



*Que
sais-je?*



LA PHILOSOPHIE DU DROIT

Michel Troper

puf

QUE SAIS-JE ?

La philosophie du droit

MICHEL TROPER

Professeur émérite à l'Université de Paris Ouest-
Nanterre

Membre de l'Institut universitaire de France

Troisième édition mise à jour

12^e mille



Introduction

Nous vivons sous l'empire du droit : dès la naissance il faut déclarer l'enfant, et le nom qu'il portera lui est attribué conformément à certaines règles. D'autres règles ordonneront qu'on l'inscrive à l'école. Quand nous achetons le moindre objet ou prenons l'autobus, c'est en application d'un contrat. Nous nous marions, nous travaillons, nous nous soignons selon le droit. Pourtant, quoique conscients de cette omniprésence du droit et capables d'appliquer ou de produire des règles, nous sommes souvent en peine de le définir.

Mais pourquoi faudrait-il le définir ? La recherche d'une définition relève, comme c'est le cas pour d'autres phénomènes, d'une spéculation sur la nature ou l'essence du droit. Mais elle est aussi indispensable au travail même des juristes. On a souvent remarqué que les physiciens ne s'attardent pas à définir la physique ni les chimistes la chimie, tandis que les juristes ne peuvent se passer d'une définition du droit. Cela tient avant tout à ce que l'on ne peut pas appliquer une règle avant de l'avoir identifiée comme règle de droit.

Quelle est la différence entre l'ordre du voleur et celui

du percepteur ? Tous deux nous ordonnent de leur remettre de l'argent et, dans les deux cas, un refus nous expose à des conséquences désagréables. Nous disons pourtant que nous sommes obligés et contraints d'obéir au voleur, tandis que nous avons l'obligation d'obéir au commandement du percepteur. Autrement dit, nous identifions l'obligation d'obéir au percepteur comme juridique, conformément à une définition du droit. Cette définition n'a rien de philosophique. C'est le droit lui-même qui détermine les critères de ce qui est juridique et de ce qui, comme le commandement du voleur, n'est qu'une violation du droit. Il suffit donc, pour la plupart de nos besoins pratiques, de connaître ces critères, contenus dans des règles.

Cependant, une telle connaissance ne nous informe en rien sur la nature du droit. Nous ne savons ni pourquoi ces critères ont été adoptés, ni si ces règles sont réellement obligatoires et, si elles le sont, pourquoi elles le sont : est-ce parce qu'elles sont justes, parce qu'elles émanent du pouvoir politique, ou parce qu'elles sont assorties de sanctions en cas d'infraction ?

Comment savoir si les règles qui définissent ce qui est juridique sont bien elles-mêmes juridiques, si elles sont du droit ou autre chose ? Cette question n'est pas elle-même juridique, mais philosophique. Le juriste

ne détient en effet par profession aucun élément de réponse. La question n'intéresse d'ailleurs pas seulement la philosophie du droit, mais aussi d'autres disciplines, par exemple la philosophie morale – si elle admet qu'il est bien de se conformer au droit –, l'histoire ou l'anthropologie lorsqu'elles se demandent si une société donnée est dotée d'un système de droit.

Mais, sans être juridique, cette question a aussi parfois des conséquences pour le droit lui-même. On peut illustrer cette idée à l'aide de l'exemple suivant, inspiré d'un cas réel et qui apparaît comme l'image inversée du mythe d'Antigone. Dans l'Allemagne nazie, les propos hostiles au régime étaient tenus pour criminels en vertu d'une loi, et tous ceux qui les entendaient, y compris les proches, étaient tenus de les dénoncer. Après la fin de la guerre, une femme est poursuivie, pour avoir dénoncé son mari, qui avait été arrêté, condamné à mort et exécuté. Doit-elle être condamnée ?

La réponse dépend seulement de la définition du droit, et c'est en ces termes que les tribunaux ont effectivement posé le problème. On peut d'abord considérer que, quels qu'aient été les motifs de la dénonciatrice, qui ne tenaient ni à la fidélité au régime ni à la volonté de respecter la loi, mais simplement à la haine, et quel que soit le jugement moral que l'on

porte sur elle, elle n'a fait que se conformer au droit en vigueur à cette époque. Elle devrait donc être acquittée.

Mais on peut aussi soutenir que la loi nazie était si abominable, c'est-à-dire si contraire aux principes fondamentaux de la morale, qu'elle ne méritait pas le nom de loi et qu'elle n'était pas une loi du tout, de sorte que la dénonciatrice n'avait aucune obligation de s'y conformer et avait même l'obligation de lui désobéir. Si la loi nazie n'en était pas une, elle n'avait pu remplacer la loi antérieure qui, elle, punissait les dénonciations abusives. La femme devrait donc être condamnée.

Ainsi, le juge va se prononcer dans un sens ou dans l'autre, selon sa conception de la nature du droit. Il peut appeler droit toutes les règles édictées par le pouvoir politique ou seulement celles qui ne violent pas un idéal de justice. La première définition le conduira à acquitter ; la seconde, à condamner. Or, la définition ne se trouve pas dans le droit en vigueur, mais dépend de choix philosophiques.

Cependant les juristes dépendent, pour leur travail, non seulement d'une définition du droit, mais aussi de définitions des concepts fondamentaux employés dans la formulation des règles. Le contenu des règles exprime en effet les préférences politiques et morales

de ceux qui les posent. Une loi qui interdit ou autorise la chasse, l'avortement ou le suicide, reflète des croyances sur les animaux, la vie ou la libre disposition de soi. Ces concepts ne sont pas immédiatement juridiques, car les animaux, la vie ou le suicide peuvent être réglés par le droit, mais existent indépendamment de lui. Certains auteurs admettent cependant qu'il existe, au-dessus des lois, un droit naturel, dont la connaissance est accessible à la raison humaine et qui contient des principes de justice gouvernant ces questions. Ce droit naturel est alors l'objet d'une philosophie du droit, qui portera sur la famille ou l'avortement. Cette philosophie du droit aura d'ailleurs une dimension normative et recommandera au législateur d'adopter les règles conformes aux principes de justice qu'elle estimera avoir dégagés.

Mais même ceux qui n'admettent pas l'existence du droit naturel ne peuvent éviter la réflexion sur les concepts employés par le législateur, lorsque ces concepts concernent des institutions qui n'ont d'existence que dans et par le droit. Certains concernent la forme juridique comme la constitution ou le contrat; d'autres, le fond, comme le mariage ou la propriété. Les règles sur le contrat ou la propriété varient beaucoup d'un pays à l'autre, mais elles existent toujours. Elles traduisent des idées sur la nature du contrat ou de la propriété, que les juristes doivent connaître pour pouvoir appliquer les règles.

L'affirmation de l'existence d'une règle juridique présuppose une définition générale du droit, de sa structure, des concepts juridiques, mais aussi une conception de la science qui permette de parvenir à la connaissance de cette règle ou de la validité des raisonnements qu'on lui applique. Ces présupposés sont souvent inconscients ou ils fondent seulement, la connaissance et la pratique du droit d'un seul pays, ou encore ils ne sont pas coordonnés. Il y a ainsi, nécessairement présente, une philosophie du droit, mais une philosophie du droit aussi implicite que spontanée.

On parle de philosophie du droit dans un sens très large pour désigner une réflexion systématique sur la définition du droit, son rapport avec la justice, la science du droit, la structure du système ou le raisonnement juridique. Elle peut être présentée de bien des manières, et les ouvrages qui portent le titre de « philosophie du droit » n'ont en commun que d'offrir un point de vue très général sur le droit. Certains présentent les doctrines ; d'autres, les questions traitées. La première approche a l'avantage de mettre en évidence la cohérence d'une pensée sur un ensemble de problèmes, mais l'inconvénient de masquer la diversité des opinions sur un même problème. Les avantages et les inconvénients de la seconde méthode sont inverses. Cependant, comme l'ambition principale de ce petit livre est de montrer

comment se déroule le débat philosophique sur le droit, c'est la seconde voie qu'on empruntera ici. Elle n'invite pourtant pas à un parcours balisé, car il n'existe aucune liste établie des problèmes à traiter, et l'on se contentera d'un aperçu de quelques-uns des plus importants. Ce sont ceux qui concernent la définition de la philosophie du droit et de son objet, la science du droit, la structure du système juridique et le raisonnement en droit.

Chapitre I

Qu'est-ce que la philosophie du droit ?

L'usage de l'expression « philosophie du droit » s'est répandu à partir du début du xix^e siècle, notamment à la suite des Principes de la philosophie du droit de Hegel (1821), mais la réflexion sur le droit est aussi ancienne que le droit lui-même. Aujourd'hui, les livres qui portent ce titre sont d'une extrême diversité non seulement quant aux points de vue doctrinaux, mais aussi quant aux contenus. Il n'existe d'accord ni sur une définition du droit, ni sur une définition de la philosophie du droit, ni sur le point de savoir si elle est une branche de la philosophie ou une partie de la science juridique, ni sur une liste des questions dont elle devrait s'occuper, ni sur ses fonctions, ni sur l'expression même de « philosophie du droit », à laquelle certains préfèrent « théorie générale du droit » ou, en anglais, *general jurisprudence*. Ces différences, terminologiques reflètent en partie d'autres oppositions d'ordre théorique ou épistémologique, entre philosophie du droit des juristes et philosophie du droit

des philosophes ou entre jusnaturalisme et positivisme juridique. Il faut les analyser avant d'examiner l'état actuel de la discipline.

I. Philosophie du droit et théorie générale du droit

L'expression « théorie générale du droit » est apparue à la fin du xix^e siècle, sous l'influence du positivisme et de l'empirisme et en réaction contre la philosophie du droit qui se pratiquait jusqu'alors. Les tenants de la théorie générale du droit critiquèrent la philosophie du droit classique pour son caractère purement spéculatif. Les questions classiques dont elle traitait : « Qu'est-ce que le droit ? » ou « Existe-t-il des critères du juste ? », leur paraissaient donner lieu à des considérations purement métaphysiques, alors qu'ils entendaient fonder une science. Tandis que la philosophie du droit portait sur un droit idéal, la théorie générale du droit ne voulait traiter que du droit tel qu'il est, le droit positif. Il existait donc des liens entre la philosophie du droit et les doctrines jusnaturalistes, d'une part, la théorie générale du droit et le positivisme juridique, d'autre part (v. infra).

La théorie générale du droit a connu une expansion considérable dans la première moitié du xx^e siècle, en

particulier sous l'influence du juriste autrichien Hans Kelsen (1881-1973), qui exposait une version, renouvelée du positivisme juridique sous le nom de « théorie pure du droit », également appelée « normativisme », et fonda en 1926, avec Duguit et Weyr, une revue au titre caractéristique, la Revue internationale de la théorie du droit.

Néanmoins, au lendemain de la seconde guerre mondiale, les doctrines jusnaturalistes, dont on attend qu'elles établissent les fondements d'un droit juste et fixent les limites au pouvoir de l'État sur les individus, connaissent, notamment en Allemagne, un regain d'intérêt, et l'expression « philosophie du droit », qui n'avait subi qu'un déclin relatif, est à nouveau utilisée pour intituler des ouvrages ou des enseignements universitaires.

Dans les années 1950, avec le développement de la philosophie analytique en Angleterre et aux États-Unis, l'audience du positivisme juridique s'accroît à nouveau, de même que l'usage de l'expression « théorie générale du droit ».

Aujourd'hui, certains continuent de présenter la philosophie du droit et la théorie générale du droit comme deux disciplines différentes (Van Hoecke [\[1\]](#)). La première serait une discipline spéculative et normative, comprenant :

- une ontologie juridique, qui recherche l'essence du droit et de certains concepts, comme la démocratie, l'État, ou la personne ;
- une épistémologie juridique, conçue comme un examen des possibilités de parvenir à la connaissance de ces essences ;
- une téléologie juridique, qui vise à déterminer les fins du droit ;
- une logique juridique, cherchant à analyser l'argumentation juridique;

Quant à la théorie générale du droit, elle viserait exclusivement à décrire et analyser le droit tel qu'il est, grâce à l'emploi d'une méthode scientifique, et se voudrait pure de tout jugement de valeur. Elle ne remplacerait pas la philosophie du droit, qui subsisterait, mais à un niveau plus élevé d'abstraction.

Cette distinction est raisonnable, mais ne correspond pas à l'emploi effectif des expressions « philosophie du droit » et « théorie générale du droit ». En pratique, il est impossible d'établir une corrélation entre le titre d'un ouvrage et la liste des questions qu'il aborde, le niveau d'abstraction auquel il se situe, la méthode qu'il emploie ou le courant doctrinal auquel il appartient. Le plus souvent, « théorie générale du droit » a une connotation positiviste, mais il peut arriver que tel

ouvrage avec cet intitulé soit principalement spéculatif et ait pour auteur un jusnaturaliste, tandis qu'un autre, à l'inverse, bien que rédigé par un positiviste, porte le titre « philosophie du droit ». Le bon sens commande donc de prendre ces expressions pour des synonymes. Il n'en va pas de même pour un autre couple de termes : « philosophie du droit des philosophes » et « philosophie du droit des juristes ».

II. Philosophie du droit des philosophes et philosophie du droit des juristes

Cette opposition ne recouvre pas entièrement la précédente.

La philosophie du droit des philosophes serait avant tout une philosophie appliquée : elle consisterait principalement dans la transposition aux problèmes du droit et de la justice des grandes doctrines philosophiques. Elle se distingue d'ailleurs mal des branches de la philosophie qui portent sur des notions liées au droit, à un titre ou à un autre, comme la philosophie morale, la philosophie des sciences ou la

philosophie politique.

Cette conception n'est pas exclusivement liée à l'inscription dans le champ académique d'auteurs qui peuvent être philosophes ou juristes. Elle est revendiquée par ceux qui estiment que la philosophie du droit ne peut faire l'économie du droit naturel et a pour tâche, « en raison de la crise de l'humanisme, de l'universel [...], de trouver un analogue à la vieille nature humaine pour enraciner l'universalité requise par la notion de droits de l'homme » (Renaut et Sosoe, 1991).

Elle est en revanche vivement critiquée par les auteurs d'inspiration positiviste, d'une part parce qu'elle repose sur l'idée que « les solutions aux problèmes juridiques devraient être recherchées dans les œuvres des philosophes et non dans l'expérience juridique » (Bobbio, article « Philosophie du droit », in Arnaud, 1993), d'autre part parce que, du fait que les juristes n'y retrouvent aucun reflet de leurs pratiques et de leurs raisonnements, ils se détournent de la réflexion philosophique.

Selon ces mêmes auteurs, la philosophie du droit des juristes se distingue de la première parce qu'elle donne la priorité à l'analyse sur la synthèse, qu'elle part de l'expérience juridique et qu'elle se présente comme une réaction contre la schématisation et la

généralisation. Cependant, si les points de vue sont différents, les contenus sont semblables.

Ainsi, selon l'un de ses meilleurs représentants, Norberto Bobbio, la philosophie du droit des juristes porte sur le concept de droit, la théorie de la justice et la théorie de la science juridique, mais, au lieu de spéculer sur des essences, elle s'efforce de partir des phénomènes juridiques.

Elle ne cherche pas à déterminer l'essence du droit, mais à élaborer un concept de droit, permettant de saisir le phénomène juridique, comme un complexe de normes, dont on s'efforcera de déterminer les propriétés.

Il en va de même pour la justice. Alors que les philosophies jusnaturalistes partent d'une conception de la nature de l'homme, dont ils tentent de déduire des règles justes, les philosophes juristes devraient rechercher les valeurs qui sont effectivement protégées par le droit dans les différents systèmes juridiques.

De même, encore pour la théorie de la science. Au lieu de tenter de construire une science juridique sur le modèle d'autres sciences, et de transposer au droit le modèle des mathématiques ou de la physique, il faudrait simplement analyser les modes de raisonnement réellement employés par les juristes.

La philosophie du droit des juristes apparaît ainsi comme une description des pratiques juridiques, qui ne se caractérise que par son niveau élevé d'abstraction et de généralisation.

Il faut remarquer qu'elle ne se confond cependant pas avec la théorie générale du droit, lorsque celle-ci est définie par son orientation positiviste, car les théoriciens du droit restent en deçà et vont au-delà de ce programme. Ils restent en deçà lorsqu'ils se contentent de critiquer les références à la justice et affichent, comme Kelsen, une totale indifférence au contenu des normes juridiques. Ils vont au-delà lorsqu'ils ne se contentent pas de décrire les modes de raisonnement réels, mais cherchent à établir les critères d'une science du droit conforme aux modèles construits par la philosophie des sciences.

Par ailleurs, l'opposition de la philosophie du droit des philosophes et de la philosophie du droit des juristes doit être relativisée. La présentation de Bobbio pourrait laisser croire que la description à laquelle se réduirait la philosophie du droit des juristes serait pure de toute spéculation, alors qu'elle repose nécessairement sur certains présupposés et requiert l'emploi de concepts dont le choix dépend d'orientations philosophiques générales. On peut bien décrire le droit comme un système composé de normes juridiques, mais il y a plusieurs définitions possibles de la norme juridique.

L'affirmation par exemple qu'une norme contraire à la morale est malgré tout une norme juridique obligatoire ou qu'elle n'est pas une véritable norme juridique est étroitement liée à l'adhésion à certaines thèses philosophiques sur l'existence ou l'absence de valeurs morales objectives et sur la possibilité de les connaître. De même, la description du système juridique est dépendante des thèses sur la relation entre norme et fait, notamment sur le point de savoir si les normes se réduisent à des faits, dérivent des faits ou si elles appartiennent à une sphère entièrement indépendante des faits.

Si l'on oppose les jusnaturalistes et les positivistes, c'est précisément parce qu'on estime que l'appartenance à l'un ou l'autre de ces courants explique les réponses données à la plupart des questions théoriques et sous-tend même la manière dont peut être décrit le droit en vigueur.

III. Droit naturel et positivisme juridique

Il en est de cette opposition comme de beaucoup d'autres : tantôt, on estime qu'elle présente un caractère fondamental, en ce sens que tout auteur devrait pouvoir être classé dans l'un ou l'autre groupe,

tantôt, au contraire, on essaie de la dépasser et de chercher une troisième voie. En réalité, comme l'affectation d'un auteur à une classe dépend de la définition et du choix des critères, elle est toujours contestable et souvent contestée. Même Kelsen, pourtant généralement considéré comme l'une des figures les plus importantes du positivisme, a été qualifié (par d'autres positivistes) de « quasi-positiviste », c'est-à-dire de jusnaturaliste. D'ailleurs, la réussite ou l'échec des tentatives pour dépasser l'opposition dépendent eux aussi des définitions adoptées.

Les critères possibles sont en réalité très divers, de sorte qu'il est préférable de parler de jusnaturalismes et de positivismes au pluriel.

1. Les jusnaturalismes

On peut dire que les auteurs de ce courant ont au moins un trait commun : le dualisme. Alors que les positivistes estiment en général qu'il n'y a qu'un seul droit, le droit positif, ou tout au moins que le travail des juristes ne peut porter que sur le seul droit positif, celui qui a été posé par les hommes, les jusnaturalistes pensent qu'il en existe deux, le droit positif et le droit naturel, et que ce dernier est connaissable. Il faut donc souligner une dissymétrie avec le positivisme. Celui-ci nie l'existence du droit naturel, tandis que le jusnaturalisme reconnaît l'existence du droit positif,

mais considère qu'il existe au-dessus de lui un droit naturel auquel le droit positif doit être conforme : droit naturel et droit positif sont donc hiérarchisés.

Les variantes concernent principalement la nature de ce droit naturel, ses destinataires, sa relation au droit positif et, bien entendu, son contenu. Sur le premier point, Michel Villey (1914-1988) opposait le droit naturel classique et le droit naturel moderne, pour lequel il réservait le terme de « jusnaturalisme ». La doctrine du droit naturel classique est celle de la science juridique romaine, inspirée par Aristote. Le droit n'est pas un ensemble de règles ; il est une chose. Par « chose », Villey entend les relations justes entre les hommes. Ces relations ne sont pas voulues ou pensées par les hommes, mais elles ont une existence réelle. Le droit consiste donc dans une bonne proportion et constitue un ordre social harmonieux et spontané, indépendant de l'intervention volontaire des hommes. Il appartient à la « science » (la jurisprudence) de découvrir ce droit naturel par induction et de le formuler sur le mode indicatif.

L'école du droit naturel moderne est celle qui enseigne, principalement sous l'influence de la philosophie nominaliste, que la seule réalité est l'individu et que chaque homme possède, en vertu de sa nature propre, des droits. Ces droits dits « subjectifs », il est possible de les découvrir à l'aide de

la raison, par le seul examen de la nature de l'homme. Le pouvoir politique ne les crée pas. Il a le devoir de les consacrer et les hommes peuvent les faire valoir contre lui. Le jusnaturalisme est ainsi à l'origine de la doctrine des droits de l'homme.

En ce qui concerne les destinataires, on peut distinguer entre les doctrines qui conçoivent un droit naturel avant tout destiné au législateur et celles pour lesquelles il s'adresse à tous les hommes. Dans le premier cas, le législateur doit s'inspirer des principes du droit naturel, mais, s'il ne le fait pas, les hommes sont néanmoins tenus d'obéir (saint Thomas, Somme théologique, 1273). Dans le second, on peut concevoir ou bien un droit naturel dépourvu de tout contenu et qui constitue seulement le fondement de légitimité du législateur, de sorte que les sujets sont tenus d'obéir à ses commandements (Hobbes, Léviathan, 1651), ou bien, au contraire, un droit naturel contenant des droits subjectifs que les hommes peuvent faire valoir, même contre le législateur (Locke, Traité du gouvernement civil, 1690).

Il découle de cette première distinction que la relation entre le droit naturel et le droit positif est elle aussi nécessairement diverse. À part le cas où le droit naturel constitue le fondement du droit positif, qui n'aurait pu être posé qu'en vertu du droit naturel et auquel il faut nécessairement se conformer, la plupart

des doctrines jusnaturalistes font du droit naturel un instrument de mesure du droit positif, mais ne tirent pas les mêmes conséquences d'une contradiction entre les deux droits.

Certains auteurs estiment que le droit positif contraire au droit naturel n'est pas juridique, que tout sujet peut par sa raison constater cette contradiction et qu'il a même le devoir de refuser d'obéir. Dans certains cas, la confrontation est opérée entre le droit positif et le droit naturel, envisagés globalement, et c'est seulement si le premier apparaît dans son ensemble comme une violation manifeste et intolérable du second qu'il faut désobéir, mais non pas si une règle isolée est contraire au droit naturel. Dans d'autres cas, on estime légitime de désobéir à une règle isolée, même si le droit positif est, dans son ensemble, conforme au droit naturel. D'autres auteurs considèrent que la règle contraire au droit naturel reste juridique, puisqu'elle a été posée, mais que le juge a le droit de l'écartier. D'autres encore adoptent une position plus modérée selon laquelle le droit naturel ne peut ordonner ni l'obéissance ni la désobéissance au droit positif. Le droit positif est le droit qui est, tandis que le droit naturel est le droit qui devrait être, et la confrontation a seulement pour fonction de permettre un jugement moral et politique sur le droit positif.

Quant au contenu du droit naturel, il est sujet à des

variations infinies car, s'il existe toujours une référence à un idéal de justice, les conceptions que l'on s'en fait peuvent découler des idéologies les plus diverses. On a donc pu rencontrer aussi bien un droit naturel chrétien qu'un droit naturel national-socialiste.

Le jusnaturalisme fait l'objet des critiques des positivistes. Les principales de ces critiques se fondent sur le refus du cognitivisme éthique, c'est-à-dire de la thèse selon laquelle il existerait des valeurs objectives et connaissables. La plupart des positivistes estiment au contraire que de telles valeurs n'existent pas. On ne peut en tout état de cause connaître que ce qui est, et, comme l'a démontré Hume (Traité de la nature humaine, 1740), de cette connaissance, on ne peut pas dériver un devoir-être. Aussi, les actions sont appelées justes ou injustes non pas parce qu'elles possèdent réellement la propriété d'être justes ou injustes, mais seulement en fonction de nos préférences. La justice est donc pour eux une notion seulement subjective, donc relative.

2. Les positivismes

Le positivisme est lui aussi très divers. On peut, à la suite de Norberto Bobbio, distinguer trois usages de ce mot. Par « positivisme », on désigne tantôt une certaine conception de la science du droit, tantôt une théorie du droit, tantôt une idéologie. Entre ces trois

aspects du positivisme, il n'existe aucun rapport nécessaire. Cela signifie qu'un auteur peut être positiviste sous le premier aspect, sans l'être sous le deuxième ou le troisième et réciproquement. Il peut par exemple adhérer à une conception positiviste de la science du droit, mais pas à l'idéologie dite « positiviste ».

L'approche positiviste peut être caractérisée par la conviction qu'il est souhaitable et possible de construire une science du droit véritable, sur le modèle des sciences de la nature, ce qui implique plusieurs idées. Il faut d'abord distinguer la science de son objet, c'est-à-dire la science du droit et le droit lui-même. La science est comprise comme la connaissance d'un objet extérieur. Cet objet, il faudrait ensuite se borner à le décrire, sans porter sur lui des jugements de valeur (postulat de la Wertfreiheit ou neutralité axiologique). Enfin, cet objet ne peut être que le droit positif, c'est-à-dire le droit « posé » par des autorités politiques, à l'exclusion du droit naturel ou de la morale. Autrement dit, le terme de « positiviste » se réfère aussi bien à la positivité du droit qu'à la philosophie positiviste.

En tant qu'il caractérise une conception de la science du droit, on peut distinguer deux variantes du positivisme : le normativisme et le réalisme. Le premier entend construire une science selon un modèle dérivé

des sciences empiriques, mais sur un objet qui n'est pas lui-même empirique, à savoir les normes. Le réalisme prétend au contraire réduire le droit à un ensemble de faits – les comportements des juges – et faire de la science du droit une science empirique.

En ce qui concerne la théorie du droit, les auteurs qu'on appelle positivistes dans le premier sens soutiennent des thèses variées et souvent incompatibles entre elles. Il y a cependant un thème commun, bien qu'il soit compris de bien des manières, celui de la séparation du droit et de la morale. Cette thèse ne signifie pas, comme on le croit parfois, que le contenu du droit serait moralement neutre. Une telle idée est rejetée par le positivisme, qui souligne au contraire que les normes juridiques expriment les préférences morales de leurs auteurs. La séparation signifie seulement que le concept de droit ne peut être défini par référence à la morale, mais seulement par l'autorité de celui qui l'énonce ou par son efficacité. La question de savoir si une norme ou un ordre normatif sont du droit dépend ainsi de critères dont la nature est amoral : peu importe qu'ils soient ou non conformes à la morale ou à un idéal de justice.

On a souvent critiqué cette définition du droit par l'autorité dont il émane – indépendamment de sa conformité à la morale –, puisqu'elle peut conduire à appeler « droit » aussi bien les règles de l'État nazi

que celles des sociétés libérales. Cette critique est pourtant mal fondée, car la qualification de droit n'est pas un jugement moral. Elle n'implique ni que les règles sont justes, ni même qu'il faille leur obéir. C'est cette définition, au contraire, qui permet un jugement moral : c'est seulement après avoir établi qu'un ensemble de règles forme un « droit », qu'on peut dire de ce droit qu'il est juste ou injuste. La théorie du droit positiviste ne doit donc pas être confondue avec l'idéologie, quelquefois appelée elle aussi « positivisme », selon laquelle il faut obéir au droit.

C'est le troisième sens du terme « positivisme », à savoir l'idéologie qui prescrit d'obéir au droit posé, soit parce qu'on estime, comme l'école de l'exégèse en France, qu'il est juste, soit, indépendamment de son caractère juste ou injuste, simplement parce que c'est le droit. Ceux qui reprochent au positivisme de recommander la soumission au pouvoir quel qu'il soit et de faciliter ainsi la domination des régimes les plus abominables, entendent le positivisme en ce sens. Il faut toutefois rappeler que, puisqu'il s'agit d'une idéologie, ce positivisme est à l'opposé du positivisme entendu dans le premier sens, c'est-à-dire comme approche, et qu'il se rapproche du jusnaturalisme, puisqu'il ne se borne pas à décrire le droit, mais énonce des jugements de valeur et des prescriptions.

IV. État de la discipline

Jusqu'à une époque récente, la philosophie du droit était pratiquée de manière profondément différente selon les pays, au point qu'il était possible d'écrire un livre dont les chapitres portaient sur les diverses traditions nationales. En Allemagne, elle était particulièrement développée depuis le xix^e siècle, en raison de plusieurs facteurs, notamment la force de la philosophie générale, mais aussi en raison des débats autour de la construction et du rôle de l'État. Le débat entre jusnaturalistes et positivistes a été vif dans les années qui ont précédé l'arrivée des nazis au pouvoir. Il a repris après la seconde guerre mondiale, avec un enjeu politique et institutionnel important, parce que le positivisme a été accusé d'avoir favorisé la soumission au pouvoir totalitaire et que certaines idées jusnaturalistes ont été inscrites dans la nouvelle constitution. En Italie, ce même débat a opposé les catholiques (jusnaturalistes) et les laïques (positivistes). On pouvait aussi discerner des tendances fortes dans plusieurs pays : positivisme analytique en Italie, réalisme dans les pays scandinaves.

En France, le rôle de la philosophie du droit a été longtemps très faible. Cette discipline ne faisait pas l'objet, comme dans les pays voisins, d'un

enseignement obligatoire pour tous les étudiants en droit, et rares étaient les universités qui organisaient des enseignements facultatifs dans les facultés de droit ou dans les départements de philosophie. Ainsi, peu d'ouvrages étaient écrits ou traduits, et la France restait largement à l'écart des grands débats. Cela pouvait s'expliquer en partie par le légicentrisme français, c'est-à-dire par l'idée que la loi est la seule source du droit et que toutes les décisions prises par des autorités administratives ou des juges sont simplement déduites des lois. Aussi, les administrateurs, les juges ou les avocats, qui devront seulement appliquer les lois, n'auront pas à chercher en dehors des codes la solution aux problèmes, ni à examiner la question de la nature du droit ou de ses fondements, ni à remettre en cause les concepts fondamentaux. Ils n'ont donc besoin que d'une formation technique et les facultés de droit se sont d'ailleurs longtemps appelées des « écoles » de droit.

Cette situation évolue cependant en France comme ailleurs, et les traditions nationales se sont beaucoup estompées. Cela tient non seulement au développement des communications et à la domination de la langue anglaise, mais aussi au fait que les mêmes problèmes se posent maintenant partout dans des termes identiques. Les profondes mutations politiques, économiques et technologiques qui ont affecté tous les pays occidentaux ont eu sur la

philosophie du droit des effets contraires. D'une part, elles ont conduit à la création de règles nouvelles sans cesse plus nombreuses, donc à une technicisation extrême des professions juridiques et à un désintérêt pour les questions théoriques. Mais, d'autre part, les interrogations sur les fondements de ces règles, l'adéquation des concepts juridiques traditionnels aux circonstances nouvelles, l'appréciation du rôle de l'État et de la manière dont il doit l'assurer ont ouvert de nouveaux champs à la philosophie du droit.

On assiste aujourd'hui à un foisonnement de recherches les plus diverses. Les congrès et les publications de l'Association internationale de philosophie du droit donnent une idée de cette diversité, qui touche aussi bien les approches que les domaines et les objets. Les travaux se rattachent à tous les courants philosophiques, de la phénoménologie à l'empirisme logique, et à toutes les sciences humaines, de la sociologie à l'économie, en passant par la sémiotique ou la psychanalyse. Les auteurs prolongent les courants traditionnels, jusnaturalisme et positivisme juridique, mais tentent aussi de dépasser cette opposition. Certains courants sont donc issus du positivisme, comme le postpositivisme dans l'Europe du Nord, d'autres du réalisme, comme les Critical Legal Studies aux États-Unis.

Pour ce qui concerne les objets, on peut noter un intérêt renouvelé pour le fond du droit. La philosophie du droit traditionnelle recherchait les essences du droit et de toutes les entités sur lesquelles il portait, la propriété, le contrat ou l'État. Au contraire, la théorie du droit d'orientation positiviste, parce qu'elle refusait tout discours métaphysique et entendait se borner à la description la plus générale du droit positif, devait rechercher ce qui était commun à tous les systèmes juridiques. Or, ce qui est commun, c'est seulement la forme ou la structure du droit, tandis que le fond des règles varie considérablement d'un pays à l'autre.

On observe cependant aujourd'hui, y compris chez les positivistes, le développement de travaux sur les concepts, qui dépassent le cadre national et qu'on emploie nécessairement pour déterminer le fond des règles. On peut fixer des règles différentes pour l'acquisition ou l'usage des droits de la citoyenneté, mais on a toujours besoin d'un concept de citoyenneté. Néanmoins, ces concepts, dits « matériels », évoluent et se transforment soit en fonction des changements technologiques, politiques ou économiques, soit pour des raisons liées à la forme et à la structure même du droit.

En outre, le contenu des règles fait l'objet de justifications de type moral ou politique, mais il est aussi fréquemment fondé sur des arguments tirés du

droit lui-même. C'est ainsi que l'institution des cours constitutionnelles est souvent présentée comme la conséquence logique de la hiérarchie des normes ou du principe de l'État de droit, ou que l'avortement est justifié en référence à la libre disposition de son corps ou son interdiction justifiée au nom du droit à la vie.

La philosophie du droit contemporaine d'inspiration positiviste s'efforce non de contrôler si les solutions sont bien conformes aux principes invoqués, mais de dégager les présupposés philosophiques des solutions de fond et les contraintes qui conduisent à modifier les concepts matériels [2].

Dans la suite de ce travail, on devra néanmoins se limiter à quelques-unes des grandes questions classiques, qui touchent principalement à la forme du droit et du raisonnement juridique.

Notes

[1] Les noms cités entre parenthèses renvoient à la bibliographie placée en fin de volume.

[2] Voir par exemple O. Cayla et Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître*. À propos de l'affaire Perruche, Paris, Gallimard, 2002.

Chapitre II

La science du droit

La question de savoir s'il peut exister une science du droit est fort ancienne et les réponses qu'on lui donne dépendent des significations multiples qu'on accorde aux mots « science » et « droit ». Michel Villey définissait ainsi une « science du droit classique romain [qui] se donne pour mission de dire, sur le mode de l'indicatif, ce qui est à X ou Y ; des rapports justes qu'elle découvre au sein de l'organisme social » (Villey, 1975, p. 97). Cette conception est étroitement liée au cognitivisme éthique, c'est-à-dire à la thèse selon laquelle les valeurs, comme le juste ou le beau, ont une existence objective et sont connaissables. Elle est évidemment refusée par les adversaires du cognitivisme et même par ceux qui, tout en acceptant la thèse cognitiviste, considèrent que le droit ne se confond pas avec le juste. En tout état de cause, si la science est un ensemble de connaissances, alors le droit ne peut pas être une science parce qu'il est un ensemble de pratiques.

Pourtant, si le droit n'est pas lui-même une science,

on peut néanmoins concevoir une science distincte de lui, mais qui le prend pour objet, c'est-à-dire qui se donne pour tâche de le décrire. Une telle science est d'ailleurs compatible aussi bien avec le cognitivisme qu'avec l'anticognitivisme éthique. Elle est compatible avec le cognitivisme si l'on présuppose que le droit est un ensemble de valeurs objectives et que la science du droit peut décrire ces valeurs, mais sans participer à leur création et sans prononcer elle-même aucun jugement éthique. Elle est compatible avec l'anticognitivisme, si l'on présuppose au contraire que le droit n'est pas un ensemble de valeurs, mais un ensemble de pratiques ou de règles énoncées par les hommes. Mais dans les deux cas, la science du droit ne peut être que radicalement distincte du droit lui-même, puisqu'elle le prend pour objet et se borne à le décrire.

I. La distinction du droit et de la science du droit

Cette distinction, qui forme l'un des éléments de la conception positiviste de la science du droit, repose sur la différenciation de plusieurs fonctions et plusieurs niveaux de langage et conduit à des conceptions différentes de la science du droit.

1. Propositions et prescriptions

Le langage est composé d'énoncés dont les fonctions sont multiples. Pour ce qui concerne la question de la science du droit, on peut se limiter aux fonctions indicative (ou descriptive) et prescriptive. Par la première, nous communiquons des informations, nous décrivons le monde ; par la seconde, nous tentons de provoquer des conduites au moyen de commandements, de conseils ou de recommandations. Au moyen du langage descriptif, nous affirmons que quelque chose est ; au moyen du langage prescriptif, que quelque chose doit être.

La qualité descriptive ou prescriptive des énoncés n'est pas liée à leur forme grammaticale. Par la phrase il fait froid on peut communiquer, selon le contexte et la manière dont on la prononce, ou bien une information sur la température ou bien son désir que quelqu'un ferme la fenêtre. Elle peut donc être aussi bien une description qu'un commandement. Inversement, les textes juridiques, qui expriment des commandements, sont souvent rédigés à l'indicatif. Ainsi, l'article 10 de la Constitution française de 1958, qui dispose : « Le président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée », ne décrit pas une habitude contractée par les présidents français, mais ordonne au titulaire du

poste de promulguer les lois. Pour déterminer la nature des énoncés, on s'attache donc, avant tout, à leur fonction ou à leur signification. On dit d'un énoncé qu'il a une signification indicative ou prescriptive, qu'il exprime une proposition indicative (ou proposition tout court) ou une proposition prescriptive (ou prescription tout court). À l'inverse, une prescription peut être exprimée par des énoncés très divers. L'ordre que les voleurs soient punis de prison peut être exprimé par exemple par les voleurs doivent être punis de prison ou les voleurs seront punis de prison ou les voleurs sont passibles d'une peine de prison, etc.

Cette distinction est au fondement de l'opposition du droit et de la science du droit, car le droit est formé d'une espèce particulière de prescriptions, les normes, alors que la science du droit est faite de propositions. Or, prescriptions et propositions diffèrent sur plusieurs points très importants.

D'abord, les propositions sont susceptibles d'être vraies ou fausses, mais non les prescriptions. Cette qualité des propositions ne signifie pas que l'on sache toujours si elles sont vraies ou fausses, ni même qu'on ait l'espoir de le savoir, mais qu'elles peuvent logiquement être l'un ou l'autre. Ainsi, il y a une vie après la mort est vrai ou faux, tout comme l'eau bout à 100 °C.

Au contraire, les prescriptions ne peuvent être ni vraies ni fausses. Au commandement ne fumez pas, on ne peut pas répondre c'est faux, mais seulement je refuse de vous obéir ou vous n'avez pas le droit de m'adresser des commandements.

Il en résulte que, si une science est un ensemble de connaissances, c'est-à-dire un ensemble de propositions tenues pour vraies, et si le droit est bien un ensemble de prescriptions, le droit ne peut en aucune façon être une science.

Certains soutiennent pourtant que les normes peuvent bien être vraies ou fausses. Le caractère de ne pouvoir être vrai ou faux, disent-ils, ne concerne que les impératifs, du type ne fumez pas, mais non les normes, qui se distingueraient des impératifs. En effet, si on ne peut pas répondre c'est faux à ne fumez pas, on pourrait en revanche répondre, à il est interdit de fumer : il n'est pas vrai qu'il est interdit de fumer.

En réalité, cette thèse repose sur une confusion, d'ailleurs fréquente, entre l'énoncé et la proposition qu'il exprime. Ce ne sont pas les énoncés qui sont susceptibles d'être vrais ou faux, mais seulement les propositions. Ne fumez pas et il est interdit de fumer sont seulement deux énoncés différents qui ont la même signification et qu'on pourrait d'ailleurs exprimer sous d'autres formes encore, par exemple il ne faut

pas fumer ou on ne doit pas fumer.

Or, ces mêmes énoncés peuvent signifier soit une prescription, soit une proposition. Ils signifient une prescription si on peut les comprendre comme un commandement, notamment s'ils émanent de quelqu'un disposant d'une autorité, par exemple un législateur, et dans ce cas la prescription ne peut évidemment être ni vraie ni fausse. Mais ils peuvent exprimer une proposition s'ils sont prononcés par une personne qui ne dispose d'aucun pouvoir et qui se limite à rapporter une prescription émise par un autre. Ainsi, si un citoyen ordinaire affirme il est interdit de fumer dans les lieux publics, il n'interdit pas lui-même de fumer, et peut même regretter cette interdiction. Il se borne à affirmer qu'il existe une norme qui interdit de fumer.

Aussi, ce n'est jamais la norme qui est vraie ou fausse, mais seulement la proposition décrivant une norme. Elle est vraie si la norme existe, fausse si elle n'existe pas.

De même que certains énoncés de forme indicative expriment des prescriptions, d'autres énoncés d'apparence prescriptive expriment des propositions. Il ne faut donc pas confondre les énoncés du type pour faire bouillir de l'eau, il faut porter sa température à 100 °C avec des prescriptions. Malgré la présence d'un

verbe déontique, cet énoncé n'a pas la signification d'une prescription. Il n'exprime qu'une norme technique, très différente d'une véritable norme. En effet, il ne sert pas à ordonner quoi que ce soit, mais seulement à décrire une relation entre la température de l'eau et l'ébullition. Il s'agit simplement d'une proposition, qui est ainsi susceptible d'être vraie ou fausse et qu'on pourrait exprimer aussi bien à l'aide d'un énoncé dépourvu de verbe déontique, comme l'eau bout à 100 °C.

En revanche, les prescriptions, si elles ne peuvent être ni vraies ni fausses, peuvent être obéies ou non, et être valides ou non valides. Dire d'une norme qu'elle est valide signifie ici qu'elle a été adoptée par une autorité compétente, conformément à une autre norme, et qu'elle est obligatoire relativement à cette autre norme ; en d'autres termes, qu'elle appartient à un certain système normatif, qu'elle a une existence au sein de ce système.

On a parfois voulu faire de la validité une qualité des prescriptions équivalente à ce qu'est la vérité pour les propositions, de manière à supprimer la différence entre propositions et prescriptions. Cette thèse échoue cependant. La vérité d'une proposition dépend de sa correspondance avec le monde. La proposition est vraie si l'objet qu'elle décrit existe bien et s'il possède les caractères qu'elle lui attribue. Au contraire, la

validité d'une prescription ne dépend en rien de la réalité d'un fait dans le monde extérieur. Ainsi, alors que la proposition tous les cygnes sont blancs est fausse dès lors qu'il existe un seul cygne noir, la prescription tous les voleurs doivent être punis ne perd pas sa validité si certains voleurs ne sont pas réellement punis. Aussi, même si aucun voleur n'est puni, la proposition qui décrit la norme valide les voleurs doivent être punis reste vraie.

Par ailleurs, si l'on peut dériver logiquement une proposition d'autres propositions – et, selon certaines théories, une prescription d'une prescription–, il est impossible de dériver une prescription de propositions. Cette impossibilité, souvent appelée « loi de Hume », se comprend aisément. Ce n'est pas parce que quelque chose est, que quelque chose doit être. De cette constatation que les hommes mentent, on ne peut inférer qu'ils ne doivent pas mentir (ou qu'ils doivent mentir) sans présupposer, entre la proposition et la conclusion, un jugement de valeur (il est mal de mentir) et une prescription (on ne doit pas faire ce qui est mal).

Les raisonnements par lesquels on tente de dériver des prescriptions à partir de propositions ont donc été vivement critiqués et sont considérés, malgré quelques tentatives ingénieuses, comme constitutifs du sophismenaturaliste [\[1\]](#). Il est ainsi nommé parce que

l'une des prémisses a généralement pour objet un fait de la nature et que ce type de raisonnement est caractéristique de certaines doctrines du droit naturel.

Il en résulte que la science, qui décrit le monde à l'aide de propositions, ne peut en aucun cas énoncer des prescriptions. Elle dit ce qui est, mais ne peut dire ce qui doit être. La science du droit, comme toute science, est incapable d'émettre des prescriptions. Elle se borne donc à énoncer des propositions, appelées « propositions de droit », qui décrivent des normes ayant une existence objective, indépendante de la science du droit, tandis que le droit est formé de ces normes.

Cette science doit aussi être pure de tout jugement de valeur. Cet idéal de pureté, présenté dans les sciences sociales sous le nom de Wertfreiheit ou neutralité axiologique, explique le nom donné par Hans Kelsen à sa doctrine, la théorie pure du droit, la pureté étant ici une caractéristique non du droit lui-même, qui est tout à fait impur, mais de la théorie. L'impossibilité d'énoncer des jugements de valeur découle de l'idée déjà envisagée que les valeurs ne sont pas connaissables, de sorte que les jugements de valeur découlent de prescriptions et non l'inverse : une conduite n'est pas ordonnée parce qu'elle est bonne, mais elle est bonne au regard de la norme qui l'ordonne.

On peut ainsi caractériser la science du droit comme un métalangage, car elle a pour objet le droit, qui est lui-même un langage. Cette présentation permet de comprendre comment, alors que le droit est seulement un ensemble de prescriptions, qui ne peuvent être ni vraies ni fausses, il est possible de construire une science du droit, faite de propositions. Le langage sur le droit présente des caractères différents de ceux du langage du droit lui-même.

2. Science et métascience

Le raisonnement en termes de métalangage conduit à considérer un troisième niveau de discours, qui est celui du langage sur la science du droit. Si celle-ci est un métalangage sur le droit, le langage sur la science du droit, dit aussi « épistémologie juridique », constitue, lui, un méta-métalangage.

Norberto Bobbio a justement observé que, dans la pensée de Kelsen, la nature du langage changeait selon les niveaux (Bobbio, 1998, p. 185 sq.). Si le langage du droit est prescriptif et le métalangage de la science du droit descriptif, le langage du troisième degré est, lui, prescriptif, puisqu'il consiste dans une recommandation de construire une science purement descriptive. En d'autres termes, « il prescrit de décrire ». Bobbio critique d'ailleurs cette orientation. D'une part, écrit-il, l'épistémologie juridique, qu'il appelle

aussi« méta-science », s'écarte ainsi de l'épistémologie des sciences de la nature, qui ne prescrit rien, mais se limite à décrire les procédés par lesquels ces sciences produisent des connaissances. D'autre part, elle rend très mal compte du travail réel de ceux qui écrivent sur le droit, les professeurs par exemple, car ceux-ci ne se limitent nullement à une description du droit mais émettent aussi des recommandations et des jugements de valeur.

À ces arguments, on peut objecter que la métascience ne peut décrire la manière dont la science du droit produit des connaissances sur le droit si le discours sur le droit ne se présente pas lui-même comme un ensemble de connaissances. Il ne peut y avoir de métascience que sur un discours qui se donne comme une science. Au demeurant, il ne s'agit pas réellement de prescrire, de décrire – mais d'indiquer les caractères que devrait revêtir une science du droit, si elle était construite sur un modèle inspiré de celui des sciences de la nature. Il existe, sans doute, en plus d'une science du droit, un autre discours sur le discours du droit, celui de la dogmatique juridique, qui possède une utilité sociale manifeste. La métascience ne s'interroge pas sur cet autre discours, mais exclusivement sur la possibilité d'une science du droit véritable. Il existe cependant de nombreuses divergences sur la manière dont il convient de concevoir cette science.

3. Dualisme et monisme

Une première question est de savoir si, pour être une science véritable, la science du droit doit se conformer à un modèle méthodologique unique de la science, celui des sciences naturelles, ou si l'on peut, au contraire, concevoir qu'elle obéisse à une méthodologie spécifique. Les deux options ne sont d'ailleurs que le reflet de l'adhésion des philosophes du droit à des conceptions plus générales de la philosophie des sciences (Villa, 1991). On peut en effet distinguer un courant moniste et un courant pluraliste.

Selon la conception moniste, toutes les disciplines scientifiques doivent nécessairement adopter la méthodologie des sciences de la nature et, en premier lieu, celle de la physique, en particulier pour ce qui est du contrôle empirique des propositions.

Il existe aussi un pluralisme méthodologique. Les auteurs qui se rattachent à ce courant ne rejettent pas l'idée d'une unité de la science. Cette unité provient de ce que toute science se donne pour tâche de rendre compte des faits de l'expérience sensible, qu'elle doit se limiter à la description de son objet et qu'elle doit pouvoir contrôler empiriquement ses propositions. Mais ils estiment qu'il existe, selon les domaines, des conceptions différentes de ce qui constitue

l'expérience, comme de la contrôlabilité empirique. Il en résulte naturellement une pluralité de méthodes, sans qu'aucune science puisse jouer pour toutes les autres le rôle de modèle que certains auteurs assignent à la physique. Certains n'excluent d'ailleurs pas que les sciences de la nature puissent parfois s'inspirer des sciences humaines.

On comprend que, s'agissant de la science du droit, le débat porte essentiellement sur deux points : peut-on trouver dans le droit l'équivalent de faits empiriques et, si oui, comment contrôler les propositions de la science du droit ?

Ce débat ne concerne évidemment pas ceux qui refusent la distinction entre la science du droit et le droit ou qui ne conçoivent une science du droit qu'en tant que science normative, entendue comme science capable d'émettre des normes (Kalinowski, 1969). Il se déroule donc uniquement au sein du courant positiviste entre les tenants de deux conceptions des normes. Dans la mesure où ces deux conceptions sont des représentations de la nature même des normes, on les qualifie d'ontologies. Selon la première conception, dite « hylétique », les normes sont des entités idéales, appartenant à un monde du devoir-être, distinct et séparé du monde de l'être. Selon la seconde conception, quelquefois appelée « expressive », les normes sont seulement des faits, ils sont l'expression

de volontés humaines. Dans la philosophie du droit contemporaine, on trouve une illustration de la première conception dans le courant normativiste, tandis que la seconde est notamment représentée par le courant réaliste.

4. La conception de Hans Kelsen

La volonté de construire une science du droit sur le modèle des sciences empiriques se heurte à une difficulté considérable qui tient à ce que toutes les sciences empiriques portent sur des faits, tandis que le droit n'est pas un ensemble de faits empiriques, mais de normes.

À partir de cette constatation, il semble qu'il n'existe que deux possibilités, que Kelsen écarte pourtant toutes les deux : construire une science spécifique portant non sur les faits, mais sur les valeurs et les normes, ou réduire le droit à des faits. Il refuse la première voie, celle du jusnaturalisme, principalement parce qu'il estime que les valeurs ne sont pas connaissables. Ceux qui se réclament du jusnaturalisme ne peuvent donc décrire des valeurs ou des normes dotées d'une existence objective, mais seulement exprimer leurs préférences subjectives.

Mais il ne peut davantage accepter d'assimiler les normes à des faits, comme le faisait le positivisme

traditionnel, qui concevait la norme juridique soit comme un commandement assorti de la menace d'une sanction, soit comme exprimant la probabilité que les hommes se comporteront d'une certaine façon. L'assimilation de la norme à un commandement est inacceptable parce les commandements ne sont pas nécessairement obligatoires. Hart énoncera plus tard ce point avec beaucoup de clarté : l'ordre du voleur la bourse ou la vie n'est pas très différent de celui du percepteur, si vous ne versez pas le montant de votre impôt avant la date limite, vous vous exposez à une amende. Dans les deux cas, on est en présence d'un commandement assorti de la menace d'une sanction. Pourtant, dans le premier cas, nous n'avons pas l'obligation de donner notre bourse. Nous y sommes seulement contraints. Dans le second cas, nous sommes également obligés de payer, mais nous en avons aussi l'obligation. Même si les dix commandements émanent de Dieu, il n'existe une obligation de s'y conformer que si l'on présuppose une norme générale il faut obéir aux commandements de Dieu. L'émission d'un commandement est donc bien un fait, mais ce fait n'est pas une norme.

On ne peut pas davantage réduire la norme à un comportement, comme le voudraient les sociologues du droit, et Kelsen ne peut admettre cette version du positivisme, pas plus qu'il ne pouvait accepter le jusnaturalisme, d'ailleurs pour les mêmes raisons,

tirées de la séparation de l'être et du devoir-être : l'affirmation que quelque chose est n'a pas la même signification que l'affirmation que quelque chose doit être. Ainsi, dire que Pierre a l'obligation de payer 1 000 F à Paul n'équivaut pas à dire qu'il y a une certaine chance ou même une forte probabilité pour que Pierre paye cette somme. Il est tout à fait concevable que Pierre paye cette somme sans en avoir l'obligation ou, au contraire, qu'il ait cette obligation, mais ne s'en acquitte pas.

Ayant rejeté le positivisme juridique traditionnel comme le jusnaturalisme, Kelsen s'efforce de trouver une voie moyenne. Du jusnaturalisme, il retient que le droit n'est pas un ensemble de faits mais de normes obligatoires ; du positivisme, que la science doit se borner à décrire son objet et s'abstenir de tout jugement de valeur. Faute de pouvoir émettre des prescriptions ou décrire des faits, la science du droit devra décrire non ce qui est, mais ce qui doit être. Ce devoir-être que la science du droit doit décrire est un devoir-être objectif, indépendant de la volonté et des préférences de celui qui procède à la description. C'est ce qui doit être selon le droit. Tel est l'objet des propositions de droit.

Il estime néanmoins que la théorie pure du droit est une doctrine positiviste. La science du droit, telle qu'il la conçoit, présente en effet les caractères de toute

science empirique, sans pour autant avoir un objet empirique : elle est distincte de son objet ; elle décrit une réalité objective car elle prend pour objet le droit positif et rien d'autre ; elle est composée de propositions ; ces propositions sont vraies ou fausses selon le principe de la vérité-correspondance, c'est-à-dire selon qu'il existe ou non dans le monde une norme correspondant à la proposition qui la décrit. À vrai dire, du jusnaturalisme, hormis l'idée que le droit est un devoir-être, il rejette tout, puisqu'il n'admet pas l'existence d'un droit naturel et que, si la science du droit décrit bien des normes obligatoires, elle n'ordonne pas et ne recommande même pas qu'on s'y soumette.

Cependant, cette position épistémologique – construire une science qui se borne à décrire, tout en lui donnant pour objet spécifique la normativité – se révèle extrêmement difficile à tenir, de sorte que Kelsen prête le flanc à toute une série de critiques, certaines infondées, d'autres justifiées.

Selon l'une des plus répandues, qui émane d'autres auteurs positivistes, il n'y a guère de différence entre l'affirmation qu'un commandement comme celui du percepteur exprime une norme valide ou obligatoire, et une prescription de se conformer à ce commandement. Alf Ross soutient ainsi que la proposition le commandement du percepteur de payer

l'impôt est une norme valide et obligatoire équivaut à la prescription il faut payer l'impôt, qui est une norme morale. Kelsen aurait ainsi rompu avec le principe positiviste qu'il avait lui-même proclamé (Ross, 2002). Il ne serait qu'un quasi-positiviste, c'est-à-dire, en réalité, un jusnaturaliste. De même, pour Raz, une proposition normative, qu'il s'agisse d'une proposition morale ou d'une proposition de droit, « exprime la croyance dans l'existence d'une norme valide et une norme constitue une valeur » [2] Kelsen serait donc cognitiviste.

En réalité, cette critique est tout à fait injustifiée. Elle repose en effet sur une confusion entre l'obligation morale, qui peut être absolue, et l'obligation juridique (ou validité), qui est seulement relative. Quelle différence existe-t-il entre le commandement du percepteur qui est obligatoire et celui du voleur qui ne l'est pas ? On ne peut répondre à cette question qu'en se référant à une norme, différente de celle du percepteur et supérieure à elle, qui ordonne qu'on lui obéisse et qu'on paye le montant d'impôt qu'il réclame. Cette norme est la loi de finances, c'est-à-dire le budget. Il n'existe évidemment aucune norme semblable pour le voleur. C'est seulement relativement à cette norme supérieure que l'ordre du percepteur est valide ou obligatoire. Il n'y a d'ailleurs aucune obligation morale de s'y soumettre, et l'on pourrait concevoir un système moral contenant une norme

ordonnant de ne pas payer l'impôt s'il sert à des actions injustes. Mais même si l'on adhère à cette morale, on doit pourtant affirmer que, selon le droit, il est obligatoire de payer l'impôt. Il est donc inexact que la science du droit qui affirme qu'une norme est valide énonce une prescription.

Ainsi, affirmer qu'une norme est obligatoire, c'est dire non qu'elle est absolument ou moralement obligatoire, mais seulement qu'elle est obligatoire relativement à une norme supérieure. C'est cette obligation relative et rien d'autre que Kelsen appelle aussi « objective », car elle est établie non par la volonté subjective de celui qui a émis la norme, par exemple le percepteur, mais par une norme supérieure, la loi, dont l'existence est objective. Mais il faut souligner – et Kelsen insiste avec la plus grande force sur ce point – que, si les normes sont objectivement obligatoires, c'est-à-dire relativement à des normes supérieures, le droit dans son ensemble ne peut jamais être lui-même obligatoire. Au contraire, la théorie pure du droit « tente d'éradiquer, comme erronée, la conception millénaire du droit en tant que système de normes ayant une validité normative objective ».

S'agissant des propositions par lesquelles la science du droit décrit les normes, Kelsen constate qu'elles ne peuvent être exprimées qu'à l'aide d'un verbe déontique. Ainsi, la norme les voleurs doivent être

punis ne peut être décrite que par une proposition de droit qui a la même forme linguistique, les voleurs doivent être punis. Dans ce dernier cas, il s'agit bien d'une proposition et non d'une norme. La preuve en est qu'elle est susceptible d'être vraie ou fausse. Elle est vraie si, et seulement si, dans le système de droit considéré, il existe bien une norme qui ordonne que les voleurs soient punis, et fausse si une telle norme n'existe pas. C'est pourquoi le professeur de droit qui énonce cette proposition n'exprime pas sa volonté que les voleurs soient punis. Il n'affirme pas non plus qu'il est absolument obligatoire de punir les voleurs, mais seulement que, si l'on veut se conformer au droit positif de tel pays, alors il faut punir les voleurs.

En revanche, la thèse de Kelsen se heurte à des difficultés sérieuses liées à sa conception hylétique des normes. On se bornera à en mentionner deux.

La première difficulté concerne les rapports avec la logique. Si une proposition est vraie, on peut parfois en déduire logiquement une autre proposition vraie. Ainsi, s'il est vrai que tous les mammifères sont des vertébrés et si les éléphants sont des mammifères, il est vrai que les éléphants sont des vertébrés. Mais on ne peut déduire de la même manière une proposition de droit d'une autre. De la proposition de droit générale selon le droit français, tous les voleurs doivent être punis on ne peut dériver la proposition particulière

Dupont le voleur doit être puni, car la norme correspondante n'existe pas dans le droit positif tant qu'elle n'a pas été posée, c'est-à-dire effectivement émise par un juge. Il est possible qu'elle ne le soit jamais, de sorte que la proposition de droit, bien que logiquement valide, peut néanmoins être fausse.

La seconde difficulté porte sur la construction d'une science. Toute science doit pouvoir déterminer les conditions d'après lesquelles ses propositions peuvent être tenues pour vraies. Or, une proposition de droit décrit une norme, et elle est vraie si la norme correspondante existe dans le droit positif – autrement dit, si elle est valide. Pourtant, la science du droit est incapable de dire si cette norme existe bien. En effet, si la validité n'est pas une qualité empirique, elle ne peut se constater. Sans doute une norme est-elle valide, selon Kelsen, si elle a été posée conformément à une norme supérieure. Il faut donc que cette norme supérieure existe elle aussi, mais comment déterminer qu'elle existe ? Le problème est simplement repoussé, mais il ne peut l'être à l'infini. La norme supérieure est elle-même valide, si elle a été posée conformément à une norme encore supérieure et ainsi de suite jusqu'à la constitution. Or, la validité de la constitution ne peut pas être établie de la même manière, parce qu'il n'y a pas de norme encore supérieure.

À la fin de sa vie, Kelsen a donc abandonné la

conception hylétique des normes et s'est rapproché de la conception expressive des réalistes.

5. Les conceptions empiristes

La tentative la plus aboutie pour construire une véritable science empirique du droit (et pas seulement une science conçue à la manière de Kelsen sur le modèle des sciences empiriques) est le fait des réalistes. Cette science doit être formée de propositions susceptibles d'être vérifiées. Cela suppose qu'elles portent non sur un devoir-être, mais sur un être, c'est-à-dire sur des faits observables.

Pour Alf Ross, l'un des principaux représentants du courant réaliste, ces faits sont de type psychosocial. Il s'agit avant tout des comportements des juges. Les normes n'existent en effet que dans la mesure où elles sont effectivement appliquées. Décrire le droit en vigueur, c'est donc seulement décrire la norme qu'applique effectivement le juge. Cette conception doit permettre à la science du droit de produire des énoncés prédictifs du comportement des juges. Selon une célèbre formule d'un réaliste américain du début du siècle, Oliver Wendell Holmes, « les prédictions de ce que feront les tribunaux en fait, et rien de plus prétentieux, voilà ce que j'entends par le droit. » [\[3\]](#)

La difficulté provient du fait que, si cette science est

bien empirique, elle perd toute spécificité et devient indissociable de la sociologie et de la psychologie. S'il s'agit en effet de décrire et de prédire le comportement réel des juges, il faut non seulement rechercher quelles normes il applique, mais aussi à quel parti politique il appartient ou quelle église il fréquente. On a même pu caricaturer cette théorie en disant que la décision du juge dépendait en définitive surtout de son humeur et celle-ci de la qualité de sa digestion.

Une autre difficulté porte sur les normes. Si elles sont appliquées par les juges, il faut bien qu'elles existent avant cette application et que, comme l'admet Ross, ils les considèrent comme obligatoires. Mais si l'on demande pourquoi elles sont considérées comme obligatoires, il faut bien répondre que c'est parce qu'elles sont conformes à une norme supérieure et l'on est alors revenu au schéma kelsénien.

Mais pour d'autres réalistes, si le droit est un objet empirique, c'est d'abord parce qu'il est un ensemble de textes ou d'énoncés, par exemple une constitution, des lois, des décrets. Ces énoncés ont une fonction prescriptive, mais leur signification ne leur est pas attachée. Elle leur est attribuée grâce à l'activité des juristes, notamment au terme d'un travail d'interprétation. Les textes, comme l'activité des juristes, sont des faits, de sorte que la science du droit décrit ces faits et que les propositions de droit

sont seulement des jugements de réalité.

II. L'objet de la science du droit et la définition du droit

Puisque la science du droit doit décrire son objet, qui est le droit, il importe de commencer par le définir. Pour les auteurs qui ne se préoccupent que de construire une science, la définition du droit ne porte pas sur son essence, ni sur sa relation avec la justice, ni sur sa fonction sociale. Il s'agit seulement de déterminer ce qu'il est possible d'étudier à la lumière d'une science spécifique.

Il faut souligner que, si les définitions du droit sont si nombreuses et si variées, c'est qu'il n'existe dans le monde empirique aucune réalité directement observable à laquelle on pourrait accoler le mot « droit » ou un mot équivalent dans une autre langue. Il y a seulement des comportements humains que l'on peut comprendre tantôt d'un point de vue juridique, tantôt d'autres points de vue.

Cela vaut naturellement pour de nombreux objets. On ne définit pas par exemple une religion de la même

manière selon qu'on est un fidèle, un sociologue ou un législateur soucieux de réprimer certaines pratiques sectaires.

On pourrait pourtant penser que le droit présente cette particularité de se définir lui-même. On peut raisonner sur le cas suivant : un groupe d'hommes et de femmes sont assis dans une salle. Certains prennent la parole, d'autres leur répondent. Après un certain temps, l'un des hommes agite une clochette ; certains des hommes lèvent la main, d'autres non. Du point de vue linguistique, on pourrait s'interroger sur la forme des discours ; du point de vue sociologique, sur la composition socioprofessionnelle de ce groupe ; du point de vue psychologique, sur leurs sentiments mutuels ; mais, du point de vue juridique, tout cela est indifférent. En revanche, de ce point de vue juridique, on pourra interpréter ce qui s'est produit comme le vote d'une loi par une assemblée parlementaire. À partir de la connaissance de la nature des discours ou des sentiments mutuels des membres du groupe, il aurait été tout à fait impossible d'établir si oui ou non une loi a été votée. On ne peut l'affirmer qu'après avoir recherché si ces comportements se sont produits conformément aux dispositions de la constitution sur l'édition des lois. C'est seulement s'ils sont conformes que nous pouvons dire qu'une décision a été adoptée à la majorité, que cette décision est du droit et peut porter le nom de loi. C'est donc le droit

qui définit un comportement humain comme créateur de droit et son produit, la loi, comme étant du droit.

Il serait tentant d'en conclure que la science du droit n'a pas besoin de définir son objet et qu'il lui suffit de reproduire les définitions du droit lui-même. D'ailleurs, la définition de la loi par la constitution n'a en réalité pas le caractère d'une description des caractères essentiels de la loi, ni de la manière dont on utilise le mot « loi » dans le langage ordinaire. C'est une prescription. La constitution ordonne en effet de considérer comme loi et d'appeler « loi » une règle adoptée selon une certaine procédure par une certaine autorité. Aussi la science du droit, qui décrit les normes à l'aide de propositions de droit, pourrait-elle définir la loi en décrivant à l'aide d'une proposition la norme constitutionnelle qui définit la loi.

Il est pourtant impossible de s'en tenir là. On peut en effet imaginer qu'un groupe quelconque d'hommes et de femmes, des joueurs ou les pensionnaires d'un hôpital psychiatrique, se réunisse, écrive le texte d'une constitution, décide que ce texte est adopté, puis écrive et adopte des règles, conformément à la procédure prévue par leur constitution. Ces règles seraient donc des lois au sens de cette constitution. La science du droit devrait-elle, elle aussi, les appeler « lois » ? La réponse est évidemment négative. Ces règles ne sont pas plus des « lois » que les billets

avec lesquels on joue au Monopoly ne sont une monnaie au sens des économistes.

Il faut donc que la constitution qui définit la loi soit une constitution véritable et non une prétendue constitution. Mais qu'est-ce qu'une constitution véritable ? On ne peut pas répondre à cette question comme on l'a fait pour la loi, en se référant à une norme supérieure qui la définirait comme constitution, parce qu'il n'y a pas de norme supérieure à la constitution. Ainsi, la science du droit ne peut pas décrire des normes avant de pouvoir les identifier comme normes, et elle ne peut s'en remettre à une définition interne au droit lui-même. On ne peut donc se passer d'une définition externe de l'objet droit, du droit considéré globalement, indépendamment de la définition de telle ou telle catégorie de normes, et cette définition ne peut être fournie par la science du droit, mais seulement par la métascience – autrement dit, par la philosophie ou la théorie générale du droit.

Il existe à vrai dire une grande variété de définitions du droit, et l'on se bornera à celles qui sont les plus souvent acceptées par la philosophie du droit contemporaine.

1. Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité

Hans Kelsen part de cette constatation qu'il est impossible de définir isolément une norme juridique. On a vu qu'il était impossible de la définir par la menace d'une sanction et de la distinguer ainsi de l'ordre du voleur. De même, il est impossible de la définir par son contenu et de la distinguer ainsi d'autres types de normes, parce que des normes qui ne sont pas juridiques peuvent avoir un contenu identique. Une norme juridique peut par exemple ordonner de payer ses impôts ou interdire de conduire en état d'ivresse, mais des normes morales ou religieuses peuvent ordonner ou interdire les mêmes conduites.

On remarquera que cette difficulté n'est pas propre aux normes juridiques. On ne peut pas davantage définir une norme religieuse ou morale par son contenu ou le type de sanction prescrite en cas de désobéissance, parcequ'il faudrait alors appeler norme religieuse ou morale la prescription émanant d'un individu quelconque et ordonnant au nom de Dieu de sauter tous les matins à cloche-pied autour d'une table sous peine de châtement éternel. La seule solution est donc d'appeler norme celle qui est conforme à une autre norme, soit parce qu'elle a été créée en vertu d'un pouvoir conféré par cette norme, soit parce que son contenu doit être considéré comme déduit de celui de la norme supérieure. En d'autres termes, une norme, qu'elle soit juridique, morale ou religieuse, est celle qui

appartient à un système de normes ou système normatif, également appelé ordre normatif. Une norme est juridique si elle appartient au système ou à l'ordre juridique, de même qu'une norme est morale si elle appartient au système ou à l'ordre de la morale.

Cependant, la définition du droit comme système juridique soulève encore deux types de difficultés.

A) La norme fondamentale

La première porte sur la manière de définir la norme la plus haute. Si une norme est juridique parce qu'elle est conforme à une norme supérieure, celle-ci doit elle-même être une norme juridique : il faut donc qu'elle soit conforme à une norme encore supérieure. Ainsi, un contrat est une norme juridique, s'il est conforme à une loi et la loi à la constitution. Mais il n'y a pas de norme supérieure à la constitution. La solution de Hans Kelsen est de supposer une norme fondamentale.

La norme fondamentale présente quelques particularités. Contrairement aux autres normes du système, elle n'est pas posée par une autorité quelconque, mais seulement supposée. Elle est aussi dite hypothétique, mais il ne s'agit pas d'une hypothèse analogue aux hypothèses scientifiques. En effet, elle ne peut pas être vérifiée. Mieux, on sait

parfaitement qu'il n'existe pas une telle norme et qu'elle ne fait pas partie du droit positif. Mais c'est une hypothèse ou un présupposé nécessaire pour pouvoir considérer que la constitution est une norme. Par ailleurs, elle n'a pas de contenu. Elle a pour seule fonction de permettre de définir et d'identifier la constitution comme norme juridique, de la considérer non comme un simple texte, mais bien comme une norme valide. La constitution sera alors apte à définir la loi comme norme juridique valide, qui elle-même pourra définir d'autres normes. Ainsi, de proche en proche, la norme fondamentale permet d'identifier toutes les normes juridiques et de considérer qu'un certain ensemble de prescriptions constitue un système normatif.

L'hypothèse de la norme fondamentale est donc l'affirmation que tel ensemble de normes forme bien un droit et qu'il est l'objet de la science du droit. À cause de la présentation quelquefois maladroite que Kelsen en a faite, cette théorie a donné lieu à quelques critiques. Cependant, dès lors qu'on la reformule conformément à la pensée profonde de son auteur, ces critiques doivent être rejetées. On a notamment objecté que, puisqu'elle fonde la validité de la constitution, la norme fondamentale ordonne qu'on lui obéisse. Rien, dès lors, ne distinguerait cette théorie d'une théorie du droit naturel, puisque, dans les deux cas, le fondement du caractère obligatoire du droit

positif est recherché dans une norme non posée.

En réalité, cette objection repose sur l'idée fausse que validité est toujours synonyme de caractère obligatoire. Or, on l'a vu, une norme juridique ne peut être obligatoire que relativement à une autre norme juridique. La norme fondamentale, qui n'appartient pas au système juridique, ne peut donc constituer le fondement du caractère obligatoire de la constitution. C'est seulement du point de vue moral qu'on pourrait affirmer que la constitution est obligatoire, et il n'appartient ni à la science du droit ni à la métascience d'énoncer des prescriptions morales. Il faut donc admettre que la constitution est valide sans être obligatoire. La validité désigne ainsi simplement l'appartenance au système juridique, le fait qu'un énoncé possède la nature d'une norme juridique. Il en est de la constitution comme du droit en général. Qualifier un ordre normatif de juridique n'est pas énoncer la norme morale : il faut se conformer aux normes qui composent cet ordre.

La norme fondamentale n'est donc pas une véritable norme, mais une décision épistémologique : la décision de traiter un certain ensemble de normes, dont la constitution est la plus élevée, comme un système juridique. C'est cette décision qui permet de traiter l'acte accompli par le groupe de parlementaires qu'on a décrit tout à l'heure non d'un point de vue

sociologique ou psychologique, mais du point de vue juridique.

On a également prétendu que la théorie de la norme fondamentale serait tautologique. On a fait valoir que l'on peut répondre à la question : Pourquoi le commandement du percepteur est-il une norme valide ?, par référence à la loi qui habilite le percepteur à ordonner le paiement de l'impôt, puis à la question : Pourquoi la loi est-elle une norme valide ?, en renvoyant à la constitution qui ordonne de considérer la loi comme une norme valide. En revanche, à la question : Pourquoi la constitution est-elle une norme valide ?, Kelsen ne répondrait que par : La constitution est une norme valide parce que nous la supposons valide.

Là encore, l'objection méconnaît la portée de la théorie de la norme fondamentale, qui ne vise pas du tout à répondre à la question : Pourquoi la constitution est-elle une norme valide ? La validité n'est pas pour elle un caractère dont on pourrait rechercher l'origine ou le fondement. Elle entend seulement mettre en évidence la décision de la science du droit de définir son objet en définissant par stipulation les normes qu'elle s'attachera à décrire au moyen de propositions de droit.

Cependant, cette défense de la norme fondamentale

suscite une nouvelle question : quel est l'ensemble de normes qu'il convient de traiter comme un système juridique ? La décision ne saurait évidemment être entièrement arbitraire, et cet ensemble doit présenter certains caractères objectifs.

B) L'ordre de contrainte

Puisque le droit est une espèce du genre « systèmes normatifs », il importe de le distinguer des autres espèces du même genre comme la morale ou la religion. Kelsen utilise à cet effet un critère simple : le droit prescrit à titre de sanction des actes de contrainte, notamment physique. Il ajoute que le droit dispose du monopole de la contrainte. Cela ne signifie évidemment pas que toutes les normes ordonnent des comportements sous la menace d'une contrainte physique, mais que, globalement, le droit règle les conduites humaines de cette manière. Cela ne signifie pas non plus qu'aucune contrainte ne serait exercée dans la réalité en dehors du droit, mais seulement qu'aucun acte de contrainte n'est légitime s'il n'est prescrit par une norme juridique.

On se heurte alors à deux difficultés. La première relève de l'hypothèse déjà envisagée des textes rédigés par les pensionnaires d'un hôpital psychiatrique. Cet ensemble présente de grandes ressemblances avec un système juridique, parce que

chacun des énoncés tire sa signification de sa relation avec un autre énoncé de rang supérieur. Faut-il alors présupposer pour cet ensemble une norme fondamentale, dire que la « constitution » est une norme valide et qu'on est en présence d'un ordre juridique ?

C'est à ce point qu'on aperçoit toute la portée de la théorie de la norme fondamentale comme décision. La valeur d'une décision dépend de son utilité. Il faut présupposer une norme fondamentale pour un système normatif si et seulement si l'on veut le traiter comme un droit, parce qu'on y trouve un intérêt pratique ou théorique, par exemple si on veut le prendre comme objet de la science du droit. La thèse de Kelsen est qu'il ne faut appeler droit – en présupposant une norme fondamentale – que ce qui apparaît comme un ordre de contrainte efficace « en gros et de manière générale ». Cette dernière expression signifie qu'il est impossible que toutes les normes soient toujours efficaces, mais qu'il faut que, dans l'ensemble, les membres d'une collectivité humaine se comportent selon le droit. Si cette condition de fait est remplie, ce système constitue un objet intéressant pour la science du droit. Il n'y a donc aucune raison de traiter le produit de l'activité des pensionnaires de l'asile psychiatrique comme du droit.

La seconde difficulté est inverse. Lorsque nous avons

envisagé la différence entre le commandement du percepteur et celui du voleur, nous avons admis que le premier agissait conformément à une norme supérieure, tandis que le voleur n'était évidemment autorisé par aucune norme. On peut cependant imaginer que ce voleur fasse partie d'une organisation de type mafieux et qu'il exécute l'ordre d'un chef de bande, qui a lui-même un supérieur. Les divers commandements forment alors un système semblable au système juridique et, contrairement aux textes produits dans l'asile psychiatrique, ils ne manquent évidemment pas d'efficacité.

Pour surmonter la difficulté, il faut considérer que l'ordre juridique dispose du monopole de la contrainte, de sorte que les actes de contrainte de la bande de voleurs ne sont, de ce point de vue, pas des sanctions, mais des crimes. Sans doute pourrait-on penser que, du point de vue de la bande de voleurs, ce sont les contraintes prescrites par l'ordre juridique qui sont criminelles. Mais il suffit alors de rechercher quel est, des deux systèmes, le plus efficace. Si c'est celui des voleurs, il n'y a aucun inconvénient à le considérer comme un système juridique (et à le prendre comme objet de la science du droit), puisque cette appellation ne vaut pas prescription de lui obéir. Il est d'ailleurs assez fréquent qu'un groupe insurrectionnel soit désigné par le gouvernement comme une bande de voleurs et traité comme tel, puis que ce groupe

s'impose sur une partie du territoire. Dans ce cas, du point de vue de la science du droit, il faut considérer qu'il y a deux systèmes juridiques efficaces et supposer une norme fondamentale pour chacun d'eux.

2. Hart et la règle de reconnaissance

Le raisonnement de Hart n'est pas fondamentalement différent. Lui aussi conçoit le droit comme un système formé de deux types de règles : d'une part, les règles de base ou primaires, qui ordonnent ou interdisent certains comportements; d'autre part, des règles, dites secondaires, qui permettent de créer, de modifier ou d'abroger les règles primaires. Les règles primaires créent des obligations, les règles secondaires confèrent des pouvoirs. Mais comment identifier les règles qui font partie du système ? Les praticiens du droit, notamment les tribunaux, appliquent une règle de reconnaissance, qui fait appel à certains critères : en Angleterre par exemple, font partie du système les règles énoncées dans un acte du Parlement ou qui sont dérivées d'un acte du Parlement.

La règle de reconnaissance n'est pas elle-même énoncée explicitement. Son existence ressort de la pratique effective des tribunaux et des autres autorités officielles. Comme la norme fondamentale, elle n'est pas elle-même valide et n'a pas pour fonction d'établir la validité des autres règles, sauf si, par validité, on

entend non le caractère obligatoire, mais simplement l'existence ou l'appartenance d'une règle à un système. C'est la constatation de la règle de reconnaissance qui permet à la science du droit de déterminer les limites de son objet, puisque les règles qu'il s'agit de décrire sont celles qui sont identifiées par les tribunaux. Mais, à la différence de la norme fondamentale, la règle de reconnaissance n'est pas présupposée ; elle est une pratique sociale constatée par la science du droit.

Comme avec la norme fondamentale, le fait que la règle de reconnaissance soit constatée et non présupposée permet de maintenir la distinction du droit et de la science du droit. La constatation est en effet opérée d'un point de vue externe au système, puisqu'elle n'implique aucun engagement quant à la validité de cette pratique.

3. La définition formelle : la structure du système

Cependant, ni la norme fondamentale ni la règle de reconnaissance ne permettent de répondre complètement à la question initiale : Quelles sont les limites de l'objet de la science du droit ? La théorie de la norme fondamentale est insuffisante parce que, si l'on présuppose une telle norme pour des systèmes

juridiques efficaces « en gros et d'une manière générale », le système juridique n'a été lui-même défini que par la garantie de la contrainte physique. Or, il y a des systèmes normatifs qu'il est d'usage d'appeler droits, comme le droit international ou le droit canonique, qui ne sont pas garantis de cette manière. On ne pourra donc les considérer comme des systèmes juridiques qu'à condition d'élargir considérablement la notion de contrainte.

Surtout, l'objet devrait être défini de telle manière qu'il soit susceptible d'être étudié par la science du droit selon une méthode homogène. Or, il n'est nullement certain que tous les systèmes normatifs garantis par la contrainte présentent les caractères qui permettent une telle analyse. Si l'on estime par exemple que la science du droit doit décrire des normes et si les normes sont conçues comme l'expression d'actes de volonté, elle ne pourra prendre pour objet des systèmes comme le droit des sociétés dites primitives, qui sont des ordres de contrainte, mais dont les éléments ne sont pas l'expression d'actes de volonté.

La théorie de la règle de reconnaissance se heurte à une difficulté d'un autre ordre. Si cette règle correspond à la pratique des tribunaux et des autres autorités publiques, comment identifier les tribunaux et les autorités publiques ? On ne pourrait évidemment

pas répondre qu'il s'agit des autorités habilitées par une règle secondaire puisque, par hypothèse, on ignore encore, préalablement à l'emploi d'une règle de reconnaissance, quelles sont les règles secondaires qui font partie du système.

On peut trouver une solution à ces difficultés en employant une définition stipulative du droit. La question ne porte en effet pas sur la nature du droit, mais seulement sur l'objet qu'il convient de donner à la science du droit. Dans le couple objet-méthode, la priorité revient par conséquent à la méthode.

Si l'on accepte l'idée que la science du droit doit décrire des normes juridiques, c'est-à-dire des normes qui ne se définissent que par leur appartenance à un système, c'est leur mode d'appartenance qu'il faut considérer. En d'autres termes, ce qui importe, ce ne sont pas les propriétés matérielles du système dans son ensemble, par exemple le fait que le droit émane de l'État, qu'il prescrit des actes de contrainte ou qu'il est efficace ; c'est la manière dont les normes sont intégrées dans le système (voir, au chap. III, la sous-section « Systèmes statiques et systèmes dynamiques », p. 77). Or, une norme appartient au système si elle a été produite conformément à une norme supérieure (point de vue dynamique) et si son contenu n'est pas contraire à une norme supérieure (point de vue statique). Une prescription est une norme

juridique si elle s'insère dans un système ainsi hiérarchisé. Tous les systèmes normatifs ne sont pas hiérarchisés de cette manière. La morale est un système statique. Certains systèmes politiques reposant entièrement sur la délégation sont des systèmes dynamiques. Le droit, lui, peut être caractérisé comme un système à la fois statique et dynamique.

Une telle définition, qui, encore une fois, ne vise pas la nature réelle du droit ni son caractère obligatoire, présente plusieurs avantages. Elle permet de comprendre le mode d'opération des producteurs du droit, par exemple des juges, comme celui de la dogmatique juridique. Dans les deux cas, on recherche si telle autorité est habilitée à produire une norme et à lui donner tel contenu, en comparant le mode de production et le contenu de cette norme à une ou plusieurs normes supérieures (voir infra, p. 76 sq.). Par là même, on constitue une définition de l'objet de la science du droit, puisque, si les normes ainsi produites sont des normes juridiques, elles peuvent être décrites par la science.

Le deuxième avantage de cette définition est qu'elle ne repose sur aucun présupposé ontologique, puisque les normes juridiques peuvent être ou bien des énoncés, ou bien la signification de ces énoncés, et que cette signification peut être soit une volonté humaine, soit un

devoir-être objectif. Dans tous les cas, elles peuvent être décrites.

Le troisième avantage est que le droit ainsi défini est le droit de l'État moderne, de sorte qu'il peut être compris comme une technique d'exercice du pouvoir.

III. Les fonctions de la science du droit

Une fois établi que la science du droit doit être distincte de son objet et qu'elle doit se limiter à le décrire, une fois défini cet objet, il faut encore déterminer de quelle espèce de description il s'agit et à quel niveau de généralité elle entend se placer. Bien entendu, les réponses à cette question dépendent des conceptions de la science du droit et de la nature des normes.

1. La description des normes

Selon Kelsen, on l'a vu, la science du droit énonce des propositions qui décrivent des normes. Cela ne va pourtant pas sans quelques difficultés. La plus importante provient de ce que les normes ne se donnent pas à voir. Les seuls objets qu'on peut observer sont des textes ou des énoncés. Or, les

normes sont différentes des énoncés. Elles en sont seulement la signification prescriptive. Mais un même énoncé peut avoir plusieurs significations très différentes. Par exemple, l'article 13 de la Constitution française de 1958 est ainsi rédigé : « Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres. » Il peut signifier ou bien que le président a le pouvoir de signer les ordonnances et décrets (ou de refuser) ou bien qu'il doit les signer. Selon l'interprétation choisie, l'article 13 exprime une norme ou une autre. Dans d'autres cas, même si l'on estime que le texte est clair parce qu'on en comprend les termes qu'il contient, on ne peut pas déterminer facilement s'il s'applique à tel ou tel cas particulier, parce que ces termes sont vagues. Ainsi, l'article 16 de la Constitution française permet au président de la République de se saisir des pleins pouvoirs dans certaines conditions, notamment si « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ». La lecture la plus attentive du texte ne permet pas de dire si, dans telle circonstance concrète, ce fonctionnement est réellement interrompu, donc si le président de la République est autorisé à se saisir des pleins pouvoirs. Ce sont les circonstances mêmes qu'il faut examiner.

Comment établir dans tous les cas quelle est la norme valide et applicable dans une situation concrète ? On

se trouve ici face à un dilemme.

On peut d'abord estimer qu'il appartient à la science du droit de déterminer quelles sont les normes que les textes énoncent et celles qu'ils impliquent logiquement. Mais, dans ce cas, la science n'est évidemment pas empirique et elle n'est même une science que dans un sens très large, parce qu'elle cesse d'être purement descriptive. Car cette science se confond alors purement et simplement avec ce qu'on appelle traditionnellement la dogmatique juridique, qui ne peut se pratiquer sans interprétation, ni évaluation. Ainsi, la dogmatique ne pourra conclure que le président doit signer les ordonnances ou qu'il peut refuser de les signer, sans considérer ce que doit être son rôle dans le système constitutionnel, ce qui implique un jugement de valeur politique.

On peut ajouter que les normes qu'elle prétend ainsi révéler n'ont encore aucune existence au moment où elle se prononce, puisqu'une norme n'existe que si elle a été posée ; or, la science du droit n'a pas qualité pour poser des normes.

On pourrait alors vouloir, comme Kelsen, décrire seulement des normes en vigueur, c'est-à-dire des normes posées, des normes qui sont la signification d'actes de volonté. Mais, dans l'hypothèse envisagée, ces normes n'existent pas avant qu'une autorité n'ait

interprété les articles de la Constitution. Ce que fait la science du droit n'est donc pas une description, mais, comme l'expliquent les réalistes, une prédiction de ce que fera cette autorité.

À la conception réaliste, on peut cependant objecter que, si les sciences de la nature formulent bien des prédictions, elles le font sur le fondement de la description préalable d'une loi causale, tandis que la science du droit n'a pu décrire aucune relation causale.

Une troisième voie consiste alors à considérer que la science du droit doit s'en tenir au seul phénomène qu'elle peut observer empiriquement, c'est-à-dire le langage.

2. La description des énoncés

On ne peut cependant donner à la science du droit pour seule fonction de décrire des énoncés, parce qu'elle se réduirait à une simple répétition sans intérêt. Mais elle peut, en revanche, se livrer à une reconstruction de ce langage.

Cette conception a été développée principalement par Norberto Bobbio, qui se place du point de vue d'une métascience descriptive (et non prescriptive comme celle de Kelsen). Il entend donc décrire la science du

droit, telle qu'elle existe dans la réalité, c'est-à-dire telle que les juristes, professeurs, juges ou avocats la pratiquent. Or, cette science n'est pas entièrement descriptive. Elle interprète et formule des recommandations, c'est-à-dire des prescriptions. Elle ne peut donc pas être une science empirique, mais elle ne peut pas non plus figurer parmi les sciences formelles comme les mathématiques ou la logique, parce qu'elle ne peut énoncer des propositions vraies en les déduisant d'une série d'axiomes.

Aussi, pour éviter de conclure que cette activité n'est pas une science, Bobbio élargit le concept de science. Il emploie d'ailleurs fréquemment, plutôt que l'expression « science du droit », le mot italien de *giurisprudenza*, qui dénote justement l'activité à la fois descriptive et prescriptive des juristes. Cette activité peut être appelée scientifique à condition d'entendre par « science », conformément aux recherches du cercle de Vienne, « un système de propositions dont les propositions initiales et les règles de transformation des propositions sont exactement définies et qui se développe de façon cohérente avec les prémisses posées et les règles données » (Villa, 1991, p. 94). En d'autres termes, c'est un langage rigoureux et cohérent. La tâche de la science du droit serait donc de construire un tel langage à partir du langage sans rigueur des énoncés du droit positif.

Cette conception suscite cependant une objection : même si la science du droit n'est pas une science empirique, encore faut-il qu'elle ait une référence empirique. Or, ce n'est pas le cas, puisque les énoncés auxquels elle parvient après reconstruction n'expriment pas des propositions qui décriraient d'autres énoncés. Inversement d'ailleurs, si on les comprend comme des propositions décrivant des normes, il ne s'agit pas de normes posées.

On peut alors songer à distinguer deux activités différentes, celle de la dogmatique juridique, caractérisée à la manière de Bobbio, et celle de la science du droit.

3. La distinction de la science du droit et de la dogmatique juridique

C'est surtout dans les pays de droit écrit, où l'on minimise le rôle des juges dans la création du droit, que l'activité des juristes est appelée « dogmatique juridique ». Cette activité vise à organiser et systématiser le droit de manière à déterminer, à partir des textes exprimant des règles générales, quels sont les cas auxquels ces règles s'appliquent et, à propos d'un cas donné, quelles sont les règles applicables. Si elle est appelée « dogmatique », c'est qu'elle présuppose l'adhésion à un certain nombre d'idées,

qui ne sont pas mises en cause : que le législateur est rationnel ; que les énoncés ont un sens ; que ce sens peut être découvert ; que le système est complet, c'est-à-dire ou bien que le droit positif ne comporte pas de lacunes ou de contradictions, ou que celles-ci peuvent être éliminées au moyen de certaines méthodes ; enfin, qu'on peut, par un raisonnement logique, connaître la norme applicable à n'importe quel cas particulier.

Ces idées ne sont pas exactes et les juristes ne peuvent accomplir leur travail qu'en énonçant des jugements de valeur et en faisant des choix, c'est-à-dire en exerçant leurs volontés et en exprimant leurs préférences subjectives.

La dogmatique juridique n'est donc pas scientifique. Cela ne la rend pourtant pas illégitime. Elle est même indispensable et le système juridique ne pourrait pas fonctionner sans elle. Elle fournit aux juges à la fois des instruments pour déterminer les normes applicables, une systématisation des modes de raisonnement jugés appropriés et une légitimité morale et politique. Si, en effet, l'on ne présupposait pas que les juges ou les administrateurs peuvent connaître la loi applicable à un cas, il faudrait admettre qu'ils disposent du pouvoir discrétionnaire de décider selon leurs préférences. Ils ne pourraient pas justifier rationnellement leurs décisions et il serait impossible,

dans un système qui se dit un « État de droit », de prétendre qu'obéir à ces décisions, c'est obéir indirectement à la loi.

Puisque la dogmatique juridique ne peut être éliminée, plutôt que de vouloir, comme Kelsen, la remplacer par une véritable science du droit ou, comme Bobbio, la rendre rigoureuse et scientifique, on doit admettre que la science du droit doit trouver sa place à côté d'elle et revêtir des caractères différents.

La différence entre science du droit et dogmatique juridique concerne l'objet et la méthode. L'objet, car la science du droit porte sur la norme en vigueur ; la dogmatique, sur la norme applicable. La méthode, car la science du droit décrit, tandis que la dogmatique recommande.

Si la norme en vigueur est la signification d'un énoncé, il n'y a pas de norme tant que cette signification n'a pas été établie (v. les développements sur l'interprétation au chap. IV, p. 98 sq.). Aussi le législateur ne doit-il pas être considéré comme l'auteur de la norme, car il n'est que l'auteur de l'énoncé. Décrire une norme en vigueur n'est donc pas décrire l'acte de production d'un énoncé, ni cet énoncé lui-même, mais l'acte par lequel une autorité publique, par exemple un tribunal, attribue à cet énoncé une signification. Cet acte, appelé « interprétation juridique

», crée une obligation officielle de donner à l'énoncé une certaine signification objective.

La dogmatique juridique ne peut pas se limiter à décrire des normes en vigueur. S'il s'agit pour elle de systématiser le droit positif et de le présenter sous une formule synthétique, comme le droit civil français est fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté, elle ne peut y parvenir en décrivant un acte d'interprétation juridique, car aucun acte n'a officiellement attribué cette signification à un énoncé ou même à un ensemble d'énoncés. Elle doit exprimer elle-même ces principes, soit par généralisation à partir d'un très grand nombre de normes en vigueur, soit par la description de l'idéologie dont s'inspirent les législateurs.

De même, elle peut vouloir aider à la solution d'un problème nouveau pour lequel il n'existe pas de norme spécifique en vigueur. Il existe seulement des énoncés généraux, qui n'ont pas fait l'objet d'une interprétation officielle, et la dogmatique doit précisément en recommander une. Même si une telle interprétation existe, la signification qui en résulte n'est pas la norme spécifique recherchée, mais une norme générale. C'est à partir de la norme générale, ou de la signification recommandée pour l'énoncé général, qu'on peut inférer une solution particulière. Toutes ces opérations sont des prescriptions et présupposent des

jugements de valeur. Ainsi, la dogmatique juridique ne peut prétendre être une science, puisqu'elle repose sur des évaluations et qu'elle aboutit à des prescriptions et non à des propositions indicatives.

En revanche, la science du droit reste une science empirique. La proposition de droit il existe une norme selon laquelle il est obligatoire de « p » décrit un fait empirique, l'acte par lequel une autorité a attribué à un énoncé (ou un ensemble d'énoncés) la signification qu'il est obligatoire de p. Cette proposition peut être vérifiée empiriquement. Elle est vraie si l'événement qu'elle décrit a bien eu lieu.

D'autre part, elle peut décrire non seulement le produit de l'acte d'interprétation, mais le processus qui y conduit, c'est-à-dire l'ensemble des contraintes qui ont contribué à déterminer la décision.

4. Causalité et imputation

L'une des difficultés liées à la construction d'une science empirique du droit provient de ce que les sciences empiriques ne se bornent pas à décrire les phénomènes, mais recherchent leurs causes.

On a vu que, si l'on réduit le droit à des faits sociaux, on peut certes rechercher des explications causales de ces faits, mais on perd alors la spécificité de la

science du droit, qui se réduit à une branche de la sociologie et se trouve dans l'incapacité de comprendre le mode de raisonnement des juristes et la spécificité du droit.

Inversement, une science qui décrit des normes ne peut être une science causale. C'est Kelsen qui a souligné cette impossibilité avec le plus de force. La causalité est en effet une relation entre deux faits, de la forme si A, alors B, telle que, si le premier fait se produit, le second se produit nécessairement. Ainsi, si l'on chauffe de l'eau à 100 °C, elle bout. Une norme établit, elle aussi, une relation entre deux faits, mais telle que, si le premier se produit, le second doit se produire. Ainsi, si quelqu'un vole, il doit être puni de prison. Cette relation a la forme si A, alors B doit être et Kelsen la nomme imputation. Elle n'est pas nécessaire, parce qu'il se peut très bien que quelqu'un vole et ne soit pas puni. La relation causale peut être décrite par les sciences de la nature, tandis que la relation d'imputation n'est pas décrite, mais créée par la norme. Elle est prescrite. La proposition qui décrit une relation causale doit être tenue pour fausse il survient un seul cas où le premier fait se produit, mais non le second, tandis que la norme, dont on sait qu'elle n'est ni vraie ni fausse, ne perd pas sa validité si le second fait ne se produit pas, c'est-à-dire si elle n'est pas appliquée.

À ce point, on n'a pas encore établi la différence entre les sciences de la nature et la science du droit, mais seulement entre les sciences de la nature et le droit lui-même. Pourtant, selon Kelsen, la science du droit, même si elle énonce des propositions et non des normes, ne peut pas non plus être une science causale, car, de même que les normes n'établissent pas de relations causales, les relations entre deux normes ne sont pas non plus des relations de causes à effets, mais d'imputation. La constitution prescrit, par exemple : si le Parlement adopte un texte, alors ce texte doit être tenu pour une loi. Elle a donc la forme : si A, alors B doit être et la relation entre la loi et la constitution est bien une relation d'imputation.

De même, il n'y a pas de relation causale entre normes et faits, parce qu'une telle relation ne peut exister qu'entre deux faits. Sans doute une norme est-elle généralement édictée avec l'espoir que les hommes adopteront le comportement prescrit, mais, même si c'est le cas, ce n'est pas la norme elle-même qui est la cause de leurs nouveaux comportements, mais seulement la conscience qu'ils en ont, c'est-à-dire un fait psychique. La preuve en est qu'ils peuvent avoir l'illusion qu'il existe une norme et modifier leurs comportements pour les rendre conformes à cette norme imaginaire.

Même si l'on accepte de réduire la norme à un fait, par

exemple l'expression de la volonté d'un homme que d'autres hommes se conduisent d'une certaine façon, on ne pourra pas l'analyser comme établissant une relation causale, parce que l'on peut vouloir qu'un autre adopte un certain comportement, mais on ne peut pas causer ce comportement. Ce seront alors seulement les relations entre ces normes et d'autres faits qui pourront être comprises comme des relations causales. C'est d'ailleurs précisément ce que fait la sociologie du droit.

Aussi, pour envisager une causalité spécifique au droit, il faut à la fois réduire les normes à des faits, c'est-à-dire à des actes par lesquels certains hommes énoncent leur volonté, et rechercher si, entre ces différents actes, il peut exister des rapports de causalité [4].

Notes

[1] Sur ces raisonnements, cf. J.-L. Gardies, *L'erreur de Hume*, Paris, puf, 1987.

[2] Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 2^e éd., 1990.

[3] Olivier Wendell Holmes, *The path of the law*, in *Harvard law Review*, X(8), 1897, p. 457. sq

[4] V. Champeil-DesplatsChr. Grzegorezyk et M.

Troper(sous la dir.)Les contraintes juridiques Paris,
Igdj, à paraître (2003).

Chapitre III

La structure du droit

Il est fréquent de définir le droit comme un ensemble de normes juridiques. Une telle définition paraît alors commander qu'on expose la nature des éléments, les normes, avant d'examiner les propriétés de l'ensemble qu'elles forment. En réalité, on constate rapidement qu'il est impossible de définir l'ensemble par ses éléments, parce que ces éléments eux-mêmes ne tirent leur caractère que de leur appartenance à cet ensemble.

I. Les normes juridiques

1. Définition des normes juridiques

Les tentatives les plus abouties pour définir un concept opératoire de « normes juridiques » consistent à en faire une espèce du genre « normes ». Les normes elles-mêmes appartiennent à la classe des directives, c'est-à-dire des actes de langage au moyen desquels on cherche à influencer la conduite d'autrui. Mais les

prescriptions ne se confondent pas avec les énoncés. Elles correspondent seulement à une fonction du langage et constituent la signification des énoncés, sans que cette signification soit nécessairement liée à une forme grammaticale quelconque (cf. chap. II).

Les directives peuvent être plus ou moins fortes. Il peut s'agir de commandements, mais aussi de conseils, d'invitations, de suggestions, de prières, etc. Les directives les plus fortes, par exemple les commandements ou les ordres de faire ou de ne pas faire quelque chose, sont appelées prescriptions. Quant aux normes, ce sont des directives qui sont valables ou obligatoires dans un certain système.

Au nombre des prescriptions figurent aussi des directives qui ne sont pas à proprement parler des commandements. Il s'agit des permissions et des habilitations. Il existe pourtant des tentatives pour ramener ces directives à des commandements. Certains ont par exemple soutenu que la permission était l'abrogation au moins partielle d'une interdiction antérieure ou la promesse de ne pas punir un certain comportement ou encore le fait de n'ordonner ni un certain comportement ni le comportement contraire. Ainsi, il est permis de fumer signifierait il n'est pas obligatoire de fumer, ni obligatoire de ne pas fumer. Il en va de même pour l'habilitation, par laquelle on donne à quelqu'un le pouvoir de produire des normes.

Si certains tentent de ramener l'habilitation à la permission, d'autres considèrent qu'il s'agit d'une catégorie autonome.

À la suite du fondateur de la logique déontique, Von Wright, on peut caractériser les normes par les éléments suivants [\[1\]](#) :

1. a) le caractère, c'est-à-dire la détermination d'une action comme obligatoire, interdite ou permise ;
2. b) le contenu, c'est-à-dire l'action qui est obligatoire, interdite ou permise – par exemple, tuer, payer des impôts, se marier, fumer, etc.
3. c) les conditions de l'application, c'est-à-dire les circonstances dans lesquelles l'action doit être accomplie. Si les conditions sont seulement présumées par le contenu, la norme est catégorique. Ainsi, fermer la porte est catégorique, parce qu'on présume seulement qu'il y a une porte et qu'elle est ouverte. En revanche, elle est hypothétique, si l'on indique d'autres conditions qui doivent être réunies pour que la conduite soit obligatoire, interdite ou permise. C'est l'idée qu'exprime Kelsen quand il indique que la norme présente la forme si A, alors B doit être. Par exemple, si quelqu'un vole, il doit être puni de prison ;

4. d) l'autorité qui énonce la norme. Les normes peuvent alors être dites autonomes, si elles émanent de celui-là même qui doit accomplir l'action prescrite, ou hétéronomes, si elles émanent d'un autre ;

5. e) les sujets, c'est-à-dire les destinataires de la norme, ceux qui doivent accomplir l'action. Les normes peuvent être générales ou individuelles. Elles sont générales et sont appelées « règles » si elles ont pour destinataire une classe de sujets, par exemple tous les salariés ou tous les pères. Elles restent générales, même si la classe ne comprend qu'un seul individu. Ainsi, le président de la République promulgue les lois a pour destinataire tout individu exerçant la fonction de président de la République. Les normes sont individuelles si un ou plusieurs destinataires sont désignés, notamment par leurs noms – par exemple, sont proclamées élues les personnes dont les noms suivent. Cette distinction est importante du point de vue du droit positif parce que, dans certains systèmes juridiques, les normes générales et les normes individuelles ne sont pas soumises au même régime. Elle l'est aussi du point de vue de la théorie du droit, parce qu'elle permet de ne pas traiter seulement des règles et de reconnaître que les obligations du droit privé ne

relèvent pas d'une sphère différente des obligations du droit public, tout comme celles qui proviennent des contrats ne sont pas d'une autre nature que celles qui sont énoncées par la loi ;

6. f) l'occasion, c'est-à-dire la localisation spatio-temporelle dans laquelle l'action doit être accomplie ;
7. g) la promulgation, c'est-à-dire la formulation de la norme à travers un système de symboles, comme un langage écrit, oral ou gestuel, permettant au destinataire d'être informé du contenu de son obligation ;
8. h) la sanction, c'est-à-dire le mal dont est menacé le destinataire s'il ne se conforme pas à la prescription.

Il s'agit là des caractères généraux de toutes les normes qui, selon certains, devraient permettre de distinguer entre les divers types de normes (morales, religieuses, sociales et juridiques). Ainsi, s'agissant du contenu, le droit régirait les comportements extérieurs et la morale les comportements intérieurs ; les normes morales seraient catégoriques, les normes juridiques hypothétiques, les normes morales comporteraient seulement une sanction interne (le remords ou la réprobation sociale), les normes

juridiques une sanction externe, impliquant en particulier la contrainte physique.

Ces tentatives ne sont cependant pas satisfaisantes : on ne peut pas réellement parvenir à isoler des caractères qui seraient propres aux seules normes juridiques. C'est ainsi que, si la norme juridique est bien hypothétique, des normes non juridiques le sont aussi. À s'en tenir à ce critère, on ne pourrait donc pas distinguer, par exemple, s'il pleut, alors tu dois prendre un parapluie d'une norme juridique.

De même, les normes ne peuvent se distinguer par leur contenu, car il n'y a pas d'action humaine qui ne puisse être réglée par le droit. Certains vont jusqu'à estimer que même des actions nécessaires (respirer) ou impossibles (voler comme un oiseau) peuvent faire l'objet d'une norme juridique. Les premières peuvent être interdites et les secondes commandées. Le fait qu'elles soient nécessaires ou impossibles signifie seulement que la sanction devra toujours être appliquée.

De même encore, il est impossible de distinguer selon l'autorité qui énonce la norme. Selon certaines théories, la norme juridique est celle qui émane directement ou indirectement du souverain. Cependant, on ne peut identifier le souverain autrement qu'en affirmant que c'est celui qui a le droit de

commander ou auquel on a l'habitude d'obéir. Ainsi, dans le premier cas, on a défini la norme non par un caractère propre, mais par référence à une autre norme (celle qui confère au souverain son pouvoir), et, dans le second, on ne peut distinguer la norme juridique d'une norme sociale quelconque du type les catholiques obéissent au pape.

Mais le caractère le plus fréquemment invoqué est l'existence d'une sanction spécifique. À la différence des normes morales, la norme juridique serait garantie par une sanction externe ; à la différence de la sanction des simples normes de comportement social, la sanction juridique serait institutionnalisée, c'est-à-dire déterminée à l'avance et infligée par des organes spécialisés.

Il ne fournit cependant pas un critère suffisant pour caractériser la norme juridique indépendamment du système normatif auquel elle appartient.

On observe en effet que le commandement du voleur la bourse ou la vie comporte bien une sanction externe. En outre, même si l'on adopte un concept très large de sanction, qui engloberait les sanctions dites positives, comme les récompenses, il existe de très nombreuses normes juridiques dépourvues de toute sanction, par exemple celles qui confèrent des pouvoirs ou déterminent la manière de produire

certaines effets juridiques. Les normes du type la loi est votée par le Parlement ou tout homme a le droit de se marier ne comportent évidemment aucune sanction.

On pourrait objecter que la sanction dont le voleur menace sa victime n'est pas institutionnalisée, mais l'institutionnalisation signifie précisément que la sanction sera infligée par une autre autorité que celle qui a émis la norme. Celle-ci est donc bien identifiée par sa relation à un système.

On fait encore valoir que les normes qui confèrent un pouvoir comportent l'équivalent d'une sanction : la nullité. Ainsi, une loi qui serait adoptée par une autre autorité que le Parlement, ou au terme d'une procédure différente de la procédure prescrite, ne serait pas une loi valide, de même qu'un mariage célébré selon une autre procédure ne serait pas valable. Un tribunal pourrait donc prononcer la nullité de ces normes.

Mais, là encore, on n'a pas défini ces normes isolément. Ce sont des fragments de normes ou, en termes kelséniens, des normes « non indépendantes ». La norme la loi est votée par le Parlement ne peut en effet être comprise comme une norme qu'en liaison avec le contenu de la loi effectivement votée. Si cette loi dispose que les voleurs doivent être punis de prison, alors la norme complète peut être reconstituée

de la manière suivante : si le Parlement vote une loi et si cette loi dispose que les voleurs doivent être punis de prison, alors les voleurs doivent être punis de prison.

D'une manière générale, dès lors qu'on parle de sanction institutionnalisée, on vise au moins trois normes. D'abord, une norme générale qui prescrit que si A, alors B doit être (si quelqu'un commet un vol, il doit être puni de prison). Puis celle qui confère à un tribunal le pouvoir d'infliger des peines de prison. Enfin la sentence, qui est une norme individuelle, par laquelle ce tribunal infligera la sanction (le voleur X doit subir une peine de prison). Cette présentation est en réalité extrêmement simplifiée, et il faudrait ajouter notamment les normes par lesquelles sont nommés les individus qui composeront le tribunal et celles par lesquelles X est poursuivi, puis traduit devant le tribunal. Toutes ces normes forment un système. Chacune peut être identifiée comme une norme juridique non en raison de ses caractères propres, mais par sa relation aux autres. Dans ces conditions, peu importe qu'elle prescrive elle-même une sanction. Il suffit, pour être juridique, qu'elle appartienne à un système normatif lui-même appelé juridique.

Il faut donc corriger la définition initiale. Comme l'écrit Bobbio : « Le droit est non une collection de normes juridiques, mais un ensemble coordonné de normes ;

une norme ne se trouve jamais seule, mais est toujours liée à d'autres normes, avec lesquelles elle forme un système normatif. » On a ainsi opéré un renversement de perspective. On ne définit plus le droit par ses éléments, les normes juridiques, mais les normes juridiques par leur appartenance au système juridique.

On pourrait croire que l'on a ainsi seulement repoussé le problème et qu'il faut pouvoir distinguer le droit ou système juridique des autres systèmes normatifs. Mais c'est une tâche beaucoup plus aisée, à la fois parce qu'il est possible de le définir, à la manière de Kelsen, comme un ordre normatif globalement garanti par la contrainte, et parce qu'on peut observer que ce système présente une structure différente de celle de tous les autres systèmes normatifs. Il est dès lors possible de prendre cette structure comme critère de la définition du droit.

Toutefois, avant de décrire cette structure, il importe d'examiner une thèse selon laquelle le droit ne se compose pas seulement de normes.

2. Normes et principes

Cette thèse est aujourd'hui principalement défendue par Ronald Dworkin. Pour établir la distinction entre principes et normes, Dworkin s'appuie sur une

décision de la cour d'appel de New York de 1889, *Riggs v. Palmer* (Dworkin, 1996, p. 80). Un homme avait assassiné son grand-père pour hériter de sa fortune. Il avait été pris et condamné à la prison, mais prétendait néanmoins recevoir son héritage, puisque son grand-père était mort et que le testament le désignait comme héritier. Selon les règles en vigueur, sa prétention était parfaitement fondée. Le tribunal le débouta pourtant en invoquant un principe non écrit, selon lequel nul ne peut tirer profit du mal qu'il a fait.

Dworkin tire de cet exemple les leçons suivantes :

1. a) à la différence des règles ou normes, qui sont posées et qui expriment la volonté d'une autorité, le principe n'est pas posé, mais découvert par le juge;
2. b) alors qu'on obéit ou non à la norme en adoptant ou non la conduite prescrite, l'obéissance au principe est susceptible de degrés ;
3. c) le principe est de nature morale ;
4. d) il n'est pas universel, car il y a bien des cas où l'on peut profiter du mal qu'on a fait ;
5. e) le principe permet de suspendre l'application d'une règle valide ou de lui apporter des

exceptions.

La question de l'existence de principes juridiques différents des normes comporte pour Dworkin un enjeu important, car elle implique, selon lui, une remise en cause du positivisme.

Le positivisme contiendrait en effet la thèse que le droit n'est qu'un ensemble de règles posées et que la fonction des juges consiste à les appliquer aux litiges dont ils sont saisis. Toutefois, comme dans les cas difficiles, les règles en vigueur ne fournissent pas la solution, les juges doivent en choisir une de façon discrétionnaire. La thèse de Dworkin conduit au contraire à admettre que, même dans les cas difficiles, le juge peut toujours trouver la solution dans le droit en vigueur. Il lui suffit de découvrir un principe applicable. Le plus souvent, il ne s'agira pas d'un principe posé. Le juge le découvre par un effort d'abstraction à partir de l'ensemble du droit. En effet, comme les principes constituent le fondement des règles, la connaissance des règles peut conduire à la découverte des principes qui les fondent. Il y a ainsi, pour tout litige, une seule solution correcte, une seule « bonne réponse », et le juge ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire.

Une autre thèse positiviste concerne la distinction du droit, produit de la volonté, et de la science du droit, pure connaissance. La thèse de Dworkin conduit à

refuser cette distinction, puisque les principes ne sont pas posés mais découverts, et que l'affirmation relative à l'existence et au contenu d'un principe est, bien qu'elle émane d'un juge, susceptible d'être vraie ou fausse.

Une troisième thèse positiviste porte, comme on l'a vu, sur la séparation du droit et de la morale, que Dworkin conteste, puisque les principes, qui font partie du droit, sont, selon lui, de nature morale.

Cette théorie s'expose cependant à des objections sérieuses. D'abord, les normes peuvent avoir des contenus divers, être plus ou moins générales et imposer des conduites avec plus ou moins de précision. Le fait que les principes n'imposent pas une conduite précise ne signifie donc pas qu'ils ne sont pas des normes.

Ensuite, il n'est pas vrai que le juge peut « connaître » les principes et parvenir à la « bonne réponse ». Si le principe constitue le fondement d'une ou plusieurs règles, c'est que celles-ci pourraient en être déduites. Or, une même règle pourrait être déduite de plusieurs principes différents et Dworkin doit admettre que le juge doit découvrir le principe susceptible de fournir « la meilleure justification possible » aux règles en vigueur. En d'autres termes, l'affirmation du principe est le produit d'un jugement de valeur de la part du

juge et exprime ses propres préférences. C'est une décision et elle n'est pas réellement susceptible d'être vraie ou fausse. Elle est elle-même valide non parce qu'elle serait la seule correcte ou parce qu'elle refléterait une norme morale, mais seulement parce que le juge est habilité par une norme supérieure à trancher des litiges.

Enfin, la thèse positiviste de la séparation du droit et de la morale ne signifie nullement que le contenu des normes juridiques ne correspond jamais au contenu des normes morales. Au contraire, une telle correspondance est fréquente, puisque les normes juridiques sont posées par des hommes, qui entendent soumettre la conduite d'autres hommes aux normes morales qui ont leurs préférences. Les positivistes soutiennent seulement que le caractère juridique d'une norme est indépendant de sa conformité à une norme morale. Une norme n'est pas juridique parce qu'elle est conforme à une norme morale, et elle ne perd pas sa nature juridique si elle lui est contraire. Le fait que les principes juridiques soient semblables à des principes moraux ne permet pas davantage de conclure qu'ils ont en eux-mêmes une nature morale.

Les principes ne sont donc pas autre chose que des normes, qui ne se distinguent des autres normes que par leur degré élevé de généralité ou leur caractère vague ou programmatique. Ils peuvent sans doute être

écrits ou non écrits, explicites ou implicites, mais c'est là un caractère qu'ils ont en commun avec les autres normes. En pratique, il est d'ailleurs courant de désigner certaines normes tantôt par le mot « principe », tantôt par le mot « règle ». On parle ainsi indifféremment du « principe de la séparation des pouvoirs » ou de la « règle de la séparation des pouvoirs ».

II. La hiérarchie des normes

On a donc établi qu'il n'est pas possible de définir la norme isolément, mais seulement par son appartenance au système juridique. Mais comment savoir qu'elle lui appartient ?

1. L'appartenance au système juridique

La norme est la signification d'un énoncé. Mais n'importe quel énoncé peut avoir pour celui qui l'émet et même pour celui qui l'entend la signification d'une norme. La bourse ou la vie signifie, pour le voleur comme pour le volé, que le second doit remettre sa bourse au premier. Même une formule dépourvue de

sens dans une langue naturelle peut avoir la signification d'une norme, pourvu qu'elle corresponde à un code que connaissent au moins celui qui la prononce et celui qui l'entend. Il ne s'agit cependant que de significations subjectives de normes et la conduite ainsi prescrite n'est pas juridiquement obligatoire. Elle pourrait même être interdite. Aucune norme juridique n'a en tout cas été émise.

Une telle norme n'existe que si un énoncé a non seulement la signification subjective d'une norme du point de vue de son auteur, mais aussi la signification objective d'une norme du point de vue d'une norme supérieure. On a déjà observé que, si l'ordre du voleur et celui du percepteur des impôts ont la même signification subjective (le destinataire doit remettre de l'argent), seul celui du percepteur a la signification objective d'une norme du point de vue de la loi qui ordonne aux contribuables de payer au percepteur les sommes qu'il réclame. C'est donc la conformité de l'ordre du percepteur à une norme supérieure, la loi, qui confère à cet ordre la signification d'une norme, qui permet d'affirmer qu'il est une norme. De même, la loi est une norme parce qu'elle est conforme à la constitution. Comme le nombre des normes se réduit au fur et à mesure qu'on s'élève dans la hiérarchie, on a l'habitude, à la suite de Kelsen, de représenter le système juridique par l'image d'une pyramide, dont la

constitution forme la pointe.

2. Systèmes statiques et systèmes dynamiques

L'expression, aujourd'hui couramment employée, de « hiérarchie des normes » est cependant trompeuse, dans la mesure où elle conduit à une représentation du droit calquée sur le modèle de l'armée. Dans une armée, les hommes sont d'abord militaires, puis placés à un certain grade, dont ils peuvent d'ailleurs changer. La hiérarchie militaire n'est qu'un ordonnancement. Au contraire, les normes n'existent pas en dehors de la hiérarchie et l'on ne peut pas dire qu'elles sont hiérarchisées. C'est seulement le système juridique – autrement dit, le droit – qui l'est. Aussi, dire des normes qu'elles sont hiérarchisées n'est qu'une manière de parler pour indiquer que certaines prescriptions doivent être considérées comme des normes en raison de leurs rapports à d'autres normes, qui sont alors dites supérieures.

La supériorité d'une norme – c'est-à-dire le rang qu'elle occupe dans la hiérarchie – peut d'ailleurs être envisagée d'au moins deux manières.

On peut d'abord considérer, à l'instar de Kelsen, que ce rang est une qualité de la norme, déterminée par la

norme supérieure. Si la loi est placée immédiatement au-dessous de la constitution et au-dessus du décret, c'est parce que la constitution lui assigne cette place lorsqu'elle confère la signification de norme à l'acte du Parlement.

Mais on peut aussi estimer, d'un point de vue réaliste, que la supériorité d'une norme sur une autre signifie que, en cas de contradiction, la seconde peut être privée de validité par un tribunal. Dans ce cas, la supériorité résulte de la décision du tribunal et de la justification qu'il lui donne. Ainsi, le Préambule de la Constitution française de 1958 n'a la signification d'une norme de niveau constitutionnel que parce que le Conseil constitutionnel a décidé en 1971 que les lois contraires au Préambule étaient contraires à la Constitution et ne devaient pas être promulguées.

Le rapport entre la norme supérieure et la norme inférieure est lui-même complexe. Kelsen en distingue deux types : un type statique et un type dynamique. Kelsen illustre le type dynamique à l'aide de l'exemple suivant :

« Un père ordonne à son enfant d'aller à l'école. À la question de l'enfant : "Pourquoi dois-je aller à l'école ?", on pourra répondre : "Parce que ton père te l'a ordonné et que l'enfant doit obéir aux ordres de son père." Mais l'enfant pose alors cette nouvelle

question : “Mais pourquoi dois-je obéir aux ordres de mon père ?” On lui répondra peut-être : “Parce que Dieu a ordonné d’obéir aux parents et qu’on doit obéir aux ordres de Dieu” » (Kelsen, 1960, p. 259).

L’ordre d’aller à l’école doit être tenu pour une norme valide ou obligatoire simplement parce qu’il émane du père, qui a été habilité par Dieu à commander à l’enfant. Seul est pris en compte le mode d’édiction de la norme et son contenu est indifférent. En effet, lorsque Dieu habilite le père à commander à ses enfants, il ne lui prescrit pas d’émettre tel ou tel commandement. L’ordre du père sera une norme valide quel que soit son contenu. On observe que les deux normes sont édictées successivement : d’abord celle de Dieu, puis celle du père.

On peut imaginer, en prolongeant l’exemple donné par Kelsen, une autre réponse, du type statique cette fois : Tu dois aller à l’école parce que tous les enfants doivent aller à l’école. Mais si l’enfant demande : Pourquoi tous les enfants doivent-ils aller à l’école ?, on lui répondra : Parce que tous les enfants doivent s’instruire, et s’il demande à nouveau : Pourquoi tous les enfants doivent-ils s’instruire ?, on pourra utiliser la même réponse que précédemment : Parce que Dieu l’a ordonné.

Ici, le commandement du père est tenu pour valide en

raison seulement de son contenu. Ce contenu est conforme à celui d'une autre norme plus générale (tous les enfants doivent aller à l'école) et on le présente même comme déduit de ce contenu. La norme générale est elle-même déduite d'une norme plus générale encore (tous les enfants doivent s'instruire). Les normes ne sont pas produites successivement, car elles sont dans un rapport d'implication – pourvu qu'on admette que l'obligation de s'instruire implique l'obligation d'aller à l'école – et la norme individuelle tu dois aller à l'école est prédéterminée. En réalité, le rapport est statique même s'il n'y a pas de rapport d'implication mais une simple subsomption d'une norme particulière sous une norme plus générale.

Ainsi, selon le principe dynamique, le fondement de la validité des normes réside dans une norme d'habilitation, selon le principe statique dans une norme impérative. Dans les deux cas, on aboutit à une norme émanant de Dieu ; dans le premier cas à une norme d'habilitation, dans le second à une norme impérative. Mais la norme émanant de Dieu ne peut pas elle-même être justifiée par une norme encore supérieure. Aussi, à la question : Pourquoi faut-il obéir à Dieu ?, il n'y a pas de réponse dans le système normatif et l'on peut seulement présupposer la validité de cette norme, si l'on veut considérer tu dois aller à l'école comme une norme valide. C'est ce présupposé que Kelsen appelle la norme fondamentale.

Kelsen tente alors de caractériser les systèmes normatifs par le type de hiérarchie qu'ils présentent. C'est ainsi qu'il présente la morale comme un système statique : « ... De la norme qui prescrit d'aimer son prochain, on peut déduire les normes : on ne doit infliger aucun mal à son prochain, en particulier on ne doit pas le tuer, on ne doit lui causer aucun dommage physique ou moral, on doit l'assister lorsqu'il est dans le besoin. »

Quant au droit, ce serait un système principalement dynamique. En effet, les normes juridiques sont valides, selon lui, non en raison de leur contenu, mais seulement parce qu'elles ont été créées d'une certaine façon. Sans doute une norme dont le contenu serait contraire à celui d'une norme supérieure pourrait-elle être annulée par un tribunal, mais tant qu'elle ne l'a pas été elle demeure valide.

Cette dernière thèse peut être contestée. Lorsque les tribunaux contrôlent la validité d'une norme, ils ne recherchent pas seulement si elle a été produite par une autorité compétente et selon la procédure prescrite. Ils examinent aussi son contenu et ils annulent la norme si son contenu est contraire à celui d'une norme supérieure. Dans la plupart des systèmes, la norme est d'ailleurs annulée rétroactivement, c'est-à-dire qu'elle est réputée n'avoir jamais existé. Le tribunal justifie en effet sa décision

en affirmant qu'il se borne à constater que la norme n'est pas valide et ne l'a jamais été. La validité obéit donc bien aussi à un principe statique.

En réalité, la position de Kelsen s'explique par un présupposé ontologique. Si l'on considère, comme il l'a fait dans la deuxième partie de sa vie, qu'une norme est seulement l'expression d'une volonté humaine, alors la norme est en effet valide dès que cette volonté est exprimée, et cela quel que soit son contenu. En dépit des apparences, l'annulation ultérieure ne signifie pas que la norme était nulle dès l'origine, mais simplement que, par un nouvel acte de volonté, le tribunal la prive de validité et donne à sa décision une portée rétroactive. La décision d'annulation est d'ailleurs elle-même une norme, qui est valide d'un point de vue dynamique, non en raison de son contenu, mais seulement en raison du fait qu'elle émane d'un tribunal compétent.

Mais la thèse du caractère dynamique du système juridique ne concorde pas pleinement avec ce présupposé et se heurte à quelques difficultés.

En premier lieu, si les normes sont bien l'expression de volontés humaines, leur place dans la hiérarchie résulte aussi de volontés humaines, et il s'agit ici de celle du tribunal. Dans la mesure où le tribunal qui annule la norme le fait non seulement lorsque celle-ci

n'a pas été adoptée par l'autorité compétente, mais aussi lorsque son contenu est contraire au contenu d'une norme supérieure, il faut bien admettre qu'il a établi une hiérarchie statique et non pas seulement dynamique.

En deuxième lieu, sa thèse méconnaît la distinction entre les énoncés et les normes. Ce qui est l'expression de la volonté du législateur n'est pas la norme, mais un énoncé. La signification de cet énoncé (ou norme) est aussi l'expression d'une volonté, mais c'est celle de l'autorité d'application. La norme n'entre donc en vigueur et ne garde sa valeur que si les conditions fixées par cette autorité sont satisfaites, et au nombre de ces conditions figure la conformité du contenu à celui d'une norme supérieure.

Enfin, la conception de Kelsen ne peut être d'aucune utilité pour la dogmatique, car elle ne permet pas de rendre compte du comportement et des raisonnements des tribunaux, qui ne peuvent se borner, comme le fait un législateur, à invoquer leur compétence, puis à énoncer leur volonté, mais doivent, pour justifier leurs décisions, les présenter comme dictées par la connaissance d'un certain état du droit. Ils doivent donc nécessairement montrer que la norme qu'ils annulent était dès l'origine entachée de certains vices, et parmi les vices effectivement allégués figure la non-conformité du contenu de la norme avec celui de la

norme supérieure.

Kelsen a surtout le tort de présenter la hiérarchie comme le fondement réel des décisions d'annulation, donc comme si elle leur préexistait, alors que ce sont au contraire ces décisions qui créent la hiérarchie. On ne doit pas dire que la supériorité d'une norme A sur une norme B crée pour le juge l'obligation d'annuler B en cas de conflit, mais au contraire que l'annulation de B dans une telle hypothèse signifie que A est supérieure à B.

Dès lors que l'annulation est prononcée au motif soit que B n'a pas été produite selon la procédure fixée par A, soit que son contenu est contraire au contenu de A, le système juridique doit être défini comme tout à la fois statique et dynamique.

III. La création du droit

1. La volonté

Pour un grand nombre de doctrines, quelquefois appelées impérativistes, les normes juridiques sont des commandements et sont produites par une volonté humaine. Cette conception est d'ailleurs commune à certaines doctrines jusnaturalistes et à certaines doctrines positivistes, puisque les premières

admettent l'existence, à côté du droit naturel, qui n'est pas créé par l'homme mais présent dans la nature, d'un droit posé ou positif.

Cette idée est appliquée à toutes les normes. La loi est d'abord perçue comme l'expression de la volonté du souverain. Si le souverain est collectif, la loi est imputée à la volonté générale. De même, dans les relations de droit privé, selon la fameuse théorie de l'autonomie de la volonté, le contrat est lui-même présenté comme l'expression de la volonté commune des parties. On peut souligner que le succès de cette thèse provient de ce qu'elle s'accorde aussi bien avec une idéologie libérale, selon laquelle les hommes ne peuvent être liés que par leurs propres volontés, qu'avec une idéologie étatiste et autoritaire.

Certaines des objections qu'elle rencontre peuvent être dissipées. Ainsi, celles par lesquelles on fait observer qu'il est souvent difficile de trouver une volonté, au sens psychologique du terme, à l'origine de toutes les normes. On fait remarquer par exemple que les coutumes ne sont voulues par personne ou que certaines normes ne sont pas produites par un individu unique, mais par un collège. Or, on ne peut parler d'une volonté collective que de façon métaphorique. On ne peut pas davantage considérer que la norme correspond à la somme des volontés des membres du collège, parce qu'ils sont rarement unanimes. Même

les membres de la majorité qui a adopté un texte n'ont pas nécessairement voulu la même chose.

Face à la première objection, on peut réduire la coutume à la volonté en soutenant que ce n'est pas réellement la coutume qui produit la norme, mais seulement le législateur qui ordonne que l'on se conforme à la coutume.

À la seconde, on répond souvent que précisément la volonté à laquelle on impute la norme n'est pas une volonté au sens psychologique, car ce n'est pas la volonté réelle de quelques hommes qui produit la norme, mais une volonté construite, qui est toujours elle-même le produit d'une série de présomptions, c'est-à-dire de fictions. Ainsi, la somme des votes d'une majorité de parlementaires est présumée être l'expression de la volonté du Parlement et celle-ci est présumée être l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire la volonté du souverain, qui est lui-même une fiction. Cependant, si l'on a recours à cette série de fictions, c'est bien sûr le fondement du présupposé que la volonté pourrait produire des normes.

On se heurte alors à l'objection la plus forte, formulée notamment dans la première partie de l'œuvre de Kelsen : la volonté est un fait, et un fait ne peut produire du droit, parce que de ce que quelque chose est, il n'en suit pas que quelque chose doit être.

Ceux qui adoptent une norme quelle qu'elle soit, une constitution, une loi, un décret ou un contrat expriment sans doute leur volonté que d'autres se conduisent d'une certaine façon, mais ils ne peuvent créer l'obligation pour les sujets de se conformer à cette volonté. D'autre part, si la volonté suffisait à produire des normes, rien ne distinguerait l'ordre du voleur de celui du percepteur.

Aussi, l'acte de volonté ne produit aucune norme et il n'a que la signification subjective d'une norme, pour son auteur. Ce qui lui confère la signification objective d'une norme, c'est la norme supérieure. La volonté est seulement un fait que la norme supérieure érige en condition de production de la norme inférieure. Ainsi, la constitution ordonne : « Si la majorité des membres du Parlement exprime la volonté d'adopter un texte, alors ce texte devra être appliqué comme loi. » La loi est donc produite non par la volonté de la majorité, mais par la constitution elle-même. De même, si le contrat est une norme, ce n'est pas en raison de l'échange des volontés, mais parce que la loi fait de cet échange la condition pour qu'un contrat lie les parties. Telle est par exemple la signification de l'article 1134 du Code civil français : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » C'est pourquoi Kelsen peut écrire que seul le droit – et non un fait comme la volonté – peut produire le droit ou encore que le droit règle sa propre création.

Cette réfutation est pourtant difficilement conciliable avec la conception expressive des normes à laquelle Kelsen s'est rallié plus tard, c'est-à-dire avec l'idée que les normes sont seulement l'expression de volontés humaines, qui n'est qu'une variante de la conception impérativiste.

Il semble que la conciliation puisse être opérée à l'aide d'une distinction entre l'énoncé et la norme, notamment si l'on admet, avec les réalistes, que la volonté du législateur ne produit que des énoncés, alors que la norme exprime la volonté de l'interprète (v. chap. IV).

2. La question des sources

L'expression « sources du droit », née dans la doctrine allemande du xix^e siècle, désigne aussi bien les divers modes de création des règles que les classes de règles désignées par la manière dont elles ont été créées. Certaines des difficultés de la théorie des sources sont liées à la métaphore. Elle laisse penser que, de même qu'une source est le point où l'eau enfouie dans les profondeurs de la terre émerge à la surface, le droit avait une existence avant même d'être posé, avant même d'avoir été créé par une action humaine. C'est en ce sens qu'on distingue habituellement les sources formelles, qui sont précisément des classes d'actes créateurs de normes

(comme la loi ou la jurisprudence), et les sources matérielles du droit, expression qui désigne l'origine des normes ultérieurement formalisées dans le droit positif.

Les sources matérielles sont très différentes selon les doctrines. Pour l'école historique allemande du xix^e siècle, c'est la conscience collective du peuple, mais, selon d'autres doctrines plus tardives, ce sont les données économiques et sociales. On peut leur attribuer des fonctions variées. Tantôt, d'un point de vue descriptif, on prétend que les règles posées correspondent effectivement à des normes déjà contenues dans la conscience collective et décelables dans les mœurs ou les coutumes ; tantôt, d'un point de vue prescriptif, on recommande au législateur de traduire ces règles dans le droit positif ou au juge d'y chercher les solutions qu'il ne peut découvrir dans le droit positif, c'est-à-dire dans les sources formelles.

Les sources formelles sont elles aussi employées dans deux acceptions différentes. On désigne en général ainsi, ou bien les actes de production du droit, comme l'activité législative des parlements, ou bien les produits de cette activité, donc des classes d'énoncés, comme les textes de lois. Ces deux acceptions correspondent en réalité à deux conceptions de la norme. Si l'on identifie la norme et l'énoncé, la source du droit est le mode de production

de l'énoncé, c'est-à-dire l'action de légiférer. Cette action produit en effet des énoncés qui sont des normes. Cependant, si la norme est seulement la signification de l'énoncé, alors l'action de légiférer, qui produit seulement des textes, ne produit pas de normes. Celles-ci ne proviendront que de l'interprétation, et l'on dit des textes qu'ils ne sont sources de droit que parce qu'ils sont l'objet de l'interprétation.

D'un point de vue positiviste, l'analyse doit se limiter à la description des seules sources formelles, parce que les sources matérielles ne présentent aucun caractère obligatoire selon le droit positif. Mais cette description donne lieu à des discussions doctrinales importantes, non dépourvues d'arrière-pensées idéologiques, sur la question de savoir quelles sont les sources du droit.

La doctrine juridique classique ne reconnaît que deux sources du droit interne— en droit international, la question se pose dans des termes différents —, la loi et la coutume. Cette présentation repose sur deux idées : que les contrats et les décisions individuelles ne sont pas des normes et que toutes les normes qui ne sont pas des lois ou des coutumes, par exemple les règlements administratifs, en sont simplement dérivées.

Cette présentation a été sévèrement critiquée,

notamment du point de vue de la théorie kelsénienne. D'une part, en effet, elle repose sur une distinction entre règles et décisions individuelles qui est erronée, puisque dans tous les cas il s'agit de normes. Il n'y a donc aucune raison d'examiner les seules sources créatrices de règles. D'autre part, toutes les normes ont été produites en application d'une norme supérieure et prescrivent une conduite, qui elle-même peut consister dans la production d'une norme. Le droit est créé à tous les degrés de l'ordre juridique. Une description des sources du droit ne saurait donc se limiter à la loi et à la coutume.

Mais, d'un autre côté, on ne peut davantage faire une classification générale des types d'actes juridiques, car deux actes semblables peuvent produire des normes de degrés différents. Si l'on admet par exemple que les tribunaux produisent des normes, celles qui proviennent des tribunaux inférieurs n'ont évidemment pas la même valeur que celles qui émanent des cours suprêmes.

Le concept de « sources du droit » est néanmoins utile pour décrire un ordre juridique particulier, parce qu'on peut le caractériser par la place qu'occupe telle ou telle source dans la hiérarchie de cet ordre. On peut par exemple décrire l'ordre juridique français contemporain en indiquant que la constitution se situe au sommet et que les traités ont une valeur supérieure

à celle des lois, mais inférieure à celle de la constitution.

C'est d'autre part dans ces termes que les juristes traitent habituellement de la question de savoir quelle sorte d'activité humaine est créatrice de droit. On se limitera ici à deux des activités dont le caractère de « source du droit » est controversé, la coutume et la jurisprudence.

3. La coutume

La coutume est généralement définie comme une pratique répétée au sein d'un groupe social, assortie du sentiment du caractère obligatoire de cette pratique. On relève souvent le caractère extrêmement vague de cette définition, puisqu'il est impossible de préciser la durée de la répétition, la taille du groupe au sein duquel on la constate, la nature du sentiment d'obligation, la manière dont ce sentiment s'exprime ou encore le nombre ou la qualité des sujets qui doivent l'éprouver. Cependant, la question de savoir si la coutume est ou n'est pas une source du droit fait l'objet de discussions idéologiques et théoriques.

Sur le plan idéologique, on oppose les avantages et les défauts respectifs de la loi et de la coutume. Les partisans de la coutume font valoir que la loi est une décision unilatérale, qui exprime la volonté et les

préférences du seul législateur, tandis que la coutume est une pratique spontanée, qui est le fruit de l'expérience, qui, par conséquent, correspond mieux aux besoins du groupe social et constitue l'expression de sa conscience collective. Selon qu'ils mettent l'accent sur l'un ou l'autre de ces aspects, ces partisans se rencontrent, au moment de la Révolution française, parmi les contre-révolutionnaires, aussi bien que chez ceux qui, au xix^e siècle, voient dans la coutume un instrument par lequel le peuple se soumet à un droit autonome pour se soustraire à l'emprise de la loi, expression de la volonté de la classe dominante. Le rôle de la coutume est encore souligné par certains anthropologues du droit, soucieux de démontrer que le droit est un phénomène universel, présent même dans les sociétés sans État et même sans écriture. De même, les théoriciens du pluralisme juridique soutiennent qu'il y a, soit au sein du système juridique étatique, soit à côté de lui, d'autres systèmes de droit reflétant la pluralité des groupes sociaux et au sein desquels la coutume occupe une place importante.

Les adversaires de la coutume soulignent qu'elle est essentiellement conservatrice car, contrairement à la loi, elle est lente à naître et encore plus lente à se modifier, difficile à connaître, que le contenu des règles coutumières est le reflet des préjugés et non de la raison.

Sur le plan théorique, le problème le plus difficile résulte évidemment de la séparation entre être et devoir-être, c'est-à-dire entre fait et droit. Une pratique répétée et le sentiment de son caractère obligatoire sont des faits. Or, un fait ne peut pas créer du droit, comme on l'a vu à propos de la volonté. Pourtant, les règles coutumières existent. L'explication la plus répandue consiste dans une référence à une norme supérieure, qui ordonne de se conformer à la coutume. Certains codes prescrivent ainsi aux tribunaux d'appliquer la coutume en cas de lacune de la loi. Dans ce cas, ce n'est pas le fait qui est créateur de droit, mais seulement la norme supérieure. Le fait n'est que la condition fixée par la norme supérieure pour qu'une certaine conduite doive être observée. Tout se passe comme si cette norme prescrivait : « Si une pratique a été répétée pendant une certaine durée et si elle a été assortie du sentiment de son caractère obligatoire, alors, on doit se conformer à cette pratique. »

Cependant, cette explication rencontre une limite : certaines règles coutumières ne sont pas autorisées par une norme supérieure. On résout cette difficulté en admettant, lorsque les jugements appliquent des règles coutumières, qu'il existe toujours au moins une habilitation implicite du législateur, dès lors que celui-ci n'annule pas ces jugements, comme il pourrait le faire. Mais il y a des coutumes pour lesquelles on ne

peut concevoir aucune habilitation implicite par une norme supérieure, parce qu'il n'existe aucune norme supérieure. C'est le cas de la coutume constitutionnelle et de la coutume internationale.

On peut alors concevoir deux types de solutions. Selon la première, notamment adoptée par Kelsen, on raisonne pour la coutume constitutionnelle comme pour les normes exprimées dans le texte constitutionnel : le fondement de leur validité réside dans la norme fondamentale. Selon la seconde, plus proche d'un point de vue réaliste, on raisonne aussi comme pour le texte constitutionnel : les autorités d'application, notamment les tribunaux – mais pas exclusivement –, attribuent à certaines pratiques répétées la signification de normes. Cette attribution est une interprétation, donc une décision, qui porte d'ailleurs non seulement sur le caractère obligatoire de ces pratiques, mais aussi sur leur contenu, car les tribunaux affirment d'abord qu'il existe des pratiques, puis que ces pratiques présentent le caractère d'une coutume, enfin que la règle coutumière prescrit telle ou telle conduite (v. chap. IV).

4. La jurisprudence

On appelle « jurisprudence » l'ensemble des règles résultant de l'activité des tribunaux. La question de savoir si la jurisprudence peut être une source de droit

suscite elle aussi des discussions idéologiques et théoriques.

D'un point de vue idéologique, il existe une tradition héritée des Lumières, selon laquelle la jurisprudence ne doit pas être une source de droit, parce que la seule source de droit acceptable serait la loi. En effet, dans un système représentatif, la loi est réputée faite par le peuple lui-même, de sorte qu'en se soumettant à la loi il est soumis à sa propre volonté. D'autre part, quels que soient l'origine et le contenu de la loi, elle est connue à l'avance, si bien que les commandements qui en sont déduits sont prévisibles et que chacun connaît ses droits et ses devoirs. Les tribunaux ne doivent donc jamais produire des règles, mais seulement des jugements déduits de la loi, par le moyen d'un syllogisme. C'est la raison pour laquelle Montesquieu pouvait écrire que la puissance de juger est « en quelque façon nulle » [\[2\]](#).

Face à cette tradition, on fait valoir que la loi n'est pas – et ne peut pas – être complète, qu'elle peut se révéler obscure, que le législateur s'est prononcé dans l'abstrait. C'est seulement au moment de l'appliquer qu'on peut constater que certains faits n'ont pas été envisagés, que les circonstances ont changé ou qu'il faut introduire quelque souplesse pour éviter des injustices. Il est donc nécessaire que les tribunaux produisent des règles pour pallier les insuffisances de

la loi.

Cependant, d'un point de vue descriptif, la question est de savoir non s'il est souhaitable ou conforme à l'idéal du libéralisme politique que les tribunaux créent du droit, mais s'ils disposent effectivement de ce pouvoir. En dépit des apparences, cette question n'appelle pas une réponse simple, parce que l'existence d'un pouvoir n'est pas un phénomène que l'on peut constater empiriquement.

La conception traditionnelle oppose nettement la création et l'application du droit. Aussi, dès lors que les tribunaux appliquent le droit, ils ne le créent pas. Les décisions juridictionnelles ne seraient donc pas de véritables décisions. Sans doute trouve-t-on l'énoncé d'une règle générale dans la motivation du jugement, mais il s'agit seulement du rappel de la loi qui forme la prémisse majeure du syllogisme ou de l'interprétation de la loi. Or, l'interprétation n'est que la révélation d'une signification déjà présente.

Kelsen critique cette vision traditionnelle, sans toutefois s'en écarter entièrement. Sa critique repose d'abord sur la remise en cause de l'opposition entre création et application. Il ressort de la structure même du système que tous les actes juridiques sont l'application d'une norme supérieure en même temps qu'ils créent une norme, à l'exception, bien entendu,

de l'acte suprême, la constitution, qui est seulement créatrice. Même si le jugement se limitait à l'application mécanique de la loi, il serait créateur de norme, dans la mesure où la sentence est un commandement (à un débiteur de payer, à l'administration pénitentiaire de détenir un condamné, etc.). Kelsen ajoute que, dans la réalité, le jugement ne se limite jamais à cette application mécanique de la loi, parce que celle-ci laisse presque toujours une certaine marge d'appréciation. Le juge pénal peut au moins apprécier si l'infraction a réellement été commise et choisir une peine entre un minimum et un maximum, et le juge civil, qui doit accorder une indemnité en réparation d'un dommage, doit au moins en déterminer le montant.

Cette critique est pourtant insuffisante. La conception traditionnelle ne contestait pas que les juges puissent créer des normes individuelles, mais qu'ils puissent créer des règles générales. Or, sur ce point, Kelsen maintient, conformément à son schéma général, que les juges ne le peuvent que si une norme supérieure, par exemple la constitution ou la loi, les y autorise. Sa thèse n'est donc guère plus satisfaisante que la thèse traditionnelle et ne rend pas mieux compte de la réalité.

La réalité est que, dans les systèmes qui n'autorisent pas les tribunaux à créer des règles et même dans les

systemes qui le leur interdisent expressément, les juristes désireux de connaître la règle ne peuvent se limiter à l'étude des lois et doivent aussi se rapporter à la jurisprudence. On sait par exemple que le droit français de la responsabilité civile, qui ne fait l'objet que de quelques articles du Code civil, est presque entièrement jurisprudentiel. C'est donc un fait que les juges créent des règles et pas seulement des normes individuelles.

Il y a plusieurs justifications et explications de ce fait et elles ne sont d'ailleurs pas incompatibles. La première fait appel à la nécessité. Dès lors que le juge est tenu de motiver ses décisions individuelles, il ne peut y parvenir qu'en faisant appel à une règle générale, qui constituera la prémisse majeure du syllogisme. S'il ne découvre pas de loi applicable, il lui faut appliquer un principe non écrit, qu'il lui faut bien créer. Il peut aussi découvrir plusieurs lois applicables et choisir entre elles, c'est-à-dire déterminer une règle. On soutient aussi qu'il existe toujours une autorisation implicite du législateur. S'il s'abstient d'abroger ou de modifier, comme il pourrait le faire, la règle créée par voie de jurisprudence, c'est qu'il y consent. Pour les auteurs qui acceptent la distinction entre énoncé et norme, les lois découvertes par les juges ne sont pas des règles, mais seulement des énoncés, qui doivent nécessairement être interprétés. Selon la doctrine réaliste, cette interprétation est une création de la

norme (cf. chap. IV).

Cependant, les règles formulées par les juges ne valent en principe que comme fondement d'un jugement particulier et ne lient que les parties au procès. Comment peuvent-elles acquérir une portée générale ? Certes, il existe dans les pays de Common Law une règle qui oblige les juges à appliquer les précédents, c'est-à-dire les règles adoptées dans le passé pour des cas semblables. L'existence de la règle du précédent signifie que l'on reconnaît dans ces pays que les juges créent du droit. Mais cette reconnaissance est impossible dans les pays de droit écrit, pour les raisons déjà décrites. La généralisation de la portée des règles créées par les juges s'opère néanmoins facilement grâce à l'organisation hiérarchique des tribunaux. Lorsqu'une cour suprême a énoncé une règle, les tribunaux inférieurs ne peuvent en effet éviter de l'appliquer sous peine de voir leurs décisions annulées en appel. Aussi les juristes savent-ils que la règle applicable est celle qui résulte de la jurisprudence des cours suprêmes.

5. La création du droit et l'État

Derrière la question des sources du droit se profilent deux débats relatifs à la nature et au rôle de l'État.

Le premier concerne la part de l'État dans la création

du droit.

On peut d'abord contester que l'État soit le créateur de toutes les normes. Cette position se fonde sur la distinction entre actes créateurs de règles et autres actes juridiques, comme les contrats. Seuls les premiers peuvent être attribués à l'État, mais les seconds proviennent de la rencontre des volontés privées. Ainsi se définiraient deux domaines : le droit public, produit par l'État de manière unilatérale, et le droit privé, produit de l'autonomie individuelle. Cette idée coïncide avec l'idéologie libérale, selon laquelle l'État doit demeurer dans la sphère du droit public et s'abstenir de toute immixtion dans la sphère privée.

On peut, à l'inverse, imputer à l'État la création de toutes les normes. Cette thèse se justifie par le fait que toutes les normes, même la coutume ou les contrats, ne sont valides qu'en raison de leur conformité aux normes supérieures de l'ordre juridique, c'est-à-dire à la loi et à la constitution, qui sont des normes étatiques.

Aussi Kelsen a-t-il soutenu que toutes les normes pouvaient être dites étatiques, de sorte qu'« État » n'était qu'un autre nom pour désigner l'ordre juridique, lorsqu'on voulait le personnifier.

Le second débat est lié au premier. Il concerne le rapport de l'État et du droit et conduit à une aporie.

L'État est-il lui-même soumis au droit ? Il existe toute une variété de réponses classiques, dont aucune n'est satisfaisante, liées à des thèses complexes sur la souveraineté et l'État de droit.

Si l'on répond négativement à cette question, l'État est souverain et sa puissance sans limite. Mais la règle qui lui accorde cette souveraineté doit alors être conçue comme supérieure à lui, de sorte qu'il n'est pas réellement souverain.

La réponse affirmative, donnée par la fameuse doctrine de l'État de droit, comporte deux variantes. On peut d'abord affirmer que l'État n'a pu être créé que par le droit et qu'il est limité par lui. Ce droit supérieur à l'État est le droit naturel, et les limites de l'État se trouvent dans les droits de l'homme. Cette thèse, comme la précédente d'ailleurs, dépend donc entièrement de l'adhésion au jusnaturalisme.

On peut aussi admettre que l'État est la seule source du droit positif, mais qu'il est limité par son propre droit. L'objection est qu'il ne s'agit que d'une autolimitation, qui n'est pas une limitation du tout.

On peut enfin soutenir, comme Kelsen, que si l'État et le droit ne sont qu'une seule et même chose, le problème de la limitation de l'État par le droit n'est qu'un faux problème. Le droit n'est alors qu'une technique d'exercice du pouvoir politique et l'on appelle

précisément « État » le pouvoir organisé et exercé selon cette technique (Troper, 2001).

Notes

[1] G. H Von Wright, Norm and Action. A Logical Enquiry, Londres, Routledge, 1963.

[2] Esprit des lois , liv. XI, chap. VI

Chapitre IV

Le raisonnement en droit

I. L'interprétation

Le mot « interprétation » désigne à la fois l'opération par laquelle une signification est attribuée à une chose – qui peut être un objet matériel ou un énoncé – et le produit de cette opération. Il existe dans la littérature de la théorie du droit à propos de l'interprétation des conceptions très diverses. Les théories sont soit descriptives, soit normatives, et elles s'opposent sur plusieurs points, en particulier sur la nature de la signification qui est attribuée à la chose, sur la nature de l'opération d'interprétation, sur celle de son objet et de ses méthodes ou encore sur les conséquences qu'elles comportent pour la compréhension du système juridique.

1. La nature de l'interprétation

La question de la nature de l'opération d'interprétation

se pose seulement d'un point de vue descriptif. Il s'agit en effet de déterminer les fonctions mentales qui sont mises en œuvre dans les opérations effectives d'interprétation juridique. À cet égard, on peut distinguer deux thèses principales, qui comportent chacune plusieurs variantes.

Selon une conception traditionnelle, l'interprétation est une fonction de la connaissance. À cet égard, l'interprétation juridique ne présente pas de différence importante avec d'autres interprétations, par exemple celle des textes littéraires ou religieux. Cette conception repose sur quelques présupposés : l'interprétation porte sur des énoncés dotés d'une signification ; cette signification serait unique, en raison d'un rapport nécessaire entre les mots et leurs significations ; ainsi, chaque énoncé aurait sa signification propre qu'il importerait seulement de formuler ; néanmoins, cette formulation ne serait pas une véritable interprétation. C'est seulement lorsque la signification est cachée, en raison des caractères de certains énoncés vagues et ambigus, qu'il faudrait interpréter ; l'interprétation n'est donc pas nécessaire lorsque l'énoncé est clair (*in claris cessat interpretatio*). Lorsqu'il ne l'est pas, l'interprétation consiste à faire apparaître cette signification cachée. La signification elle-même est parfois conçue comme l'intention de l'auteur de l'énoncé. Mais elle est aussi comprise parfois comme la fonction objective que doit

remplir la norme dans le système juridique ou le système social. Comme elle est une fonction de la connaissance, l'opération peut être réussie ou non et son produit être une proposition vraie ou fausse. Mais, pour un énoncé donné, il n'y a qu'une bonne interprétation. Toutes les autres sont fausses. Enfin, elle peut être conduite par n'importe qui, pourvu qu'il possède une compétence technique suffisante.

Selon la conception opposée, quelquefois appelée réaliste, l'interprétation est une fonction de la volonté. Tout énoncé est doté non pas d'une, mais de plusieurs significations entre lesquelles il s'agit de choisir. Ce choix ne correspond pas à une réalité objective, mais traduit seulement les préférences subjectives de celui qui l'exprime. Aussi, le produit de l'interprétation ne peut-il être ni vrai ni faux.

Cependant, s'agissant d'interprétation juridique, il importe de distinguer, à la suite de Kelsen, entre l'interprétation authentique et l'interprétation de doctrine, dite aussi quelquefois scientifique. Le terme « authentique » est employé par Kelsen, dans un sens différent de son sens classique.

Dans le vocabulaire juridique classique, l'interprétation authentique est celle qui émane de l'auteur même de l'acte, celle qu'il a seul le droit de donner. Cette prérogative exclusive se justifie par deux arguments :

d'une part, c'est celui qui a édicté l'acte, le législateur par exemple, qui en connaît le mieux la signification ; d'autre part, et surtout, le pouvoir de déterminer la signification de l'acte permet de le refaire, de sorte qu'autoriser un autre que le législateur à interpréter la loi reviendrait à lui transférer le pouvoir législatif.

Dans le vocabulaire de Kelsen, l'interprétation authentique n'est pas seulement celle qui émane de l'auteur de l'acte, mais plus généralement celle qui est donnée par une autorité habilitée à interpréter ou encore celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets, même si son auteur n'est pas formellement habilité. Ainsi présente le caractère d'une interprétation authentique celle qui émane d'une cour suprême, mais aussi l'interprétation de la constitution donnée par un Parlement lorsqu'il n'existe pas de Cour constitutionnelle. Il n'y a guère de différence entre ces deux interprétations parce que, quels que soient leurs contenus, elles s'imposent, en ce sens qu'elles ne peuvent être contestées et que le texte interprété n'a pas d'autre signification que celle qui lui est attribuée par l'interprète. L'interprétation authentique est donc une décision, qui met fin au débat. Ce trait permet de distinguer nettement l'interprétation juridique de l'interprétation littéraire ou musicale, qui, elles, ne se terminent pas par une décision et peuvent se poursuivre à l'infini.

Il en résulte que l'activité d'interprétation n'a pas lieu seulement lorsque le texte est obscur, mais à l'occasion de toute application. Cette thèse se justifie de deux manières : en premier lieu, pour soutenir qu'un texte est clair, il faut en connaître la signification ; autrement dit, il faut l'avoir interprété. D'autre part, si une autorité dispose du pouvoir de donner une interprétation authentique, elle peut en user aussi bien lorsque le texte paraît clair que lorsqu'il semble obscur. L'idée qu'un texte clair ne doit pas être interprété est seulement un moyen de dissimuler un pouvoir d'interprétation. Il arrive par exemple qu'une autorité se voit refuser le pouvoir d'interpréter certains textes et soit tenue, en cas d'obscurité, de demander à une autre autorité une interprétation officielle. Il lui suffit alors d'affirmer qu'un texte est clair et qu'il ne doit donc pas être interprété, pour pouvoir en déterminer elle-même la signification.

On estime parfois que les problèmes d'interprétation proviennent non seulement de l'obscurité des textes, mais des lacunes ou des antinomies. Mais il en est des lacunes et des antinomies comme de l'obscurité : pour pouvoir affirmer que des textes comportent des lacunes ou des antinomies qui rendent nécessaire l'interprétation, il faut les avoir d'abord interprétés. Or, cette interprétation préalable est elle-même une décision, qui a pour objet de considérer les textes comme lacunaires ou antinomiques, de manière à

justifier une interprétation.

Ainsi, s'il n'y a pas d'autre signification que celle qui est attribuée par l'interprète authentique, quel que soit son contenu, alors toute prétention de la part de la doctrine de déclarer qu'une interprétation est fautive est parfaitement vaine. En effet, comme il n'existe aucune signification objective, à laquelle pourrait être comparé le produit de l'interprétation authentique, affirmer que l'interprétation d'une cour suprême est fautive reviendrait seulement à la comparer à celle que la doctrine aurait elle-même produite et érigée en standard.

Quant à l'interprétation de doctrine, Kelsen considère qu'il s'agit d'une activité de connaissance, mais, contrairement à la thèse traditionnelle, il n'admet pas qu'elle permette de découvrir une signification cachée unique. Elle vise seulement à décrire tous les sens possibles d'un énoncé, de manière à permettre à l'interprète authentique d'opérer entre eux un choix. Cette thèse a pu être contestée au moyen de quelques arguments simples.

Tout d'abord, on ne peut pas se borner à décrire les sens d'un mot ou d'un énoncé dans la langue naturelle, parce que rien n'empêche l'interprète authentique de leur attribuer, pour les besoins de l'application, un sens spécifique différent. Ensuite, il

est impossible de décrire tous les sens possibles, parce que le rapport entre l'énoncé et sa signification est contingent et qu'il peut toujours arriver que l'interprète authentique utilise sa volonté pour imposer de façon arbitraire une interprétation à laquelle nul n'avait pu songer. Enfin, on ne peut contrôler les propositions auxquelles elle aboutit. Le fait qu'un juge attribue au texte un sens auquel nul n'avait songé n'est pas un échec de la doctrine et ne signifie pas qu'elle s'est trompée, mais que ce juge a énoncé une norme selon des préférences différentes.

Ainsi, s'il y a bien entre l'interprétation authentique et l'interprétation de doctrine une très profonde différence, elle ne tient pas au fait que l'une serait une activité de la connaissance et l'autre une activité de la volonté, mais simplement à ce que l'ordre juridique attribue des effets à l'une et pas à l'autre. Toutes deux sont des prescriptions, mais l'interprétation de doctrine n'est qu'une recommandation, tandis que l'interprétation authentique est un acte créateur de norme.

2. Les méthodes d'interprétation

Les méthodes d'interprétation ne se confondent pas avec les simples procédés ou techniques d'interprétation, ni avec les résultats de l'interprétation. Les procédés sont des types d'arguments utilisés dans le raisonnement juridique en général, et

appliqués à l'interprétation, comme les arguments a contrario, a simili, a fortiori. D'un autre côté, on peut comparer les résultats obtenus à l'aide des méthodes et des procédés, et distinguer l'interprétation extensive et l'interprétation restrictive.

On n'envisagera ici que les méthodes proprement dites, c'est-à-dire les principes de la méthode générale d'interprétation ou les classes d'arguments spécifiques à l'interprétation juridique. Il faut cependant souligner que le terme de « méthodes » est trompeur, dans la mesure où il incite à penser qu'il s'agit de moyens permettant de dégager la signification véritable d'un texte ou conduisant tout au moins à la meilleure interprétation possible. Il est donc lié à la théorie de l'interprétation-connaissance. Si l'on n'accepte pas cette théorie, il faut considérer les « méthodes » comme de simples arguments employés pour justifier l'interprétation que l'on souhaite adopter. On peut distinguer les interprétations sémiotique, génétique, systémique et fonctionnelle.

L'interprétation sémiotique se fonde sur le langage. Les mots et les expressions reçoivent le sens qu'ils ont habituellement dans la langue et qui résulte des règles de la grammaire. La langue dont il s'agit peut être la langue naturelle ou une langue technique, celle du droit ou celle d'une discipline spécifique.

L'interprétation génétique repose, elle, sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte, telle qu'on peut la reconstituer par exemple à travers les travaux préparatoires.

L'interprétation systémique vise à éclairer un fragment du texte par un autre, voire par d'autres textes.

Enfin, l'interprétation fonctionnelle donne au texte la signification qui lui permettra de remplir la fonction qu'on lui attribue. Une variété de l'interprétation fonctionnelle est l'interprétation téléologique, qui se fonde sur le but poursuivi par le législateur.

En réalité, les diverses catégories se chevauchent. C'est ainsi que l'on peut déterminer la fonction du texte à l'aide d'arguments tirés du langage employé ou encore du contexte systémique ou bien la volonté du législateur d'employer les mots dans leur sens ordinaire ou dans leur sens technique à l'aide d'arguments systémiques. D'autre part, chacune de ces méthodes, à l'exclusion bien sûr de la méthode génétique, peut viser à découvrir aussi bien l'intention de l'auteur originaire du texte qu'un sens objectif, indépendant de cette intention. Ainsi, par l'interprétation sémiotique, on peut rechercher le sens des mots soit au moment où ils ont été écrits, soit au moment où ils sont interprétés. De même, au moyen de l'interprétation fonctionnelle, on peut rechercher soit

le sens de l'énoncé pour qu'il remplisse la fonction que lui assignait l'auteur du texte, soit celle qu'il devrait avoir pour produire des effets optimaux dans la société contemporaine.

La recherche de l'intention de l'auteur ou l'indifférence à cette intention correspondent à des préférences idéologiques. Ainsi, aux États-Unis, ceux qui veulent interpréter la constitution conformément à l'intention de ses auteurs, les originalistes, sont des conservateurs. Si, en effet, on donne aux mots le sens qu'ils avaient au xviii^e siècle, un certain nombre de règles et de politiques, que les conservateurs combattent, doivent être considérées comme non autorisées par la constitution, par exemple les discriminations positives (affirmative action). Leur principal argument est qu'une Cour constitutionnelle, qui n'est pas élue et n'est pas investie du pouvoir constituant, ne dispose d'aucune légitimité pour appliquer une constitution différente de celle qu'ont voulue ses rédacteurs. Leurs adversaires, les interpretivists, sont des libéraux. Ils font valoir que, dans une démocratie, le peuple d'aujourd'hui ne doit pas être soumis au peuple d'hier et que la constitution doit être interprétée non comme une norme figée il y a deux siècles, mais comme une norme vivante.

On comprend que les méthodes d'interprétation ne peuvent conduire à un résultat unique et certain, pour la simple raison qu'il n'y a pas de sens véritable et

qu'elles donnent des résultats différents selon la manière dont on hiérarchise les arguments. L'existence de ces méthodes ne remet donc pas en cause, mais confirme au contraire la liberté de l'interprète.

3. L'objet de l'interprétation

On admet le plus souvent que l'interprétation porte sur des normes. En réalité, cette idée n'est pas acceptable et doit être rejetée. Elle repose en effet sur une confusion entre, d'une part, un texte (ou, plus précisément, un fragment de texte, un énoncé) et, d'autre part, une norme. La norme n'est que la signification prescriptive d'un énoncé. Dire qu'un texte peut avoir plusieurs significations, c'est affirmer qu'il peut exprimer plusieurs normes. Par exemple, l'article 11 de la Constitution française de 1958 signifie ou bien qu'il est permis de soumettre directement au référendum un projet de révision constitutionnelle ou bien que c'est interdit. Mais, si elle est une signification, la norme ne peut être interprétée, car une signification ne peut avoir de signification. L'interprétation ne peut donc porter que sur un énoncé, et elle consiste à déterminer la norme qu'il exprime. L'idée formulée plus haut que, avant l'interprétation, il n'y a pas de signification, peut donc être retraduite dans les termes suivants : avant l'interprétation, il n'y a pas de norme, mais un simple texte.

Mais on n'interprète pas seulement un énoncé pour en déterminer le contenu, à savoir ce qu'il prescrit, mais aussi pour déterminer son statut. Ainsi, avant de savoir ce que prescrit une Déclaration des droits, si elle autorise ou non le législateur à limiter la liberté d'association ou le droit à l'avortement, il importe de déterminer si elle possède une valeur juridique – autrement dit, si elle contient des normes juridiquement obligatoires et, dans l'affirmative, à l'égard de quels destinataires. On sait que le Conseil constitutionnel a décidé en 1971 que le Préambule de la Constitution et la Déclaration des droits à laquelle il renvoyait étaient obligatoires pour le législateur. C'est donc la volonté du juge qui a conféré à cet énoncé une valeur constitutionnelle.

Il faut encore souligner que l'interprétation peut aussi porter sur des faits, et cela, dans deux cas différents. Si la loi ordonne un comportement q dans l'hypothèse où tel fait p se produirait, on doit nécessairement, avant d'adopter le comportement prescrit, déterminer si le fait s'est produit. Ainsi, avant de prononcer la peine prévue pour un certain crime, le tribunal doit déterminer si ce crime a bien été commis. Or, cette détermination n'est pas la simple constatation d'un fait empirique, mais une véritable décision. Il peut arriver que, contre toute évidence, le tribunal décide que le crime n'a jamais eu lieu. C'est ce qui se produit parfois lorsqu'un jury souhaite éviter qu'une personne ayant

accompli un acte d'euthanasie soit condamnée pour meurtre. Dès lors que cette décision ne peut être légalement contestée, c'est elle qui produit des effets juridiques, quelle que soit la réalité empirique.

Mais l'interprétation ne porte pas seulement sur l'existence matérielle des faits. Elle prend aussi la forme de la qualification juridique. Il s'agit de l'opération par laquelle un fait est subsumé sous une catégorie. Ainsi, même si le prévenu s'est bien emparé d'un objet qui ne lui appartenait pas, ce geste peut ou non être considéré comme un vol. La qualification juridique constitue une interprétation du fait et présente une grande similitude avec l'interprétation de l'énoncé. Dans l'exemple précédent, le tribunal peut choisir ou bien d'interpréter l'énoncé en donnant une définition générale du vol, telle que l'acte du prévenu sera considéré ou non comme un vol, ou bien qualifier l'acte concret, sans se référer à une définition préalable. La première solution lui permet de produire une norme générale (tous les comportements définis par le juge comme vols seront punis des peines prévues pour le vol). La seconde, qui ne vaut que pour le cas d'espèce, lui évite d'avoir à formuler une définition difficile et qui le lierait lui-même. Qu'on songe par exemple à l'invocation du rôle du bon père de famille ou encore à la référence aux bonnes mœurs, qu'on désigne par le mot de « standard ».

4. L'auteur de l'interprétation

Si l'interprétation authentique est seulement celle à laquelle l'ordre juridique attache des effets, c'est-à-dire celle qui ne peut être contestée et qui s'incorpore à ce texte, alors on doit considérer comme interprète authentique toute autorité compétente pour donner cette interprétation.

Il s'agit naturellement, tout d'abord, des juridictions suprêmes. Mais il y a bien d'autres autorités ayant la compétence pour donner des interprétations authentiques : celles qui, bien que non juridictionnelles, peuvent donner une interprétation qui serait incontestable devant une juridiction quelconque. La Constitution française de 1958 en offre quelques exemples : ainsi, le président de la République interprète seul les termes de l'article 16 et décide ce que signifient les expressions « menace grave et immédiate » ou « interruption dans le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ». On peut d'ailleurs noter que l'interprétation peut porter soit sur la définition de ces expressions, soit sur la qualification des circonstances de fait. On remarque aussi que l'interprétation authentique donnée par une autorité non juridictionnelle est si bien une décision qu'elle peut être parfois interprétée par une autre autorité comme criminelle. Tel est bien le cas de l'article 16 de la Constitution de 1958 : la mise en œuvre des pouvoirs

de crise par un président qui se fonderait sur une interprétation de l'article 16 pourrait être considérée par le Parlement comme constitutive du crime de haute trahison. Si le premier prend sa décision en considérant la possible décision du second, l'interprétation authentique est une activité exercée en commun et son produit est le résultat d'un rapport de forces entre autorités compétentes.

5. Le pouvoir de l'interprète

La théorie de l'interprétation comme activité de découverte d'une signification cachée est étroitement liée à l'idée que le juge n'exerce et ne doit exercer aucun pouvoir. Il se borne à énoncer un syllogisme, dont la prémisse majeure est la loi et la prémisse mineure le fait. Lorsque l'énoncé de la loi est clair, il n'y a pas lieu d'interpréter, et lorsqu'il n'est pas clair, l'interprétation consiste seulement à découvrir, à l'aide de méthodes sûres, une signification cachée, mais néanmoins présente dans l'énoncé. Cette théorie est présupposée par les doctrines de la séparation des pouvoirs et de l'État de droit.

En revanche, l'idée que l'interprétation est un acte de volonté conduit à reconnaître au juge, et plus généralement à tout interprète, un pouvoir considérable. En effet, si interpréter, c'est déterminer la signification d'un texte, et si cette signification n'est

pas autre chose que la norme exprimée par le texte, c'est l'interprète qui détermine la norme. Celle-ci n'est pas réellement posée par l'auteur du texte interprété, le législateur par exemple, mais par l'interprète authentique. C'est pourquoi il résulte de la théorie réaliste classique que le véritable législateur n'est pas le Parlement, mais l'interprète de la loi, par exemple une cour souveraine. Prolongeant le raisonnement, on pourrait dire que le véritable constituant n'est pas l'auteur de la constitution initiale, mais la Cour constitutionnelle.

En réalité, ces conclusions doivent être nuancées et le pouvoir de l'interprète est à la fois plus étendu et plus limité. Il est plus étendu pour trois raisons. Il faut remarquer tout d'abord qu'il s'exerce à la fois sur la majeure et sur la mineure du syllogisme. Par exemple, une Cour constitutionnelle interprète le texte de la constitution et détermine la norme constitutionnelle, mais elle interprète également le texte de la loi qui lui est soumise et elle peut édicter la norme législative. D'autre part, comme les textes sont censés avoir eu dès l'origine la signification qui leur est attribuée par l'interprétation, celle-ci est rétroactive. Mais c'est surtout pour la troisième raison que le pouvoir de certains interprètes est si considérable. Parmi les énoncés qu'une Cour constitutionnelle doit interpréter, il y a ceux qui délimitent sa compétence. En interprétant ces énoncés, la Cour est en mesure de

déterminer ses propres compétences, le plus souvent pour les étendre. C'est ce qu'ont fait par exemple la Cour suprême des États-Unis, quand, en 1803, elle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois, ou le Conseil constitutionnel français en 1971, quand il a décidé d'exercer son contrôle par rapport au Préambule de la Constitution et aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Mais, d'un autre côté, le pouvoir de l'interprète apparaît comme limité par plusieurs facteurs. La première limite n'est pas rencontrée par tous les interprètes. Il s'agit de l'impossibilité, pour une juridiction, de se saisir elle-même. Cette limite existe pour le Conseil constitutionnel français. Par contre, pour les juridictions qui statuent sur des recours très largement ouverts, comme le Conseil d'État ou certaines cours constitutionnelles étrangères, la probabilité d'une saisine à propos d'une question quelconque est très grande, ce qui revient à une autosaisine. Une deuxième limite tient au caractère collectif de l'interprétation, qui résulte d'un rapport de forces. Ainsi, l'interprétation donnée par une Cour constitutionnelle d'une disposition de la constitution peut être renversée par une loi de révision. Une troisième limite est propre aux juridictions. L'interprétation donnée par une juridiction inférieure est susceptible d'être contrôlée et renversée par une

juridiction supérieure. Elle sera donc, le plus souvent, conforme à l'interprétation déjà donnée ou susceptible d'être donnée par la juridiction supérieure. Quant aux juridictions suprêmes, elles peuvent sans doute donner à un texte n'importe quelle signification, puisque, quel que soit son contenu, celle-ci ne pourra être juridiquement contestée, c'est-à-dire qu'elle sera valide et produira des effets en droit. Ces juridictions pourraient de même modifier à l'occasion de chaque application l'interprétation qu'elles donnent d'un même énoncé. On constate cependant qu'elles donnent des interprétations constantes – en d'autres termes, que les revirements de jurisprudence sont assez rares – et cohérentes, c'est-à-dire qu'elles tiennent compte, dans l'interprétation d'un énoncé, de celle qu'elles ont donnée d'autres énoncés.

Les partisans de la thèse de l'interprétation-connaissance y voient la preuve que ces cours ne sont pas juridiquement libres et qu'elles ne font que se conformer à une obligation de donner au texte son sens véritable. En réalité, un tel sens n'existe pas et le comportement des cours s'explique autrement : les normes qu'elles produisent sont générales, c'est-à-dire qu'elles visent à régler le comportement d'un nombre indéterminé de sujets. Ceux-ci ne peuvent s'y conformer que s'ils pensent que la norme qui leur sera appliquée sera la même que celle qui a été produite par l'interprétation donnée par la juridiction suprême.

Si celle-ci agissait par caprices, nul ne pourrait connaître la norme applicable. Dès lors qu'elle entend exercer un pouvoir réel et régir par des règles des catégories de comportements, elle est donc contrainte à la cohérence et à la constance. Il n'y a là aucune obligation juridique, mais seulement le produit de la situation dans laquelle elle se trouve et qui la contraint à faire le choix rationnel de la cohérence. Elle est juridiquement libre, mais socialement déterminée.

II. La logique

On pose souvent au juriste une question d'une apparente simplicité : Le droit et le raisonnement juridique obéissent-ils à la logique et, si oui, s'agit-il d'une logique spécifique ou de la même logique qui sous-tend le raisonnement dans d'autres domaines de l'activité humaine ? Les choses sont en réalité fort complexes, en raison non seulement de la polysémie de termes comme « droit » ou « logique », mais aussi de la variété des théories relatives au droit, à la logique ou à la science. Il faut donc introduire quelques distinctions.

D'abord, selon les niveaux de discours, puisqu'on peut entendre par « droit » le droit positif ou le système juridique, la science du droit ou encore la « dogmatique juridique ». Ensuite, si le droit, dans l'un

des sens de ce mot, obéit à la logique, s'agit-il de la logique formelle ou d'une autre logique, qui puiserait son inspiration dans les anciennes théories de la controverse dialectique ?

Faute de pouvoir traiter de la totalité des questions posées par les rapports du droit et de la logique, on stipulera ici que le droit est le système des normes en vigueur et que la logique dont il est question est la logique formelle.

La difficulté essentielle dans l'examen des rapports du droit et de la logique provient de ce que la logique ne porte que sur des énoncés vrais, alors que les normes ne sont pas susceptibles d'être vraies ou fausses. Il existe alors deux séries de problèmes, qui ne sont pas toujours suffisamment distingués. Les premiers concernent seulement la logique : comment concevoir une logique relative à des énoncés qui ne sont pas susceptibles d'être vrais ou faux ? La seconde série de problèmes concerne le droit lui-même : en admettant même qu'il soit possible de concevoir une logique applicable au droit, est-il vrai que le droit positif soit gouverné par la logique ?

1. Le problème logique

Il existe, depuis quelques décennies, des systèmes de logique dite « déontique », c'est-à-dire une logique

qui porte sur des énoncés comportant des opérateurs déontiques (obligatoire, interdit, permis). Mais il convient d'évoquer tout d'abord un problème métalogue, qui tient au fait que la logique classique (aléthique) traite de relations entre propositions, qui décrivent une réalité et qui sont susceptibles d'être vraies ou fausses, tandis que le droit est composé de normes, dont on admet en général qu'elles ne sont ni vraies ni fausses. Deux exemples permettent de mettre cette difficulté en lumière.

D'abord, l'inférence déductive. Dans la logique classique, on dérive à partir de propositions tenues pour vraies une nouvelle proposition, qui sera nécessairement vraie elle aussi. Ainsi, au moyen du syllogisme, dit théorique (parce qu'il a pour objet la connaissance) : s'il est vrai que tous les hommes sont mortels et que Socrate est un homme, alors il est vrai que Socrate est mortel. Mais peut-on dériver de la même façon une norme nouvelle à partir de normes existantes, par exemple au moyen d'un syllogisme pratique ? À partir de tous les voleurs doivent être punis, qui n'est ni vrai ni faux, parce que c'est un impératif, peut-on inférer un autre impératif : Dupont, le voleur, doit être puni ?

L'autre exemple concerne la contradiction. La logique classique appelle « contradiction » un rapport entre deux propositions, qui ne peuvent être vraies toutes les

deux : si l'une est vraie, l'autre est fausse. Ainsi, le ciel est bleu et le ciel n'est pas bleu ne peuvent être vraies simultanément. Mais peut-on dire de la même manière qu'il existe une contradiction entre normes, une antinomie, par exemple entre il est interdit de fumer et il est obligatoire de fumer, si elles ne peuvent être vraies ou fausses ?

En présence de cette difficulté, trois positions sont possibles.

On peut, d'abord, tout simplement contester la possibilité même d'une logique des normes. Ainsi, Kelsen, à la fin de sa vie, faisait valoir notamment qu'une norme exprime la volonté de celui qui l'énonce. Or, la volonté est un fait et les relations entre les faits ne sont pas des relations logiques. D'un autre côté, il est impossible de transposer aux normes les relations entre propositions qu'on trouve dans le syllogisme pratique. Dire que tous les hommes sont mortels, c'est parler de tous les hommes, y compris de Socrate. Donc, la proposition Socrate est mortel est vraie parce qu'elle est déjà contenue dans la proposition générale tous les hommes sont mortels. En revanche, la norme tous les voleurs doivent être punis exprime la volonté du législateur. Or, celui-ci ne veut que pour l'avenir. Lorsqu'il forme un énoncé général et abstrait, il ne peut englober le voleur Dupont, qu'il ne connaît pas. Vouloir que tous les

voleurs soient punis n'est pas vouloir que le voleur Dupont soit puni.

À cet argument, on oppose une objection classique : la logique ne se confond pas avec des processus mentaux, c'est-à-dire qu'elle ne travaille pas avec la signification que des hommes concrets attribuent à des expressions linguistiques, mais avec le contenu sémantique de ces expressions. Il est tout à fait possible de faire le raisonnement suivant, à partir d'une prémisse invraisemblable : Tous les hommes sont immortels, Socrate est un homme ; donc Socrate est immortel. Il reste que c'est la conclusion Socrate est immortel qui est contenue dans la proposition générale tous les hommes sont immortels, même si l'on ne pense pas que les hommes sont immortels et même si l'on ne connaît pas l'existence de Socrate. C'est pourquoi ce que veut réellement le législateur importe peu. S'il a ordonné tous les voleurs doivent être punis, qu'il ait ou non pensé à Dupont, la formule tous les voleurs englobe nécessairement Dupont.

Cette objection ne détruit toutefois pas l'argument, car si l'inférence déductive est valide, comment comprendre qu'elle le soit ? Qu'a-t-on pu inférer, si ce n'est la vérité ?

La seconde possibilité est de considérer qu'une logique des normes est possible, soit parce qu'on

estime que les normes sont malgré tout susceptibles d'être vraies ou fausses, soit parce qu'elles posséderaient une qualité équivalente. Ainsi, certains soutiennent que les normes sont vraies ou fausses et qu'il est erroné de les assimiler à des impératifs. S'il est absurde de répliquer c'est faux au commandement punissez les voleurs, il ne l'est pas de dire « il est vrai (ou il est faux) que les voleurs doivent être punis » (Kalinowski, 1969).

Cependant, cette position n'est guère tenable, parce que l'expression les voleurs doivent être punis possède en réalité une double signification. D'une part, il peut s'agir d'une proposition de droit, qui décrit l'existence d'une norme, selon laquelle les voleurs doivent être punis. Elle peut bien être vraie ou fausse, parce qu'elle n'est pas une norme, mais une proposition sur une norme. Elle est vraie si par exemple, dans le droit positif français que je prétends décrire, il existe bien une norme ayant ce contenu. Mais elle peut aussi exprimer la volonté du législateur. Elle possède alors la signification d'une norme et elle est tout à fait équivalente au commandement : Punissez les voleurs. Elle n'est alors ni vraie ni fausse.

Mais on peut aussi estimer que, si les normes ne sont ni vraies ni fausses, elles possèdent une qualité analogue : elles sont valides ou non. Une norme valide est une norme qui appartient au système juridique et

qui doit être obéie. Ainsi, la sentence émise par le tribunal Dupont le voleur doit purger une peine de prison de six mois est une norme valide si et seulement si elle a été correctement déduite d'une norme générale tous les voleurs doivent être punis de six mois de prison. Elle n'est pas valide dans le cas contraire.

Cette thèse n'est pourtant pas plus acceptable que la précédente pour deux raisons : la première est que la validité n'est pas une qualité de la norme comme la vérité peut être la qualité d'une proposition. Une norme est en effet la signification d'un énoncé qui appartient à un système juridique et cette appartenance est précisément ce que l'on appelle « validité ». Il en résulte qu'une norme qui ne serait pas valide ne serait pas du tout une norme, tandis qu'une proposition fautive reste une proposition. Selon une formule de Kelsen, la validité est le mode d'existence des normes. La seconde raison est que l'existence des normes, comme on le verra plus loin, ne dépend pas de leurs relations logiques avec d'autres normes, mais de certains faits empiriques.

Il reste donc une troisième voie : faire porter la logique des normes sur un langage descriptif et non prescriptif. Il y a plusieurs tentatives en ce sens. Selon la plus importante, cette logique porterait non sur les normes, mais sur des énoncés sur les normes ou des

propositions de droit. Celles-ci sont bien en effet susceptibles d'être vraies ou fausses. Ainsi, on a pensé résoudre le problème de la définition de l'antinomie en la présentant comme une contradiction entre deux propositions sur des normes. Si la norme il est interdit de fumer n'est pas contradictoire avec la norme il est interdit de ne pas fumer (équivalent à il est obligatoire de fumer), la proposition il existe une norme selon laquelle il est interdit de fumer est contradictoire avec il existe une norme selon laquelle il est interdit de ne pas fumer.

Mais cette troisième voie échoue elle aussi, parce que les deux propositions ne sont contradictoires que si les deux normes ne peuvent exister en même temps. Or, il est tout à fait possible qu'un législateur peu soucieux de cohérence ou pervers ordonne successivement – ou même simultanément – qu'on fume et qu'on ne fume pas.

On est donc aujourd'hui en présence d'une logique déontique, dont on est bien en peine de déterminer l'objet. Au point que l'un des fondateurs de cette logique, Von Wright a plusieurs fois changé de position, passant de la deuxième à la troisième, puis à la première, pour en arriver à penser que « [la logique déontique] n'est ni une logique des normes, ni une logique des énoncés sur les normes mais l'étude des conditions auxquelles il faut satisfaire dans une activité

de création rationnelle des normes » [\[1\]](#).

Toute la question est alors de savoir si cette logique peut aider à la connaissance du réel, c'est-à-dire si elle informe sur le droit lui-même. La logique déontique est-elle une logique juridique ?

2. Problème de la théorie du droit

Cette deuxième question doit être comprise comme radicalement différente de la première. Il ne s'agit plus de savoir si une logique déontique est possible, ni de déterminer son objet, mais si le système juridique fonctionne et si les juristes raisonnent conformément à cette logique. Le problème est à peine moins complexe, comme on peut s'en rendre compte à travers l'évolution de la pensée de Kelsen.

On sait que son apport à la théorie du droit est d'avoir mis en évidence la structure hiérarchique du système juridique. Chacune des normes qui le composent n'est une norme, n'appartient au système que parce qu'elle a été prise conformément à une norme supérieure et plus générale. Chaque norme apparaît donc comme la concrétisation d'une norme supérieure et tout se passe comme si elle avait été déduite de cette norme supérieure. En raison de ce schéma, Kelsen a donc pensé, dans un premier temps, que le droit obéissait à la logique.

Lorsqu'il s'est heurté à l'objection que la logique traitait de relations entre propositions descriptives, il a admis qu'elle ne pouvait pas s'appliquer directement aux normes, mais seulement indirectement. La possibilité d'une application indirecte résulte, selon lui, de la distinction entre le droit et la science du droit. La science du droit décrit le droit à l'aide de propositions de droit, c'est-à-dire d'énoncés sur les normes. Il rejoignait ainsi la solution, examinée plus haut : il existe une contradiction entre deux normes, si les propositions qui les décrivent sont contradictoires.

Mais, dans un troisième temps, Kelsen a fini par se rallier à la position selon laquelle la logique ne s'applique pas au droit. Cette troisième thèse, dite irrationaliste – non pas parce qu'elle se fonderait sur un refus de la raison, comme instrument de connaissance, mais parce qu'elle énonce que le droit est un produit de la volonté et non de la raison – repose sur plusieurs arguments.

Le plus important tient à la structure dynamique du système juridique (v. le chapitre III, « La structure du droit »).

Avec une hiérarchie statique, les normes ont un rapport de contenu à contenu : celui de la norme inférieure paraît déduit du contenu de la norme supérieure, comme dans l'exemple tous les voleurs

doivent être punis de six mois de prison, le voleur Dupont doit purger une peine de six mois de prison. La validité de la norme inférieure dépend donc de la validité de l'inférence.

Au contraire, dans un rapport dynamique, la norme supérieure se borne à prescrire à une autorité de produire une norme inférieure selon une certaine procédure, tout en lui laissant une discrétion plus ou moins grande quant au contenu à donner à cette norme inférieure. Ainsi, la constitution, qui se borne à prescrire le Parlement vote la loi, permet au Parlement de donner à la loi n'importe quel contenu, pourvu qu'il se prononce en respectant les règles de la procédure législative. La loi n'est pas déduite de la constitution, et elle est valide, quel que soit son contenu, dès lors qu'elle émane de l'autorité compétente.

Or, dans la dernière partie de l'œuvre de Kelsen, le droit est un système dynamique. Les normes juridiques sont valides, en raison non de leur contenu, mais de leur forme, c'est-à-dire de l'autorité dont elles émanent et de la procédure qui a permis leur adoption. Bien entendu, le rapport dynamique n'est en rien un rapport logique, parce qu'il est impossible, dans un système dynamique, d'inférer de la norme supérieure le contenu ou même l'existence de la norme inférieure. Connaissant la norme tous les voleurs doivent être punis de six mois de prison, on ne peut pas inférer le

voleur Dupont doit purger une peine de six mois de prison, parce que l'existence de cette norme dépend uniquement du fait qu'un tribunal prononce effectivement cette sentence. Il est tout à fait possible que le tribunal prononce en fait une sentence différente, par exemple le voleur Dupont doit purger une peine de sept mois de prison ou le voleur Dupont est acquitté. De telles sentences pourraient certes être contestées, s'il existe des procédures d'appel dans le système juridique considéré, mais, tant qu'elles ne sont pas annulées en appel, elles sont valides, parce qu'elles émanent d'une autorité compétente.

Autrement dit, à supposer qu'une logique des normes soit possible, il ne s'ensuit pas que les relations entre normes juridiques soient des relations logiques. Même si l'on admet par exemple que le syllogisme pratique est une inférence valide, on ne doit pas en conclure que la validité de la norme supérieure se transmet à la norme inférieure, comme la vérité des prémisses se transmet à la conclusion. Il ne faut pas confondre la validité de l'inférence avec l'inférence de la validité.

On reste toutefois confronté à la question : Le système logique que l'on appelle « logique déontique » peut-il être une science du réel, même si le droit ne lui obéit pas ? La réponse est contenue dans la phrase de Von Wright citée plus haut : « [La logique déontique] est l'étude des conditions auxquelles il faut

satisfaire dans une activité de création rationnelle des normes. » Il ne s'agit pas des conditions qui sont effectivement remplies dans le système juridique réel, mais de celles auxquelles il faut satisfaire pour que l'activité normatrice puisse être considérée comme rationnelle. La logique déontique n'est pas la description du mode de fonctionnement du droit, ni du mode de raisonnement des juristes. C'est un schéma idéal pour évaluer leur degré de rationalité. On rejoint alors une autre conception du droit et donc une autre manière de poser la question de savoir si le droit obéit à la logique.

Selon cette autre conception, développée notamment à l'époque contemporaine par Chaïm Perelman sous le nom de « nouvelle rhétorique », ce qu'il s'agit d'étudier n'est pas un ensemble de normes, mais les raisonnements des juristes praticiens, en particulier ceux par lesquels ils justifient leurs décisions. Ces raisonnements relèvent alors non de la logique formelle, mais d'une logique de l'argumentation. Cette logique ne vise pas la déduction à partir de prémisses, mais plutôt le choix des prémisses elles-mêmes. Elle ne cherche pas à établir les conditions de vérité des propositions, ni même de validité des normes, mais à décrire les moyens employés pour persuader.

C'est selon cette logique que fonctionne réellement, selon Perelman, le droit contemporain. Les juges ne

peuvent réellement statuer conformément à la théorie du syllogisme judiciaire, ni se contenter de rechercher une solution équitable, mais doivent trouver une solution raisonnable, c'est-à-dire conforme à la fois à la loi et à l'équité. L'argumentation part d'un certain nombre de points d'accord, d'une part des lieux communs, qui serviront de prémisses, comme les faits ou les valeurs qu'il convient de préserver, d'autre part les techniques argumentatives. Cependant, ces prémisses ne présentent aucun caractère objectif et le raisonnement n'est pas contraignant. Il permet seulement de parvenir à une décision socialement acceptable. Ainsi, le raisonnable ne se confond pas avec le rationnel et il peut y avoir plusieurs solutions raisonnables. C'est d'ailleurs ce que l'on constate lorsqu'un tribunal collégial prend une décision à la majorité.

À vrai dire, la thèse de Perelman présente un caractère tautologique. S'il peut soutenir que le droit et le raisonnement obéissent bien à la logique, mais à une logique différente de la logique formelle, c'est seulement parce qu'il a défini la logique juridique de telle manière qu'elle se confonde avec le mode de raisonnement et d'argumentation spécifiques des juristes. Il peut alors facilement conclure que le raisonnement des juristes se conforme au mode de raisonnement des juristes.

Derrière la discussion sur la logique dans le droit se profile en réalité, on l'aura deviné, le grand débat qui oppose les doctrines du droit naturel au positivisme juridique. La conclusion à laquelle on est parvenu semble conforter les thèses positivistes, puisqu'elle affirme que les normes sont valides non pas à cause de leur conformité à la raison, mais seulement parce qu'elles ont été posées par la volonté des autorités compétentes. On retrouve ainsi la maxime fameuse *auctoritas non veritas facit jus*... Cela étant, il est facile aux jusnaturalistes d'objecter que l'on n'est parvenu à cette conclusion que parce qu'il s'agissait en réalité d'un point de départ. L'irrationalisme ne prouve pas la vérité de la thèse positiviste. Il en découle. C'est parce qu'on estime que les normes sont valides en raison de la manière dont elles ont été posées, qu'on peut conclure qu'elles ne le sont pas à cause de leur conformité à la raison.

Autrement dit, la théorie sur le rôle de la logique dans le droit dépend d'une ontologie juridique, c'est-à-dire de la conception que l'on a du droit et des normes. Si l'on se représente les normes juridiques comme des entités idéales (conception hylétique), alors on peut concevoir qu'elles sont liées par des relations logiques. Si on les conçoit au contraire comme l'expression d'actes de volonté (conception expressive), c'est-à-dire comme des faits, il n'y a pas de relations logiques entre elles, parce qu'il n'y a de

relations logiques qu'entre des énoncés et pas entre des faits.

Mais comment choisir entre ces deux ontologies ? Si l'on veut éviter le débat métaphysique ou les actes de foi, on ne peut éviter de faire de ce choix une stipulation et la seule question devient alors de savoir quels sont les critères qui en définitive doivent le guider. À ce point, deux grandes thèses s'affrontent. Les uns persistent à vouloir une logique juridique et choisissent par conséquent l'ontologie hylétique, qui la rend possible. Les autres font valoir que la possibilité d'une logique n'est que l'une des questions qui se posent à la philosophie du droit. Une autre question, plus importante encore, est celle de la possibilité de construire une science du droit sur le modèle des sciences empiriques. Or, pour construire une telle science, il faut bien que l'on se représente le droit comme un ensemble de faits empiriques, c'est-à-dire que l'on considère les normes comme l'expression d'actes de volonté.

La question de savoir si le droit obéit ou non à la logique n'est donc pas une question empirique, à laquelle on pourrait simplement répondre en examinant le fonctionnement réel du système juridique. Elle dépend en définitive d'un choix ontologique, qui lui-même découle d'une option épistémologique. Ce qui est une autre façon de dire que le droit n'est pas

donné, mais construit par la théorie qui en traite.

Notes

[1] Georg Henrik Von Wright, op. cit.

Bibliographie

Dictionnaires et recueils de textes

Arnaud André-Jean(sous la dir.)Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, Igdj, 2^e éd., 1993.

Goyard-Fabre Simone et Sève René, Les Grandes Questions de la philosophie du droit Paris, puf, 1986. (recueil de textes).

Grzegorzczyk Christophe et Michaut Françoise Troper Michel(sous la dir.)Le Positivisme juridique Paris, Igdj, 1993. (recueil de textes)

Rouvillois Frédéric, Le Droit Paris, Flammarion, 1999. (recueil de textes)

Ouvrages en langue française

Amselek Paul et Grzegorzczyk Christophe (sous la dir.)Controverses autour de l'ontologie du droit, Paris, puf, 1989.

Amselek Paul(sous la dir.)Interprétation et droit, Bruxelles, Bruylant, et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

Atias Christian, Philosophie du droit, Paris, puf, 1999.

Béchillon Denys de, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, Paris, Economica, 1996.

Billier Jean Cassien et Maryoli Aglaé, Histoire de la

philosophie du droit, Paris, A. Colin, 2001.

Bobbio Norberto, Essais de théorie du droit tr. fr., Préface de Riccardo Guastini, Paris, Igdj, 1998.

Dworkin Ronald, L'Empire du droit tr. fr., Paris, puf, 1994.

–, Prendre les droits au sérieux, Paris, puf, 1996.

Frydman B. et Haarscher G., Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2002.

Habermas Jürgen, Droit et démocratie : entre faits et normes tr. fr., Paris, Gallimard, 1997.

Hart Herbert, Le Concept de droit tr. fr., Bruxelles, fusl, 1994.

Jestaz Philippe, Le Droit, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2012.

Kalinowski Georges, Querelle de la science normative, une contribution à la théorie de la science, Paris, Igdj, 1969.

Kelsen Hans, Théorie générale du droit et de l'État (1^{re} publ. 1945), tr. fr., Paris, Igdj, 1997.

–, Théorie pure du droit 2^e éd., (1^{re} publ. 1960), tr. fr., Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 ; rééd. Igdj, 1999.

MacCormick Neil et Weinberger Ota, Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique tr. fr., Paris, Igdj, 1992.

Mathieu-Izorche Marie-Laure, Le Raisonnement juridique, Paris, puf, 2001.

Millard Éric, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 2006.

Renaut Alain et Sosoe Lucas, Philosophie du droit,

Paris, puf, 1991.

Perelman Chaim, Droit, morale et philosophie, Paris, Igdj, 1968.

Ross Alf, Introduction à l'empirisme juridique tr. fr., Paris, Igdj, 2002.

Terré François, Le Droit, Paris, Flammarion, 1999.

Troper Michel, Pour une théorie juridique de l'État, Paris, puf, 1994.

Troper Michel, La Théorie du droit, le droit, l'État, Paris, puf, 2001.

Villa Vittorio, La Science du droit tr. fr., Paris, Igdj, 1991.

Villey Michel, La Formation de la pensée juridique moderne, Paris, Montchrestien, 1968.

–, Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2 vol., 1984.

Ouvrages en langues étrangères

Atienza Manuel, Introduccion al Derecho, Barcelona, Barcanova, 1985.

Barberis Mauro, Introduzione allo Studio della Filosofia del Diritto, Bologna, Il Mulino, 1993.

Cotterrell Roger, The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy, London, Butterworths, 1989.

Finch John D., Introduction to Legal Theory, London, Sweet & Maxwell, 1970.

Golding Martin, Philosophy of Law , Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1975.

Guastini Riccardo, Dalle Fonti alle norme, (1990), Torino, Giappichelli, 2^e éd., 1992.

Herget James, Contemporary German Legal Philosophy, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996.

Nino Carlos, Introduccion al analisis del derecho Barcelona, ariel, 1994, trad. ital. : Introduzione all'analisi del diritto, Torino, Giappichelli, 1996.

Patterson Dennis(éd.)A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Oxford, Blackwell, 1996.

Seelman Kurt, Rechtsphilosophie, München, Beck, 1994.

Van Hoecke Mark, What is Legal Theory, Leuven, Acco, 1985.