



HAL
open science

Le Réalisme scandinave et la Théorie des contraintes

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Le Réalisme scandinave et la Théorie des contraintes. Michel Troper, Véronique Champeils-Desplats et Christophe Grzegorzcyk. *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, pp.143-154, 2005, La pensée juridique. halshs-00126003

HAL Id: halshs-00126003

<https://shs.hal.science/halshs-00126003>

Submitted on 23 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.

LE REALISME SCANDINAVE ET LA THEORIE DES CONTRAINTES

(Communication au colloque *Les contraintes juridiques*, Centre de théorie du droit, Université Paris X Nanterre, octobre 2000)

1 – *Champ de l'étude.*

On chercherait en vain, dans ce qu'il est convenu d'appeler *Réalisme scandinave*, une théorie explicite des contraintes. Sans doute l'idée qui sous-tend cette théorie n'est pas foncièrement étrangère à la démarche réaliste. Mais le sujet oblige immédiatement à *imaginer* la réaction de quelqu'un qui procéderait sur les bases épistémologiques défendues par les réalistes scandinaves en présence de cette théorie : à se placer donc dans la situation d'un *Homo juridicus* réaliste.

La Théorie des contraintes doit ainsi être approchée du point de vue épistémologique, qui propose sans doute la seule réelle unité du courant réaliste. Il ne s'agit évidemment pas de vérifier la pertinence scientifique de la Théorie des contraintes au regard d'une autre théorie proposée comme un étalon de vérité, ni de lui décerner, ou de lui refuser, un brevet de réalisme. Clairement, la Théorie des contraintes se suffit à elle-même en ce qu'elle affirme ses positions méta-théoriques, et décline ensuite les points qu'elle entend régir, et selon quelles méthodes.

En revanche, l'interrogation devrait autoriser à deux exercices d'évaluation. D'une part, apprécier la compatibilité de deux démarches théoriques pour l'avenir, puisque ni le réalisme scandinave, ni la Théorie des contraintes, n'apparaissent comme des constructions achevées et dépourvues de capacité évolutive. D'autre part, il s'agit aussi de la vérification (ou de la réfutation) d'une intuition qui semble avoir été celle de nombre d'intervenants ici : celle selon laquelle la Théorie des contraintes n'est pas tout à fait étrangère

au réalisme en général, et au réalisme scandinave en particulier, dans ses inspirations et préoccupations.

2 – Précisions sur le cadre retenu.

Il me faut maintenant préciser le point à partir duquel je vais procéder à cette interrogation : la posture réaliste scandinave. Sur quels fondements élaborer sa formulation idéal-typique ?

Le nombre d'auteurs à considérer est relativement restreint : quatre ou cinq. Les fondements épistémologiques ont été élaborés par deux philosophes de l'Ecole d'Uppsala : Phalèn (1884-1931) et surtout Hägerström (1868-1939)¹. Puis ces fondements ont été repris et développés par deux juristes suédois : Lundstedt (1882-1955)² et Olivecrona (1897-1980)³. La position de Ross (1899-1979) est un petit peu particulière. Fréquemment identifié au réalisme scandinave, Ross a des références théoriques plus complexes, qui se conjuguent au réalisme d'Hägerström, et dont la place varie avec le temps : normativisme kelsénien, empirisme logique⁴.

Ce sont alors les principes de la philosophie des sciences que l'on peut considérer comme commun à ces auteurs. Ces principes sont relativement simples à exprimer et on peut retenir pour les besoins de l'analyse quatre éléments directeurs.

a) L'élaboration d'une démarche fondée sur le rejet de toute métaphysique en dehors du champ de la connaissance scientifique, et du discours qui l'élabore. La métaphysique est alors définie par Hägerström

¹ V. essentiellement d'Hägerström : *INQUIRIES INTO THE NATURE OF LAW AND MORALS*, Uppsala, 1953. En français, V. aussi la critique d'E. Cassirer, *ELOGE DE LA MÉTAPHYSIQUE (AXEL HÄGERSTRÖM, UNE ÉTUDE SUR LA PHILOSOPHIE SUÉDOISE CONTEMPORAINE)*, Le Cerf, 1996.

² La pensée de Lundstedt a été systématisée par l'auteur dans *LEGAL THINKING REVISED (MY VIEWS ON LAW)*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1956.

³ Les deux ouvrages majeurs d'Olivecrona dans le domaine théorique sont ses deux versions (en fait deux livres différents) de *LAW AS FACT* : 1^{ère} édition, Munksgaard, 1939 et 2^{nde} édition, Stevens & Sons, Londres, 1971.

⁴ Les deux ouvrages les plus « réalistes » de Ross étant alors : *KRITIK DER SOGENANNTEN PRAKTISCHEN ERKENNTNIS*, Levin & Munksgaard, Copenhague-Leipzig, 1933, et *TOWARDS A REALISTIC JURISPRUDENCE* [Traduction pour l'essentiel de sa thèse de droit danoise de 1934

comme toute combinaison de mots dont le statut épistémologique ne peut être défini avec certitude. Le réalisme scandinave, dont la génération théorique s'est effectuée, au moins jusqu'à Ross, apparemment sans liaison avec la philosophie anglo-saxonne (Russell, Moore, Carnap, Neurath, etc.), rejoint le positivisme logique entendu au sens large.

b) La définition de la démarche scientifique sur des bases réalistes, c'est-à-dire plus précisément sur un fondement empirique. Seul ce qui est réel est connaissable. La théorie doit permettre d'élaborer le discours cognitif sur des bases empiriques : le phénomène juridique dont on peut parler est un mécanisme complexe de faits sociaux reposant notamment sur une croyance ou un sentiment d'obligation ou de validité. Chez Ross, la structure du discours doit de plus être empiriquement vérifiable, falsifiable ou réfutable : la vérification repose en dernière analyse sur la prédictibilité, c'est-à-dire sur l'application future par des tribunaux. La notion de causalité est ainsi appréhendée comme centrale.

c) Le non-cognitivism en matière axiologique. Les valeurs ne sont pas perçues comme ayant une existence objective, mais comme l'expression de sentiments de plaisir ou de déplaisir, éventuellement rationalisés de manière erronée dans des concepts métaphysiques.

d) L'analyse de la fonction pratique de la langue du droit. La langue du droit (des normes) n'est pas une langue cognitive reposant sur une théorie, mais une langue constitutive ou performative. Elle ne permet pas la connaissance.

C'est au regard de ces principes directeurs que j'ai donc essayé de lire la Théorie des contraintes. Sans pouvoir pointer ici toutes les questions qu'une telle lecture soulève, j'ai tenté de retenir, pas tout à fait arbitrairement, quatre points qui soit font problème, soit pour le moins appelleraient des précisions et un positionnement de la part de la Théorie des contraintes.

3 – *La contrainte comme situation de fait produite par le système juridique.*

Il s'agit de la première caractérisation que donne la Théorie des contraintes. L'essai de définition part ainsi de l'idée suivante : « La contrainte juridique est une situation de fait dans laquelle un acteur de droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère. En d'autres termes, la contrainte juridique est celle qui est produite par le droit et qui, contrairement à la conception traditionnelle, doit être perçue comme une contrainte de fait »⁵.

a) *Le statut théorique de la norme* ou de la règle.

La Théorie des contraintes repose sur une distinction entre d'une part la norme, caractérisée comme obligatoire, et d'autre part la contrainte, caractérisée comme factuelle. Que signifie alors dans ce contexte le fait de dire que la norme est obligatoire ? On peut donner deux sens à cette affirmation, dont l'une et l'une seulement me semblerait acceptable sur les fondements épistémologiques du réalisme scandinave.

Soit on affirme ainsi une théorie lourde de l'obligatorité, qui reposerait sur l'existence objective d'un devoir-être, d'un *Sollen*. La norme est alors obligatoire non pas tant en ce qu'elle présente un comportement⁶ comme obligatoire, que parce qu'elle appartient à un système en lui-même : non seulement existant (réel, en vigueur), mais surtout doté d'un caractère objectivement obligatoire (une force contraignante, une validité). La contrainte est alors un fait, en lui-même non obligatoire, c'est-à-dire non pourvu de l'élément caractéristique du système. Elle n'appartient pas au système mais en découle comme conséquence extérieure, comme *Sein*. Cette manière de concevoir l'obligatorité est révélatrice de ce que les réalistes qualifient de pensée jusnaturaliste, à laquelle ils s'opposent. Le caractère objectivement obligatoire du droit n'est pas un fait empirique, mais traduit un sentiment (d'ordre moral) selon lequel on doit obéir au droit. Il déborde cependant le

⁵ Propositions pour une Théorie des contraintes juridiques, p. 1.

⁶ J'entendrai ici par comportement de manière générale toute action, y compris l'action de décider d'une solution, d'édicter un acte, de prescrire une norme, etc.

strict cadre jusnaturaliste pour se retrouver dans des analyses de type positiviste, qu'il pervertit : c'est le terrain de la fameuse critique rossienne du caractère quasi-jusnaturaliste de la pensée kelsenienne, reposant sur le présupposé d'une norme fondamentale postulant qu'il faut obéir à la constitution, efficace en gros et de manière générale. Si la Théorie des contraintes retenait cette conception de l'obligatorité du droit, puis de la norme, elle peinerait à s'harmoniser avec une conception pour laquelle l'idée du caractère obligatoire du droit, ou de sa validité intrinsèque, est une pure idéologie reposant sur l'affirmation d'un devoir dont l'existence n'est pas empiriquement vérifiable.

Soit on affirme simplement que la caractérisation de la norme comme obligatoire résulte d'une théorie légère de l'obligatorité, qui repose sur l'existence factuelle de la norme. Cette existence n'est pas nécessairement l'existence d'un *Sollen* (encore que cela ne soit pas exclu *a priori*) mais prioritairement l'existence d'un *Sein*. La contrainte est alors le produit factuel d'un autre fait : un système social qualifié de droit, comprenant notamment des normes envisagées également en tant qu'elles existent factuellement. Que ce fait constitue alors ou non un *Sollen* est une question qui peut être laissée ouverte. En effet, ce fait peut aussi bien être présupposé obligatoire en lui-même, comme il peut simplement, et c'est la position réaliste, être seulement ressenti comme tel, c'est-à-dire rationalisé comme tel. La théorie de l'obligatorité mobilisée pourrait alors s'exprimer comme suit : la norme est obligatoire parce que sa fonction (son contenu) est d'exprimer une obligation, c'est-à-dire parce qu'elle présente un modèle de comportement comme obligatoire, dans un système lui-même ressenti comme obligatoire. L'obligatorité est un élément de l'existence de la norme, et non un présupposé de cette existence. Ce qui pourrait aussi se dire : la norme est obligatoire parce qu'elle appartient à un système, existant, dont la validité ne résulte pas d'un fait objectif, mais d'une rationalisation intersubjective d'une croyance d'obligation (rationalisation fondée sur la conjonction de deux sentiments : un sentiment intéressé, la peur de sanctions ; et un sentiment désintéressé, le sentiment de devoir).

Sans préjuger de la conception qui soutient réellement la Théorie des contraintes, je crois que cette dernière approche ne porterait pas atteinte à sa cohérence propre, en présentant la contrainte juridique comme un fait, lui-même conséquence d'un autre fait, le phénomène juridique. Il n'y a donc aucun problème à cet égard de dérivation du devoir-être à l'être, mais bien l'appréhension d'une relation entre deux faits relevant de l'être.

b) Néanmoins, il semble que les deux théories auraient plus de mal à s'accorder pour caractériser le phénomène juridique empiriquement vérifiable de *système juridique*.

La conception du droit comme système n'est pas unanimement admise par les réalistes. Pour mieux comprendre en quoi la Théorie des contraintes peut poser problème au regard d'une approche de type réaliste, on peut s'arrêter successivement sur deux idées : la caractérisation du droit comme unité systématique produisant la contrainte, et la présupposition du droit comme système de normes.

On peut dire de la première idée, celle du droit comme unité systématique, qu'elle est étrangère, *stricto sensu*, à la pensée réaliste. Seul Ross la défend, et encore n'est-ce pas le cas dans ses écrits de l'époque d'Uppsala, les plus marqués par le réalisme scandinave. Pour celui-ci, dans sa version plus orthodoxe, notamment chez Olivecrona, le droit n'est en rien un système, mais réside dans un ensemble complexe de faits sociaux qu'il appelle notamment la machinerie juridique. Cet ensemble comprend divers éléments, que l'on pourrait énumérer ainsi : d'abord une vie sociale basée sur une structure de la force organisée pour maintenir la cohésion et la paix sociale ; ensuite des normes juridiques conçues comme des représentations de modèles de comportement ; puis des éléments psychologiques permettant le fonctionnement de cette machinerie (tels que l'habitude, le sentiment de la sanction, le sens moral, le désir et l'intérêt, etc.) ; enfin des effets psychologiques comme l'influence concrète sur le comportement ou bien la notion d'obligation. Si l'on peut parler effectivement de phénomène juridique, on ne retrouve pas les éléments caractérisant un système juridique dans la pensée juridique : l'ordre, l'unité, éventuellement la hiérarchie. Dès lors, faire

de la contrainte juridique une *conséquence* factuelle du système juridique pose problème. Si l'on peut parler de contrainte dans ce cadre, et je crois qu'on peut le faire, ce n'est pas tant comme conséquence du système normatif en dehors de celui-ci, que comme un des éléments du phénomène juridique. Il resterait à travailler cette interrogation pour savoir s'il s'agit comme on peut le supposer d'un effet psychologique, ou d'autre chose.

Cependant, chez Ross, l'idée de système réapparaissant très vite, la théorie proposée serait sans doute plus aisément intégrable. Mais demeurerait malgré tout la deuxième question, celle de la présupposition du système juridique comme système de normes. Pour opposer les contraintes juridiques aux contraintes non juridiques, la Théorie des contraintes explique que celles-là sont des situations de fait découlant du système juridique. Il s'agit donc d'une part de présupposer le caractère juridique du système, et de déduire du rattachement des contraintes au système en tant que conséquences le caractère également juridique de ces contraintes. C'est là la signification de la distinction entre la norme obligatoire et la contrainte factuelle. Or cette posture peut appeler deux remarques.

D'une part, dans la démarche empirico-réaliste, le droit, même envisagé comme système⁷, ne se réduit pas aux normes pour séparer d'un côté les énoncés normatifs, de l'autre leur mise en œuvre concrète. Ce n'est pas que les réalistes scandinaves aient, à l'instar de leurs homologues nord-américains, une vision purement sociologique : rien n'est plus étranger au réalisme scandinave que le réductionnisme qui fait de l'application le seul élément du droit, et du droit appliqué les seules normes. Mais pour les réalistes scandinaves, on ne peut *connaître* le droit en dehors de son application effective. Les énoncés normatifs, notamment, sont des commandements autonomes (Olivecrona), ou des directives (Ross), qui sont perçus comme postulant des comportements obligatoires, et qui ne sont achevés que par le processus de concrétisation, c'est-à-dire par la mise en œuvre plus ou moins libre de cette référence dans la résolution d'un cas concret. C'est cette concrétisation qui sert de fondement à

⁷ Conventionnellement désormais, j'utiliserai le terme système comme susceptible de désigner indifféremment la conception rossienne ou la conception plus orthodoxe dans le réalisme scandinave (phénomène juridique, machinerie juridique, etc.).

la connaissance scientifique, et qui permet de caractériser le droit. Or dans ce processus de concrétisation doit intervenir, pour une part qui reste à préciser, ce que la Théorie des contraintes se donne comme objet. En effet, la contrainte juridique ayant pour effet de réduire les comportements juridiques possibles, influe nécessairement sur ce processus de concrétisation. Il me semble alors difficile de soutenir que la contrainte est simplement une conséquence d'un système préexistant à son existence, et juridique par lui-même, le système normatif. La contrainte est bien directement un élément du système juridique lui-même — sauf éventuellement à ramener la contrainte à la simple sanction du système, ce qui n'est évidemment pas le propos de ses promoteurs —, c'est-à-dire d'un phénomène complexe dans lequel les éléments factuels agissent et rétroagissent les uns sur les autres. C'est donc aussi la question de la théorie des sources du droit qui, dans une perspective réaliste, pourrait et devrait être interpellée par la prise en compte des contraintes, dès lors que celles-ci se veulent être non pas purement psychologiques (subjectives) mais aussi juridiques (intersubjectives).

Mais, et c'est la deuxième remarque que l'on peut faire, si tel est le cas, c'est-à-dire si la contrainte n'est pas une conséquence du système juridique, mais un de ses éléments, on ne peut plus déduire le caractère juridique de la contrainte de la présupposition du système de normes. Autant il était cohérent de supposer d'une part que le droit se ramène à un système de normes, et d'en déduire que les conséquences de ce système peuvent être qualifiées de juridiques, autant, si l'on fait de la contrainte un élément même du système, il devient indispensable de repenser le critère de la juridicité comme élément distinguant différentes catégories de contraintes. C'est la liaison même du psychologique et du juridique qu'il faut préciser, j'y reviendrai sous le point suivant.

c) La troisième précision concerne la notion de causalité. Il s'agit simplement pour moi ici de tirer les conséquences de ce qui précède et de prendre note d'un accord entre les fondements épistémologiques du réalisme scandinave et la Théorie des contraintes.

A partir du moment où le droit n'est pas postulé comme un *Sollen* objectif, mais où l'on reste purement sur le plan des faits (le droit comme fait indiquant un *Sollen* et éventuellement perçu comme un *Sollen*), nous nous trouvons clairement dans une analyse de relation de causalité entre la contrainte et les éléments du phénomène juridique, que la contrainte soit par ailleurs perçue comme étant également élément du système, ou, à la manière de la Théorie des contraintes, comme une de ses conséquences. La contrainte est située dans un lien de causalité entre d'une part, et par exemple, des directives normatives, d'autre part des comportements réels.

4 – *Contraintes spécifiquement juridiques et contraintes d'un autre ordre, particulièrement contraintes psychologiques.*

Les réalistes scandinaves mettent expressément l'accent, dans leur compréhension du juridique, sur la dimension psychologique. Il ne s'agit en rien de ramener le droit à un phénomène psychologique, ou de faire d'un fait psychologique la seule source du droit. Il ne s'agit pas non plus de réduire la cognition juridique à une cognition psychologique, qui devrait alors échapper à la science juridique pour relever seulement d'une autre science et dépendre de ses méthodes. Il reste que, parce que justement le droit est un fait qui pour une bonne part dépend d'éléments psychologiques, la connaissance du droit ne peut reposer sur une séparation *a priori* du juridique d'une part, du psychologique de l'autre : le juridique est pour partie psychologique.

A l'inverse, la Théorie des contraintes insiste sur la démarche de dépsychologisation. Elle entend notamment distinguer des contraintes relevant du champ de la science du droit, parce qu'elles sont juridiques, d'autres contraintes qui, dépourvues de ce caractère, échappent à cette science pour concerner soit la science politique, soit la psychologie, soit d'autres encore. Cette posture est clairement affirmée, et se traduit notamment, j'y reviendrai, dans la modélisation de l'*Homo juridicus*, qui pour ne pas être un individu psychologique, doit devenir une abstraction objective. Il semble bien alors qu'il y ait ici une opposition irréductible. Malgré tout, et sans rechercher un

synchrétisme de façade, je crois que, sous réserve d'une précision dans la formulation des problématiques, cette opposition n'est pas réelle.

Les réalistes s'efforcent eux-aussi de séparer ce qui est purement psychologique de ce qu'ils considèrent comme juridique, c'est-à-dire d'éléments qui, bien que reposant sur un processus en partie psychologique, sont intégrés au phénomène juridique. L'idée développée en première analyse est celle de l'existence des éléments juridiques. Les faits empiriques constitutifs du droit ne peuvent résider dans l'existence objective d'un devoir-être, conçu comme expression de valeurs. Ils ne peuvent exister que comme croyances ou perception par les membres de la société, au sens large chez les réalistes classiques, au sens retreint de société des juristes (juridictions, professionnels du droit) chez Ross. La règle ou la norme, le devoir, l'obligation, les droits, peuvent être alors appréhendés comme objets ou résultats de croyances sociales. Il en irait je crois de même pour les contraintes. Même les contraintes dont la Théorie des contraintes nous dit qu'elles sont juridiques n'ont pas d'existence autrement qu'au travers de la perception qu'en ont les acteurs juridiques — qu'il s'agisse nous dit-on de l'acteur directement concerné, ou qu'il s'agisse des autres acteurs du droit. Toute contrainte juridique est *aussi* contrainte psychologique. Néanmoins, l'assertion n'est pas réversible : une contrainte psychologique n'est pas nécessairement juridique, y compris pour les réalistes scandinaves. Dans ce processus psychologique, c'est la dimension sociale qui importe et qui sert de critère de distinction. Et il me semble que c'est ce que sous-entend aussi, sans en tirer peut-être toutes les conséquences, la Théorie des contraintes. Finalement, parce que le droit est un phénomène social lié à la vie sociale et organisant la cohésion et la paix sociales, le critère du juridique est celui de la croyance intersubjective. Une norme ou une contrainte seront dites juridiques lorsqu'elles sont généralement perçues, dans les sociétés qu'elles régissent effectivement (c'est-à-dire qu'elles organisent, pour lesquelles elles servent de référence), comme telles. La contrainte ne provient donc pas ici d'une perception psychologique isolée (le sentiment d'une personne isolée se considérant comme contrainte à adopter tel type de comportement, ou considérant qu'un autre acteur est contraint d'agir dans ce sens), mais du fait que ce sentiment est effectivement partagé, que l'on sait que

ce sentiment est partagé, et que donc un éventuel manquement aura un coût ou une sanction au sens large (j'entends par là une sanction qui n'est pas nécessairement la seule sanction « physique » de la machinerie juridique en cas de non-respect de l'obligation juridique au sens classique : la mobilisation de la force publique). Chez Ross, cette intersubjectivité est celle de la communauté des juristes, ce qui est sans doute une autre façon de poser le problème que la Théorie des contraintes aborde au travers de sa modélisation de l'*Homo juridicus*.

5 – *La liaison entre contrainte et comportement rationnel.*

La théorie réaliste scandinave partage avec la Théorie des contraintes un certain nombre de présupposés. Parmi ceux-ci figure l'hypothèse de la liberté de comportement de l'acteur juridique, qui empiriquement n'apparaît pas comme appliquant mécaniquement le droit ni tenu logiquement de l'appliquer ou de l'interpréter de telle ou telle manière qualifiable de vraie, de correcte, ou de valide — avec quelques nuances chez Ross à propos de la logique déontique —. Tout comme elle procède au même constat : celui du resserrement empirique des options possibles.

Deux raisons peuvent être rapidement avancées dans l'optique réaliste.

a) Il y a sans doute une certaine forme d'utilitarisme, qui apparaît chez Lundstedt essentiellement, critiqué parfois par Ross. L'acteur juridique se comporte dans la société en fonction des valeurs sociales, et il apparaît comme contraint par la perception générale que la société se fait du bien social, de l'utilité publique. Si les autres auteurs réalistes sont plus réservés sur ce point, ils semblent néanmoins présupposer tous l'idée d'un acteur juridique rationnel, soucieux d'agir ainsi, tout au moins sur la durée, ou contraint de le faire. Le contrôle social que l'on prête volontiers aux réalistes scandinaves procède en grande partie de ce présupposé.

b) Surtout, les réalistes présupposent aussi, ce qui leur permet de dépasser le caractère métaphysique de l'affirmation précédente, qu'il y a toujours une nécessité institutionnelle pour l'acteur juridique de se justifier. Il n'y a pas de ce fait d'interprétation ou d'argumentation qui soit nécessairement

imposée par la contrainte, mais il faut tenir compte d'une contrainte générale pesant sur les acteurs juridiques, et particulièrement les acteurs institués (pouvoirs publics, juridictions, etc.), dont le pouvoir repose en dernière instance sur une forte dose de croyance de la part des gouvernés, de se justifier, d'apparaître comme légitimes, comme rationnels, et de correspondre ainsi au moins jusqu'à un certain degré à l'image sociale qui est la leur et de laquelle il tirent en grande partie leur position. C'est cette contrainte qui permet de supposer, et de vérifier, une forme de rationalité générale dans le fonctionnement du droit, qui, indépendamment de cas inévitables qui sciemment ou non s'écartent d'une ligne générale, rendrait compte du resserrement des choix possibles dans un certain sens.

Ce type de contraintes, qui n'est pas étudié dans ces termes, se concrétise dans des situations comparables à celles dont se saisit la Théorie des contraintes. Par exemple, on pourrait analyser comme contrainte conduisant à recourir à une méta norme le besoin de justifier le pouvoir constituant dans la procédure de révision du texte constitutionnel, analysé par Ross (du point de vue de l'autoréférence logique et non de la contrainte) : la compréhension que le peuple et le personnel politique ont, par exemple, de l'article 88 de la Constitution danoise, qui prévoit la procédure de révision et institue le pouvoir de révision, est qu'il est possible de réviser cet article lui-même en ayant recours à la procédure même que cet article institue ; rationnellement, il n'est possible de rendre compte de cette compréhension que par le recours à une méta norme qui institue comme pouvoir ultime de l'ordre juridique danois l'autorité de révision constitutionnelle, lui permettant ainsi d'exercer elle-même ce pouvoir et de désigner éventuellement, en modifiant les conditions de la révision, l'autorité qui lui succède⁸. De la même manière pourrait-on analyser sous l'angle de la contrainte la politique dans la langue juridique (énoncés normatifs, etc.) des concepts : ceux-ci sont analysés dans la connaissance juridique par les réalistes scandinaves comme des *concepts creux*, dont la signification ne peut être donnée *a priori*, et qui donc changent en fonction des conditions propres de leur mobilisation ; néanmoins, il y a tant dans le choix

⁸ A. Ross, On self-reference and a Puzzle in Constitutional Law, *Mind*, 1969, pp. 1-24.

des concepts que dans leur possible utilisation (contexte et conséquences de cette mobilisation) des contraintes inhérentes à la position des acteurs, ou à la valeur connotée de ces concepts. On pourrait l'illustrer à propos des concepts de démocratie ou d'Etat de droit par exemple. On pourrait multiplier les propositions de réflexion sur tel ou tel thème, par exemple encore sur les théories de lecture du phénomène juridique (hiérarchie des normes, etc.), ou sur des contraintes plus directement intéressées (prise en compte des possibilités de recours, ou des influences en terme de gestion des flux contentieux, etc.). Plus précisément, une des contraintes utiles ici à étudier du point de vue de la cohérence de l'analyse réaliste serait celle pesant sur les acteurs en relation avec la théorie des sources du droit. Si Ross par exemple qualifie de source du droit tout élément qui va peser sur la décision et qui est inter subjectivement perçu comme appartenant au système juridique, certaines sources, par exemple les directives résultant d'énoncés normatifs écrits ou précis, semblent plus difficiles à ignorer que d'autres : cela revient sans doute à isoler une contrainte resserrant la possibilité pour le juge de choisir ses références, ou de les interpréter.

Mais cette rationalité que saisissent les réalistes scandinaves et qui conduirait à insister sur l'étude des contraintes est-elle la rationalité de l'*Homo juridicus* ? Je ne le crois pas et je crois au contraire qu'elle conduit à rejeter cette modélisation. On pourrait focaliser les critiques à son encontre autour d'une idée : comme il est clair que cette rationalité que postule l'*Homo juridicus* n'est pas une rationalité réelle, il semble bien que la modélisation ainsi entreprise par la Théorie des contraintes aboutisse à une abstraction au sein de la théorie empirique, qui au mieux est inutile pour la cohérence de la théorie elle-même, au pire la constitue sur les bases d'une théorie qui n'est plus empiriquement vérifiable en l'éloignant de son projet.

Il faut alors s'interroger sur la signification du recours à un tel modèle dans la Théorie, et sur ses résultats. D'un point de vue programmatique, je vois deux raisons possibles, dont je dois préciser immédiatement que je ne prétends pas qu'elles sont toutes deux celles qui ont animé effectivement et consciemment les promoteurs de la Théorie. D'une part, l'*Homo juridicus*

présente une dimension axiologique : le modèle abstrait et idéal de rationalité ainsi proposé tend à introduire dans la Théorie une objectivation de la Raison, pour reconstruire théoriquement des contraintes dont on nous dit qu'elles ne sont peut-être pas celles que les acteurs ont nécessairement perçues, donc qu'elles n'ont peut-être pas joué en fait le rôle qu'on leur prête dans le processus d'action (détermination d'un comportement, création d'une norme, interprétation d'un concept, etc.), mais dont on nous dit aussi que rationnellement, c'est-à-dire du point de vue cognitif dans le processus de rediction, comme du point de vue pratique *si* l'acteur ou les acteurs étaient effectivement doués de cette rationalité objective, on doit leur prêter ce rôle. D'autre part, l'*Homo juridicus* apparaît comme le rempart que se donne la Théorie pour ne pas quitter le terrain qu'elle qualifie elle-même de juridique, c'est-à-dire un terrain qui n'est ni sociologique, ni psychologique : la rationalité postulée n'est pas la rationalité effective des acteurs, mais une reconstruction *a posteriori* qui est présentée comme déductible de ce que la Théorie appelle système juridique. L'*Homo juridicus* apparaît ainsi comme un contre-poids d'autres éléments de la Théorie, particulièrement dans le cadre d'une théorie réaliste de l'interprétation, d'inspiration américaine davantage que scandinave.

Or il me semble que la question pour une théorie empirique ne se situe pas là. Si l'on prétend rendre compte de contraintes réelles, je crois qu'il faut mettre en œuvre une théorie de la rationalité qui soit elle-même empirique. La construction réaliste n'est pas exempte de critiques mais elle s'attache à montrer qu'en fait, par le jeu justement d'éléments que l'on peut analyser comme des contraintes (interactions sociales, besoin de légitimation, etc.), globalement et de manière générale une forme de rationalité apparaît, qui est susceptible de vérification. La question me paraît être alors évidemment de savoir pourquoi, en fait, et sur le postulat d'une liberté juridique des acteurs juridiques, il y a un resserrement effectif des choix possibles, davantage que la question de savoir si ce resserrement est lié ou non à une rationalité postulée *a priori*. Si la Théorie des contraintes veut être une théorie empirique, la modélisation de l'*Homo juridicus* apparaît alors comme inutile, car procédant d'une autre méta-théorie (le postulat de la Raison), voire comme portant atteinte à sa cohérence en coupant la théorie des moyens mêmes de sa

vérification. Il est certes possible d'envisager une théorie empirique qui ne soit pas empiriquement vérifiable. Mais pourquoi le faire alors que la logique même de cette théorie conduit à la vérification, et que celle-ci, dans une certaine mesure, semble possible ?

C'est pourquoi en dernier lieu la Théorie des contraintes doit être interrogée sur le terrain de la connaissance.

6 – *Contrainte et pronostic.*

Au-delà de sa cohérence interne, une théorie nous intéresse toujours pour des raisons heuristiques. Du point de vue cognitif, et même du point de vue pratique, le réalisme scandinave met en avant la notion de pronostic. Affirmer qu'une règle est juridique, c'est-à-dire fait partie du droit existant, c'est affirmer avec un certain degré de probabilité qui n'est jamais absolu que cette règle sera appliquée. Sur le terrain cognitif de la science du droit, la vérification de la proposition réside donc dans l'application future par l'acteur juridique. La démarche de rediction, qui tend à dégager un sens à ce qui s'est passé, semble insuffisante dans la démarche proprement juridique : la question juridique n'est pas tant de savoir ce qui s'est passé que ce qui se passera. Du point de vue pratique, l'obtention d'une probabilité plus forte (et cette probabilité ne concerne pas seulement l'observateur scientifique, mais aussi et surtout les acteurs eux-mêmes, gouvernants et gouvernés, pour autant que l'on considère que le droit doit être suffisamment sûr pour remplir sa fonction, ce qui est un choix politique, mais un choix majeur notamment dans une démocratie) peut résulter de la prise en compte des contraintes. Mais des contraintes réelles. Autrement dit, la politique du droit résulte d'une analyse de la situation juridique effective et se traduit par la proposition de réformes concrètes, dans lesquelles les contraintes réelles jouent un rôle majeur pour justement parvenir à resserrer les choix possibles et à prévoir avec la probabilité la plus forte, sur la base de l'affirmation de certaines fins données, les comportements non pas permis ou interdits, mais réels et futurs. En étant chaque fois conscient que rien n'est mécanique, et que le présupposé de départ

demeure valable : l'acteur est libre, les contraintes ne sont pas obligatoires, la rationalité n'est pas objective.

A cet égard, si la contrainte ne produit pas qu'une décision, elle ne résulte pas non plus des seules règles juridiques. Le discours cognitif sur le droit produit aussi une contrainte sur l'acteur juridique. Et le discours sur la contrainte, auquel se livre par exemple la Théorie des contraintes, constitue son objet à la fois cognitivement et pratiquement, en renforçant en fait la contrainte dont elle parle.

7 – *Observations terminales.*

En l'état, la Théorie des contraintes rencontre, apparemment, deux formes fortes d'opposition théorique, parce qu'elle reste marquée d'une certaine manière me semble-t-il par la recherche d'un certain compromis entre les deux grandes formes du positivisme juridique scientifique actuel : normativisme et réalisme.

Les tenants de la norme, c'est-à-dire ceux qui mettent en avant une théorie fondée sur l'assimilation du droit à un système normatif conçu comme *Sollen* et non comme *Sein*, se désintéressent de la notion même de contrainte car elle échappe au champs juridique qu'ils définissent. Parce qu'elle est une conséquence et non un élément du système juridique, la contrainte n'est pas juridique et se situe sur le terrain du *Sein*. Elle ne relève donc pas d'une science normative mais d'une science sociale et est rejetée dans l'arsenal des objets de la science politique, de la sociologie voire de la psychologie.

Les réalistes à l'inverse la trouvent encore peu réaliste. Notamment, ils regretteront que cette Théorie ne se donne pas les moyens d'une analyse réellement empirique, et empiriquement vérifiable, en ne construisant pas toujours les outils permettant de rendre compte des contraintes juridiques réelles. Toutefois, cette construction me semble possible, à la condition d'accepter les fondements réalistes — et seuls les promoteurs de cette Théorie peuvent déterminer jusqu'à quel point ils sont prêts à le faire — et de clarifier

leurs présupposés en ce sens, en renonçant alors à certaines interprétations possibles de la Théorie.

ERIC MILLARD

*Professeur de droit public à l'Université de Perpignan
Membre de l'Institut universitaire de France*