulté a trait au niveau de l'analyse sémique, aspect qui sera développé dans la seconde partie. Selon certaines définitions, le sémème, c'est-à-dire l'ensemble des traits sémantiques nécessaires et suffisants pour différencier deux termes, s'applique au niveau du *morphème*, c'est-à-dire l'unité minimale de signification, indécomposable, à un moment donné de l'évolution d'une langue (Pottier, 1974, p.327 et 331).

Or, la notion de morphème n'est pas toujours très claire au plan sémantique. Que l'on songe par exemple aux mots "pénitencier" et "prison". Dans "pénitencier" on devine le morphème "peine", qui a valeur de sème, et que l'on retrouve dans punir, punissable, punition, pénal, pénalité, pénaliser, peiner, pénitence. Mais dans "prison", faut-il séparer "pris" et "on", de même que pour "mais" "on", "pois" "on", "rais", "on",... Pourtant, "pénitencier" et "prison" ont bien acquis des sens voisins, "pénitencier" insistant plus sur l'aspect de "peine", tandis que "prison" force davantage sur l'aspect de privation de liberté. Ce qui fait que bien souvent le sémème utile est établi non au niveau du morphème, mais au niveau du mot qui est lui-même composé de un ou plusieurs morphèmes.

Or, on constate sur notre exemple que le niveau du mot peut ne pas être pertinent, dès lors que le mot peut recouvrir un terme complexe et trouver son équivalent dans un groupe de mots.

F. Rastier souligne à ce propos (1994, p. 47) que l'on considère ordinairement que le mot est l'unité linguistique de base, sans doute parce que le mot est la plus petite unité que l'on croit susceptible de référence. Or, le mot est essentiellement une unité graphique qui dépend de conventions d'écriture.

De fait, l'unité utile de signification est la *lexie* qui est un groupe d'un ou plusieurs mots formant une unité fonctionnelle figée. "Quand elles s'écrivent en un seul mot, leur intégration est maximale, car on ne peut y insérer aucun morphème. Quand elles s'écrivent en plusieurs mots, on peut distinguer celles qui n'admettent pas l'insertion (ex. à la queue leu leu) et celles qui l'admettent (dans *monter en hâte au créneau*, la lexie *en hâte* est insérée dans la lexie *monter au créneau*).

B. Pottier et F. Rastier sont d'accord pour considérer la *sémie* comme le signifié d'une lexie, c'est-à-dire en fait le sémème au niveau de la lexie (Pottier, 1974, p. 79; Rastier, 1991, p. 143-144 et 1994, p.47), et convergent également sur le mode de représentation. Tandis que Pottier applique à la sémie la structure des schèmes d'entendement, Rastier choisit une représentation par graphes conceptuels, ce qui, convenons en, est presque la même chose. En donnant ainsi à la sémie la structure d'un sémème complexe ou composé, on permet d'intégrer comme sèmes par incrustation d'autres sémèmes et des relations entre sémèmes.

En second lieu, il apparaît nécessaire de définir un cadre plus large dans lequel les différentes composantes de l'acte de punir et autour de l'acte de punir soient appréhendées et traitées.

Dans l'acte de punir, il y a la *peine* que l'on applique, il y a les faits en raison desquels on applique la peine, il y a la *qualification* de ces faits qui justifie la peine, en vertu de *normes*, légales ou réglementaires, il y a également l'*auteur* des faits. On notera que si l'auteur peut *encourir* une peine, l'acte qui lui est imputé n'encourt pas de peine mais peut donner lieu à l'application d'une peine. L'acte par lequel on décide de l'application d'une peine, s'appelle une condamnation.

En quelque sorte, nous définissons ici une structure d'accueil conceptuelle des *schèmes d'entendement* ou des *modules actanciels* correspondant. Dans cette structure d'accueil, certains concepts ne sont pas actualisés nécessairement dans les modules actanciels. Ces concepts peuvent faire partie du module actanciel, mais rester à l'état implicite. Ils peuvent aussi ne point en faire partie et être rejetés à la périphérie.

Cette structure d'accueil conceptuelle est en réalité un *réseau sémantique* qui correspond à la notion de *sémiogramme* selon B. Pottier (1974, p. 103-105 et p. 331) qui est le « tableau des relations sémantiques essentielles gravitant autour d'un morphème : association, inclusion, opposition, participation », définition que nous pouvons sans peine étendre au niveau de la lexie.

Sans en proposer une analyse logique comme dans le cas précédent, nous présentons un second exemple de redondance entre texte de niveaux différents.

2^e exemple

Second exemple : article 1 alinéa 1 de la loi du 10 juillet 1989 d'orientation de l'éducation et alinéa 13 du préambule de la Constitution de 1946 incorporé au préambule de la Constitution de 1958.

L'alinéa 13 du préambule de la Constitution de 1946 dispose que :

"La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat."

L'article 1, alinéa 1 de la loi du 10 juillet 1989 est ainsi rédigé :

"L'éducation est la première priorité nationale. Le service public de l'éducation est conçu et organisé en fonction des élèves et des étudiants. Il contribue à l'égalité des chances.

Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté.

L'acquisition d'une culture générale et d'une qualification reconnue est assurée à tous les jeunes, quelle que soit leur origine sociale, culturelle ou géographique. L'intégration scolaire des jeunes handicapés est favorisée. Les établissements et services de soins et de santé y participent.

..."

Redondance entre textes de même niveau dans la hiérarchie des normes.

Le second type de situation correspond à des textes qui sont de même niveau dans la hiérarchie des normes.

Nous prendrons comme exemple divers textes qui fondent le droit de l'environnement.

L'article 410-1 du nouveau code pénal définit les intérêts fondamentaux de la Nation :

"Les intérêts de la Nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel."

Ex. 2 : article 200-1 du code rural tel qu'il résulte de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement :

« Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation.

« Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Elles s'inspirent, dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants :...

L'article 200-2 poursuit :

« Les lois et règlements organisent le droit de chacun à un environnement sain et contribuent à assurer un équilibre harmonieux entre les zones urbaines et les zones rurales.

« Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement.

« Les personnes publiques et privées doivent, dans toutes leurs activités, se conformer aux mêmes exigences. »

Ex. 3 : article L.110 de code de l'urbanisme (modifié par l'article 5 de la loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991).

« Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources, de gérer le sol de façon économe, d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace."

Contradiction et incohérence en droit

Que le droit soit structurellement contradictoire, en dépit de la formule qui peut passer pour provocatrice, c'est une réalité qui s'explique par la multiplicité des juridictions, par le système de double ordre juridictionnel, mais elle est aussi inscrite dans des principes de

droit fondamentaux qui ont un rapport direct avec la continuité de l'Etat et de l'ordre juridique, et avec la sécurité juridique :

- Le principe de présomption de légalité dont jouissent tous les actes administratifs
- Le principe de l'intangibilité des actes administratifs au-delà du délai de recours contentieux
- Le principe de non rétroactivité de la loi pénale
- Le principe de non application de la loi nouvelle aux situations contractuelles antérieurement constituées
- Le fait que l'abrogation d'un texte n'entraîne pas automatiquement l'abrogation des textes d'application

Mais le droit n'est pas incohérent, car les principes sus-mentionnés, ont notamment pour objet non de vider le droit de ses contradictions, mais d'en assurer la coexistence. De plus, il possède des moyens de résolution des conflits entre les lois et les actes administratifs et privés. C'est la raison d'être des juridictions suprêmes que sont le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation que d'unifier les jurisprudences dans leurs ordres juridiques respectifs, c'est la raison d'être du Tribunal des Conflits que de résoudre les conflits positifs et négatifs entre les jurisprudences des ordres judiciaires et administratifs, et c'est aussi la raison d'être du Conseil Constitutionnel que de mettre en accord le droit interne avec les normes constitutionnelles, mais l'on sait que des pans entiers du droit restent néanmoins hors de son contrôle. De même, s'agissant de la coexistence d'une règle ancienne qui continue d'exister, et d'une règle nouvelle qui la remplace pour l'avenir, le système juridique possède ses règles internes permettant de déterminer la règle applicable. Le système juridique est un système régulé et non chaotique.

On peut néanmoins connaître des cas où des contradictions de règles restent sans solution pendant une durée parfois longue.

Sans prétention d'exhaustivité on peut évoquer quelques cas caractéristiques.

Le premier a une valeur historique. C'est la divergence qui a duré de 1975 à 1989 entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat en ce qui concerne l'application des traités et engagements internationaux dans l'ordre interne dans le cas de lois postérieures contraires à ces engagements internationaux. La divergence s'est résolue à la suite d'une évolution de jurisprudence du Conseil d'Etat (CE 20 octobre 1989, *Nicolo*), souhaitée au demeurant par le Conseil Constitutionnel.

Le second se comprend très bien à partir du premier. Le Conseil Constitutionnel, bien que la Constitution stipule que ses décisions s'imposent aux pouvoirs publics et toutes les autorités administratives et juridictionnelles, son autorité à l'égard des juridictions reste morale et non juridique, car elle est dépourvue de sanction.

A cet égard, on peut signaler une divergence d'appréciation qui a existé pendant plusieurs années sur la définition de la notion de catégorie d'établissement public et donc sur le champ d'application d'un des alinéas de l'article 34 de la constitution, c'est-à-dire au final sur l'étendue de la compétence du législateur.

En fait, de son origine jusqu'à 1979, le Conseil Constitutionnel a défini la catégorie d'établissement public par référence à trois critères : le niveau de rattachement territorial (national, régional, départemental ou communal), la spécialité qui après avoir du être "étroitement comparable" a fini par devenir simplement "analogue", enfin le caractère "administratif ou industriel et commercial". Par suite d'un revirement de jurisprudence (CC 25 juillet 1979), le troisième critère a purement et simplement disparu. Or, le Conseil d'Etat a persisté jusqu'à présent à prendre en compte parmi les critères de la catégorie d'établissement public la "nature " de l'activité, laquelle implique son caractère administratif ou industriel et commercial. Toutefois, dans une jurisprudence du 28 juillet 1993, *Syndicat général de la Caisse des dépôts et consignations*, il a admis qu'un établissement public put être transformé par simple décret en établissement public industriel et commercial, se rendant en cela et dans ce cas d'espèce, à la doctrine du Conseil constitutionnel.

En troisième lieu, le Conseil Constitutionnel ne pouvant être saisi par la voie de l'exception de constitutionnalité, toute loi qui aurait échappé au filtre du contrôle a priori organisé par les articles 54 et 61 de la Constitution de même que toute loi antérieure à 1958 qui serait contraire à des dispositions constitutionnelles, reste assurée d'une pérennité qu'aucun recours n'est susceptible d'interrompre.

Toutefois, hors de toute question de constitutionnalité, des lois peuvent rester contradictoires sans générer un contentieux qui provoque une nécessaire mise en cohérence.

Par exemple, entre la loi du 6 janvier 1978 "Informatique et libertés" et la loi du 3 janvier 1979 sur les archives il existait une contradiction indirecte qui n'a été résolue que la loi récente du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

La contradiction était à la fois dans le dispositif et dans les objectifs.

La loi de 1978 posait une sorte de "droit à l'oubli" dans la mesure où elle prévoyait en son article 28, que "sauf dispositions législatives contraires, les informations ne doivent pas être conservées sous une forme nominative au-delà de la durée prévue à la demande d'avis ou à la déclaration, à moins que leur conservation ne soit autorisée par la Commission". Quant à la loi de 1979, posant le principe du droit à la mémoire, institue des délais pour la libre circulation des archives publiques en distinguant entre les documents dont la communication était libre avant leur dépôt aux archives publiques et les autres : les premiers continuent d'être communiqués sans restriction à tout demandeur; les seconds sont librement consultés à l'expiration d'un délai de trente ans ou d'un délai spécial fixé par l'article 7 de la loi. Dès lors, dans l'hypothèse où la durée de conservation des fichiers nominatifs est inférieure au délai au terme duquel les informations sont librement consultables en vertu de la loi sur les archives, ces informations ne peuvent être rendues accessibles pour une utilisation à des fins scientifiques, statistiques ou historiques. En d'autres termes par conséquent, la destruction des informations nominatives prévues par la loi du 6 janvier 1978, enlève toute portée au libre accès aux archives, prévu par la loi du 3 janvier 1979, laquelle n'interdit pas formellement la destruction des données, mais aurait été interprétée comme telle¹. Si cela avait été le cas, le jeu normal de la hiérarchie des normes aurait du provoquer l'abrogation de facto des dispositions contradictoires de la loi

¹ Voir étude de Jean-Luc Pissaloux dans les Petites Affiches n°32 du 14 février 2001.

de 1978. En réalité, la contradiction n'est qu'indirecte, puisque la loi de 1978 traite de la conservation, et celle de 1979 de la consultation. Comme il est difficile de consulter des documents détruits, l'application de la loi de 1978 ne fait que rendre inopérante celle de 1979.

Il y a donc dans notre ordre juridique des contradictions qui restent au moins un certain temps sans solution.

Le résultat est sans doute critiquable, mais il n'y a pas d'incohérence à partir du moment où l'ordre juridique possède les règles qui permettent de déterminer celle des règles en contradiction qui est applicable et celle qui ne l'est pas. Paradoxalement, dans les cas que nous avons évoqué, les règles qui s'appliquent sont les règles inconstitutionnelles ou illégales de rang inférieur et non la règle supérieure.

Néanmoins, si le droit est structurellement contradictoire mais en aucune manière structurellement incohérent, on peut rencontrer des cas d'incohérence accidentelle, qui peuvent résulter par exemple d'une jurisprudence incohérente dans la mesure où elle est argumentée d'une manière qui ne permet pas de conclure sur les motifs effectifs qui ont conduit à la décision. D'où le caractère imprévisible d'une décision ultérieure sur un objet similaire.

René Chapus dans son manuel de droit administratif (p. 504-505) donne un exemple en matière de contrat qui peut illustrer cette situation.

La jurisprudence dite UAP (TC, 21 mars 1983) a posé qu'en principe un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt un caractère administratif.

Mais dans un jugement ultérieur (TC 7 octobre 1991, CROUS de l'Académie de Nancy-Metz) concernant une convention par laquelle un office public d'HLM a mis à la disposition d'un centre régional des œuvres universitaires et scolaires un certain nombre de locaux destinés au logement d'étudiants, le Tribunal des Conflits a jugé être en présence d'un contrat administratif pour le motif qu'il a eu pour objet l'exécution même du service public du logement des étudiants. Bien qu'il n'ait pas manqué de reproduire le considérant de principe de l'arrêt UAP, pour le même motif, il aurait probablement reconnu le caractère administratif de la convention si elle avait été conclue entre une personne publique et une personne privée. Si le considérant de la jurisprudence UAP n'avait pas été repris, on aurait pu considérer cette jurisprudence comme un cas d'espèce sans lendemain. La coexistence dans le même arrêt de deux considérants partiellement incompatibles constitue aux yeux de René Chapus, dans la mesure où les deux arguments conduisent en l'occurrence au même résultat, une « anomalie regrettable, parce qu'elle trouble la compréhension de l'état du droit » et est de nature à amoindrir la portée de la jurisprudence UAP.

Les cas de ce genre sont certes rares, mais le fait qu'ils existent, est un soi un phénomène que ne peut ignorer le modélisateur.

La non complétude du droit

Il ne saurait être question d'entrer dans une discussion théorique sur ce sujet. Le débat qui prend sa source notamment dans l'œuvre de Hans Kelsen, a eu lieu dans les années soixante dans le cadre plus large des relations entre le raisonnement juridique et la logique formelle, en particulier la logique déontique, et a vu s'affronter notamment Georges

Kalinowski et Chaïm Perelman. La question de la complétude du droit en était un des aspects essentiels.

Pourtant, dans les années récentes, Paul Amssek (1992) est revenu sur le sujet dans une perspective qui nous paraît intéresser directement le modélisateur.

La question n'est pas de savoir si le système juridique comporte des règles pour régler efficacement les conflits qui peuvent naître entre normes.

Elle n'est pas non plus de savoir s'il existe des textes théoriquement normatifs mais dépourvus de toute force juridique faute d'une précision suffisante ou de textes d'application. Le droit comporte ainsi de nombreuses branches mortes, qui un jour seront soit activées soit coupées définitivement.

La question de la complétude du droit ne se confond pas avec celle de la couverture par le droit de toutes les activités humaines dans une perspective synchronique.

Dans une perspective diachronique, telles activités, tels actes, telles conduites, telles situations non réglementées peuvent le devenir sous la pression des mœurs et/ou de la technologie.

Mais le fait de ne pas réglementer n'implique pas le non-droit, car si un domaine n'est pas réglementé dans sa spécificité, il peut l'être dans sa généralité. Ainsi, le droit d'auteur sur Internet ne fait pas l'objet d'une protection particulière. En dépit de la nouveauté du domaine d'activité, les règles générales trouvent à s'appliquer. Le droit pourra être jugé le cas échéant insuffisant. Il n'y a pas de vide juridique. Et s'il y a lacune, celle-ci n'est que relative au regard d'un certain état du droit que l'on peut estimer souhaitable. Mais il s'agit là d'un autre problème.

Mais Paul Amssek (1992, p. 1029) pose le problème sous un autre angle : celui de la possibilité d'inférer logiquement de nouvelles règles de droit sur la seule base d'un traitement logique des énoncés juridiques.

Selon Kelsen, « on peut dire que tout comportement humain est directement ou indirectement déterminé par le droit. Lorsque tel acte d'un individu n'est pas interdit par une norme juridique, le droit positif impose à tous les autres individus l'obligation de ne pas en empêcher l'accomplissement. Une conduite qui n'est pas juridiquement interdite est juridiquement permise et en ce sens, elle est indirectement déterminée par le droit. »

On serait tenté, dans un premier mouvement, d'accepter ce point de vue qui fait souvent figure de « principe fondamental » qui rend logiquement impossible l'existence de lacunes dans le droit.

Il faut toutefois approfondir et distinguer, comme le fait Kelsen, selon que l'ordre normatif règle la conduite humaine de façon négative, par abstention d'interdiction, abstention d'obligation ou abstention de permission dérogatoire par rapport à une norme générale d'interdiction, sur la base donc de règles implicites dépourvues de toute matérialité, et selon qu'il la règle de manière positive par édicton positive d'une interdiction, d'une permission ou d'une obligation.

Appliqué au cas de la règle positive permissive ou prohibitive, il n'y a probablement rien à redire.

« ...une règle qui permet, une règle permissive a, dans sa structure fondamentale, un contenu qui diffère radicalement du contenu d'une règle qui interdit, d'une règle prohibitive. On se trouve en présence d'une « opposition réelle ». On est bien autorisé en conséquence à dire que lorsque le législateur met en vigueur une règle prohibitive, il fait exactement le contraire de ce qu'il accomplit lorsqu'il édicte une règle permissive :... ; on peut également dire que lorsqu'une règle en vigueur permet quelque chose, *a contrario* elle ne l'interdit pas (et réciproquement). »

L'erreur de Kelsen, aux yeux de Paul Amselek, tient au fait que Kelsen applique le même raisonnement aux règles négatives, c'est-à-dire aux règles inexistantes, absentes, cette absence étant dotée d'un effet juridique ayant le même niveau d'automaticité que dans le cas de règles explicites. Elle est de voir dans l'absence de règle une règle implicite, comme si l'absent et l'implicite étaient confondus.

Kelsen conclut donc que si une règle juridique prohibitive n'est pas en vigueur, on peut en déduire logiquement, *a contrario*, qu'est en vigueur une règle contraire. « Comme si, du fait que l'acte de donner la vie est le contraire de l'acte de donner la mort, on prétendait qu'en accomplissant pas le premier on commettait le second ! »

Paul Amselek ne rejette pas catégoriquement ce raisonnement mais en limite la validité. Il ne saurait à ses yeux être considéré comme un « principe logique de recomplètement de la réalité, de comblement des édicitions législatives inexistantes », mais comme un « principe d'interprétation – d'approfondissement – du contenu même de la réglementation édictée, ce qui est tout à fait différent. »

L'exemple suivant illustre parfaitement la problématique : de la règle (explicite ou positive) adressée à des usagers d'un parc public « Il est interdit de marcher sur les pelouses », on ne peut déduire automatiquement et abstraitement, du fait qu'aucun autre acte ou activité n'est visée (absence de règle ou règle implicite ?), qu'il est permis de tout faire sur les pelouses sauf marcher (par exemple, de faire du vélo, jeter des détritux, etc.), alors qu'en fait le législateur a voulu seulement signifier, en l'occurrence, que les usagers du parc n'étaient autorisés à se promener que sur les sentiers aménagés bordant les pelouses.

« Le permissif derrière les énoncés interdictifs ne découle pas d'un raisonnement *a contrario* purement formel, mais toujours de la mise en perspective, par une démarche herméneutique circonstancielle, du sens littéral de cet énoncé et de l'explicitation des intentions d'arrière-plan prêtées au législateur. » Telle est la conclusion de Paul Amselek.

Avant de valider cette conclusion, nous voudrions être sûr que le raisonnement de Kelsen soit logiquement correct, auquel cas nous pourrions en effet opposer la méthode axiomatique de Kelsen à la méthode interprétative préconisée par Amselek.

Mais si le raisonnement de Kelsen est logiquement incorrect, la question reste alors ouverte : la méthode axiomatique permet-elle d'invalider la conclusion de Kelsen et de valider celle de Paul Amselek ?

Le carré logique ou sémiotique d'Aristote (cf. p. **Erreur ! Signet non défini.**) sera évoqué en détail dans la troisième partie.

Très simplement nous allons le tester pour deux de ses relations fondamentales sur les deux exemples utilisés par Paul Amssek.

Les deux relations fondamentales sont l'incompatibilité et l'alternative.

Soit tout d'abord l'interdiction d'ouvrir les magasins au public le dimanche.

Ce qui est incompatible avec l'interdiction c'est l'obligation : l'interdiction d'ouvrir (Ip) est incompatible avec l'obligation d'ouvrir (Op). L'incompatibilité est vidée par la négation. L'interdiction d'ouvrir (Ip) est donc équivalente à l'obligation de fermer ou de ne pas ouvrir ($O\sim p$). Si l'interdiction et l'obligation d'une même chose ne peuvent coexister (elle ne peuvent être vraie en même temps), par contre la non interdiction et la non obligation sont possibles (l'interdiction et l'obligation peuvent être fausses ensemble).

L'alternative se rencontre entre l'interdiction et la non-interdiction soit la permission (permis), entre l'obligation et la non obligation, soit la faculté (facultatif). Donc si l'ouverture des magasins est interdite le dimanche, elle ne peut être permise. Interdiction et permission ne peuvent être vraies ou fausses en même temps. Si l'une est vraie, l'autre est fausse et réciproquement. Si l'on applique l'interdiction à une chose et la permission à son contraire, évidemment, on a résolu la contradiction, mais quel est l'intérêt de dire que l'interdiction de l'ouverture le dimanche (Ip) implique la permission de la fermeture ($P\sim p$). Toutefois, l'ouverture le dimanche admet deux types de négation : la fermeture le dimanche, négation forte, l'ouverture les autres jours de la semaine, négation faible ou complément. La véritable alternative est entre l'interdiction de l'ouverture le dimanche (Ip) et la permission de l'ouverture les autres jours de la semaine ($P\sim p$).

Donc sur une norme explicite, l'interprétation de Paul Amssek et la logique formelle peuvent conduire au même résultat.

Sur le second exemple, l'interdiction de marcher sur les pelouses, on peut aller directement au résultat intéressant : chercher la négation faible de « marcher sur les pelouses ». Cela peut être « marcher en dehors des pelouses », ce qui est satisfaisant. Mais cela peut aussi être tout acte qui n'est pas marcher, c'est-à-dire, par exemple faire du vélo ou de la moto, du patin à roulette, jeter des débris, ce qui est un résultat qui ne correspond manifestement pas à la volonté du législateur. Il y a donc plusieurs négations faibles à l'expression complexe « marcher sur les pelouses », alors qu'il n'en existe qu'une seule pour l'expression « ouvrir le dimanche ». Il ne semble pas qu'aucune théorie formelle de logique déontique n'apporte la moindre réponse à ce cas de figure pourtant banal.

Or, l'interprétation ne réserve pas le même traitement aux deux négations faibles. Alors que l'interprétation littérale résultant de l'application du carré logique conduit à l'acceptabilité des deux négations, en fait la première est acceptable, alors que la seconde doit être rejetée. L'explication est la suivante :

Le législateur, en utilisant le terme « marcher » dans « marcher sur les pelouses », a tout simplement utilisé une figure de style connue depuis l'Antiquité sous le nom de métonymie, qui sera évoquée dans la seconde partie, consistant à utiliser le terme correspondant à la partie pour signifier le tout. Le législateur a en réalité voulu dire : « il est interdit de commettre l'acte de marcher ou tout acte similaire, c'est-à-dire ayant le même effet destructeur, sur la pelouse ». Pour faire référence à la théorie sémantique du

prototype (cf. p. **Erreur ! Signet non défini.**), on peut dire aussi que le législateur a utilisé le mot "marcher" comme prototype de l'acte du promeneur dans un jardin public, et donc comme l'activité générique qu'il convient de prohiber dès lors que l'on veut la pratiquer sur les pelouses. Il est clair que la logique qui permet de maîtriser ce type de phénomène, non exceptionnel dans le langage du droit, n'est pas la logique formelle.

Nous pouvons faire la proposition suivante : il y a dans l'interdiction de marcher sur les pelouses un élément téléologique tout à fait fort, la nécessaire protection des pelouses, élément par définition fragile de l'environnement, et cet élément téléologique autorise une interprétation extensive du terme « marcher ». La conséquence à tirer de la présence de cet élément téléologique vaut à notre sens directive générale d'interprétation, exactement de la même façon que, lorsque l'on a affaire à une disposition restrictive concernant l'exercice d'une liberté publique, l'interprétation restrictive s'impose toujours. Au cas présent, l'interprétation consiste à ne pas attribuer au terme « marcher » son sens strict, en tant que taxe dans un taxème (cf. p. **Erreur ! Signet non défini.**), mais comme le prototype d'un ensemble non nécessairement lexicalisé d'actes qui correspondrait à l'idée de tout déplacement physique comportant un contact avec le sol. A partir de « marcher » on peut ainsi étendre l'interdiction à des variantes proches telles que « courir », « sauter », « piétiner », mais aussi à des variantes plus éloignées mais rattachables au même ensemble de définition au travers du prototype, comme « rouler » avec un vélo, une moto, un tracteur etc.

La critique portée par Paul Amssek est donc logiquement parfaitement fondée. De même, les possibilités de modélisation nous semblent sauvées. Nous voyons dans l'existence d'un élément téléologique patent attaché à une règle un déclencheur de processus interprétatif qui peut être restrictif ou extensif selon le cas.

En définitive, la question de la complétude du droit paraît appeler une réponse positive. Oui, il est certainement vrai que tout comportement humain est directement ou indirectement déterminé par le droit. La question fondamentale est cependant de savoir comment s'opère cette complétude. On vient de voir qu'elle ne peut l'être par la voie d'un principe général et universel tel que celui énoncé par Kelsen. En fait, la complétude s'acquiert au travers d'un processus interprétatif complexe dont l'objet est notamment de combler les lacunes des lois. Et cette conclusion est probablement de toute première importance pour le modélisateur.

Reste que ce qu'on assimile le plus souvent à des lacunes en droit, sont des imperfections rédactionnelles, involontaires ou délibérées, et nous en avons évoqué plusieurs (cf. p. **Erreur ! Signet non défini.** par exemple). On peut le regretter, mais en vertu du principe posé par l'article 4 du code civil, le juge ne peut arguer de l'obscurité de la loi pour ne pas juger à peine de forfaiture. La complétude du droit est donc inscrite dans la loi. Claire ou obscure, efficace ou inadéquate, le juge est là pour l'appliquer, et tout individu, toute situation en principe a droit à et a un juge. La complétude est une vérité juridique, à défaut d'être toujours une réalité vécue.