



HAL
open science

La hiérarchie des normes

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. La hiérarchie des normes : Une critique sur un fondement empiriste. 2005. halshs-00132207v1

HAL Id: halshs-00132207

<https://shs.hal.science/halshs-00132207v1>

Preprint submitted on 22 May 2007 (v1), last revised 11 Feb 2015 (v2)

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.

LA HIÉRARCHIE DES NORMES : UNE CRITIQUE SUR UN FONDEMENT EMPIRISTE

Je voudrais dans ce texte proposer quelques arguments¹ pour élaborer une critique de la théorie de la hiérarchie des normes sur un fondement empiriste, c'est-à-dire à partir d'une posture théorique qui vise à élaborer des propositions vérifiables dans le monde physique ; pour reprendre un idéal-type proposé par Bobbio : une science explicative (par opposition à normative ; c'est-à-dire qu'elle entend traiter de faits, et non de normes, dès lors que celles-ci sont conçues comme des entités idéales : des obligations, des devoir-être ou des *sollen*) -descriptive (par opposition à prescriptive)².

¹ Nombre de ces arguments ont été présentés et discutés dans le cadre des rencontres du Centre d'Analyse et de Théorie du droit à l'Université de Paris X-Nanterre, et à l'occasion d'un cours de Théorie générale du droit dans le cadre de la deuxième année de master droit fondamental, spécialité droit public, à l'Université Paris Sud-11. Je remercie tous ceux qui au cours de ces échanges m'ont suggéré des pistes de recherche, ont critiqué mes arguments, m'en ont proposé auxquels je n'avais pas songé, et m'ont permis de corriger quelques erreurs. Celles qui demeurent me sont évidemment totalement imputables.

Par ailleurs, plusieurs points ici envisagés ont été repris de manière moins approfondie *in* Eric Millard, THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT, Dalloz, Paris, 2006.

² Norberto Bobbio, *Etre et devoir-être dans la science du droit*, *in* ESSAIS DE THÉORIE DU DROIT, LGDJ, Paris, 1998, p. 188. Rappelons que pour Norberto Bobbio, l'idéal-type kelsénien, dont il sera ici beaucoup question, est un modèle normatif-descriptif. Le jusnaturalisme correspond au modèle normatif-prescriptif et la position de Ross, du moins telle qu'elle ressort de sa définition de la science du droit dans *ON LAW AND JUSTICE* (University of California Press, Berkeley, 1959, pp 19 et s.) au modèle explicatif-prescriptif. En réalité, la caractérisation de la démarche de Ross de ce point de vue pourrait me semble-t-il être discutée, mais il n'est pas de mon propos

Les critiques adressées aux théories disponibles de la hiérarchie des normes sont nombreuses et prétendent réfuter soit telle ou telle version de la théorie, soit l'existence même de son objet. Pour la plupart d'entre elles, elles ont fait long feu et il a été possible de leur opposer des arguments suffisants, parfois même dans le cadre d'une démarche réaliste³, au sein de laquelle l'empirisme juridique peut se ranger⁴.

Il demeure que le réalisme est généralement assez critique à l'égard du concept de normes (tout au long de ce papier, comme cela sera indiqué sous 2, normes et règles sont tenues pour parfaitement synonymes), et donc à l'égard d'une théorie de leur hiérarchie ; lorsqu'il ne l'est pas totalement (notamment dans le cadre d'une analyse critique du langage), il me semble ne pas toujours fournir une justification complète (qui relève d'une théorie générale du droit, ce qui inclut une théorie de la science du droit et bien sûr de son objet), qui ne lui est d'ailleurs peut-être pas nécessaire. En ce sens, une critique sur un fondement empiriste peut aussi être comprise comme une reformulation d'une telle théorie pour des fins empiristes.

Je ne prétends ici nullement parvenir à élaborer cette théorie : je souhaite simplement examiner quelques questions comme première approche. Je ne prétends pas non plus examiner ces questions *ex nihilo*, et on verra suffisamment que j'essayerais de m'appuyer sur des arguments déjà avancés par d'importants théoriciens du droit, en France ou à l'étranger, qui en tout ou partie (donc avec des nuances ou des réticences, explicites ou implicites) se sont souciés des conditions d'une science du droit à partir des faits.

Je commencerai par expliquer ce que j'entends par l'objet de ma critique, c'est-à-dire ce que je comprends par hiérarchie des normes (à la fois comme objet d'étude scientifique, et comme théorie

de le faire ici car c'est la typologie proposée qui m'intéresse. Pour des arguments à l'appui de cette critique, cf. Riccardo Guastini, *Alf Ross, Une théorie du droit et de la science juridique*, in Paul Amsselek (dir.), THÉORIE DU DROIT ET SCIENCE DU DROIT, PUF, Paris, 1994, pp. 149 et s.

³ Michel Troper, *La pyramide est toujours debout, Réponse à Paul Amsselek*, REVUE DU DROIT PUBLIC, 1978, pp. 1523 et s.

⁴ J'ai ailleurs dans cet ouvrage essayé de proposer une caractérisation de quelques postures réalistes : Eric Millard, *Réalisme scandinave, réalisme américain : un essai de caractérisation*, pp. XXX.

construisant cet objet : 1). J'essaierai ensuite de formaliser quelques concepts qui me paraissent nécessaire pour mener la critique empiriste (et notamment le concept de *norme* : 2). Nombre des éléments sur lesquels je m'appuie, notamment relativement à l'hypothèse d'une science juridique empiriste, ont fait l'objet d'une critique très argumentée de Hart : je m'efforcerai de dire en quoi cette critique ne me paraît pas cohérente (3). Ensuite, je pourrai essayer de proposer une formulation de la conception de la hiérarchie des normes à laquelle l'empirisme conduit (4). Je terminerai en proposant de réévaluer la théorie (normativiste) de la hiérarchie des normes proposée par Kelsen comme théorie politique (essentielle : 5), qui ne décrit pas son objet mais le construit comme contrainte (6).

1 – Quelques conceptions de la hiérarchie des normes

L'idée de hiérarchie des normes est à la fois étrangement familière au juriste et extraordinairement complexe⁵. Les travaux présentés dans cet ouvrage témoignent des pluralités de représentations auxquelles ce concept peut donner lieu.

J'entendrai ici par « hiérarchie des normes » des théories qui présentent l'ordre juridique comme un système organisé, prévoyant notamment un mécanisme théorique de résolution des questions d'appartenance d'une norme à ce système⁶. On verra que ces théories ne sont également

⁵ V. notamment en français Denys de Béchillon, *HIÉRARCHIE DES NORMES ET HIÉRARCHIE DES FONCTIONS NORMATIVES*, Economica, Paris, 1996 ; et Valérie Larrosa, *RECHERCHES SUR LA NOTION DE HIÉRARCHIE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS*, Thèse, Toulouse, 1997.

⁶ Les notions d'ordre et de système ne sont pas unifiées dans l'usage qui en est fait en théorie du droit. Par ordre ici, je parlerai d'un ensemble de normes également valides à un instant *t*, qui peut être présenté de manière structurée et donc hiérarchisée (une conception statique du droit existant). Par système juridique, je parlerai au contraire d'une conception dynamique : un ordre prévoyant ses propres conditions d'évolution, de telle manière que l'on puisse considérer les successions d'ordres comme se déroulant au sein d'une même unité. Ces stipulations proposent une terminologie inversée par rapport à celles avancées notamment par Edouardo Alchourron et Eugenio Bulygin (notamment dans *Sobre el concepto de orden jurídico*, in Carlos E. Alchourrón et Eugenio Bulygin, *ANÁLISIS LÓGICO Y DERECHO*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 393-408), sans autres raisons que celles reposant sur une appréciation de la tradition lexicale ; je

possibles qu'à conditions d'intégrer aussi la question de la modification des normes du système (abrogation ou annulation, amendement ou modification, création de normes nouvelles). Ces théories affirment toutes l'existence d'un critère interne au système juridique (la validité juridique), à l'exclusion de tout recours à des éléments extérieurs à la structure du système, notamment ceux reposant sur une évaluation axiologique (uniquement matérielle). Elles présupposent normalement un concept de droit et une théorie de la science du droit.

Comme on peut le voir, je ne comprends pas par « hiérarchie des normes » la vulgate souvent utilisée par les juristes (et dont la faiblesse théorique autant que l'incapacité descriptive a été largement démontrée⁷), qui assimile la hiérarchie des normes à une pyramide d'actes juridiques s'ordonnant de manière cohérente parce que les actes dits inférieurs seraient parfaitement conformes matériellement aux actes dits supérieurs.

Les trois théories les plus fortes et les plus influentes traitant de la hiérarchie des normes sont évidemment la *Théorie pure du droit*⁸ de Hans Kelsen dans sa deuxième version, le *Concept de droit*⁹ de Herbert Hart et la *Théorie de la science juridique*¹⁰ de Norberto Bobbio. Stanley Paulson¹¹ et Massimo La Torre¹² proposent dans cet ouvrage de très remarquables réflexions à partir des deux premières théories.

partage par ailleurs comme on peut le voir l'idée d'une distinction, comme les critères de celle-ci.

⁷ Sur toutes ces questions, l'article d'Otto Pfersmann, *Hiérarchie des normes*, in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, constitue bien davantage qu'une introduction.

⁸ Hans Kelsen, *THÉORIE PURE DU DROIT*, traduction française de la seconde édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann, LGDJ, Paris, 2004.

⁹ Herbert L.A. Hart, *LE CONCEPT DE DROIT*, Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976. Les références dans cet article concernent (sauf indication contraire) la première édition, la seconde édition de l'ouvrage, posthume, ne modifiant comme on le sait le texte que sur des points de détail, bien qu'elle comprenne par ailleurs un important post-scriptum : Herbert L.A. Hart, *LE CONCEPT DE DROIT*, deuxième édition augmentée, Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2005.

¹⁰ Norberto Bobbio, *TEORIA DE LA SCIENZA GIURIDICA*, Giappichelli, Turin, 1950. On trouvera en français une présentation de la conception de Bobbio par Riccardo Guastini en *Préface* à Norberto Bobbio, *ESSAIS DE THÉORIE DU DROIT*, *op. cit.*, pp. 1 et s.

¹¹ Pp. XXX.

¹² Pp. XXX.

La théorie de Kelsen est une théorie formelle. Elle considère que la validité est la modalité spécifique d'existence d'une norme et que les conditions de la validité sont identiques aux règles de production de la norme (dans sa version dynamique). De ce point de vue, une norme est valide si elle a été produite conformément à une norme, dite supérieure, elle-même valide. Il en résulte nécessairement que la norme ultime ne peut être décidée par ce processus comme valide. Pour les besoins de la science du droit, Kelsen propose une réponse cohérente à cette limite théorique : il est possible de recourir à une présupposition, qui traduit aussi une stratégie scientifique, et que Kelsen qualifie de norme fondamentale. Il s'agit de considérer que la norme ultime d'un système juridique (généralement la constitution) tire sa validité de cette norme fondamentale présupposée (Kelsen parle à son propos d'hypothèse logique-transcendantale¹³). Cette considération n'est pas donnée mais résulte d'une stratégie scientifique et constitue une réponse à la question : quels systèmes constituons-nous comme objet de la science du droit ? La hiérarchie fondée sur la théorie dynamique est nécessaire ; elle n'est pas la seule possible et d'autres éléments peuvent être conçus, notamment relatifs à la conformité matérielle¹⁴. La science du droit de Kelsen consiste à décrire des normes valides. Ce propos mérite attention en deux sens : parce que valides, ces normes existent (et peuvent ainsi être objets de science) ; parce que normes, elles ne sont pas des faits (et ne peuvent être objets d'une science empirique). La théorie formelle vise donc à une description d'un objet non vérifiable empiriquement, et cette description mobilise des méthodes relevant à la fois de la linguistique appliquée et de la logique formelle, particulièrement de la logique déontique¹⁵. En cela elle construit une science normative, qui

¹³ Mais ce terme ne paraît pas heureux, d'autant que Kelsen a cru nécessaire d'en proposer un contenu minimal en référence à une efficacité globale du système (un fait empirique). Une hypothèse est en effet formulée sur le fondement d'une théorie et doit pouvoir ensuite être vérifiée. Chez Kelsen, il ne peut s'agir que d'un axiome ; mieux : d'une fiction.

¹⁴ V. par exemple la typologie proposée par Riccardo Guastini, *Lex superior, Pour une théorie des hiérarchies normatives*, dans cet ouvrage, pp. XXX.

¹⁵ La logique déontique peut se comprendre de diverses manières : une logique des normes (des significations déontiques), une logique des énoncés prescriptifs, une logique des *sollen* descriptifs (c'est-à-dire de propositions descriptives de significations prescriptives). Kelsen n'a clairement défendu que cette troisième possibilité, mais en précisant que de cette manière, indirectement, la logique s'appliquait aux rapports entre significations.

chez Kelsen a d'abord été prescriptive (décrire des normes, c'est établir les *sollen* qui existent) puis clairement descriptive, quoique vérifiable d'un seul point de vue analytique.

La théorie formelle de la hiérarchie des normes présente de multiples intérêts. Elle a notamment constitué une des premières (et sans doute des plus rigoureuses) expressions du projet positiviste en droit, compris comme science descriptive spécifique. En dépit de quelques maladroites (notamment quant à la formulation de la norme fondamentale) et de quelques hésitations dont Kelsen a toujours tenu compte (ce qui se manifeste par des modifications dans la posture méta théorique et le traitement variable réservé à l'empirique), elle est d'une rare cohérence. La discuter d'un point de vue interne n'est pas ici mon propos. Je me contenterai de souligner deux points de friction évidents avec une posture empiriste : le premier porte sur la *Weltanschauung* (la représentation du monde), le second sur la question heuristique. Sur ces deux questions l'empirisme part d'une autre conception ; or la première question est indécidable et la seconde n'est que stratégique. L'idée en effet qu'il existe des normes comme *sollen* dans un monde spécifique¹⁶, et qu'une description de ces normes (donc de ce monde) est possible, traduit une préconception dualiste du monde¹⁷ qui, si elle est largement partagée, ne peut être ni démontrée, ni infirmée : l'empirisme considère qu'il n'est pas possible de produire une proposition scientifique sur ce monde éventuel en tant que tel, et s'oblige à reconstruire l'hypothèse d'un tel monde à partir de faits, notamment en analysant les énoncés réels qui affirmeraient l'existence de normes. L'idée ensuite que les juristes et les citoyens aient besoin d'une description de ces normes (comme monde idéal) indépendamment de toute implication pratique (la question de l'effectivité) n'est pas non plus partagée par les empiristes.

¹⁶ Même si ces obligations ne sont pas absolues mais relatives à un système (par exemple le système juridique), qui lui n'est pas obligatoire en tant que tel, comme Kelsen a dû à mainte reprise le répéter. Ce que traduit le concept positiviste de validité (dans le système) et l'idée de droit posé (l'obligation comme résultat d'un acte de volonté d'une autorité reconnue par le système).

¹⁷ V. à ce propos l'éclairante préface de Kelsen à la première édition des *HAUPTPROBLEME DER STAATSRICHTSLEHRE, ENTWICKELT AUS DER LEHRE VOM RECHTSSATZ*, 1911, JCB Mohr, Tübingen, dans laquelle il énonce sans ambiguïté sa conception dualiste du monde. Si cette conception a sans doute par la suite été nuancée, il ne m'apparaît pas que la *Théorie pure du droit* soit un renoncement à cette ontologie.

Hart a d'ailleurs proposé dans une démarche analytique une construction de la hiérarchie des normes qui, pour partager nombre de réflexions kelséniennes (les conditions de la scientificité, l'interrogation sur la validité), s'en éloigne sur plusieurs points. Comme dans la théorie de Kelsen, Hart distingue les normes relatives aux modèles de comportement des normes relatives à la production des normes. Les premières de ces normes (normes primaires dans le vocabulaire de Hart) sont l'objet de normes secondaires qui en règlent l'identification (règles de reconnaissance), la modification (règles de changement) et la mise en œuvre (règles de décision). C'est l'articulation de ces deux types de normes qui détermine une hiérarchie, à la fois comme critère de validité (subordination) et comme critère d'unité systémique. A la différence de Kelsen cependant, Hart peut prétendre à une démarche empirique dans la mesure où il affirme que la règle de reconnaissance suprême et ultime existe socialement (qu'elle n'a pas besoin soit d'être présupposée pour les besoins de la science juridique) ; mais il indique logiquement aussi que l'affirmation de cette existence par une proposition de la science du droit vaut supposition de son caractère juridique (de sa validité), puisque une telle proposition ne peut résulter que d'un jugement externe de fait (une constatation sociologique d'une pratique sociale)¹⁸. Sa conception de la science du droit relève très clairement du projet positiviste (descriptif) et, comme on y reviendra (sous β), sa position sur l'existence des normes (règles dans son vocabulaire) peut apparaître très différente de celle de Kelsen.

Je n'évoque pas plus longuement la conception de la hiérarchie des normes proposée par Bobbio (même si une histoire des théories juridiques devrait réévaluer son rôle novateur par rapport à une théorie de la hiérarchie des normes) car je ne la discuterai pas¹⁹. Je veux simplement rappeler deux critiques que Bobbio adresse à Hart et Kelsen : la validité implique qu'une norme soit valide à la fois du point de vue formel (ses modalités de production) et du point de vue matériel (conformité), ce qui suppose une autre prise en compte de la question des antinomies ; les normes positives (du droit positif) sont suffisantes à la définition d'un système juridique et il n'est pas besoin de rechercher dans

¹⁸ Herbert L.A. Hart, *LE CONCEPT DE DROIT*, *op. cit.*, pp. 136-138.

¹⁹ Essentiellement par manque de place, mais surtout parce qu'il m'apparaît que la théorie de la hiérarchie des normes chez Bobbio ne constitue pas le fondement nécessaire à son analyse du droit, ce qui n'est pas vrai des conceptions respectives de Kelsen et Hart.

une fiction (Kelsen) ou dans une méta norme (chez Hart) le fondement de validité que les normes positives contiennent.

2 – Quelques précisions pour une critique empiriste de ces conceptions

Une forme radicale d'empirisme pourrait en première approche être trouvée dans une formule très connue présentée par Jerome Frank²⁰ :

$$D = P \times S$$

dans laquelle *D* représente la décision (juridictionnelle), *P* désigne la personnalité du juge et *S* les stimuli que celui-ci reçoit. Je partage sur plusieurs points la posture de Frank : il n'existe pas de règles obligatoires (et donc de connaissance du droit) *a priori* (le droit est quelque chose qui ne peut être approché qu'à partir de discours réels prononcés par des individus réels : la position de Holmes pour faire court) ; la décision du juge résulte d'une réaction subjective à des stimuli divers. Toutefois, l'équation de Frank me paraît présenter de manière trop simple et insuffisante les phénomènes qui nous intéressent : parce qu'elle évacue totalement l'idée de norme, elle n'évite pas de sombrer dans une simple sociologie empirique et ne fournit pas une théorie de la régularité des décisions au-delà de la subjectivité des décideurs. Or il paraît assez clair que tant les juges que les justiciables par exemple produisent des discours qui intègrent l'idée de norme. C'est une chose de dire que les normes n'existent pas comme devoir-être (ce que je comprends par *Rule scepticism*) ; c'en est une autre de dire que les normes n'existent pas dans les discours factuels (que n'existe pas une idéologie normative) et que les comportements des individus ne tiendraient pas compte de cette idéologie, quelle que soit par ailleurs la représentation qu'ils s'en font.

²⁰ Jerome Frank, *COURTS ON TRIAL*, Princeton University Press, 1949. Je dis « en première approche » car aussi bien cet empirisme sert à une déconstruction qui appelle ensuite une reconstruction intuitionniste dont le lien avec le projet empiriste n'est pas nécessaire.

Il me paraît dès lors nécessaire de compléter l'approche de Frank pour qu'elle puisse servir le projet empiriste. Il faut notamment réintégrer et préciser certains points : a) quel est exactement le point de départ des propositions (les faits empiriques sur lesquels on travaille) ; b) quel est le concept de norme utilisable pour ce projet ; c) quels sont les éléments de fait qui sont les causes de régularité cohérentes dans une démarche descriptive-explicative ? Je ne crois pas que l'on puisse pour tenir compte de toutes ces questions réduire très exactement à une équation sur un modèle mathématique ce qui est en jeu : je ne me servirai donc de la modélisation que propose Frank que par analogie, pour indiquer les points de sa formalisation qui m'apparaissent comme non saisis.

a) les faits empiriques- Ils sont connaissables et vérifiables.

Ces faits sont relativement complexes et il importe de les identifier dans une typologie, et de les articuler dans une théorie.

J'appelle *acte de concrétisation* (Ac) une décision (D) formalisée ou implicite (auquel cas elle se révèle dans une action matérielle) par laquelle effectivement une autorité (quel que soit le sens que nous pourrions donner à ce concept) tranche une question de fait en donnant des raisons juridiques. Je ne considère pas dans mon analyse que la règle soit autre chose qu'une *norme* (N). La norme (comme catégorie) ne se limite pas à la juridicité (à la norme juridique) : j'entend ici par norme, pour les besoins de l'analyse, seulement une norme qui est présentée comme étant une norme du droit (je reviendrai sur ce point sous β). Tout acte de concrétisation me paraît être de la forme :

$$Ac = D \text{ parce que } N$$

Je tiens ceci pour assez évident : l'individu qui prétend détenir un droit, faire respecter une obligation qu'il dit juridique, exercer un pouvoir qu'il assure détenir du droit, donne ou doit pouvoir donner des raisons que nous considérons comme juridiques à sa prétention, c'est à dire qui se présentent sous cette forme. L'autorité à laquelle on s'adresse pour lui demander de trancher

juridiquement une question doit aussi pouvoir donner des raisons de cet ordre, et le fait très généralement²¹. Si ces raisons ne nous apparaissaient pas, ou si à l'analyse nous constatons qu'il n'est pas possible de les faire apparaître, nous aurions de sérieux doutes sur le fait que c'est de droit qu'il s'agirait.

Il ne s'agit en rien d'un critère *a priori* de ce qu'est le droit : je ne saurais dire s'il est vrai que c'est du droit, ou si c'est du droit vrai. De telles assertions ne sont pas susceptibles de vérité ou de fausseté. Je vois en revanche que l'idéologie normative constatable dans nos sociétés nous fait percevoir (interpréter) comme du droit certains faits ; que dans nos sociétés la plupart des personnes ressentent comme socialement « obligatoires » des actes dès lors qu'ils apparaissent ainsi, avec de telles raisons perçues elles-mêmes comme juridiques. Et je ne vois aucune raison, ni aucun moyen, de ne pas partir de cette idéologie normative pour une étude empiriste.

Il me paraît impossible néanmoins de trancher empiriquement certaines questions liées à l'acte de concrétisation. C'est le cas d'une question de ce type : ces raisons sont elles bonnes, correctes, justes, etc. (c'est-à-dire relative à l'application logique de N) ? ; pour pouvoir répondre à cette question, il faudrait disposer d'une connaissance particulière de *N a priori*, dont nous ne disposons pas par méthode empirique ; et d'une connaissance *a priori* des valeurs. Pour cette même raison, il n'est pas possible de décider ici si l'autorité était obligée de décider ainsi ou si d'autres possibilités lui étaient permises (par opposition à interdites et non à possibles). Enfin, je ne crois pas non plus possible (et même utile pour la science du droit) de chercher à savoir si l'autorité croyait réellement devoir décider ainsi (si empiriquement, elle a perçu une obligation). Il est simplement nécessaire dans une théorie du droit empiriste de comprendre que ces questions sont de vraies questions, mais qu'elles ne peuvent être décidées.

²¹ La motivation des actes juridiques en est le prototype pour ce qui est des raisons données. Il reste que même dans les actions matérielles, on peut demander en cas de contestation quelles étaient les raisons, et que même une autorité qui aurait le pouvoir de décider sans motivation et sans avoir à donner de raisons (matérielles) à sa décision devrait au moins indiquer pour que nous tenions cette décision pour juridique de quelle norme (secondaire, au sens de la typologie de Hart) elle prétendrait détenir ce pouvoir.

Dans l'acte de concrétisation, ce qui intéresse la science du droit est donc l'existence d'un discours (puis d'un ensemble de discours), formalisé (motivation) ou implicite (mais formalisable) qui avance une raison justifiant la décision, quelles que soient les raisons et la décision. C'est donc le bloc « **D parce que N** » (c'est-à-dire très exactement A_t) qui ne peut être distingué en 3 éléments séparables : la décision, la norme, et le lien entre la décision et la norme. Par ailleurs, le « parce que » ici ne peut pas renvoyer à une déduction logique même s'il le prétend (syllogisme²²). *D* est un fait pratique connaissable : je fais ceci. *N* est un modèle de référence : parce que j'affirme avoir le droit (ou l'obligation) de le faire. En réalité me semble-t-il, le bloc ainsi identifié ne traduit pas une justification de la logique déontique mais est parfaitement performatif (par la décision, la norme est performée).

L'important comme je l'ai dit est que pour apparaître juridique, l'autorité doit rendre une décision apparaissant comme juridique, c'est-à-dire donner des raisons qui apparaissent elles-mêmes comme juridiques. Si elle ne donne pas des raisons de cet ordre, l'autorité n'est pas perçue comme rendant une décision juridique (donc elle n'est pas perçue comme une autorité juridique). Il y a là une contrainte forte, qui peut être appréhendée dans une théorie causale de la régularité. De plus, du point de vue d'une théorie de la science du droit, si l'autorité ne donne pas ou ne peut pas donner des raisons juridiques, la connaissance empirique n'est pas possible (l'objet d'une telle science ferait défaut : nous pourrions décrire des comportements, et non pas les normes qui sont présentées comme le fondement de ces comportements).

Pour la science du droit, tous les actes de concrétisation ne revêtent pas la même capacité cognitive cependant, non plus que la même utilité. On comprend fort bien que du point de vue que je viens d'avancer, l'ordre juridique (compris comme l'état de fait correspondant à l'ensemble de normes apparaissant à un moment *t* dans des actes de concrétisation existants) est potentiellement immense et sans doute insusceptible de connaissance : il comprendrait toutes les norme référées à l'occasion de toutes les actions qui d'une manière ou d'une autre seraient faites par tout individu en donnant toute raison présentée ou présentable comme de droit. Ni la méthode pour cette connaissance, ni la

²² Sur la critique duquel on lira les éclairantes analyses de Pierre Brunet, *Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif*, *DROTS*, n° 39, 2004, pp. 197 et s.

théorisation des régularités ne seraient sérieusement envisageables. L'idée même d'un ordre juridique serait contestable. Par ailleurs, un tel ensemble négligerait une distinction essentielle : tous ces actes ne sont pas équivalents dans la mesure où certains peuvent factuellement être remis en cause (leur existence et leurs effets sont susceptibles d'être rapportés) alors que d'autres ne le sont pas. Ce qui importe à la science du droit est de caractériser parmi cette multitude certains actes de concrétisation permettant par reconstruction un traitement cognitif du système juridique (ce qui suppose à la fois la durée et une théorie de la durée : Kelsen fournit par exemple et pour ce qui concerne sa construction une telle théorie dans sa conception dynamique de la hiérarchie des normes), et la possibilité d'une formulation de la régularité causale et au moins probabiliste.

Il serait envisageable de retenir alors pour identifier l'objet de la science du droit l'ensemble des actes par lesquels concrétise le droit toute autorité (individuelle ou collective, publique ou privée) qui a *effectivement le pouvoir de choisir un sens et une solution, sans être contestée* (ce qui ne signifie pas sans être contestable : simplement soit que le recours n'est pas factuellement envisageable, soit qu'il n'est pas factuellement effectué) *par une autre autorité* (ou par elle-même : recours gracieux par exemple) *qui pourrait faire effectivement prévaloir un autre sens dans la solution sur le même cas*. Il s'agira généralement des autorités publiques (administration, juges), mais aussi parfois d'autorités privées, notamment si elles ne sont pas contestables ou contestées. Je ne présuppose donc pas ici des autorités investies par une règle (du type des règles secondaires de Hart, V. ci-dessous sous 3) : je constate un fait de pouvoir, lié à un fait d'argumentation (les raisons juridiques). Il reste que cet objet même ainsi limité est encore immensément large, et que des raisons pratiques conduiront sans doute à se concentrer sur les actes des seules autorités publiques, et parmi elles de celles auxquelles on s'adresse pour trancher les litiges (les juges, parfois les administrateurs ou les gouvernants au sens large), en raison de la publicité et de leur place dans la constitution de l'idéologie normative : donc en dernière instance par le fait que leur énonciation de la norme dans l'acte de concrétisation n'est pas uniquement performative mais prend à son tour la forme d'une directive pratico-morale²³. C'est en cela que l'on parle à leur propos d'interprétation authentique ou d'autorités authentiques. Il importe cependant de ne pas perdre de vue

²³ L'autorité attachée à ce que les systèmes de droit écrit appellent la jurisprudence montre bien cette double fonction du langage.

que cette restriction pratique conventionnelle n'a pas d'autre fondement théorique, et donc que les propositions descriptives qui en résulteraient ne sont pas généralisables sans précaution : elle ne repose que sur une théorie de la régularité qui doit donc être fournie (ce que ne fait pas Frank).

Une norme est la *signification* d'une prescription (obligation, permission, habilitation, etc.). Une norme juridique est explicite lorsqu'elle constitue le choix d'une interprétation d'un *énoncé* présenté comme juridique (constitution, loi, contrat, etc.), dans un cadre d'interprétation acceptable d'un point de vue strictement linguistique, hors toute considération axiologique (ici le pouvoir de création de la norme est partagé ou conditionné avec une autorité autre que l'autorité de concrétisation, celle qui énonce)²⁴. Elle est implicite lorsqu'elle ne constitue pas le choix d'une interprétation d'un énoncé (création monopolisée), soit qu'elle sorte du cadre d'interprétation acceptable, soit qu'elle se fonde sur autre chose (des principes non écrits par exemple pour faire référence à des exemples en usage dans les actes de concrétisation des autorités juridictionnelles françaises), alors même que l'acte de concrétisation est présenté comme juridique. L'intérêt d'une telle distinction tient à la fois à l'appréciation et à la qualification des pouvoirs de fait (création conditionnée ou non) et à l'appréciation des contraintes du point de vue prospectif.

La fonction de la science du droit (conçue comme une analyse critique du langage) serait idéalement d'élucider et de formaliser les normes *N* en répondant notamment aux questions suivantes, en reprenant le discours (performatif et non descriptif) « **D parce que N** » :

- dans l'hypothèse d'un acte de concrétisation implicite (par exemple : quand mon voisin rentre chez moi en mon absence sans mon autorisation et éteint le feu qui s'y était déclaré), éventuellement (et

²⁴ J'emprunte ici la typologie de Riccardo Guastini, notamment dans cet ouvrage *Les juges créent-ils du droit ? Les idées de Alf Ross*, pp XXX, qui n'envisage pas cependant l'hypothèse d'un cadre axiologique là. Par cadre axiologique, je veux dire que sur le présupposé de certaines valeurs, toute interprétation n'est pas acceptable. On peut donc conjuguer les analyses linguistiques classiques sur les énoncés avec un deuxième type d'analyse fondée sur l'analytique axiologique. Comme on le verra suffisamment au texte, il ne s'agit que de comprendre et non de procéder à une évaluation axiologique fondée sur des valeurs *a priori*.

si c'est utile et possible) : quelle est la norme effectivement utilisée dans le discours possible (formulation du discours : « j'ai le droit ou l'obligation de pénétrer chez autrui dès lors que c'est nécessaire à la sauvegarde de ses biens, ou des miens, ou de la sécurité collective »²⁵) ?

- dans l'hypothèse d'un acte de concrétisation formalisé, éventuellement (et si c'est utile et possible) : est-ce que la norme invoquée correspond effectivement ou non à la norme utilisée (et la reformulation de cette norme si nécessaire, utile ou possible) ? Ceci appelle quelques précisions. J'ai dit plus haut que dans l'expression « **D parce que N** », le « parce que » n'était en rien le fruit d'une opération logique. Il demeure que du point de vue d'une analyse critique du langage (la science du droit) cette expression se prétend généralement et doit apparaître *comme* logique. Une analyse critique du langage n'a pas à décider de la possibilité ou non de la déduction logique (ce qui relève d'une théorie qui devrait sans doute affirmer que la seule déduction logique envisageable consisterait en réalité non à déduire de la norme générale le fait pratique, mais la norme individuelle à partir de laquelle le fait pratique apparaît justifié) ; en revanche, elle doit montrer à quelles conditions l'opération prétendue pourrait être *comme* logique, ce qui suppose, le seul fait empirique étant l'acte de concrétisation, une reconstruction jusqu'à la majeure prétendue (du point de vue empiriste, l'absence de présupposition de la norme rend l'acte de déduction impossible). Un cas pathologique appelant une telle reformulation peut se rencontrer lorsque nous rendons compte d'actes de concrétisation dans lesquels une contradiction logique peut être dévoilée : par exemple lorsqu'une autorité exprime qu'elle maintient tel individu en prison parce que la loi lui fait obligation de libérer tous les individus. Mais beaucoup plus fréquemment, la reformulation est nécessaire parce que la norme avancée est la simple reproduction de l'énoncé que l'autorité prétend appliquer (ce qui laisse entière la question de la *signification* de l'énoncé, c'est-à-dire de la norme) : par exemple lorsqu'une autorité décide qu'une reconduite à la frontière est légale parce qu'elle ne constitue pas au regard des exigences de la protection de l'ordre public une ingérence disproportionnée dans la vie familiale de la personne étrangère visée par l'acte (généralement, la motivation exprimera que l'acte ne porte pas atteinte à l'article 8 de la Convention européenne de

²⁵ Ces exemples n'ont évidemment pour aucune autre fonction que de montrer à la fois que les juristes connaissent de tels cas, et que l'interprétation possible des ces actes est assez complexe.

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) ; il importe alors de comprendre et d'établir ce qu'est la norme, c'est-à-dire ce qui résulte, à partir de la solution concrète, comme la signification de l'article 8 ; formuler le plus exactement sous forme normative au regard donc de cet acte de concrétisation (vérifiable dans d'autres actes de concrétisation) quelles sont les ingérences, quelles sont les exigences de l'ordre public, quelle est la vie familiale, etc., qui autorisent ou non une reconduite à la frontière.

- dans toutes les hypothèses, est-ce que la norme N apparaît comme formalisable (ce qui est fonction des cas d'espèce étudiés et ne comporte aucun élément d'évaluation autre que structurel) ? Sans possibilité de formaliser ainsi, il serait en effet impossible d'affirmer la teneur de cette norme et donc de dire que cette norme existe, est en vigueur ; de dire que cette norme sera réutilisée (reproductible) ; de vérifier l'affirmation de l'existence de cette norme.
- dans toutes les hypothèses, quelles sont les raisons de causalité qui pèsent sur la détermination de la norme par l'autorité dans un acte de concrétisation (l'étude de la justification, qui contribue à éclairer la reproductibilité), et particulièrement quels sont les éléments de contraintes factuelles, notamment les contraintes juridiques liées à la configuration du système juridico-politique ? Ceci a d'autant plus d'importance que la science du droit est sollicitée de manière souvent prospective, à partir d'énoncés non encore concrétisés, pour en déterminer le contenu normatif (selon les méthodes classiques de la linguistique appliquée : significations syntaxique, sémantique, systémique et éventuellement détermination axiologique).

Le droit (au sens d'objet de la science du droit dans cette perspective) peut être conçu comme l'ensemble des normes (effectivement utilisées ou en vigueur) ainsi identifiées ; et non des actes de concrétisation ou des sources (comme on le dira au point suivant). Une approche empirique considère à ce propos 4 choses :

- le droit est un ensemble de normes générales et individuelles appuyé par les deux points suivants : l'existence d'un ensemble d'autorités disposant du pouvoir d'imposer une pression sociale et

physique (ce qui distingue le droit d'autres systèmes normatifs), ce pouvoir se traduisant par la possibilité de fixer les normes, de les faire évoluer et d'en obtenir la mise en œuvre concrète ; la pseudo-rationalisation par des individus (ces autorités et/ou les membres du corps social) de ces normes sous la forme de la validité (ces normes sont considérées comme obligatoires ; ce qui doit se différencier à la fois de l'idée que ces normes sont impératives – une norme permissive est perçue comme obligatoire - et de l'idée que ces obligations existent isolément de pareille incorporation : c'est ce que j'entend par idéologie normative).

- Une norme explicite est la signification d'un acte de volonté : un acte de pouvoir qui propose au moyen d'une énonciation linguistique un modèle de ce qui doit être (la loi par exemple telle qu'énoncée par l'organe législatif au terme de la procédure parlementaire). L'énoncé dont on prétend que la norme est la signification est très généralement une directive, c'est-à-dire une prescription pratico-morale destinée à faire faire des actions réelles par des individus réels (adopter des conduites, jusque et y compris une conduite pour les organes de concrétisation) et aussi à faire émerger chez ces individus réels une représentation de ces conduites (la croyance que ces conduites sont obligatoires).
- La signification de cette énonciation (norme explicite) comme la détermination hors du cadre de l'énonciation (norme implicite) n'est pas donnée mais résulte elle-même d'un acte de volonté : l'interprétation par une autorité de concrétisation ou la détermination à partir de sources non formalisées.
- La connaissance de la norme existante (norme effectivement utilisée, norme en vigueur) ne peut se faire qu'au travers de la connaissance critique des actes de concrétisation.

Il apparaît clairement que dans cette perspective, les normes constituent l'objet d'une science empirique qui ne présuppose pas leur existence comme fait. Le fait réside dans une idéologie normative que l'on connaît au travers d'actes empiriques, les actes de concrétisation. La vérification de toute proposition décrivant les normes réside donc dans la vérification d'un pronostic : celui selon lequel

dans des actes de concrétisation futurs, la norme prétendue comme existante sera présentée comme fondement (énoncée ou énonçable). Il est évidemment nécessaire à ce stade de définir des processus de vérification acceptables, notamment quant aux panels d'actes à prendre en considération et quant à la marge d'erreur tolérable pour définir une connaissance.

b) deux questions à propos de la norme.

La norme N telle qu'apparaissant dans **D** *parce que* **N** résulte effectivement de la perception par l'autorité de concrétisation d'un certain nombre de stimuli. L'équation de Frank ne me paraît pas concerner l'acte de concrétisation mais la norme, et non comme identité mais comme résultat :

$$\mathbf{PxS} \rightarrow \mathbf{N}$$

dans laquelle P désigne la personnalité (subjectivité du juge) et S les stimuli qu'il reçoit. En ce sens, P et S sont des faits, et des causes de l'affirmation que N est la norme.

Comme nous l'avons vu, la question empirique de P échappe sans doute à la science du droit et relève (pour autant qu'elle puisse faire l'objet d'une connaissance empirique) d'un savoir psychologique. La science du droit ne peut que constater l'existence dans un discours factuel de la norme N comme raison avancée et éventuellement (re)formuler N . Elle ne peut en aucun cas déterminer quels sont les stimuli effectivement reçus (ni même perçus ce qui revient pas aux mêmes car des stimuli peuvent être inconscients), ni comment l'autorité a effectivement réagi aux stimuli pour parvenir à la norme N .

La question des stimuli S recouvre la question des sources du droit pour une théorie empiriste des sources du droit : à partir de quoi (les sources) l'autorité de concrétisation donne la signification prescriptive N (droit) dans l'acte de concrétisation ? On peut utiliser pour une théorie de cet ordre une typologie simple

$$S = S(f) + S(cf) + S(inf)$$

dans laquelle :

- $S(f)$ désigne des *sources formalisées* (des énonciations) tenues pour valides à raison de la procédure de leur énonciation (elle-même tenue pour valide) : des actes ayant la forme juridique (constitution, lois, décrets, contrats, traités, etc.). Ces énonciations constituent des directives ou commandements autonomes adressés à des autorités de concrétisations (elles sont destinées à faire faire, c'est-à-dire à concrétiser dans tel sens). Elles constituent aussi des énonciations pratico-morales à raison de leur contenu (des prescriptions)²⁶.
- $S(cf)$ désigne des sources que je dirais « *conformalisées* », telles que les coutumes, les précédents de concrétisation (la jurisprudence au sens français, la doctrine administrative, l'éthique ou la déontologie professionnelle ou de l'entreprise, etc.). Les raisons pour lesquelles elles sont tenues pour valides peuvent être variables (efficacité, conformisme, etc.). Par exemple, la hiérarchie des autorités juridictionnelles (ou administratives), c'est-à-dire aussi la possibilité d'une remise en cause de l'acte de concrétisation, joue sans doute un rôle important de contrainte causale au conformisme : on tient pour norme par peur de la remise en cause celle décidée antérieurement et

²⁶ Il se peut que les énoncés puissent remplir d'autres fonctions, notamment performatives. Tel serait le cas d'un énoncé constitutionnel indiquant que la France est une République laïque. En cela, on veut dire que l'énoncé n'a pas besoin d'être concrétisé (La France est telle par simple affirmation de l'énoncé). D'un autre côté, dans un éventuel acte de concrétisation, l'énoncé peut être pris en compte aussi comme directive pratico-morale (par exemple lorsqu'un ministre de cette République déciderait un deuil national en l'honneur d'une autorité religieuse, ou, s'il en était saisi, lorsqu'un juge déciderait de la validité de cette décision).

supérieurement (il n'en demeure pas moins que la vraie question est liée au fait que l'autorité ultime – celle contre laquelle le recours n'est plus possible - ne subit pas cette contrainte²⁷). De même la contrainte d'une maîtrise du flux contentieux ne saurait être négligée autour de l'idée d'efficacité qui peut présider au conformisme.

- *S(inf)* désigne des sources « *informalisées* », qui sont tenues pour valides pour d'autres raisons. Il s'agit par exemple de sources idéologiques, sociales, etc. Toute une série d'idées constitutives de l'idéologie professionnelle (juridictionnelle en premier lieu : qu'est-ce que la justice ?) sont notamment à prendre en considération : les idées de sécurité juridique, de non-contradiction ou de cohérence par exemple.

J'emploie « tenues pour valides » dans le même sens dans ces trois définitions : elles sont perçues (par *P*) comme obligatoires (pour les sources informalisées, c'est le sentiment de justice notamment qui les rationalise en sentiment d'obligatorité). Comme on le verra au point suivant, c'est donc un critère rossien de la validité : elles sont perçues comme socialement obligatoires.

Par ailleurs évidemment, selon les cas, le rôle respectif et effectif de ces sources est très variable et il ne peut pas être empiriquement déterminé. Il n'intéresse la science du droit que comme désignant les éléments de causalité de la norme *N* et rendant compte de l'écart entre le soi-disant énoncé clair d'une source formalisée et la signification que constitue effectivement cette norme *N* dans l'acte de concrétisation. Eventuellement, il permet de qualifier le rôle de la subjectivité de *P* dans la formulation de la norme *N* (est-ce que la conjonction des sources *S(conf)* et *S(inf)* fait-elle ou non sortir la norme *N* du cadre linguistique d'interprétation de *S(f)* sur des bases sémantiques, syntaxiques et logico-systémiques ? quel cadre axiologico-analytique en résulte ?). L'interprétation de l'énoncé (acte de volonté) dans l'acte de concrétisation me paraît la démonstration la plus simple de l'impossibilité de considérer que les sources puissent se limiter à des éléments formels.

²⁷ Ce que le juge Jackson dans la décision de la Cour Suprême des Etats-Unis *Brown v. Allen* (1953) exprimait ainsi : « We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final ».

c) observations sur la régularité.

Puisque la norme N telle que définie résulte du (est causée par le) rapport de P à S , et que ces questions échappent assez largement à la possibilité d'une description, il serait tentant soit d'en déduire qu'une science du droit n'est pas possible, soit qu'il n'y a pas de régularité (ce qui pour une autre raison nierait la possibilité d'une science du droit). La première branche de l'alternative peut être écartée en rappelant que si le monde est l'objet que décrit la science, il est tout à fait possible que nous ne puissions pas pour autant décrire tout ce qui constitue ce monde, et en constatant que sur le fondement d'une posture positiviste et empiriste un corpus cognitif existe. La seconde doit être écartée car les faits montrent au moins deux éléments de régularité : régularité dans les comportements et régularité dans les raisons normatives. Et à vrai dire, cette régularité est postulée par les réalistes alors même qu'ils affirment un scepticisme à l'égard des règles au travers notamment de l'idée de pronostic : affirmer que telle prescription constitue du droit valide (en vigueur, existant) revient à pronostiquer que cette prescription sera avancée comme motif à la décision dans un futur acte de concrétisation.

« Le droit qui existe (*valid law*) signifie l'ensemble abstrait d'idées normatives qui servent comme guide d'interprétation pour le phénomène du droit en action, ce qui signifie à son tour que ces normes sont effectivement suivies, et qu'elles sont suivies parce que l'on perçoit et que l'on fait l'expérience qu'elles sont socialement obligatoires »²⁸. Il est sans doute possible de formuler quelques raisons à ce que les normes soient effectivement suivies par le corps social dans son ensemble (c'est-à-dire avec une marginalité acceptable, tant socialement que surtout de notre point de vue

²⁸ Alf Ross, *ON LAW AND JUSTICE*, *op. cit.*, p. 18. (Sur la traduction de « *valid law* » par droit existant, cf. Alf. Ross, *INTRODUCTION À L'EMPIRISME JURIDIQUE*, LGDJ, Paris, 2004, pp. 160-161).

cognitivement : afin d'élaborer un processus de vérification) : elles relèvent pour l'essentiel d'une théorie socio psychologique de la réception du discours prescriptif. Il est tout sauf original de rappeler à ce propos que jouent dans des proportions variables selon les individus des phénomènes physiques (la pression du pouvoir, qui s'incarne dans la sanction), des phénomènes sociaux (et notamment la critique sociale portée à l'encontre de certains comportements) et des phénomènes de croyance (notamment l'idée de légitimité du pouvoir, l'idée d'obligation et le sens moral) qui se manifestent dans une démarche de pseudo-rationalisation reconstruisant l'ordre humain comme norme valide ; et il est banal de souligner que l'éducation (notamment morale), la culture, l'information participent fortement de cette démarche de pseudo-rationalisation. Il n'apparaît guère douteux que la plupart de nos concitoyens sont persuadés qu'il existe des obligations, que nombre d'entre eux s'y soumettent (pour des raisons très variables) alors que pour d'autres il s'agit simplement de comprendre que ces obligations acceptées par d'autres sont des éléments à prendre en compte ; et il est vraisemblable que derrière cette représentation d'obligations, ce sont des énoncés du pouvoir, c'est-à-dire des directives pratico-morales, et encore davantage (au moins dans une démocratie) derrière ces directives l'idée de la légitimité même du pouvoir et de la procédure d'énonciation qui constituent le fondement de cette représentation de validité, davantage qu'une théorie de la norme.

Pour autant, cela n'intéresse qu'indirectement la science du droit et c'est à une autre conception de la régularité qu'elle doit s'attacher : celle de la régularité des supports normatifs avancés pour des actes de concrétisation, c'est-à-dire à la construction de l'idéologie normative d'un corps professionnalisé. Elle doit en effet répondre à la question suivante : comment passe-t-on de la subjectivité de la norme avancée dans l'hypothèse théorique empiriste ($P \times S$) à une régularité constatée dans les actes de concrétisation (sans laquelle par ailleurs la formalisation de la proposition descriptive selon laquelle cette norme existe, et la vérification de cette proposition seraient impossibles), et particulièrement dans les actes de concrétisation qui l'intéressent parce que, tant par leur situation stratégique (et notamment comme on l'a dit le fait que ces actes ne sont pas contestables ou contestés au nom du droit) que par l'autorité sociale que le corps social d'une part, professionnel d'autre part, y attache. La question peut être appréhendée sociologiquement. Elle peut surtout être appréhendée plus

spécifiquement du point de vue de la relation causale entre un fait (notamment un énoncé) et une autre fait (qui est un énoncé portant sur des normes). C'est ce que se propose de faire dans le cadre de la théorie réaliste de l'interprétation la théorie des contraintes juridiques²⁹.

L'hypothèse de cette théorie est que si la détermination de la norme est possible librement en ce qu'elle résulte d'un acte de volonté (une décision : $\mathbf{PxS} \rightarrow \mathbf{N}$), des causes rendent compte de ce que le champ des possibles est restreint factuellement et expliquent la régularité dans la constitution de l'idéologie normative (l'intersubjectivité). Ces causes sont fort nombreuses. Pour une théorie de la science du droit, il s'agit d'identifier particulièrement des causes qui seraient liées au système juridique.

Les contraintes qui aboutissent à la norme N peuvent alors être formalisées comme intervenant dans le processus de reproduction (généralement, mais également dans le processus de première production) : analytiquement, sur l'hypothèse d'une certaine rationalité du juge (la conscience du contexte et des conséquences de ses choix) dont on sait qu'elle n'est pas empiriquement vérifiée ; théoriquement en introduisant les contraintes dans le processus de détermination de N et en proposant une typologie des contraintes identifiables, de même qu'une définition ; empiriquement éventuellement en mettant en évidence certaines contraintes effectives.

Il convient dans une typologie de distinguer des contraintes non juridiques (politiques, etc.) de contraintes juridiques. Au sens faible, *contraintes juridiques* signifie liées au système juridique au sens large. On inclut par exemple 3 contraintes : le fait que des autorités de concrétisation sont placées sous l'autorité hiérarchique d'autres autorités qui ont un pouvoir sur elles (carrière des juges, pouvoirs hiérarchiques au sein d'une administration, pouvoir d'évocation ou de révision en appel ou cassation, etc.) ; le fait que des autorités en fonction de leurs interprétations auront à faire face à un plus ou moins grand flux de décisions à rendre (liées à l'imprécision ou à la précision de la perception normative, et notamment au travers de sa formulation) ; le flux contentieux liés à la décision (que l'on rencontre par exemple lorsqu'une autorité ultime peut remettre en cause une interprétation normative soutenant un

²⁹ Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak, THÉORIE DES CONTRAINTES JURIDIQUES, Paris, LGDJ, 2005.

acte de concrétisation mais ne le fait pas parce que le recours à cette autorité ultime va apparaître comme un moyen efficace de contester une multitude d'actes de concrétisation, contestations auxquelles l'autorité ultime ne peut faire face : l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme en fournit parfois un cas de figure visible³⁰). Au sens fort, les contraintes juridiques sont liées à la configuration du système au sens strict, c'est-à-dire à la construction par des actes de concrétisation d'une représentation de l'ensemble des normes N comme système (notamment sous forme de hiérarchie des normes) et du processus des actes de concrétisation (D parce que N) comme répondant (au moins en partie, dans la déduction de la norme particulière) à une opération de subsumption (la validité juridique au sens kelsénien par exemple). En ce sens seront des contraintes : l'existence et la publicité de justifications concurrentes (parties³¹, doctrine, juge dissident, commissaire du gouvernement) que l'on ne peut écarter qu'au prix d'une autre justification plus difficile à formaliser ou à rendre publique ; le sens préalablement retenu pour d'autres concepts ou énoncés que l'on ne peut négliger qu'au prix de la contrariété ; etc.

J'avais, sans douter de l'extrême importance de cette construction théorique, émis quelques réserves sur la dimension non empirique qu'elle pouvait avoir aux termes de certaines formulations³². Du point de vue du lexique par ailleurs, il m'apparaîtrait à certains points de vue préférable de parler parfois de coût (tant symbolique que réel) plutôt que de contraintes en raison de la polysémie de ce terme d'une part (le risque de confusion entre contraignant et obligatoire) ; d'autre part en raison de l'aspect mécanique perçu (la contrainte n'interdit pas le choix mais suppose simplement d'en assumer – coût – les conséquences)³³. Le coût désigne le fait que telle norme (N) apparaît ($P \times S$) plus onéreuse que la norme (N) et donc qu'à cause de cette perception ($P \times S$), l'autorité de concrétisation va retenir N

³⁰ V. par exemple Eric Millard, *La protection du droit à la vie familiale, dialectiques jurisprudentielles autour de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, LES PETITES AFFICHES, 1996, n° 95.

³¹ Et il ne faut pas négliger que l'acte de concrétisation, du moins tel qu'il intéresse la science du droit, tend très généralement à trancher entre des propositions formalisées par les parties (ou leurs représentants) au litige.

³² *Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes*, in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczuk, THÉORIE DES CONTRAINTES JURIDIQUES, *op cit.op. cit.*, pp. 143-154.

et non N' , alors que les deux sont factuellement possibles. Il demeure que parler d'idée de coût suppose que le coût soit perçu comme tel, ce qui limiterait sans doute la catégorie des contraintes, et éloignerait sa théorie des prémisses voulus par ses concepteurs. Michel Troper, pour sa part, parle parfois de sa conception réaliste comme d'une science empirique insusceptible de vérification empirique (en partie ou pour certains points)³⁴. S'agissant de la question des contraintes juridiques, il s'agit pour lui de souligner que la théorie des contraintes est une « reconstruction théorique rationnelle ». L'expression « science empirique insusceptible de vérification empirique » signifie alors deux choses différentes :

1°) Une science critique du langage juridique : une science qui décrit des normes telles qu'elle les connaît au travers d'actes du langage (des faits, et en ça cette science est empirique : des décisions, des jugements, des contrats, etc.). Il est tout à fait possible de considérer par raccourci le point suivant : en tant que méta langage, la science du droit parle des normes et produit des propositions sur celles-ci qui ne peuvent être vérifiées (empiriquement). Mais ce qui ne peut-être vérifié empiriquement, c'est la norme objective, existante, comme séparée du discours. Cette norme n'est pourtant qu'indirectement et par facilité l'objet de la science juridique : l'objet véritable de la science ainsi conçue, c'est bel et bien le discours, et celui-ci est un fait empirique, qui peut être vérifié (d'autant plus utilement que l'on affirme que la norme est une signification résultant d'un acte de volonté). Lorsqu'une proposition de (la science du) droit énonce : « il est obligatoire que x » (par exemple), elle ne dit pas qu'il est obligatoire que x , mais seulement que aux termes d'un certain discours (un discours pertinent selon des critères qu'il appartient bien sûr à une théorie empiriste d'élucider) x est obligatoire. La vérification comme l'affirmation ne portent pas sur le caractère obligatoire de x sans plus de précision, mais sur un fait : le discours. Certes, la science du droit est un petit peu plus qu'une

³³ Plus exactement, il m'apparaîtrait opportun de prendre en compte une problématique du coût : les contraintes sont surmontables mais les surmonter suppose d'assumer un certain coût (ce qui peut renvoyer, dès lors que l'on admet l'hypothèse que les contraintes puissent être perçues ou imaginées par les acteurs, à une problématique du calcul ; mais demeurer aussi au stade de la constatation d'un coût objectif, d'une conséquence onéreuse qui n'a peut-être pas été perçue).

³⁴ Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzcyk, THÉORIE DES CONTRAINTES JURIDIQUES, *op cit.*, p. 15.

paraphrase (à quoi ne peut se résoudre la linguistique appliqué, comme il a été dit) et un petit peu autre chose qu'une sociologie (en quoi ne saurait se dissoudre une théorie générale du droit comme fait, comme on le verra sous β) : ce n'est pas la présence d'un énoncé qui l'intéresse, mais des propositions d'interprétation d'actes de concrétisation et d'énoncés conjugués pour être interprétés *comme* des normes (quelque chose qui a donc à voir avec un système juridique ou une hiérarchie de normes) ; et c'est pour cet objet qu'il faut (et qu'on peut) concevoir un processus de vérification. De manière générale Michel Troper conçoit la science du droit ainsi ; il écrit notamment que sa théorie « montre [...] clairement la possibilité d'une science du droit conçue sur le modèle des sciences empiriques. Une science dont l'objet est bien la norme, mais la norme conçue non comme un devoir-être, mais comme un fait, un énoncé. Ce fait reste un fait spécifique : la science du droit décrit les énoncés dont l'objet est de déterminer la signification normative d'autres énoncés »³⁵. Je partage totalement ce point de vue (et les arguments présentés à son appui) et c'est cela que j'appelle empirisme.

2°) Dans un second sens, cette expression désigne le fait que certaines hypothèses d'une théorie empirique ne seraient pas vérifiables, et notamment les éléments de causalité (les contraintes) dans une conception de la régularité : « l'explication par les contraintes est le produit d'une interprétation – Paul Veyne dirait une rétrodiction – [...] l'expert recherche les causes probables sans remonter très haut dans la chaîne causale. L'expert n'est pas toujours en mesure de vérifier son récit. Nous n'avons pas de certitude et il nous faut nous contenter de présomptions »³⁶. De là viendrait que l'on affirme que l'on ne peut pas vérifier empiriquement qu'une contrainte s'est exercée, et que la théorie comme rétrodiction mobilise un modèle qui n'est pas un modèle empirique, et un acteur qui n'est pas un acteur réel.

Cela me paraît mériter discussion³⁷.

³⁵ Michel Troper, *Réplique à Otto Pfersmann*, REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL, n° 50, 2002, p. 353. On retrouve les mêmes idées dans Michel Troper, PHILOSOPHIE DU DROIT, PUF, Paris, 2003, pp. 62-63.

³⁶ Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats, *Introduction*, in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzcyk, THÉORIE DES CONTRAINTES JURIDIQUES, *op. cit.*, p.5).

Sans doute la science du droit ne s'attache-t-elle pas à décrire des contraintes dont on peut dire empiriquement qu'elles aient été toujours *perçues* comme telles par l'autorité de concrétisation, ni qu'elles sont affirmées ou assumées par l'autorité de concrétisation. La science du droit ne prétend pas décrire les processus de décisions mais propose dans une analyse de la causalité une interprétation du système pour rendre compte de décisions effectives dans ce système, et surtout d'argumentations normatives en soutien à ces décisions. En ce sens, je comprends bien que les contraintes, selon cette théorie, peuvent ne pas être réellement perçues, car elles sont avant toute chose et toujours une cause qui réside dans l'état du système tel que pourrait le concevoir un sujet idéal ; ce qui signifie que pour la théorie des contraintes, ces contraintes sont nécessairement supposées. Mais elles fournissent un modèle pour élaborer dans la démarche de rétrodiction des hypothèses permettant d'interpréter des comportements réels, et ces hypothèses peuvent être vérifiées : si le modèle ne permet pas d'élaborer ce type d'hypothèses, la théorie serait de bien peu d'utilité ; et si les hypothèses que nous élaborerions étaient falsifiées, nous ne retiendrions pas véritablement l'idée qu'il existe une contrainte comme cause de la décision. Cela signifie donc que nous devons discuter simplement de la question suivante : si les contraintes nous fournissent un modèle permettant d'élaborer une hypothèse qui comprend la désignation d'une ou plusieurs contraintes, et que nous vérifions empiriquement, pouvons-nous vraiment parler de science empirique insusceptible de vérification ?

Il me paraît que la réponse est dans la question elle-même. Affirmer qu'existent ou qu'ont existé des contraintes dans le processus de concrétisation (et particulièrement dans l'acte de volonté par lequel la norme est affirmée) ne peut renvoyer qu'à des contraintes réelles ; parler de contrainte revient à formaliser une hypothèse (une cause intelligible de la concrétisation normative) qui doit pouvoir être vérifiée dans la reproduction des faits discursifs.

Dire que l'on peut vérifier l'existence d'une contrainte ne signifie pas, dans le cadre d'une science dont l'objet est un langage, que l'on vérifie que l'auteur du discours étudié prétend ou non avoir subi une contrainte. D'une part, on l'a dit, il n'est pas nécessaire que la contrainte soit perçue comme

³⁷ V. notamment ma contribution *Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes* in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak, THÉORIE DES CONTRAINTES JURIDIQUES, *op. cit.* pp. 143-154.

telle pour que la contrainte existe (une contrainte réelle n'est pas une contrainte réellement perçue comme contrainte), d'autre part le discours n'est ni aveu ni description de son propre processus d'édition : la perception de son auteur peut être fausse, ou bien il peut mentir, ou bien il peut ne pas comprendre les contraintes du système (ce qui ressort assez bien de la métaphore proposée du joueur d'échec³⁸ : la contrainte résultant d'une règle stratégique, par opposition à une règle constitutive, faisant que parmi plusieurs décisions possibles, une seule ou en tout cas un nombre réduit d'entre elles permet d'atteindre un effet recherché).

D'un autre côté, j'avoue ne savoir comment traiter une théorie qui me permettrait d'affirmer par exemple que tel concept utilisé dans un énoncé normatif ou dans une autre directive pratico-morale (motivation d'une décision de justice par exemple) est une contrainte réduisant les possibilités d'interprétation d'un autre énoncé, si je ne peux jamais voir si effectivement en pratique cela joue comme une contrainte. En réalité, je crois bien que lorsque la théorie des contraintes affirme que ce concept serait une contrainte, elle veut dire qu'elle constate que le choix retenu d'interprétation rentre dans un cadre, qui n'est plus le cadre linguistique de la théorie de l'interprétation connaissance, mais qui est le cadre pratique dessiné par les « contraintes » que désigne (« suppose ») la théorie (« une situation de fait liée à la configuration d'un système juridique »).

Je comprends bien que d'une décision isolée, dont nous chercherions à établir la cause dans une démarche de rétrodition, nous ne pourrions vérifier que la contrainte a joué. Mais de la constatation de la répétition et de la régularité du choix, on peut tenir comme suffisamment vérifié, et empiriquement vérifié, que ce que nous appelons contrainte existe. Le test de la régularité est dès lors à mes yeux un moyen d'éviter à la théorie des contraintes soit de s'enfermer dans une démarche de type hypothético historique à propos de seules décisions déjà rendues, soit de basculer dans une pensée herculéenne, qui reconstruirait idéalement une pratique du droit comme rationnelle, ce qui évidemment romprait avec l'empirisme.³⁹

³⁸ Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats, Introduction, in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak, THÉORIE DES CONTRAINTES JURIDIQUES, *op. cit.*, p.2-3.

³⁹ Par exemple Ronald Dworkin, PRENDRE LES DROITS AU SÉRIEUX, PUF, Paris, 1995, même si évidemment le point de départ et l'objectif n sont en rien comparables.

La question qui reste ouverte est de savoir si la contrainte ici apparaît comme une source du droit ou non, et dans l'affirmative si elle doit être incluse dans une des catégories définies ou non. Les contraintes joueraient de manière négative en empêchant un certain nombre de sources, de justifications, comme trop onéreuses. Je crois que cette conception est secondaire, et je m'en tiendrai à dire que les contraintes ne sont pas des sources du droit, mais sont en revanche des éléments qui expliquent (causent) la sélection parmi des stimuli par l'autorité (consciemment ou inconsciemment). Dès lors, je comprends que du point de vue analytique, il puisse paraître important de maintenir une séparation entre les sources et les contraintes, pour dégager notamment dans un processus de rétrodiction l'idée d'une contrainte rationalisable (en revanche, c'est ici que je considère l'approche comme encore imparfaite du point de vue empiriste : il convient comme je l'ai dit de mettre en évidence que les contraintes supposées sont réelles). Sous cette réserve, il demeure que la théorie des contraintes peut fournir un point de départ pour une élaboration cohérente d'une théorie de la régularité normative.

3- A propos d'une critique de Hart

Plusieurs collègues m'ont fait l'honneur et l'amitié de m'adresser à l'issue de travaux préliminaires sur les questions ici envisagées des critiques vigoureuses et argumentées, ce dont je leur sais infiniment gré. Je souhaite que pour partie les précisions que je viens d'apporter puissent lever celles qui ont trait à des ambiguïtés. Certaines autres critiques ne peuvent être discutées, notamment celles qui portent sur ma conception des valeurs comme idéologie ou de mon refus de considérer ici les normes comme objets de devoir-être. C'est l'idée même d'une posture empiriste, ou le non cognitivisme éthique, qui sont alors concernés et envisager leur défense suppose de mobiliser une

ontologie lourde, qui dépasse très largement le cadre de la théorie du droit. Je me contenterai de rappeler qu'il ne suffit pas d'affirmer une certaine objectivité de la norme ou des valeurs pour performer l'objectivité : le positivisme logique a apporté certains arguments dont je ne vois pas qu'ils soient clairement réfutés dans le débat auquel il donne toujours lieu. Me contentant d'affirmer qu'est idéologique toute proposition qui n'est ni susceptible de vérification, ni susceptible de falsification, j'attends donc que l'on nous montre que les propositions portant sur les valeurs ou sur les devoir-être n'ont pas ces caractères.

Stanley Paulson et Carla Huerta Ochoa ont pour leur part avancé un argument qui porte non sur la critique externe de la posture mais sur la cohérence interne d'une théorie fondée sur cette posture. Tous deux par des voies différentes se réfèrent à une critique plus générale apportée par Hart à l'encontre de la conception sceptique⁴⁰. J'espère avoir démontré (après d'autres) que le scepticisme à l'égard des normes (dans leur existence) pouvait se concilier avec une science qui décrit des normes telles qu'elles apparaissent dans des discours. Je crois surtout que cette critique traduit une difficulté propre à la théorie de Hart et qu'elle n'affecte pas la cohérence d'une théorie empiriste.

Une des curiosités de la très importante théorie du droit de Hart explique sans doute qu'elle ait pu donner lieu à des reformulation sur des bases aussi opposées que le réalisme et le normativisme : d'un côté, Hart explique qu'il conçoit sa théorie analytique comme un essai de sociologie descriptive⁴¹ ; d'un autre côté Hart a réfuté très vigoureusement les tentatives de lecture réaliste de son travail⁴². Tenir cette posture m'apparaît difficile et je crois que l'argument sur lequel s'appuient Stanley Paulson et Carla Huerta Ochoa témoigne de cette difficulté.

La critique de Hart me semble reposer sur des arguments relevant de deux groupes. Le premier (formulé dans le *Concept de droit* mais repris de *Sur le réalisme scandinave*) contient une critique radicale d'une certaine conception sceptique (celle notamment qu'incarnerait Frank : la négation de

⁴⁰ Herbert L.A. Hart, *LE CONCEPT DE DROIT*, *op. cit.*, pp. 168 et s.

⁴¹ *Id.*, p. 10.

⁴² Herbert L.A. Hart, *Sur le réalisme scandinave*, in O. Jouanjan (dir.), *THÉORIES RÉALISTES DU DROIT*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Strasbourg, 2000, pp. 43-50.

toute idée de règle et l'invocation d'une certaine forme de pragmatisme), mais aussi une acceptation limitée d'une conception modérée du scepticisme (donc aussi une critique modérée de ce scepticisme). Le second porte sur la science du droit d'un point de vue sceptique. Je partage et comprend certains des arguments relevant du premier groupe, mais j'admets ne pas toujours comprendre la logique qui le conduit à proposer les arguments du second groupe, ou ses hésitations.

La forme radicale de scepticisme que vise Hart⁴³ réside dans l'attitude consistant à dire que les règles n'existent pas et que le droit consiste simplement dans les décisions des tribunaux et la prédiction qu'on peut en faire. Hart note d'abord qu'il y a une incohérence certaine à afficher un scepticisme à l'égard de l'ensemble des règles et à parler de tribunaux, c'est-à-dire d'autorités instituées par des règles (secondaires). Autrement dit à faire des *énoncés sur un objet* primaire des sources du droit et des *énoncés sur un objet* secondaire des règles (je reviendrai plus loin sur les raisons de cette caractérisation que j'introduis ici). Il observe avec raison ensuite que dans la vie sociale, les règles juridiques sont utilisées *comme* des règles, c'est-à-dire que des individus s'y réfèrent pour déterminer leur conduite et pour la critique des conduites (la leur ou celle d'autrui). Il en déduit qu'elles ne sont pas utilisées dans cette vie sociale comme des descriptions d'habitude ou des prédictions. En cela, Hart s'appuie sur la distinction des deux aspects de la règle qu'il a largement contribué à mettre en évidence : l'aspect externe qui se traduit par la régularité de comportement, et l'aspect interne, qui se traduit par la référence à un modèle général de comportement⁴⁴.

Les formes modérées envisagées par Hart sont principalement celles qui appréhendent la texture ouverte des règles (elles sont interprétées dans le cas concret) et celles qui partent du caractère irrévocable de la décision judiciaire (Gray notamment⁴⁵). En cela, il s'oppose très clairement à toute forme de formalisme (y compris kelsénien) et à une vision fermée du système juridique, qui autoriserait un traitement logique des règles.

⁴³ Herbert L.A. Hart, *LE CONCEPT DE DROIT*, *op. cit.*, pp. 168-174.

⁴⁴ *Id.*, notamment pp. 78-79.

⁴⁵ John Chipman Gray, *THE NATURE AND SOURCE OF LAW*, New York, McMillan, 1921. Voir aussi la citation de Jackson note 27.

Les arguments utilisés par Hart relevant de sa conception de la science du droit sont ceux qui ont trait à la distinction entre point de vue externe et point de vue interne⁴⁶. Pour une large partie, ils constituent le corollaire dans la démarche cognitive des deux aspects de la règle. Le point de vue externe est celui de l'observateur extérieur, qui sans accepter les règles se réfère à la manière dont une société considère la règle d'un point de vue interne : il enregistrerait ainsi les régularités de comportement et les régularités dans la critique des comportements ; il se manifesterait par des propositions de description et de prédiction ; Hart dit aussi qu'ils ne comprendrait pas ces comportements du point de vue des obligations. Le point de vue interne se réfère à l'aspect interne des règles, examiné du point de vue interne de ceux qui acceptent les règles : il enregistre des raisons des comportements et des critiques, et se manifeste par des propositions d'obligation ou de devoir-être. Il paraît assez clair que la science du droit, selon Hart, ne peut pas se situer du côté d'un point de vue strictement externe, même et surtout si l'affirmation de la norme ultime de reconnaissance ne peut être envisagée que comme un jugement externe de fait (la seule supposition, mais elle est ici interne, réside dans l'affirmation de sa validité, c'est-à-dire dans la supposition interne qu'elle est la norme de reconnaissance du système juridique). Il écrit en effet : « Le fait qu'un groupe social possède certaines règles de conduite, permet de poser de nombreux types d'assertion différents, quoique étroitement apparentés ; il est en effet possible de considérer les règles, soit simplement comme un observateur qui ne les accepte pas lui-même, soit comme un membre du groupe qui les accepte et les utilise comme modèle de conduite. Nous pouvons qualifier respectivement ces deux points de vue d'« externe » et d'« interne ». Les affirmations énoncées d'un point de vue externe peuvent elles-mêmes être de deux sortes. L'observateur peut en effet, sans accepter lui-même les règles, affirmer que les membres du groupe les acceptent, et il peut ainsi se référer de l'extérieur à la manière dont ils les considèrent d'un point de vue interne [...] *Si, cependant, l'observateur s'en tient réellement de manière stricte à ce point de vue externe, et ne tient nullement compte de la manière dont les membres du groupe, qui acceptent les règles, considèrent leur propre comportement régulier, la description qu'il donnera de leur leur vie, ne peut nullement être formulée en termes de règles [...] »*⁴⁷

⁴⁶ Herbert L.A. Hart, LE CONCEPT DE DROIT, *op. cit.*, pp. 113-116.

⁴⁷ Herbert L.A. Hart, LE CONCEPT DE DROIT, *op. cit.*, p. 87 (je souligne).

Il doit être assez évident à la suite de ce que j'ai exprimé sous 2 que la conception radicale visée par Hart ne me paraît pas traduire les faits, et que je souscris volontiers au fait que dans tout acte de concrétisation il y a quelque chose qui est utilisé *comme* une règle (c'est ce que j'appelle la *norme*). Comme il est clair que le scepticisme modéré auquel il se réfère (sans toujours l'admettre d'ailleurs, mais ce n'est pas mon propos ici d'examiner ces arguments) traduit assez bien ma conception dans ses deux déclinaisons signalées. Je veux juste noter qu'il n'est sans doute pas aussi évident que Hart semble le concevoir que l'on puisse infirmer un scepticisme radical (qui ramène le droit à l'activité des tribunaux) en soulignant une incohérence nécessaire dans le fait d'accepter des règles secondaires (en parlant d'autorités juridiques) et de refuser des règles primaires. Il est tout à fait possible de tenir cette posture en affirmant le même type de scepticisme à l'égard de toute règle (de conduite et d'habilitation). Encore faut-il préciser (et j'avoue ne pas trouver Hart clair sur ce point, du moins dans les pages qu'il consacre à la critique du réalisme⁴⁸) ce que l'on entend par règle : l'énoncé ou la norme (la signification de l'énoncé ou de toute autre prescription). Si comme je l'ai dit la norme (donc la règle) est la signification, il reste que les énoncés existent aussi et ont un effet social non négligeable, comme directives pratico-morales. Et ces énoncés sont parfois des énoncés prescrivant des conduites (ce que j'ai appelé des énoncés à objet primaire), parfois des énoncés prescrivant d'obéir à des autorités (ce que j'ai appelé des énoncés à objet secondaire). Que nous prêtions aux autorités alors mentionnées par ces directives une autorité particulière ne devrait pas surprendre (sauf à nier l'idéologie normative, qui est me semble-t-il ce que Hart entend par règle de reconnaissance, au moins ultime). Que ces autorités s'appuient par ailleurs sur ces directives (et les interprètent comme tout autre énoncé) et que tout cela produise un effet (tant factuel que du point de vue interne, au sens de Hart : un jugement de validité) non plus. Cela ne signifie pas que nous soyons amenés à donner un statut différent aux règles primaires

⁴⁸ D'un côté, la critique vigoureuse du formalisme que propose Hart, ainsi que sa focalisation sur des systèmes de Common Law, particulièrement britannique, semblent témoigner d'une conception de la norme distincte de l'acte énonciateur (règle contre décision créant le précédent) ; d'un autre côté, la référence pour le système de Common Law américain à l'idée de constitution écrite ou de loi comme règle (et notamment pour la constitution comme règle secondaire désignant les autorités) pourrait autoriser une autre lecture. Il est vraisemblable cependant que la distinction énoncé-norme, qui est un des apports les plus innovateurs de la théorie du droit actuelle, ne faisait pas partie de l'appareillage théorique que Hart mobilisait spontanément. Il n'est sans doute pas tout à fait anodin que Hart parle spontanément de *règles* et que le mot *norme* (comme signification) lui soit étranger en grande partie.

(pour lesquelles nous serions sceptiques) et aux règles secondaires (pour lesquelles il n'y aurait plus place pour le scepticisme) ; au contraire, toutes les règles sont bien comprises comme une seule catégorie (sous le concept de norme), qui se distingue d'une autre catégorie (les directives pratico-morales que sont les énoncés). Il est vrai alors (bien que cela puisse apparaître comme très radical) que ce scepticisme est modéré puisqu'il ne nie pas une utilisation sociale des règles.

Je n'étudie pas ici un point sans doute complexe que soulève la pensée de Hart mais qu'il faut rappeler : d'un côté, il indique que l'aspect interne des règles suppose que « au moins certains membres du groupe considèrent le comportement comme un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble »⁴⁹ ; d'un autre côté, il indique que l'aspect interne n'est pas une question de sentiment psychologique⁵⁰, affirmation qu'il reprend en la renforçant quand il aborde la critique du réalisme⁵¹. En réalité, je crois qu'il y a ici un véritable malentendu. Hart oppose l'idée de sentiment (se sentir contraint, se sentir obligé) à l'idée de règle. Il écrit notamment : « il n'y a aucune contradiction à dire que les gens acceptent certaines règles mais n'éprouvent à leur sujet aucun sentiment de contrainte. Ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto critique), dans les réclamations qu'on s'y conforme, et dans le fait qu'on reconnaisse que ces critiques et réclamations sont justifiées ; autant d'attitudes qui trouvent leur expression caractéristique dans les termes normatifs *doit, il faut et devrait, bien et mal* »⁵². Les réalistes ont beau jeu d'opposer à Hart que de tels faits traduisent bien un *sentiment* que ce comportement est obligatoire. En réalité, il semble bien que Hart réserve l'idée de sentiment pour désigner une expérience psychologique individuelle fondée sur la contrainte sociale (peur de la sanction, du jugement des autres, etc.). Mais il néglige alors une autre dimension psychologique, qui prend aussi en compte l'intersubjectivité (à la fois dans cette dimension : le jugement des autres fondé sur leur propre

⁴⁹ Herbert L.A. Hart, *LE CONCEPT DE DROIT*, *op. cit.*, p. 78.

⁵⁰ *Id.*, p. 79.

⁵¹ *Id.*, pp. 106-109 ; et Herbert L.A. Hart, *Sur le réalisme scandinave*, *op. cit.*

⁵² Herbert L.A. Hart, *LE CONCEPT DE DROIT*, *op. cit.*, p. 79.

sentiment partagé d'obligation ; et dans une autre dimension : mon sentiment psychologique fondé sur ma connaissance ou ma perception du sentiment des autres) et qui se traduit par la pseudo-rationalisation sous forme de validité : ce que lui-même appelle l'aspect interne des règles, mais qui est aussi un sentiment d'obligation.

Il me paraît que le rôle de la science du droit est donc de décrire au sens où l'indique Hart des points de vue interne (des jugements de validité). Mais je ne vois pas que cette description soit un jugement interne, ni qu'un point de vue strictement externe ne pourrait décrire les obligations (les règles) telles qu'elles sont utilisées. Je soupçonne Hart d'avoir commis sur ce point une confusion et de projeter sur sa conception de la science du droit une correspondance imparfaite entre l'aspect interne des règles (que la science du droit des juristes doit décrire, sauf à décrire un autre objet selon d'autres méthodes, sociologiques notamment), le point de vue interne (qui est comme l'indique Hart lui-même pourtant non un acte de connaissance mais un acte de reconnaissance) et le positionnement de l'observateur devant décrire ce point de vue interne, qui pour être scientifique doit demeurer strictement externe. La question n'est pas de savoir si un point de vue est strictement externe, ou modérément externe : il est de savoir distinguer d'une part le point de vue de l'observateur (externe, quoi qu'il pense des règles) et l'objet observé (le point de vue interne, c'est à dire selon les règles)

Dans sa critique adressée à Ross, Hart écrit : « Premièrement, même si dans la bouche du citoyen ordinaire, ou de l'avocat, *ceci est une règle valide du droit anglais* est une prédiction sur ce qu'un juge fera, dira, et/ou ressentira, cela ne peut pas être sa signification dans la bouche d'un juge qui n'est pas occupé à prédire son propre comportement, son propre sentiment, ou ceux des autres. Quand un juge dit : *ceci est une règle de droit valide*, il s'agit d'un acte de reconnaissance ; en disant cela, il reconnaît la règle en question comme une règle qui satisfait à certains critères généraux acceptés pour l'admettre comme règle du système, et ainsi comme un étalon juridique de comportement. Deuxièmement, même si (bien que l'on puisse en douter) des énoncés non juridictionnels de la forme : *X est une règle valide* sont toujours des prédictions d'un comportement et de sentiments juridictionnels futurs, le fondement

de telles prédictions est la connaissance que les juges se servent de l'énoncé : *c'est une règle valide*, et l'interprètent, dans un sens non prédictif. »⁵³

Cette démarche me paraît correcte (sauf à préciser que la notion d'acte de reconnaissance me paraît avoir surtout une fonction performative). Mais elle me semble signifier simplement que, d'un point de vue strictement externe (c'est-à-dire d'un point de vue purement cognitif), nous décrivons des jugements internes ; c'est-à-dire que nous ne prenons pas position (jugement interne) sur la reconnaissance des règles (sur leur validité), mais simplement que nous décrivons des faits : le fait que de tels jugements aient été portés.

Il n'est pas anodin que dans ces exemples (portant sur ceux qui disent « ceci est une règle de droit valide »), Hart évoque (et oppose) des praticiens et des citoyens d'un côté, des juges d'un autre côté, et qu'il n'envisage pas cette proposition comme proposition scientifique⁵⁴. Une forme modérée de scepticisme (mais radicale d'empirisme) est rencontrée dans la conception réaliste de la science du droit, et particulièrement dans l'analyse critique du langage. La question est de savoir ce que signifie la proposition « ceci est une règle de droit valide » pour la science du droit ? Sauf à ne pas être descriptive mais prescriptive ou sauf à décrire des obligations au sens métaphysique du terme⁵⁵, elle ne peut signifier que le fait qu'au travers d'une connaissance de ce que les juges se servent de l'énoncé « c'est une règle valide » (ce qui me paraît être une description externe de comportement), nous affirmons (avec une certaine prudence) que d'autres juges se serviront du même énoncé « c'est une règle valide » (ce qui me paraît être une prédiction, même si pour la science du droit c'est avant tout un élément de

⁵³ Herbert L.A. Hart, *Sur le réalisme scandinave*, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁴ Point soulevé déjà par Ross : « Je trouve étonnant que Hart ne voie pas l'utilisation la plus évidente du langage externe, ou qu'en tout cas il ne la mentionne pas : celle de l'observateur qui, sans accepter ou rejeter les règles, en rend seulement compte ; celui qui fait œuvre de dogmatique juridique, dans la mesure où son rôle consiste à énoncer des propositions vraies relatives au droit réellement en vigueur » (Alf Ross, *Le Concept de droit selon Hart*, INTRODUCTION À L'EMPIRISME JURIDIQUE, *op. cit.*, p. 188).

⁵⁵ Ce qui serait peu compatible avec l'idée d'une texture ouverte des règles et dont par ailleurs Hart dit explicitement que cette conception métaphysique n'est pas la sienne. A l'occasion de la critique de l'idée d'obligation comme prédiction, il indique « on a parfois admis qu'il s'agissait là de la seule alternative possible à des conceptions métaphysiques qui considèrent l'obligation ou le devoir comme des objets qui existeraient mystérieusement au-delà du monde des faits ordinaires et observables » (Herbert L.A. Hart, *LE CONCEPT DE DROIT*, *op. cit.*, p. 108). Hart veut ici montrer que sa position est une autre alternative, et mieux fondée.

vérification). Qu'ensuite, de manière plus spécifique, nous décrivions la structure spécifique du comportement (le jugement de validité porté d'un point de vue interne, donc le langage) et non le comportement (le discours portant ce jugement et sa régularité) est simplement la conséquence d'une spécialisation de la science du droit des juristes au sein des sciences se donnant le droit pour objet (la sociologie, l'histoire, etc.). Mais cela n'a pas d'effets sur le point de vue scientifique qui demeure toujours strictement externe.

Il est curieux qu'ici, Hart, pourtant à partir de prémisses empiriques qui devraient l'éloigner de la position de Kelsen, retrouve une conception de la science du droit qui fut celle du normativisme prescriptif⁵⁶ et que Kelsen lui-même a fini par abandonner. La science du droit n'*utilise* pas les règles juridiques *comme* des règles ; elle *décrit* des règles et si elle se veut empirique, elle décrit les règles *telles qu'*elles sont utilisées.

Quoi qu'il en soit, la question est désormais entendue et Hart lui-même, dans son célèbre post-scriptum, publié après sa mort, en 1993, semble avoir admis ce point de vue : « Il n'y a en réalité rien dans le projet d'une théorie générale du droit descriptive telle que l'illustre mon ouvrage, qui empêche un observateur externe non participant de décrire la façon dont des participants considèrent le droit d'un tel point de vue interne [...] Il est évident qu'un théoricien faisant œuvre de description ne partage pas lui-même en tant que tel l'acceptation du droit que manifestent les participants [...] mais il peut et devrait décrire une telle acceptation [...] *comprendre* en quoi consiste l'adoption du point de vue interne, et en ce sens limité, se mettre à la place d'un membre [...] ».⁵⁷ Il est vrai que Hart répond ici aux

⁵⁶ Hart écrit d'ailleurs : « Ross a raison de penser que nous devons distinguer un aspect *interne* tout comme un aspect externe du phénomène présenté par l'existence de règles sociales. Cela est vrai, et très important pour la compréhension de n'importe quelle sorte de règles. Mais malheureusement, il situe la frontière entre ces deux aspects au mauvais endroit, et présente à tort l'aspect interne des règles comme une question d'« émotion » ou de « sentiment », comme une « expérience » psychologique spéciale. C'est seulement en faisant cela qu'il est capable de créer l'impression que l'analyse de la pensée juridique peut se dispenser de ce que Kelsen nomme les « propositions de devoir-être ». En fait, l'élucidation de l'aspect interne de tout discours normatif a besoin de telles propositions, et si nous les étudions soigneusement, nous pouvons voir qu'il n'y a rien de « métaphysique » à leur propos, bien que leur « logique » ou leur structure diffèrent des énoncés de fait ou des expressions de sentiment » (Herbert L.A. Hart, *Sur le réalisme scandinave*, *op. cit.*, pp. 47-48).

⁵⁷ Herbert L.A. Hart, Post-Scriptum, *op. cit.* p., 260.

critiques que lui a adressées Dworkin, notamment de ne pas pouvoir rendre compte du point de vue interne (la seule perspective qui tienne dans la théorie dworkinienne du droit) dans une démarche descriptive ; au-delà de l'ironie qui conduit Hart à devoir se défendre face à Dworkin d'avoir une position guère éloignée de celles qu'il faisait procès aux réalistes d'adopter, on ne peut que regretter que Hart n'ait pas eu le temps de préciser, dans la seconde section du post-scriptum, qui n'est qu'annoncée, « les prétentions de nombreux autres commentateurs, selon lesquelles la présentation de mes thèses ne comporte pas seulement des obscurités et des inexactitudes, mais également sur certains points des incohérences et des contradictions ». Car Hart lui-même admet « que dans des cas plus nombreux que ceux auxquels je m'attendais, mes commentateurs ont eu raison », ce qui l'amène à chercher à corriger sa théorie, mais n'indique précisément ni quelles sont ces prétentions, ni quelles sont les corrections qu'il envisageait.

4- Une conception empiriste de la hiérarchie des normes

L'idée selon laquelle la norme, en tant que signification d'une prescription, se distingue de l'énoncé, en tant qu'acte édicté, c'est-à-dire en tant que texte produit à interpréter, n'est originale ni au regard des acquis de la linguistique, ni au regard des théories ici discutées⁵⁸.

Il en découle nécessairement que la hiérarchie des normes ne peut se confondre aussi simplement avec quelque hiérarchie que ce soit des énoncés, postulée *a priori* (une pyramide des actes) ou comprise comme hiérarchie des fonctions d'édition (une hiérarchie des autorités normatives). Dans

⁵⁸ Cf. les propos de Hans Kelsen lui-même qui ouvrent sa THÉORIE GÉNÉRALE DES NORMES, Paris, PUF, 1996, notamment la section III, p. 2.

les deux cas, on négligerait un élément essentiel, qui est au cœur de la dynamique du droit : la concrétisation, à la fois comme acte de volonté (pouvoir normatif) individuel (la décision) et acte de volonté (pouvoir normatif) dépassant le cadre individuel (le pouvoir de dire la norme au-delà du cas).

Les pierres d'achoppement que constituent par exemple : la difficulté de concilier une interprétation scientifique (qui admet la coexistence à partir de méthodes linguistiques de plusieurs significations – plusieurs normes – pour un même énoncé) et une interprétation authentique (qui décide de la norme effective, y compris si cette décision paraît inacceptable du point de vue scientifique, c'est-à-dire linguistique⁵⁹) ; la difficulté à intégrer dans une hiérarchie des actes et des autorités (qui présuppose généralement un caractère de supériorité des actes à portée générale sur ceux à portée spécifique, et une hiérarchisation des autorités déduite du principe politique de séparation des pouvoirs : constituant, législatif, réglementaire, juridictionnel, décisionnel) la valeur par exemple de principes (normes implicites) issus de décisions de justice⁶⁰ ; la difficulté à rendre compte de ce qu'un énoncé puisse donner lieu à plusieurs normes (linguistiquement ou effectivement) alors que plusieurs énoncés, y compris de valeur différentes selon les hiérarchies classiques, débouchent sur une seule norme, en témoignent.

L'interprétation est un acte de volonté, qu'il s'agisse de choisir entre des sens acceptables linguistiquement de l'énoncé (norme explicite) ou de donner un autre sens (norme implicite) ; le recours à un pouvoir plus assumé de poser la norme (implicite), notamment au travers des techniques classiques que sont : l'affirmation d'une lacune imposant ce pouvoir, l'affirmation de la clarté ou de l'obscurité de l'énoncé conditionnant ce pouvoir, la mobilisation d'un principe d'interprétation (ce qui

⁵⁹ V. bien sûr Hans Kelsen, THÉORIE PURE DU DROIT, *op. cit.*, pp. 335 et s.

⁶⁰ V. les débats auxquels ont pu donner lieu dans la doctrine administrativiste et constitutionnaliste française à la fois la question des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat (tant dans le système de la Constitution de 1946 que dans celui de la Constitution de 1958) et celle des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la république, particulièrement lorsqu'ils sont mobilisés par le Conseil d'Etat (Conseil d'Etat, 3/07/1996, *Moussa Koné*). Sur la première question, cf. par exemple René Chapus, *De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, DALLOZ, 1966, chr. 119 et Conseil d'Etat, 11/07/1956, *Amicale des Amanites de Paris* ; et sur la seconde, Véronique Champeil-Desplats, LES PRINCIPES FONDAMENTAUX RECONNUS PAR LES LOIS DE LA RÉPUBLIQUE : PRINCIPES CONSTITUTIONNELS ET JUSTIFICATIONS DANS LES DISCOURS JURIDIQUES, Paris, Economica, 2001.

n'est pas expressément interdit par une norme est autorisé par exemple), ou la « découverte » de principes juridiques non écrits, est aussi un acte de volonté. Sans doute celui-ci n'est pas toujours assumé (notamment dans la tradition du droit écrit⁶¹ et particulièrement en France⁶²), ni même toujours conscient de la part des autorités qui peuvent en toute bonne foi être persuadées du contraire (de l'existence d'une obligation issue d'une hiérarchie des normes) ; mais cela ne change rien à la réalité de ce pouvoir⁶³.

Si l'on admet cela, et c'est le point de départ d'une théorie empiriste, il n'est pas possible que la hiérarchie des normes (comprise comme dans la théorie kelsénienne : une hiérarchie des significations valides à partir de l'énonciation, et en premier lieu de l'énonciation constitutionnelle) existe indépendamment de l'acte de concrétisation, ni même logiquement nécessaire que cet acte de concrétisation traduise une hiérarchie des normes. Rien ne nous permet de tenir que la structure d'un système juridique soit hiérarchisée, ni même qu'il existe un ordre ou un système juridique. L'idée de

⁶¹ Le vocabulaire (performatif) des actes de concrétisation est à cet égard révélateur : découverte des principes (et non invention), interprétation « connaissance » (cf. Conseil d'État, Assemblée, 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Req. n° 78519 : « les auteurs de la circulaire attaquée se sont bornés à interpréter exactement les stipulations de l'accord » ; ou encore Conseil d'État, 22/12/1978, *Ministre de l'Intérieur contre Cohn Bendit*), etc.

⁶² V. par exemple dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel l'exigence d'une loi normative et claire (Déc. 2005-512 DC du 21/04/2005, *Loi d'orientation et de programmation pour l'avenir de l'École* : « Le principe de clarté de la loi, qui découle [de l'article 34] de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, imposent [au législateur] d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ») ; V. également Conseil constitutionnel, Déc. 2004-509 DC du 13/01/2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, qui, en énonçant ce principe, ajoutait cependant : « que, pour autant, ces autorités conservent le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin, d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières » ; V. Véronique Champeil-Desplats, *Note sous la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005 relative à la loi de programmation pour la cohésion sociale*, ACTUALITÉ JURIDIQUE-DROIT ADMINISTRATIF, 2005, n° 16, pp. 905 et s.

⁶³ Il faut se garder de toute théorie du complot. Une théorie empiriste ne dénonce pas un pouvoir caché et illégitime ; elle essaie simplement de décrire un pouvoir qui s'exerce en fait, et qui comme tout pouvoir s'exerce de manière très diversifiée selon les cas et les individus.

hiérarchie (et celles qui s'y rattachent : ordre juridique, système juridique, ordonnancement juridique, etc.) répond sans doute à une idée aprioristique de cohérence, de non contradiction, d'unité. Mais le droit tel que nous le rencontrons dans une démarche théorique n'apparaît guère doté de ces caractéristiques : ses manifestations traduisent les contradictions, les obscurités, la permanence de certaines représentations et croyances au-delà des changements constitutionnels par exemple.

Évidemment, une théorie de la hiérarchie des normes est aussi une construction d'un objet scientifique comme nous l'avons vu. Postuler une hiérarchie, c'est construire en unité systémique l'objet que nous décrivons. Mais la description de cet objet, si nous voulons qu'il ait quelque rapport avec un objet réel, ne peut se faire au moyen de la seule compréhension d'une hiérarchie de certaines sources des normes (explicites). L'objet juridique d'une science empirique du droit n'est pas un ensemble de significations valides dérivables d'un énoncé ou de plusieurs énoncés.

D'un autre côté, il paraît indéniable que dans la majeure partie des actes de concrétisation, une ou plusieurs hiérarchies des normes sont sous-jacentes, et que ces hiérarchies transparaissent des actes de concrétisation avec une régularité comparable à celle que nous observons pour les normes, même si elle peut apparaître plus complexe.

Nous connaissons ces hiérarchies au travers des discours de concrétisation, c'est-à-dire que nous connaissons des discours sur la hiérarchie ; nous pouvons aussi reconstituer les conditions pour que ces discours sur la hiérarchie soient cohérents et c'est ce que j'appelle le processus d'élucidation (de reformulation) des normes effectivement utilisées. Nous ne pouvons donc connaître qu'une hiérarchie des normes produites (existantes), ce qui est évidemment très différent de l'idée du recours à une hiérarchie comme modalité (et critère) de production (et de description : le *sollen* descriptif) des normes (valides) *per se*⁶⁴.

La théorie de la hiérarchie des normes n'est pas une théorie permettant de décrire une norme comme valide ; elle est une conséquence de la reconnaissance (par des autorités réelles) de la validité

⁶⁴ Je ne veux évidemment pas dire « naturellement valide » sans acte d'énonciation (Kelsen reprend le mot d'ordre de Dubislav « *Kein Imperativ ohne Imperator* »), mais je veux dire valide indépendamment d'une interprétation authentique.

des normes. En ce sens, il y a évidemment de multiples hiérarchies envisageables, et sans doute plusieurs hiérarchies qui coexistent.

Une théorie de la hiérarchie des normes, quelle qu'elle soit, même formelle, ne peut prétendre permettre de décrire la structure de tout système juridique, ni même sans doute la structure unique d'un système juridique identifié. La hiérarchie des normes est un objet de l'étude empirique : un élément résultant du processus de performation « **D parce que N** ». Il est fort possible que nous puissions nous passer, pour cette description, du concept de hiérarchie des normes, ce qui évidemment ne peut être vrai d'une théorie normativiste (puisque celle-ci ne peut décrire qu'au moyen de ce concept). Pour autant, il n'est pas certain qu'ainsi conçue, c'est-à-dire comme objet construit par les actes de concrétisation, un concept de hiérarchie des normes ne soit pas par ailleurs extrêmement utile pour permettre d'affirmer qu'une norme existe : pour rendre compte du système juridique réel.

5 - Dimension prescriptive de la théorie normativiste de la Hiérarchie des normes

J'ai dit sous 4 que la théorie normativiste de la hiérarchie des normes ne pouvait décrire les relations éventuellement hiérarchiques entre diverses normes existantes dans un système juridique, mais apparaissait davantage comme une théorie des sources de normes explicites : elle dégage les significations valides (acceptables) d'un ou plusieurs énoncés au regard des règles linguistiques : syntaxiques, sémantiques et logiques (systémiques).

Cette théorie, comme je l'ai dit, ne peut ainsi conçue fonder un programme scientifique permettant de décrire les normes effectivement utilisées (ce que cette théorie admet) : elle se donne pour seul objet la description des seules significations acceptables des seuls énoncés validement produits. Elle réserve à ces seules normes explicites la qualité de norme (valide). En ce sens, la théorie de la hiérarchie des normes peut aussi être vue comme une théorie prescriptive : elle ne décrit pas une

hiérarchie de toutes les normes existantes et/ou de leurs sources, mais elle décrit les seules normes qu'elle considère comme légitimes, les normes explicites, c'est-à-dire les significations d'actes de volonté (les énonciations) légitimes, et elle prescrit donc les sources légitimes du droit.

Elle prescrit ce faisant *un* mode de production des normes (et ne décrit pas *le* mode de production des normes) : une norme doit selon cette théorie être l'interprétation valide d'un énoncé validement créé. Elle n'interdit pas le recours à des sources informalisées et conformalisées ; mais elle prescrit que ce recours doit simplement permettre de choisir de manière authentique une interprétation *parmi* les interprétations scientifiquement valables.

Kelsen (comme ce lui fut aussi injustement que stupidement reproché) a parfaitement compris qu'envisagé de cette manière, l'objet de la science juridique ne pouvait qu'être traité identiquement pour toutes formes de systèmes, y compris non démocratiques. Il reste que cette double caractérisation (description/prescription) des sources légitimes, ne peut sans doute pas être détachée aussi d'une certaine conception de la démocratie, que Kelsen a vigoureusement défendue sur le plan politique : la démocratie procédurale ; et de sa justification au regard du non cognitivisme éthique⁶⁵. Les questions non scientifiques (politiques au sens large) ne pouvant être décidées par la connaissance, le recours à des procédures démocratiques (la loi du nombre dans le respect de certaines règles légitimement adoptées) paraît comme le seul moyen de trancher les questions de valeurs et de raison pratique. Notamment, aucune affirmation de principe ou de valeur *a priori* (non décidés – posés- selon ces procédures) ne peut s'imposer légitimement comme critère de ce qui doit être fait.

Il ne fait à mes yeux aucun doute que cette défense et cette justification de la démocratie est une chose essentielle, à laquelle je souscris sans réserve. Comme il ne fait aucun doute que pour que cette justification se traduise en pratique, il importe que les choix effectués selon des procédures démocratiques par des organes démocratiquement élus (toutes procédures que généralement une constitution détermine) soient suivis d'effets (et que les directives pratico-morales ne soient pas remises en cause dans des actes de concrétisation).

⁶⁵ Hans Kelsen, LA DÉMOCRATIE : SA NATURE, SA VALEUR, Dalloz, Paris, 2004.

Je ne peux m'empêcher de comprendre la théorie de la hiérarchie des normes, de ce point de vue, non comme une théorie décrivant les normes effectivement utilisées, mais comme une théorie décrivant les normes devant (ou pouvant) être légitimement utilisées : en bref, comme une théorie politique de la démocratie procédurale (par le droit), et sans doute comme l'une des meilleures expressions (sinon la meilleure) de ce projet du point de vue juridique⁶⁶. Et je crois aussi que c'est comme théorie politique (qui peut aussi légitimement être une théorie descriptive de ce qui *devrait être* sur le fondement de valeurs réellement affirmées comme projet politique – constitution – d'un système réel) qu'elle produit ses effets les plus visibles : en tant que contrainte pesant effectivement sur les autorités dans les actes de concrétisation⁶⁷.

6- La théorie de la hiérarchie des normes comme contrainte

Dans son article⁶⁸ consacré à la consécration du contrôle de constitutionnalité par Marshall dans l'arrêt *Marbury*, et à la reprise de cette argumentation par Kelsen d'une part dans sa conception de

⁶⁶ D'une certaine manière, le débat qui a eu lieu en Italie dans les années 1960-1970 sur l'interprétation du normativisme, particulièrement entre Norberto Bobbio et Uberto Scarpelli, partait d'un constat du même ordre. Sur ce débat, voir notamment les compte rendus de la table ronde de Padoue en 1966 (*Tavola rotonda sul positivismo giuridico : Intervento di Guido Fassò*, IL POLITICO, 1966, pp. 559-565) ; et sur les conséquences cf. Enrico Pattaro, *Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico*, RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO, 1971, pp. 61-126. Parmi les productions récentes qui présentent des arguments dans le sens d'une telle qualification du normativisme, cf. Bruno Celano, *LA TEORIA DEL DIRITTO DI HANS KELSEN, UNA INTRODUZIONE CRITICA*, Il Mulino, Bologne, 1999.

⁶⁷ En ce sens, je n'adhère pas aux critiques adressées au normativisme comme quasi-positivisme, par exemple par Ross (notamment dans *La validité et le conflit entre le positivisme et le Droit naturel*, in Alf Ross, INTRODUCTION À L'EMPIRISME JURIDIQUE, *op. cit.*, pp 161-163). Je ne crois pas que la norme fondamentale soit un moyen de prêter une validité morale au système (l'obligation morale d'obéir au droit) ni que la description des *sollen* soient prescriptive. Je dis simplement que le choix de cet objet de la science du droit, outre qu'il me paraît chimérique (les significations linguistiquement acceptables d'un énoncé prescriptifs sont simplement des significations linguistiquement acceptables d'un énoncé et rien de plus), remplit une fonction politique et juridique : la désignations des significations politiquement acceptables d'un acte de volonté d'une autorité légitime dans le système.

⁶⁸ Michel Troper, *Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste*, in Elisabeth Zoller, *MARBURY VS MADISON, UN DIALOGUE FRANCO-AMÉRICAIN*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 215-228.

la hiérarchie (souhaitable et efficace dans une démocratie) des normes, d'autre part par Aharon Barak dans le cas israélien (un système dans lequel pourtant l'énonciation constitutionnelle ne s'est pas produite), Michel Troper montre comment est présentée comme nécessaire logiquement une argumentation qui commence en réalité par un choix (une décision) sur la prémisse : la compréhension de la supériorité comme désignant le devoir d'invalider une norme contraire. Michel Troper conclut cependant en indiquant que :

« Le raisonnement de Marshall a réussi à persuader et exprime l'idéologie officielle des États modernes. Le terme *idéologie* est d'ailleurs faible, puisque ce n'est pas seulement un ensemble de croyances et de valeurs, mais de la hiérarchie des normes qu'il s'agit. Or, la hiérarchie des normes est le mode d'exercice du pouvoir dans l'État moderne. Ainsi, ce que Marshall a réalisé, n'est pas de déduire le contrôle de constitutionnalité des lois de la hiérarchie des normes, mais au contraire construire la hiérarchie des normes en assurant le contrôle de constitutionnalité des lois. Peu importe que son raisonnement soit entaché de vices logiques. Il a donné une forme au pouvoir de l'État moderne. On aurait tort cependant de croire que, puisque la décision s'impose de toute manière, il est indifférent qu'elle soit justifiée de telle manière ou de telle autre. La cour est contrainte d'utiliser un raisonnement qui, même s'il comporte des vices logiques, a été et est encore perçu comme socialement acceptable. Lorsqu'il s'agit de fonder une pratique nouvelle, ce mode de raisonnement sert de standard et de modèle pour évaluer tous les raisonnements de la dogmatique juridique. Désormais, on ne peut plus raisonner qu'en se conformant à la logique de Marshall. En d'autres termes, même contraire aux principes de la logique, la décision *Marbury* est créatrice, au delà d'une norme et d'une institution nouvelles, d'une logique spécifique à l'institution du contrôle de constitutionnalité des lois et désormais contraignante ».

Cette idée de hiérarchie des normes comme contrainte est essentielle, me semble-t-il, pour expliquer notamment les phénomènes de régularité que nous constatons, et qui nous permettent d'affirmer que telle norme existe. Il ne fait aucun doute que nous (à commencer par les citoyens) ne percevons pas comme juridiquement valide, comme politiquement légitime, un acte juridique (énonciation, concrétisation) qui ne pourrait être justifié (au moins formellement) par rapport à ce

modèle. Et donc que la contrainte d'inscrire une argumentation comme logique par rapport à une hiérarchie des normes produit les effets les plus importants, quand bien même cette hiérarchie est avant tout une idée, qui se construit de manière variable. La contrainte ne réside pas dans une hiérarchie présumée (impossible puisque dépendant d'une détermination de la norme supérieure par l'acte de concrétisation) mais dans deux idées : la validité dépend de la possibilité d'affirmer une norme supérieure (structure de l'argumentation) ; la possibilité d'affirmer la norme supérieure effective est contrainte par l'idéologie politique socialement acceptée comme légitime (représentation de la souveraineté et des autorités publiques). La contrainte se distingue bien alors de l'obligation : d'une part elle n'est pas indépassable à condition pour qui la dépasserait d'en assumer le coût au regard de ces représentations (ce qui peut être à la fois symbolique – la critique sociale – et très réel – la remise en cause d'une représentation qui fonde aussi le pouvoir de l'autorité) ; d'autre part, elle est relativement floue puisque elle ne fait que réduire le champ des possibles sans faire disparaître des possibilités de choix.

Il est probable que la hiérarchie des normes est une contrainte forte mais à elle seule insuffisante. Sur le fondement d'une réflexion politique (démocratique et libérale), il doit être envisageable de renforcer la contrainte (de renchérir le coût) : on le voit avec l'idée de contrôle de constitutionnalité, mais à d'autres niveaux l'idée du droit au recours tel que prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'exigence de motivation formelle, ou du recours à la publicité de l'opinion dissidente dans les jugements pris par une autorité collégiale, participent de la même démarche en rendant moins facile un acte de concrétisation qui se dispenserait d'une argumentation formelle (dans le discours de concrétisation) *comme* déclinant logiquement un processus hiérarchique de validation des normes. A cet égard, une théorie des contraintes doit insister à juste titre sur l'aspect dynamique des contraintes : elles peuvent porter sur le discours en produisant une norme, une méta norme ou un concept ; surtout elles peuvent avoir des effets sur la position institutionnelle des acteurs, et la contrainte n'est pas simplement subie par des acteurs, elle est aussi créée par des acteurs⁶⁹. Il ne fait aucun doute que ce que l'on appelle « autorité morale de la doctrine » peut

⁶⁹ Sur ces questions essentielles, Voir Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats, *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, et Jacques Meunier, *Contraintes et stratégie en droit constitutionnel*, in Michel Troper,

représenter une contrainte, et ce d'autant plus que la science du droit (comprise comme la doctrine produite sur le fondement d'une méthodologie fournie par une théorie scientifique, comme par exemple la théorie pure du droit ou la théorie empiriste) peut à la fois dévoiler les significations axiologiques de certaines positions normatives, et élaborer une critique non cognitiviste des interprétations authentiques dont la correction analytique peut être vérifiée (ou falsifiée). Le cadre de cette théorie (devenu paradigme scientifique) constitue alors une véritable contrainte juridique du fait de sa formulation et de son acceptation comme représentation dominante de ce qui doit être. La hiérarchie des normes est une contrainte d'autant plus forte qu'elle est théorisée comme moyen d'identification de l'objet d'une science du droit, et donc de la définition stipulative du droit socialement accepté : des entités idéelles (des significations correctes d'ordres légitimes).

Si dans une démocratie procédurale (et simplement procédurale, comme la conséquence inéluctable de tout non cognitivisme éthique), la hiérarchie des normes est la garantie essentielle des libertés individuelles et de la souveraineté du peuple, c'est seulement comme telle. Elle fonctionne effectivement comme cette garantie et produit (en gros et de manière générale) les effets qui lui sont possibles. Je ne crois pas qu'il soit du domaine de la science du droit de lui prêter une autre dimension que celle qu'elle a réellement. Mais je crois que c'est en mettant au jour la manière dont fonctionne réellement notre système juridique que nous pouvons avoir pleinement conscience à la fois de sa force et de sa fragilité, et nous déterminer pour l'action si nous recherchons réellement à assurer la viabilité du projet politique démocratique.

Eric Millard

Professeur de droit public

Centre de Théorie et Analyse du droit (CNRS-UMR 7074)

Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzcyk, THÉORIE DES CONTRAINTES JURIDIQUES, *op. cit.*, respectivement pp. 16-23 et 187-197.