

Revus est la première revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit en Europe du Sud-Est. Elle fournit un lieu d'échange unique entre juristes, en publiant des contributions dans différentes langues. L'un de ses objectifs est d'établir ainsi des passerelles entre les juristes académiques de la région, et entre ceux-ci et les juristes d'autres régions du monde.

La revue est publiée avec le soutien de l'Agence Slovène pour la Recherche (ARRS). Elle couvre un champ très large, autour des fondements de nos cultures juridiques : droit constitutionnel, droit international public, théorie et philosophie du droit, droits fondamentaux, État de droit et démocratie. La rédaction de Revus encourage des propositions d'articles qui témoignent d'une réflexion théorique et aussi de perspectives comparatistes.

Le contenu de la revue est indexé dans Dialnet (Universidad de la Rioja), HeinOnline (Wm. S. Hein & Co.), Legal Source (EBSCO Publishing), Revues.org (Cléo) et Scopus (Elsevier).

Ce volume est publié avec l'aide de l'UMR CNRS 7074, Centre de Théorie et Analyse du Droit de l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense.



Cenai Prix: 29,00 €

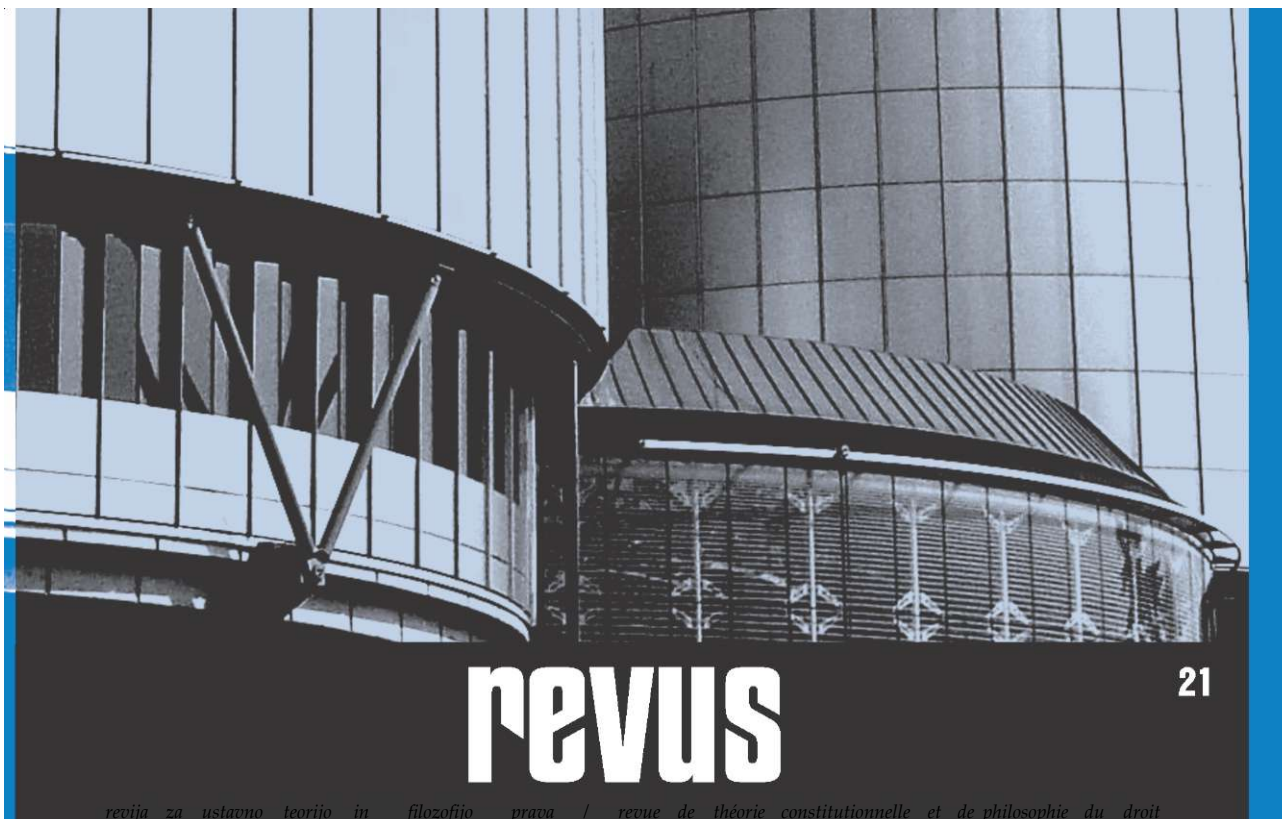


L'expression « hiérarchie des normes » fait sans aucun doute partie des fétiches des juristes. Introduite par la science du droit et indissolublement liée à Kelsen, l'expression est, depuis, passée dans le langage ordinaire des juristes au point que certains en sont venus à croire qu'elle désigne une réalité objective, une sorte de nature du droit voire d'essence de la juridicité. Or, comme les textes dans ce volume permettent de le montrer, l'expression « hiérarchie des normes » est bien plus ambiguë qu'on ne le croit et les usages qui peuvent en être faits sont très divers. Elle est en effet susceptible d'être utilisée pour désigner une théorie de l'ordre juridique mais peut aussi servir comme argument dans un processus de justification.

Les contributions ici réunies soulignent la grande difficulté méthodologique à laquelle tout juriste doit faire face lorsqu'il est confronté au concept de hiérarchie des normes : faire la part entre l'usage descriptif ou cognitif et l'usage argumentatif ou justificatif de l'idée que les normes juridiques s'inscrivent dans une hiérarchie et qu'elles sont précisément juridiques non parce qu'elles réaffirment une quelconque hiérarchie de valeurs mais parce que leurs auteurs parviennent à établir qu'ils n'en sont que les acteurs, au sens de Hobbes : leurs paroles ne sont pas l'expression de leur volonté mais celle d'une entité qui les dépassent. Et ainsi fonctionne un système juridique : par imputation successive d'une volonté à un autre que soi dont on affirme qu'il nous est supérieur et que nous lui devons obéissance.

Réunissant quelques uns des meilleurs spécialistes de la théorie générale du droit, ce volume espère fournir quelques clefs de compréhension de la construction d'un ordre juridique.

Publié sous la direction de Pierre Brunet et Eric Millard avec la collaboration de Jeremy Mercier (doctorant à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense).



Pierre Brunet, Eric Millard & Jérémy Mercier (dir.)

LA FABRIQUE DE L'ORDRE JURIDIQUE

Les juristes et la hiérarchie des normes

**Pierre Brunet / Francesco Di Donato / Rafael Encinas de Munagorri / Riccardo Guastini
Massimo La Torre / Eric Millard / Raphael Paour / Luca Parisoli / Stanley Paulson / Guillaume Tusseau**

Pierre Brunet est professeur de droit public à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense, directeur de l'UMR CNRS 7074, Centre de Théorie et Analyse du Droit, et membre de l'Institut Universitaire de France.

Francesco Di Donato est professeur ordinaire d'histoire du droit et des institutions politiques à la Faculté de droit de l'Université "Parthenope" de Naples.

Rafael Encinas de Munagorri est professeur de droit privé à l'Université de Nantes, et membre de l'UMR CNRS 6297, Droit et changement social.

Riccardo Guastini est professeur de théorie du droit à l'Université de Gênes, et directeur du Département de culture juridique Giovanni Tarello.

Massimo La Torre est professeur de théorie du droit à la Faculté de droit de Catanzaro (Italie) et à l'Ecole de droit de l'Université de Hull (Royaume-Uni).

Eric Millard est professeur de droit public à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense, et membre de l'UMR CNRS 7074, Centre de Théorie et Analyse du Droit.

Raphael Paour est doctorant à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, et membre de l'UMR CNRS 7074, Centre de Théorie et Analyse du Droit.

Luca Parisoli est professeur associé de philosophie du droit à l'Université de Calabre.

Stanley Paulson est professeur émérite de théorie du droit à l'Ecole de droit de l'Université de Washington et titulaire de la chaire William Gardiner Hammond.

Guillaume Tusseau est professeur de droit public à l'Ecole de droit de Sciences Po Paris, et membre de l'Institut Universitaire de France.

Revija Revus je vključena v mednarodne znanstvene baze / *Revus is indexed in:*
Dialnet (Universidad de la Rioja), HeinOnline (Wm. S. Hein & Co.), Legal Source (EBSCO Publishing),
Revues.org (Cléo), Scopus (Elsevier)

Izdajo revije je denarno podprla Agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.
The journal is published with support from the Slovenian Research Agency (ARRS).

journal for constitutional theory and philosophy of law

revus

revija za ustavno teorijo in filozofijo prava • številka 21 • 2013

urednika / editors • Luka Burazin in Andrej Kristan (glavni / *Editor-in-Chief*)

pomočnik urednika / editorial assistant • Matija Žgur

uredniški svet / advisory board • Robert Alexy, Manuel Atienza, Lidija Basta Fleiner, Petar Bojanić, Bartosz Brożek, Eugenio Bulygin, Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini, Kenneth Himma, Eric Millard, François Ost, Marijan Pavčnik, Ciril Ribičič, Branko Smerdel, Andraž Teršek, Michel Troper, Jan Wolenski, Boštjan M. Zupančič

znanstveni svet / scientific committee • Matej Avbelj, Bojan Bugarič, Karine Caunes, Bruno Celano, Paolo Comanducci, Luis Duarte d'Almeida, Franc Grad, Giulio Itzcovich, András Jakab, Rudi Kocjančič, Rajko Knez, Arne Mavčič, Marko Milanović, Luka Omladič, Giorgio Pino, Francesca Poggi, Juan Ruiz Manero, Vasilka Sancin, Dale Smith, Maja Smrkolj, Vojko Strahovnik, Antal Szerletics, Katja Šugman Stubbs, Dominika Švarc, Massimiliano Vignolo

ustanovitelja / founders • Ciril Ribičič in Andraž Teršek

naslova uredništva / addresses • andrej.kristan@revus.eu, lburazin@pravo.hr

izdajatelj / *issued by* • Klub Revus - Center za raziskovanje evropske ustavnosti in
demokracije ter Inštitut za ustavno pravo, Ljubljana

založnika / *publishers* • Klub Revus (predsednik Andrej Kristan) in
IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba, Ljubljana (direktorja mag. Tomaž Iskra, Boštjan Koritnik)

jezikovni pregled / *language check* • avtorji in Aeddan Shaw (angleška besedila)

oblikovanje naslovnice / *cover design* • Anka Štular

fotografija na naslovnici / *cover photography* • Ciril Ribičič

oblikovanje / *design* • Robert Škodlar

prelom / *DTP* • Anja Tavčar

tisk / *printed by* • VB&S, d.o.o., Ljubljana

naklada / *circulation* » 4 0 0

naročila / *subscription* • klub@revus.eu ali www.revus.eu ali
Klub Revus, Partizanska cesta 6, SI4000 Kranj, Slovenija

ISSN 1581-7652 (p/wf/tiskana izdaja)

ISSN 1855-7112 (electronic/spletna izdaja)

Pierre Brunet, Eric Millard et Jérémy Mercier (dir.)

LA FABRIQUE DE L'ORDRE JURIDIQUE
Les juristes et la hiérarchie des normes

journal for constitutional theory and philosophy of law

The logo for the journal 'revus' is displayed in a bold, white, sans-serif font. The letters are slightly stylized, with the 'r' and 'v' having unique shapes. The logo is centered within a dark gray rectangular area.

revija za ustavno teorijo in filozofijo prava
revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit

Ljubljana, 2013

revus

CIP - Kataložni zapis o publikaciji
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

340.13(082)

La FABRIQUE de l'ordre juridique : les juristes et la hiérarchie des
normes / Pierre Brunet ... [et al.] ; Pierre Brunet, Eric Millard & Jérémy
Mercier (dir.). - Ljubljana : Klub Revus : IUS Software, 2014. - (Revus :
revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, ISSN 1581-7652 ; 21)

ISBN 978-961-247-274-0 (IUS Software)

1. Brunet, Pierre
272415232

TABLE DES MATIÈRES

Dans ce volume, il y a des textes en français, en anglais et en italien.
Pour les résumés en anglais, voir les pages 293-303.

Pierre Brunet

- 5 Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ?

Stanley L. Paulson

- 11 Ce que nous apprend la *Stufenbaulehre* sur le concept de droit de Kelsen

Stanley L. Paulson

- 29 How Merkl's *Stufenbaulehre* Informs Kelsen's Concept of Law

Riccardo Guastini

- 47 Lex superior
Pour une théorie des hiérarchies normatives

Riccardo Guastini

- 57 Gerarchie normativa

Rafael Encinas de Munagorri

- 71 Droit international privé et hiérarchie des normes

Guillaume Tusseau

- 91** Sur le métalangage du comparatiste
De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste

Massimo La Torre

- 117** Le modèle hiérarchique et le *Concept de droit* de Hart

Massimo La Torre

- 141** The Hierarchical Model and H. L. A. Hart's
Concept of Law

Éric Millard

- 163** La hiérarchie des normes
Une critique sur un fondement empiriste

Raphael Paour

- 201** Les contraintes juridiques de la hiérarchie des
normes

Luca Parisoli

- 219** Une approche volontariste du droit naturel et de
la contradiction
Une façon de bâtir la notion de hiérarchie dans la pensée
latine médiévale

Francesco Di Donato

- 237** La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique,
social et institutionnel de l'Ancien Régime

Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ?

L'expression « hiérarchie des normes » fait sans aucun doute partie des fétiches des juristes. Introduite par la science du droit, l'expression est, depuis, passée dans le langage ordinaire des juristes au point que certains en sont venus à croire quelle désigne une réalité objective, une sorte de nature du droit voire d'essence de la juridicité. Or, comme les textes qu'on va lire permettent de le montrer, l'expression « hiérarchie des normes » est bien plus ambiguë qu'on ne le croit. Elle est susceptible d'être utilisée pour désigner tantôt une théorie, tantôt un argument juridique et parfois même les deux à la fois.

La théorie de la hiérarchie des normes est bien connue. Elle tient au fait que le droit organise et règle sa propre création de sorte que l'ordre juridique ne consiste pas en un ensemble de normes même coordonnées entre elles qui se situeraient toutes sur le même plan mais en un ensemble de normes entretenant entre elles un rapport de création/application : une norme est créée selon une procédure elle-même déterminée par une autre norme de sorte que la première norme sert de fondement de validité à une seconde norme. Si la validité de la seconde norme est fondée sur la validité de la première, on peut conclure que ces deux normes entretiennent entre elles un rapport hiérarchique. En d'autres termes, les normes qui règlent la création d'autres normes sont dites supérieures à celles-ci, lesquelles, à leur tour sont dites inférieures à celles-là.

Si elle est désormais indissolublement liée au nom de Kelsen, elle ne saurait lui être seulement imputable car elle doit énormément au travail pionnier de Merkl. Nul ne peut prétendre savoir si Kelsen serait parvenu à cette formalisation de la « double face » du droit, simultanément création et application, sans l'aide de Merkl. Il ne fait en revanche guère de doute que Kelsen a pu très vite mesurer la nécessité de sortir d'une représentation statique du droit pour rendre compte de sa dimension dynamique. Il reste que, comme Stanley Paulson le montre fort bien, il ne faudrait pas croire que le concept dynamique de norme ou d'ordre juridique s'oppose voire contredit le concept statique : les deux se complètent dans un « concept unique » qui reflète à la fois la contrainte propre au droit et l'acte de création que toute contrainte suppose et implique simultanément.

Ainsi, la contribution de Stanley Paulson nous permet-elle, indirectement et c'est une autre de ses vertus, de saisir l'ambivalence du terme « statique » que Kelsen utilise à la fois pour désigner les éléments composant tout ordre juridique (le sujet de droit, la sanction, la représentation...), et un certain mode de production du droit par déduction typique de la conception jusnaturaliste, dans lequel la volonté de celui qui pose les normes n'entre jamais en ligne de compte.

A cet égard, il est incontestable que l'opposition entre le statique et le dynamique pour ce qui concerne le mode de production des normes est certainement un des apports fondamentaux de la théorie de Kelsen et d'une richesse heuristique considérable. C'est bien cette théorie qui nous permet de comprendre le rôle considérable de la volonté en droit sans pour autant introduire dans la description de son objet des concepts empruntés au droit lui-même - tel celui d'obligation - ou à la sociologie - comme pour le concept d'autorité.

Mais de quelle « hiérarchie » parle-t-on et quel concept de hiérarchie utilise-t-on quand on parle de hiérarchie des normes ? Kelsen et Merkl envisageaient une hiérarchie formelle, celle qui existe entre les normes réglant la création du droit et le droit créé conformément à celles-ci. Il n'empêche que cette hiérarchie formelle a elle-même soulevé nombre d'objections dont celle, logique, selon laquelle Kelsen aurait confondu la validité de l'inférence logique d'une norme à une autre avec l'inférence de la validité juridique. Or, d'une part, la validité juridique d'une norme ne peut en aucun cas être « logiquement » inférée de la validité juridique de la norme supérieure et d'autre part, l'inférence logique d'une norme à partir d'une autre ne nous permet pas de conclure nécessairement à l'inférence de sa validité juridique. En d'autres termes, la validité de l'inférence - c'est-à-dire la conformité d'une inférence à des règles logiques - ne se confond pas avec l'inférence de la validité - c'est-à-dire l'inférence de la validité juridique conformément aux règles du système juridique.

Mais, comme le montre Riccardo Guastini, une analyse logique permet en outre d'identifier trois autres concepts de « hiérarchie » qui peuvent être utilisés par les juristes : une hiérarchie matérielle - lorsqu'une norme positive interdit à deux autres normes de se contredire ; une hiérarchie logique - lorsqu'une norme porte sur l'autre d'un point de vue méta-linguistique ; et enfin une hiérarchie axiologique qui dépend d'un jugement de valeur des interprètes lesquels attribuent à une norme une valeur supérieure à une autre.

Comme le montre la contribution de Rafael Encinas de Munagorri, la hiérarchie des normes consiste à rendre compte d'une façon spécifique et singulière de produire du droit à laquelle il est bien difficile d'échapper. Elle a certes été parfois comprise, à tort, comme une doctrine idéologique visant à établir la supériorité axiologique d'une norme sur une autre. Ainsi, parce que les méthodes traditionnelles du droit international privé pour résoudre les conflits de lois et les conflits de juridictions ont été forgées en dehors de la hiérarchie des normes, certains spécialistes du droit international privé ont pu estimer que l'idée même de hiérarchie des normes était inappropriée au sein de leur discipline. Mais c'était se méprendre doublement : à la fois sur le concept de hiérarchie tel que l'utilisait Kelsen et sur celui qu'utilisaient ces juristes de droit international privé.

Ce type de méprise n'est pas rare dès lors que les concepts dont on fait usage ne sont pas eux-mêmes soumis à une critique scrupuleuse et que l'on ne tient pas la bonne distance entre le métalangage du juriste et le langage du droit. La confrontation des modèles de contrôle de constitutionnalité en fournit une bonne illustration. Comme le montre Guillaume Tusseau, l'opposition entre un modèle européen et un modèle américain de justice constitutionnelle n'est, à l'analyse, guère défendable et mérite d'être remplacée par un nouveau mode d'analyse qui soit justement conscient de la relativité des points de vue et du danger que court toute universalisation.

On ne saurait non plus réduire la hiérarchie des normes à ce rapport d'autorité que l'on impute bien souvent au premier positivisme formaliste. On pense ici à la lecture de Austin par Hart et sa distinction capitale entre normes primaires et secondaires sur laquelle revient Massimo La Torre. On sait en effet que Hart rejette la représentation « impérativiste » du droit selon laquelle le droit serait constitué de commandements imposant l'obéissance à leurs destinataires car cette thèse ne parvient pas à rendre compte en termes juridiques du pouvoir dont dispose celui qui pose les commandements. D'où l'importance de la distinction entre des normes dites primaires qui imposent des comportements et celles dites secondaires qui attribuent des pouvoirs et organisent le fonctionnement des normes primaires. Cette distinction permet d'éviter l'aporie de la représentation impérativiste. Mais cette distinction établit aussi une double hiérarchie, à la fois formelle et logique car les normes secondaires servent de fondement de validité en même temps qu'elles se rapportent aux normes primaires.

Dans ces conditions, on semble parfaitement fondé à rapprocher la représentation normativiste de Kelsen-Merkl et celle de Hart. Et le point de vue interne qui est si souvent invoqué à propos de Hart et dont il est l'un des ardents défenseurs est tout autant celui adopté par Kelsen lequel ne parle certes pas de « point de vue interne » mais d'un « point de vue normatif » dont Bobbio a su montrer qu'il était simultanément descriptif et interprétatif car relevant d'une explication sans causalité. C'est d'ailleurs ce qui explique que Kelsen ait eu besoin de la fiction de la norme fondamentale laquelle, comme il le reconnaissait très bien, est un présupposé nécessaire à quiconque entend conférer une signification objective de norme à un acte qui n'a qu'une signification subjective de norme. De sorte que cette fiction est certes une fiction de la science du droit mais une fiction à laquelle est également contrainte toute autorité qui entend poser une norme préalablement à cet acte de volonté. Dans ces conditions, et dans ce contexte, il n'y a pas grande différence entre présupposer et poser une norme (comme le reconnaissait Robert Walter).

On peut toutefois rendre compte autrement de cette nécessité, en adoptant un point de vue externe qui caractérise si bien les réalistes et les opposaient

à Hart. Selon une analyse réaliste et empiriste, la théorie de la hiérarchie des normes peut être vue comme une théorie politique, explique Eric Millard, qui construit son objet comme contrainte dans l'argumentation juridique et qui a donc une dimension normative essentielle. Si l'on prolonge l'analyse, on peut montrer, comme le fait de son côté Raphaël Paour, que la théorie de la hiérarchie des normes fournit une ressource non négligeable pour contraindre les organes de concrétisation à prendre en compte leurs préférences à l'aide d'énoncés juridiques généraux et abstraits et ce d'autant plus qu'il existe une corrélation entre le pouvoir d'un organe et le rang hiérarchique des normes qu'il produit. De même, c'est encore ce point de vue réaliste qui permet à Luca Parisoli de saisir, dans l'argumentation des juristes médiévaux, la manipulation des contradictions déontiques *prima facie* associée à la théorie de la légitimité de la hiérarchie normative. Cette dernière peut toutefois être entendue non seulement comme instrument politique mais aussi et essentiellement comme un instrument de rationalité au sein d'une science juridique orientée vers une théologie politique. De son côté, Francesco Di Donato montre également comment les Parlements d'ancien régime - c'est-à-dire les juristes de la robe - ont su utiliser l'argument d'une hiérarchie des normes pour remettre en cause l'ordre juridique monarchique et créer une place pour le Parlement dans la production du droit.

Chaque contribution souligne donc, soit directement ou soit indirectement, la grande difficulté méthodologique à laquelle tout juriste doit faire face lorsqu'il est confronté au concept de hiérarchie des normes : faire la part entre l'usage descriptif ou cognitif et l'usage argumentatif ou justificatif de l'idée que les normes juridiques s'inscrivent dans une hiérarchie et qu'elles sont précisément juridiques non parce qu'elles réaffirment une quelconque hiérarchie de valeurs mais parce que leurs auteurs parviennent à établir qu'ils n'en sont que les acteurs, au sens de Hobbes : leurs paroles ne sont pas l'expression de leur volonté mais celle d'une entité qui les dépassent. Et ainsi fonctionne un système juridique : par imputation successive d'une volonté à un autre que soi dont on affirme qu'il nous est supérieur et que nous lui devons obéissance.

On l'aura compris, l'ensemble des contributions aborde un très grand nombre de questions clefs de la théorie du droit. On pourrait regretter qu'en dépit de leur richesse, les analyses n'aient pas abordé de front des questions très actuelles telle que la remise en cause de la hiérarchie des normes sous l'effet de l'internationalisation ou, mieux, de la globalisation des ordres juridiques voire de leur intégration progressive. Le regret ne saurait durer. D'abord parce que les contributions fournissent toutes une grille conceptuelle susceptible d'être réutilisée dans d'autres contextes que le leur. Ensuite, parce que, sur le fondement de bien des textes ici réunis, on se sent autorisé à nuancer ce que d'aucuns présentent comme un constat purement factuel et neutre. Le constat que l'on peut faire est certainement que nombre de juridictions aujourd'hui, en Europe notamment

mais pas seulement, tiennent toutes un discours selon lequel la représentation du droit comme un ordre hiérarchisé de normes serait dépassée, qu'il conviendrait enfin de tenir compte de la grande proximité matérielle entre ordres juridiques pour comprendre qu'arrivé à certains niveaux de normes, la hiérarchie n'est plus possible mais que se forme un réseau normatif, fait d'ailleurs de principes communs, et que l'agencement conduit à un ordre pluriel ou pluraliste. Ce discours fort rassurant ne manque toutefois pas d'éveiller quelque scepticisme car si les principes sont à ce point communs aux différents ordres, comment expliquer qu'ils aient besoin d'être sans cesse redéfinis ? Et quand bien même on expliquerait que leur redéfinition est constitutive de ces principes, comment imaginer que cette entreprise puisse être descriptive et cognitive et n'être que cela quand ceux qui en ont la charge doivent précisément décider du sens, de la valeur et de la portée de ces principes ? Si donc plusieurs décisions doivent intervenir, viendra avec elles la nécessité de les concilier. Et cette conciliation conduira inévitablement à devoir dissoudre préventivement ou résoudre curativement d'éventuelles contradictions et antinomies. Or, pour ce faire, il faudra désigner une autorité et l'investir d'une compétence qui fera d'elle une autorité supérieure aux autres. On aura ainsi fait revenir la hiérarchie que l'on croyait disparue. Autrement dit, il en va du « pluralisme » des ordres normatifs comme de la hiérarchie des normes dans certains cas : ce peut n'être qu'un argument justifiant un certain type de relations entre normes lesquelles demeurent toutefois l'expression d'un rapport de force et d'une certaine distribution du pouvoir. Aussi paradoxal que cela paraisse, pour affirmer et conférer une certaine autorité à l'affirmation qu'il n'y a pas de hiérarchie entre certaines normes encore faut-il se situer au sommet d'une hiérarchie de pouvoirs eux-mêmes normatifs. C'est donc ainsi que se fabrique l'ordre juridique : à l'aide de raisonnements, de justifications et de constructions argumentatives.

Pierre Brunet,

*Professeur de droit public à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense,
Directeur de l'UMR CNRS 7074, Centre de Théorie et Analyse du Droit,
Membre de l'Institut Universitaire de France*

NB : Ce volume doit son existence à la persévérance et l'endurance de Andrej Kristan, de Jérémy Mercier et de Matija Žgur sans lesquels il n'y aurait eu ni normes, ni hiérarchie... Je les en remercie chaleureusement, infiniment.

Stanley L. Paulson*

Ce que nous apprend la *Stufenbaulehre* sur le concept de droit de Kelsen

A bien des égards, on serait tenté de voir à l'œuvre deux concepts de droit concurrents dans la théorie de Kelsen, l'un fondé sur l'élément de contrainte, l'autre reflétant le processus de création du droit. Il n'en est pourtant rien. Ces deux concepts sont en fait incorporés dans un même concept de droit. Ce sont en réalité deux points de vue qui se combinent dans un concept de droit unique lequel reflète à la fois l'acte de création et l'élément de contrainte créé. Dans cette entreprise, la *Stufenbaulehre* et, avec elle, l'appareil conceptuel qu'elle fournit, sont essentiels pour comprendre le concept de droit de Kelsen.

Mots-clés : hiérarchie des normes, principe dynamique et principe statique, *Stufenbaulehre*, Hart, Kelsen, Merkl

1 INTRODUCTION

Dans un passage révélateur de sa *Théorie générale du droit et de l'État* de 1945, Hans Kelsen paraît s'éloigner de son concept habituel de droit. Ce dernier est « défini » par Kelsen en termes de possibilité de contrainte posée par la norme juridique complète. Il semble alors remplacer son concept de droit par un autre :

Si nous observons l'ordre juridique dans une perspective dynamique /.../ nous pouvons notamment définir le concept de droit sans tenir compte de l'élément de contrainte.¹

Poursuivant cette idée, Kelsen continue :

est droit tout ce qui a été créé au terme de la procédure de création du droit prescrite par la constitution /.../ La procédure de création des normes juridiques comprend une étape importante, la procédure législative, au terme de laquelle sont créées les normes générales.²

Dans ce dernier passage, Kelsen fait clairement allusion à la *Stufenbaulehre* ou doctrine de la hiérarchie des normes qu'il a reprise en bloc de son collègue, doué mais passablement oublié, Adolf Julius Merkl.³

* spaulson@law.uni-kiel.de | Professeur émérite de droit et de philosophie à l'Université Washington de Saint-Louis, Etats-Unis.

1 Kelsen (1997 : 176).

2 Kelsen (1997 : 176).

3 V. Merkl (1923 : 201-223) et Merkl (1931 : 252-294; 1993 : 437-492). Le texte le plus ancien est la première formulation systématique de la *Stufenbaulehre* de Merkl, tandis que le plus

Sommes-nous donc vraiment en présence de deux concepts de droit concurrents dans la théorie de Kelsen, l'un fondé sur l'élément de contrainte, l'autre reflétant le processus de création du droit ? Je ne le pense pas. Au contraire, je suis tenté de dire que les deux concepts auxquels Kelsen se réfère ici sont en fait les deux faces du même concept de droit ou - dans le langage de Kelsen hérité de Wilhelm Wundt et des néo-kantiens de Baden - deux points de vue (*Betrachtungsweisen*),⁴ qui sont incorporés dans un seul concept de droit. Il y a d'abord un point de vue statique, *ex post*, où l'accent est mis sur la norme juridique édictée et donc sur l'élément de contrainte, et plus tard, il y a un point de vue dynamique ou *ex ante*, précédant l'édition de la norme juridique et soulignant ainsi la procédure de création du droit. Ces deux points de vue sont combinés dans un concept de droit unique qui reflète à la fois l'acte de création et ce qui est créé ou - dans le langage de la *Théorie générale du droit et de l'État* - à la fois la création du droit et l'élément de contrainte. Comme on le verra, la *Stufenbaulehre* - et l'appareil conceptuel que l'on peut en tirer - est essentielle dans cette entreprise, éclairant profondément notre lecture du concept complexe de droit de Kelsen.

Dans une prochaine et deuxième section, je développerai quelques-uns des aspects les plus importants du premier concept de droit de Kelsen, fondé sur l'élément de contrainte. Puis, dans une troisième section, je m'intéresserai à un court passage relatif au second concept de droit de Kelsen qui porte sur la création du droit. Dans une quatrième section, je me pencherai sur l'utilisation, par Kelsen, de ce que l'on appelle la norme juridique complète - une autre doctrine parmi celles qu'il a empruntées à A. J. Merkl. Ici, en ayant recours aux deux concepts auxquels il se réfère dans la *Théorie générale du droit et de l'État*, Kelsen lui-même montre que ces concepts ne sont que les deux faces d'un simple concept complexe de droit. Allant au-delà de la structure fondamentale, je m'intéresserai dans une cinquième section à un problème auquel Kelsen a dû faire face dès le début, c'est-à-dire, « l'essence du droit objectif » et la « forme linguistique idéale » de la norme juridique comme il le dit dans son premier grand ouvrage les *Problèmes fondamentaux de la doctrine du droit pu-*

récent comprend sa formulation la plus complète. La *Stufenbaulehre* fut adoptée pour la première fois par Kelsen dans un essai (1924 : 374-408). Kelsen l'a reproduit intégralement dans la *Allgemeine Staatslehre* (Kelsen 1925 : §§32-36, 229-255). Sur la *Stufenbaulehre*, v. l'article riche et lumineux de Borowski 2005. Je souligne l'importance de Merkl dans ma recension des deux premiers volumes de ses *Gesammelte Schriften* (Merkl 1993), Paulson (2004a : 263-264). L'oubli de Merkl est allé si loin que Merkl (1890-1970) a été confondu dans certains milieux avec le théoricien du droit de Strasbourg Adolf Merkel (1836-1896), un partisan de la *Allgemeine Rechtslehre* de la fin du XIX^e siècle sur lequel je ne peux que renvoyer à l'étude remarquable de Funke 2003.

4 V. Kelsen (1911 : 4, 5), avec des références à Windelband (1924 : 59-98) et à Wundt (1903 : 1-10).

blic (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911).⁵ Ce retour aux *Hauptprobleme* montre, en éclairant d'un jour nouveau la recherche par Kelsen d'un concept défendable de droit, qu'il se jouait dès le départ quelque chose de plus que ce que la référence à l'élément de contrainte laissait entendre. Enfin, je reprends dans une sixième section, une expérience de pensée tirée de John Locke, Merkl et H.L.A. Hart. L'idée est que, chez Kelsen, les fonctions représentées par la création des normes et l'application du droit - ou, en termes kelséniens, les fonctions représentées par l'habilitation à créer des normes et l'habilitation à imposer des sanctions - *supplantent* la fonction directrice originale du droit. Ce qui est sûr, c'est que la fonction directrice survit dans la théorie de Kelsen mais sous une forme stérile, comme fonction ou but du droit en tant que technique sociale. Le terme « fonction » au regard de sa source est ambigu. La fonction directrice du droit ne fait pas partie des fonctions juridiques *per se*. Elle provient plutôt d'une source extérieure à la « connaissance du droit positif ».⁶ Elle provient, en d'autres termes, non du monde idéal du droit mais du monde empirique des faits.

Mon but, en un mot, est d'aller au-delà de la lecture habituelle de la *Stufenbaulehre* ou doctrine de la hiérarchie des normes, en tant que notion propre à Kelsen. On sait bien que cette doctrine a servi à relativiser les différences entre l'activité de création du droit et celle d'application, et donc la place des différentes espèces de règles elles-mêmes. Comme Kelsen le dit, en réfléchissant sur la signification de la *Stufenbaulehre*, Merkl « a permis de relativiser ce qui avait été gravé dans le marbre comme un absolu : l'opposition /.../ entre norme générale et norme individuelle, entre norme abstraite et norme concrète ».⁷ Bref, Kelsen souligne que tant la théorie juridique traditionnelle que lui-même dans les *Hauptprobleme* ont ignoré un nombre considérable de normes juridiques, celles existant entre la disposition législative générale et l'acte juridique de concrétisation. Le seul moyen de remettre les choses en ordre explique Kelsen est de suivre la gradation de Merkl qui met au jour tous les degrés du système juridique, allant des normes constitutionnelles et législatives les plus générales aux actes juridiques les plus concrets. La législation, porte-drapeau du positivisme légicentriste du dix-neuvième siècle (*Gesetzespositivismus*), perd sa position privilégiée et cela est incontestablement le résultat de la contribution de l'École de Vienne à la théorie du droit. Mais il y a plus. La *Stufenbaulehre* influence de façon déterminante le concept de droit de Kelsen et c'est cela que je souhaite développer ici.

5 Kelsen (1911 : 237). Le Traité a été traduit en polonais, espagnol et italien.

6 Kelsen 1928.

7 Kelsen (1998 : 13-14). Souligné dans l'original.

2 LE PREMIER CONCEPT DE DROIT DE Kelsen : LA CONTRAINTE

Lorsqu'il parle de la contrainte, dans la première édition de la *Théorie pure*, Kelsen introduit la notion en faisant appel à quatre motifs distinguant les différents aspects de la contrainte entre eux. Il ne parle pas expressément de contrainte en tant que concept de droit, mais dans la *Théorie générale du droit et de l'État*, comme nous l'avons vu, il traite la contrainte comme la marque de son premier concept de droit. Et de plus, les quatre motifs pris ensemble semblent jouer le rôle d'un concept de droit.

Quels sont ces quatre motifs ? Il y a d'abord la contrainte comme différence spécifique de la catégorie formelle de norme ; ensuite, la contrainte comme critère empirique du droit ; troisièmement, la contrainte comme partie propre de la norme juridique complète ; et quatrièmement, la contrainte au regard de la doctrine kelsénienne de l'identité de l'État et du droit. Les motifs se chevauchent bien sûr, et j'aurai plusieurs fois l'occasion d'attirer votre attention sur le chevauchement.

2.1 La contrainte comme différence spécifique de la catégorie formelle de norme

Pour comprendre ce motif initial, il faut commencer par le genre au regard duquel Kelsen établit une différence. Le genre, nous dit-il, est « la catégorie formelle de norme », la catégorie « désignée par le "devoir-etre" ».⁸ Ici, la norme est indifférenciée et s'applique donc dans tous les champs normatifs tels que la logique, la philologie, ou la linguistique prescriptive, l'esthétique, l'éthique et le droit.⁹ Mais alors, est-ce que la norme juridique doit être différenciée ? « La norme juridique, écrit Kelsen, est une norme de contrainte (une norme qui prévoit une sanction) » et c'est précisément ainsi que « la norme juridique est différente des autres normes ».¹⁰

2.2 La contrainte comme critère empirique du droit

Kelsen continue à parler de la contrainte comme d'un « critère empirique » du droit,¹¹ ce qui n'est pas sans laisser perplexe lorsqu'on sait que Kelsen ex-

⁸ Kelsen (1992 : §12, 26).

⁹ V. Kelsen (1911 : 4), pour une liste similaire. Kelsen est décidément ambivalent sur le statut de l'éthique. D'un côté, il apparaît comme sceptique et c'est ainsi que le voient la plupart des commentateurs. De l'autre, il insiste sur la thèse de l'absence de conflit - selon laquelle aucun conflit n'est possible entre droit et morale - dans quasiment tout ce qu'il a écrit en théorie du droit public international, et dont sa théorie du monisme est une partie intégrante. Le monisme fournit une explication sinon une justification, de sa thèse de l'absence de conflit. V. par ex., Kelsen (1920 : §27, 107-111); Kelsen (1926 : 267-270). Sur le monisme de Kelsen, v. Paulson 2005.

¹⁰ Kelsen (1992 : §12, 26).

¹¹ Kelsen (1992 : §12, 26).

plique maintes et maintes fois que « le droit est une norme ».¹² Le droit n'est, en d'autres termes, pas du tout empirique mais « idéal »,¹³ position qu'il illustre la distinction fait-valeur que défendent ardemment les néo-kantiens de Baden. Les faits existent et sont trouvés dans le monde extérieur, mais le droit en tant que norme « existe » ou « est valide » dans un second monde.¹⁴ Cette idée de Kelsen est absorbée par l'importation de sa « catégorie formelle de norme ». Mais l'affirmation de Kelsen selon laquelle la contrainte est le critère empirique du droit peut néanmoins être préservée en expliquant que, tout comme pour Wittgenstein le sentiment de la douleur est le critère empirique de la douleur,¹⁵ de même pour Kelsen, la contrainte est précisément comprise comme un critère empirique du droit, lequel, de son côté, n'est pas empirique mais idéal.

Ce qui est certain c'est que la contrainte comme critère est une doctrine plus complexe que celle qui semble à première vue. Car Kelsen ne se réfère pas seulement à l'exercice de la contrainte mais aussi à la conformité au droit qui, explique-t-il, est motivée par le désir d'éviter la soumission à des actes de contrainte. Kelsen ajoute aussitôt que ce désir n'est *quand même pas la seule raison* pour laquelle les gens se conforment au droit.¹⁶ Et si la notion de conformité au droit comme critère empirique était pleinement opératoire, elle pourrait fort bien entièrement absorber la contrainte. Ceux qui identifieraient le droit à l'aide de ce critère ne seraient pas sans ressembler à « l'observateur extérieur » dans la théorie de Hart (non pas un représentant du point de vue interne mais quelqu'un qui néanmoins connaît les règles que suivent ceux qui adoptent le point de vue interne).¹⁷

12 Kelsen (1992 : §12, 26 ; § 5,11 ; §7, 13 ; §8, 15 ; §11(a), 23 ; §15, 32 ; §19, 38 ; §29, 58).

13 Kelsen (1992 : §8, 15): « [J]ust as one distinguishes the law from nature, so one is also to distinguish the ideal phenomenon, law, from other ideal phenomena, especially from norms of other types ».

14 La doctrine des deux mondes est une expression qui apparaît, d'abord, chez Kelsen (1911 : 4-8 *et passim*), et dans Kelsen (1925 : §5(c), 19 ; §13(b), 62), *et passim*. V. Paulson (2002a : 223-251).

15 V. Wittgenstein (2001 : §§256-257) et, surtout, toute la section sur l'argument du langage privé (2001: §§243-315).

16 V. Kelsen (1992 : §14(c), 31-32).

17 Ce que j'ai appelé « l'observateur cognitif » est implicite dans la théorie de Hart, notamment quand il parle du « point de vue externe modéré » (le point de vue de celui qui « sans accepter lui-même la règle de reconnaissance décrit le fait que les autres l'acceptent »), Hart (1961 : 99). Hart ne développe cependant pas cette idée. V. MacCormick (1981 : 36-40), qui fut peut-être le premier à voir cet aspect le plus clairement. MacCormick parle lui d'un « observateur herméneutique » [*hermeneutic observer*]. Je reconnais que tirer le « critère empirique » de Kelsen dans cette direction tend à affaiblir « l'élément coercitif » de son concept de droit qui constitue son point de départ et je propose ces quelques remarques ici comme une réflexion sur le critère de Kelsen et non comme un élément d'une description de son premier concept de droit.

2.3 La contrainte comme partie propre de la norme juridique complète

Depuis le début, Kelsen parle de la nécessité de parvenir à une « forme linguistique idéale » de la norme juridique¹⁸ afin, entre autres choses, de distinguer le droit de la morale. Les résultats de cette enquête sont incorporés dans l'expression « norme juridique complète ».¹⁹ Ici, je m'intéresse à la norme juridique complète dans la mesure où l'élément de contrainte l'influence.

Kelsen écrit que la contrainte est « essentielle au caractère juridique de la norme »²⁰ et que la norme juridique secondaire²¹ « ne peut pas être véritablement une norme » car elle n'indique pas la sanction qu'entraîne sa violation.²² La « méthode spécifique du droit »²³ est exprimée dans la formule hypothétique ou « norme juridique complète » qui associe une sanction, perdue par chaque individu comme un mal à un comportement considéré comme socialement préjudiciable.²⁴ Au début des années 30, avant que Kelsen ne soit arrivé explicitement à la conclusion que l'habilitation est une modalité fondamentale en droit, sa proposition la plus achevée de la norme juridique complète se trouvait à la section 11 (b) de la première édition de la *Théorie pure du droit*. Se demandant comment séparer le concept de norme juridique de sa source, le concept de norme morale, en vue de garantir l'autonomie du droit par rapport à la morale, il écrit :

la théorie pure ne fait pas cela en définissant la norme juridique, sur le modèle de la norme morale, comme un impératif - comme le fait habituellement la théorie traditionnelle - mais en définissant la norme juridique comme un jugement hypothétique qui exprime le lien spécifique entre un fait matériel conditionnant et une conséquence conditionnée. La norme juridique devient une norme juridique complète qui prend les traits caractéristiques fondamentaux des lois positives. De même que la loi de nature lie un certain fait matériel considéré comme cause avec un autre considéré comme effet, de même, la loi de normativité lie une condition juridique avec une conséquence juridique (la conséquence d'un soi-disant acte illégal). Si la relation est la causalité dans un cas, elle est appelée imputation dans l'autre, et l'imputation est reconnue par la Théorie pure du droit comme une caractéristique propre au droit, l'autonomie du droit.²⁵

18 V. note 6 ci-dessus.

19 L'expression, telle quelle est utilisée ici, est de Bulygin (1983 : 20), aussi en espagnol in Bulygin (1988 : 11). Sur la reconstruction de la norme telle que Kelsen la comprend dans la première édition de la *Théorie Pure du Droit*, v. Paulson (1992 : 132-134).

20 Kelsen (1992 : §14(b), 29).

21 Il s'agit de la règle primaire chez Hart.

22 Kelsen (1992 : §14(c), 31).

23 Kelsen (1992 : §14(c), 31).

24 Kelsen (1992 : §14(c), 31).

25 Kelsen (1992 : §11(b), 23).

Ici, la contrainte que l'on n'apercevait pas forcément au premier coup d'œil, revient par la porte de derrière. La catégorie juridico-normative de Kelsen qu'est l'imputation sert à justifier la responsabilité des sujets de droit, cette « responsabilité » signifie que le sujet se voit imposer une sanction et cette sanction remplace désormais la contrainte.²⁶

2.4 La contrainte au regard de la doctrine kelsénienne de l'identité de l'État et du droit

En identifiant l'État et le droit,²⁷ Kelsen combat les conceptions traditionnelles de l'État qu'il considère enracinées dans une métaphysique et une idéologie indéfendables. Le monisme à primauté internationale de Kelsen s'explique en partie comme une réponse à l'absence de l'État dans sa théorie juridique et, donc, à l'absence de la souveraineté de l'État comme structure existant indépendamment du droit et susceptible de lui servir de fondement. L'alternative à l'État et à la souveraineté est une hiérarchie de normes. Alfred Verdross avait tout particulièrement élaboré la *Stufenbaulehre* en vue d'intégrer le monisme à primauté internationale.²⁸

La mise au point que je fais sur la doctrine de l'identité de l'État et du droit de Kelsen se limite à l'élément de contrainte. Ici, un syllogisme de Kelsen est suffisant.²⁹ L'État, écrit-il, est par définition un système social contraignant et puisqu'un système social contraignant est un système juridique, il s'ensuit nécessairement que l'État est un système juridique. De la sorte, la contrainte, qui sert de terme distributif dans le syllogisme de Kelsen, est une propriété constitutive du système juridique. On pourrait dire la même chose, *mutatis mutandis*, d'un système juridique décentralisé, et plus évidemment du droit international public, la différence étant, bien sûr, qu'il n'y a là aucune raison de parler d'État.

26 Sur l'imputation, voir (1992 : §11(b), 23-25 ; §25(a), 47-48 ; §25(d), 50-51 ; §100(b), 100-101). Il convient de souligner l'absence de consensus sur l'importation de la théorie de l'imputation dans la théorie de Kelsen. Mais ce concept retient désormais l'attention, voir par exemple: Heidemann 2005; Renzikowski (2002 : 253-282); Paulson (2001 : 47-63).

27 V. e.g. Kelsen (1920 : §3, 12 ; §4, 17) ; Kelsen (1922 : §15, 86-91) ; Kelsen (1925 : §§10-17, 47-91) ; Kelsen (1992 : §48, 99-106) ; Kelsen (1997 : 181-207). V. aussi Dreier (1986: 208-211); Paulson (2002b : 113-116. Il vaut peut-être la peine de noter que la soi-disant identité entre État et droit chez Kelsen ne résiste guère à un examen scrupuleux car elle s'applique - et Kelsen l'applique - dans une seule direction. Elle ne compte donc pas du tout, à strictement parler, comme une identité. Kelsen identifie certainement l'État avec le droit, mais il y a des espèces décentralisées de droit qui n'ont pas de contrepartie dans l'État. Une formulation plus précise de la thèse de Kelsen pourrait être la suivante: ce que nous connaissons comme l'État est susceptible d'être intégralement incorporé dans le droit et reformulé en termes juridiques. Mais pour autant, il n'est pas vrai que partout où il y a du droit, il y a *eo ipso* un État correspondant.

28 V. Verdross 1923.

29 V. Kelsen (1992 : §48(a), 99).

Mais, insiste Kelsen, la contrainte en tant que propriété constitutive est absolument évidente car si le « soi-disant droit international » est vraiment un système juridique « alors ce système de normes doit aussi valoir comme système de contrainte ».³⁰

3 LE DERNIER CONCEPT DE DROIT DE KELSEN : LA CRÉATION DU DROIT

Le dernier concept de droit de Kelsen, qui appréhende le système juridique « dans une perspective dynamique »³¹ est intégré dans la *Stufenbau* elle-même. C'est-à-dire que le point de vue dynamique met l'accent sur une propriété constitutive du droit, à savoir, qu'il règle sa propre création, propriété qui est précisément au creux de la *Stufenbaulehre*. De même que les normes constitutionnelles encadrent la procédure de création de la loi, de même les normes législatives encadrent la procédure de création de la réglementation administrative, et ainsi de suite. Kelsen écrit (dans la première édition de la *Théorie pure*):

La relation entre le degré supérieur et le degré inférieur du système juridique - comme par exemple entre la constitution et la loi, ou entre la loi et la décision juridictionnelle - est une relation de détermination, de subordination /.../ En encadrant la procédure de création de la norme de degré inférieur, la norme de degré supérieur ne détermine pas seulement la procédure par laquelle la norme de degré inférieur est créée, elle peut tout aussi bien déterminer le contenu de la norme à créer.³²

Cela ne revient pas à dire que le processus soit en quoi que ce soit mécanique - contrairement à l'accusation de « formalisme » adressée à Kelsen par ses nombreux critiques.³³ Une dimension créatrice est incontestable, dans la mesure où il y a un élément discrétionnaire indéniable dans l'activité de création de la norme de degré inférieur. En d'autres termes, la détermination de la norme de degré inférieur par la norme de degré supérieur n'est jamais totale.

La norme de degré supérieur ne peut être contraignante jusque dans les moindres détails de sa mise en œuvre. Il doit toujours rester une marge de pouvoir discrétionnaire, plus ou moins grande selon les cas, de sorte que la norme

30 Kelsen (1932 : 483).

31 Kelsen (1997 : 122 ; v. citation de la note 1 ci-dessus).

32 Kelsen (1992 : §33, 77-78).

33 V. Paulson (2002b : 109-113) ; mes remarques restent certainement superficielles au regard de la question d'histoire intellectuelle et juridique : pourquoi Kelsen était-il attaqué par, entre autres, à peu près tous les théoriciens de l'État de Weimar au motif qu'il s'était engagé dans une absurde entreprise de « logicisme » ? Était-ce simplement l'habituel rejet du formalisme ou y avait-il quelque chose de plus intéressant ?

de degré supérieur fournit, à l'acte qui en constituera une mesure d'application, un cadre que cette dernière devra remplir.³⁴

Ce n'est pas la dimension créatrice du processus qui ressort tout d'abord ici mais plutôt l'habilitation - plus précisément le fait que la norme à laquelle on fait appel afin de créer une autre norme, de créer du droit, est une norme d'habilitation. Kelsen introduit l'habilitation en tant que norme juridique pour la création des normes de fa[^]on tacite, c'est-à-dire, comme un élément de son adoption de la *Stufenbaulehre* de Merkl. Plus tard, cependant, lorsqu'il prendra en compte une seconde espèce d'habilitation, à savoir, l'habilitation pour l'application des sanctions, il reconnaîtra à l'habilitation tous ses mérites. Je reviendrai sur ce point dans la cinquième section.

4 LA NORME JURIDIQUE COMPLÈTE ET LE CONCEPT COMPLEXE DE DROIT

Comme je l'ai déjà noté, je cherche à montrer que Kelsen combine habilement son premier concept de droit avec le second, en tirant la soi-disant norme juridique complète de la forme la plus achevée de la *Stufenbaulehre* élaborée par Merkl. Pour anticiper l'évolution de Kelsen, il est bon de commencer par les concepts fondamentaux de « dynamique » et de « statique ».

« Dynamique » d'abord. La forme moderne de l'expression se retrouve chez Leibniz,³⁵ elle évoque l'idée de force, de mouvement, ou de changement. De fa[^]on significative, figure parmi les termes avant-coureurs le très scolastique *potentia*, c'est-à-dire la capacité ou le pouvoir de se développer.³⁶ Il en va de même en droit. L'avocat international et théoricien du droit Josef L. Kunz, une figure importante de l'École viennoise de théorie du droit, écrit que « la théorie dynamique du droit international doit affronter le problème de la création du droit international ».³⁷ Ota Weinberger, théoricien bien connu et actuel représentant de l'École de théorie du droit de Brno, défend une théorie dynamique du droit entendant le terme « dynamique » comme synonyme de « changement ».³⁸ Merkl écrit que sans une norme d'habilitation, sans un moyen de créer du droit nouveau, le « système juridique serait absolument et définitivement figé ».³⁹

34 Kelsen (1992 : §33, 78).

35 V. Leibniz (1904 : 256-272).

36 V. de fa[^]on générale l'article "Dynamik", in Ritter (1972 : 302-303).

37 Kunz (1933-34 : 412).

38 V. Weinberger (1978 : 175 *et passim*).

39 Merkl (1931 : 281; 1993 : 475).

Le changement dans le système juridique, provoqué par une création de droit, est également un thème cher à Kelsen. Il suffit de revenir à son propos tiré de la *Théorie générale du droit et de l'État* :

est droit tout ce qui a été créé au terme de la procédure de création du droit prescrite par la constitution /.../ La procédure de création des normes juridiques comprend une étape importante, la procédure législative, au terme de laquelle sont créées les normes générales.⁴⁰

Le point de vue dynamique est généralement con^u dans une perspective *ex ante*, un moment précédant la création de la norme juridique et soulignant donc le processus de création du droit. Les normes identifiées à partir de ce point de vue - celles plus particulièrement qui confèrent au législateur le pouvoir de produire des normes générales, de légiférer - sont des normes d'habilitation. Selon une triade bien connue, les normes d'habilitation servent à déterminer *qui* crée des normes, *quelles* normes peuvent être créées et par *quels* moyens.⁴¹

Kelsen continue en introduisant un point de vue statique complémentaire qui peut utilement être con^u dans une perspective *ex post*. Ici, la norme juridique a déjà été créée, et l'accent est mis sur elle, la norme juridique en elle-même. On peut à nouveau se référer à la *Théorie générale du droit et de l'État* :

Du point de vue d'une théorie dynamique du droit, la création d'une norme générale déterminée par une norme de degré supérieur (la constitution) devient, dans une théorie statique du droit, l'une des conditions auxquelles est attachée la sanction, à titre de conséquence, dans la norme générale /.../ Dans la théorie statique du droit, les normes se « projettent » dans les normes inférieures dont elles deviennent des éléments.⁴²

Tandis que la théorie dynamique ou la perspective *ex ante* est associée à la *Stufenbau* elle-même,⁴³ à ses diverses normes d'habilitation situées aux divers degrés du système juridique, la théorie statique de Kelsen ou perspective *ex post* a pour but de reproduire la *Stufenbau* en miniature au moyen de la soi-disant norme juridique complète. La reproduction sert à constituer une réplique des degrés de la *Stufenbau*, de la Constitution jusqu'à la norme-sanction hypothétiquement formulée qui se situe à la base de la structure - tout cela *en prenant pour point de départ la norme particulière qui a été produite*. L'exemple que donne Merkl d'une norme juridique complète - exemple qu'il tire du système juridique autrichien - est utile. La norme juridique concrète - produite et servant de point de départ à la construction de la norme juridique complète - est placée à la base et notée [g] :

40 Kelsen (1997 : 176).

41 V. Ross (1968 : 130-131).

42 Kelsen (1997 : 197-198).

43 Ou, plus précisément, elle conduit à une version habilement simplifiée de la *Stufenbau*, qui mettrait au défi toute autre description si on demandait d'en rendre compte dans toute sa complexité.

[a] Si un organe, habilité par la constitution Fédérale à prendre l'initiative d'une loi, a présenté un projet de loi devant l'Assemblée nationale (*Nationalrat*) afin que le vendeur de certains marchandises ait à payer une taxe d'un certain pourcentage sur le produit résultant de la vente de ces marchandises, [b] si l'Assemblée nationale, d'abord en commission puis en session plénière, selon la procédure spécifiquement définie par le règlement de l'Assemblée, a promulgué une loi à cet effet, [c] si la législation a été soumise à l'Assemblée Fédérale (*Bundesrat*) qui, soit n'a émis aucune objection dans la période de huit semaines, soit a décidé avant l'expiration de ce délai de ne formuler aucune objection, [d] si le Président fédéral a sanctionné la loi et le Chancelier fédéral ainsi que le Ministre fédéral des Finances ont apporté leur contresignature, [e] si le Chancelier fédéral a publié la loi signée et contresignée au Journal Officiel fédéral, [f], si, après la date d'entrée en vigueur de cette loi, le service des taxes désigné par la loi a, conformément à la procédure, enjoint à une certaine personne le paiement d'une certaine taxe, et enfin [g] si cette personne ne paie pas le montant prescrit dans le temps requis, alors une peine doit lui être appliquée.⁴⁴

La norme juridique complète de Merkl est-elle vraiment complète et si elle ne l'était pas, cela aurait-il une quelconque importance ? Cette question appelle une brève discussion. En commençant avec la norme juridique concrète [g], si sa condition antécédente est vérifiée - l'individu n'a pas payé la taxe dûment prescrite - alors sa conséquence doit s'appliquer, de sorte que la responsabilité de l'individu sera reconnue et une peine lui sera applicable. Si l'individu choisit de contester le droit qui lui est appliqué, il pourra alors invoquer le fait que l'une des conditions [a]-[f] prévues n'a pas été remplie et que cette carence viole le droit à un procès équitable (*due process of law*). Cette dernière notion, tirée de la Constitution, ne fait pas partie de la « norme juridique complète » de Merkl, soulignant ainsi en réalité son caractère incomplet. En outre, même si toutes les contraintes constitutionnelles possibles étaient ajoutées aux conditions antécédentes, la norme juridique (ostensiblement) complète continuerait d'être incomplète. En effet, il est toujours possible qu'une nouvelle lecture intervienne au cours d'un débat constitutionnel qui procéderait, par exemple, d'une nouvelle interprétation d'une disposition constitutionnelle et une telle lecture peut toujours faire partie de l'opinion reçue. Au sens propre, il n'y a donc aucune norme juridique (ostensiblement) complète qui puisse être complète pour toutes les situations.

Cela n'invalide pas le modèle de Merkl pour autant car, en pratique, les conditions applicables sont remplies *après que la norme a été créée*.⁴⁵ L'habile distinction que fait la philosophie des sciences entre le « processus de découverte » souvent chaotique et le méthodique « processus de justification » s'ap-

44 Merkl (1931 : 281 ; 1993 : 465-466).

45 Cela rend approximativement compte du *modus operandi* qu'utilise aussi la règle de reconnaissance de Hart. En pratique, nul ne tente de se fonder sur la règle de reconnaissance au sens formel. On s'appuie plutôt sur diverses règles de reconnaissance en vigueur.

plique ici également. Remplir les conditions d'une norme juridique complète après que la norme a été créée correspond au processus de justification.

Mis à part ce détail concernant la complétude, comment la soi-disant norme juridique complète sert-elle à relier les deux concepts de droit, la création et la contrainte ? La clef réside dans la distinction entre les deux perspectives *ex ante* et *ex post*. Dans la perspective *ex ante*, la norme juridique complète représente la norme d'habilitation applicable qui, si elle est mise en reuvre, aboutira à la norme-sanction [g]. Dans la perspective *ex post*, les normes d'habilitation sont projetées dans une norme-sanction créée à titre de conditions ou de « parties » de cette norme comme Kelsen le dit parfois.⁴⁶ Ainsi, la norme juridique complète fournit une vue panoramique des deux faces du concept complexe de droit - la perspective *ex ante* attire l'attention sur la création du droit, la perspective *ex post* sur la contrainte, désormais incluse dans la conséquence de la norme-sanction hypothétiquement formulée. De plus, ces deux perspectives intègrent les deux formes d'habilitation à l'œuvre dans le système : l'habilitation à créer des normes et l'habilitation à imposer des sanctions.

Pour apprécier à sa juste valeur la raison pour laquelle le concept complexe de droit esquissé ici à grands traits reflète le programme de Kelsen de façon plus adéquate que ses propres remarques sur la contrainte, il faut revenir à l'intérêt qu'il porte dès l'origine au droit objectif et à la « forme linguistique idéale » de la norme juridique. Je planterai le décor en commençant par présenter la polémique dans laquelle Kelsen se lance contre « le système de droit subjectif », qui est aux antipodes du « système de droit objectif ».

5 LE DROIT OBJECTIF ET LA « FORME LINGUISTIQUE IDÉALE » DE LA NORME JURIDIQUE

On sait fort bien que Kelsen a lutté pour dépasser maints dualismes dans le droit, en particulier celui du droit objectif et du droit subjectif. Il traite de ce sujet dans de très nombreux écrits. Ainsi, par exemple dans cet extrait de la première édition de sa *Théorie pure* :

quand la théorie générale du droit prétend que son objet d'étude, le droit, est pris non seulement au sens objectif mais aussi au sens subjectif, elle introduit en son fondement une contradiction fondamentale, à savoir, le dualisme du droit objectif et du droit subjectif. Car alors, la théorie générale du droit en vient à prétendre que le droit - au sens de droit objectif - est normatif, est un complexe de normes, un système, et en même temps que le droit - au sens de droit subjectif - est constitué d'intérêts ou de volontés intéressées, soit quelque chose de très différent du droit objectif et dès lors impossible à subsumer sous un concept général qui puisse être commun aux deux. Cette contradiction ne peut être surmontée en prétendant qu'il existerait une connexion entre le

46 V. Kelsen (1960 : §6(e), 55-59).

droit objectif et le droit subjectif, en prétendant que le second est défini comme un intérêt que protégerait le premier, comme une volonté qui serait reconnue ou garantie par le premier. Conformément à sa fonction originelle, le dualisme du droit objectif et du droit subjectif exprime l'idée que le second précède le premier, tant logiquement que temporellement.⁴⁷

Ce qu'il veut dire par « droit objectif » est assez clair. L'expression se réfère à la totalité des normes juridiques générales abstraitement formulées dans le système juridique.⁴⁸ Cela vient renforcer la conception que se fait Kelsen du droit objectif dans sa thèse sur l'identité de l'État et du droit. Telle quelle est comprise par les théoriciens du XIX^e siècle et non des moindres comme Georg Friedrich Puchta et Heinrich Dernburg, l'expression « droit subjectif », et surtout celle de « système de droits subjectifs », précède le droit objectif et existe indépendamment de lui. L'engagement de Puchta en faveur de la liberté personnelle, exprimée sous la forme kantienne de « autodétermination ou autonomie » est ici significatif. Dans son traité, Dernburg explique clairement l'importance de la thèse de Puchta:

Historiquement parlant, les droits au sens subjectif auraient existé bien avant que ne se soit développée la conscience d'un ordre politique développé. Ils étaient fondés sur la personnalité des individus et sur le respect que ses individus étaient d'abord capables d'exiger pour eux-mêmes et leurs propriétés et ensuite de faire respecter. À force d'abstraction, on serait passé de la contemplation des droits au sens subjectif au concept de système juridique. Il serait donc historiquement erroné de voir les droits subjectifs comme le pur produit du droit objectif.⁴⁹

Kelsen considère la thèse selon laquelle les droits subjectifs pourraient exister indépendamment du droit objectif comme à la limite de l'absurde. Pour lui, les droits et obligations sont juridiquement valides à la seule condition que leur validité découle du droit objectif, du système juridique.⁵⁰ La « contradiction » dont parle Kelsen dans le passage cité, découle de ce que ce point étant selon lui acquis on ne peut en même temps soutenir que le droit subjectif peut exister indépendamment du système de droit objectif.⁵¹ Le seul moyen de résoudre

47 Kelsen (1992 : §19, 38 ; v. aussi §20, 39-40).

48 Windscheid etc.

49 Dernburg (1991 : 65), cité in Kelsen (1992 : §19, 39). Le traité de Dernburg paraît pour la première fois en 1884. Il était à l'évidence un Pandectiste tardif. Windscheid dans son dernier ouvrage l'avait déjà exclu.

50 Cela peut paraître évidemment faux. Qu'est-ce qui, du système de droits subjectifs, précède le système de droit objectif ? Kelsen aborde ce point dans son débat avec Eugen Ehrlich, alléguant que les rudiments d'un système de droit objectif sont toujours présents si l'on prétend que les droits subjectifs en question sont effectivement valides juridiquement.

51 Bien évidemment, les théoriciens dualistes ne tiennent pas du tout pour acquise l'idée de Kelsen [que les droits et obligations sont juridiquement valides à la seule condition que leur validité découle du droit objectif, du système juridique]. Ils expliquent que la validité de droits subjectifs découle d'une source distincte. Kelsen, lui, admet la première thèse comme abso-

la contradiction, pense Kelsen, est d'éliminer le système de droit subjectif lui-même.

Dans son traité de 1911, *Hautprobleme*, Kelsen traite la question de « l'essence du droit objectif », en posant une seconde question, celle de la « forme linguistique idéale » des normes générales et abstraites du droit objectif. Il écrit :

La question de savoir si la norme juridique doit être comprise comme un impératif ou comme un jugement hypothétique pose le problème de la forme linguistique *idéale* de la norme juridique, ou, mieux, celui de l'essence du droit objectif. L'usage lexical habituel dans les systèmes juridiques existant ne permet pas de résoudre correctement ce problème. La norme juridique (dans sa forme idéale) doit être construite à partir du contenu des dispositions légales, et les éléments nécessaires à cette construction sont souvent absents d'une seule et même loi et doivent être tirés de plusieurs.⁵²

L'essence du droit objectif est flagrante dans la norme juridique reconstruite et objectivée, autrement dit, la norme juridique dont la formulation est idéale dans le sens requis par Kelsen. Pour le dire brièvement, « l'essence du droit objectif » et la « forme linguistique idéale » de la norme juridique sont deux problèmes intimement liés. Kelsen a donc déjà clairement à l'esprit, dans les *Hautprobleme*, l'idée que la norme juridique doit être formulée hypothétiquement, qu'elle doit être adressée aux organes juridiques, ce qui constitue un écart par rapport au sujet de droit et aux pièges de la subjectivité que le concept de « sujet de droit » connote.

Kelsen conçoit la « forme linguistique idéale » de la norme juridique comme la part centrale de son programme général de formation de concepts, et le programme constitue en retour sa réponse initiale au naturalisme dans la science juridique. Les concepts juridiques, parce qu'ils sont normatifs, résistent à la tendance réductionniste des naturalistes qui consiste à vouloir les faire correspondre à (ce que les naturalistes voient comme) des faits. Bien sûr, Kelsen n'était pas le seul théoricien engagé dans un programme de formation de concepts. On pense par exemple à Ernst Zitelmann (1852-1923) qui, cherchant à établir le *desideratum* du droit objectif, a posé, près d'un quart de siècle avant les *Hautprobleme* de Kelsen, la question de la « forme linguistique idéale » de la norme juridique. Tout droit objectif, écrivait-il :

quelle que soit l'époque, quel que soit le lieu, a une seule et même forme logique. La forme de la pensée juridique, capable d'embrasser les matériaux les plus variés, est elle-même simplement formelle, complètement vide de contenu.⁵³

Après une période de près de trente ans, Kelsen cherche les propriétés de la norme juridique dans sa « forme linguistique idéale » et il défend, à la fin des an-

lument claire, intégrant la portée du droit objectif et remontant à l'unité du droit. Les théoriciens du dualisme auraient donc torts - du moins est-ce ce que Kelsen veut nous faire croire.

52 Kelsen (1911 : 237). Les parenthèses et le souligné est dans l'original.

53 Zitelmann (1888 : 193-5, 201-03, 209-12, 194 ; 1916 : 10).

nées 30, l'idée que la norme-sanction hypothétiquement formulée, adressée à des organes juridiques, est une habilitation.⁵⁴ Kelsen élabore ce point dans sa *Théorie générale du droit et de l'État*, dans laquelle il explique pour la première fois que le « devoir-être » juridique doit être vu non comme exprimant le concept d'obligation juridique mais comme un *indice de ce dernier*.⁵⁵ Plus précisément, dans la norme juridique objectivée et reconstruite, la présence du « devoir-être juridique » marque la possibilité que, dans certaines conditions, une sanction puisse être imposée, c'est-à-dire, que l'organe juridique est habilité à imposer cette sanction dans certaines conditions. Bien sûr, il peut arriver qu'un organe juridique A soit obligé d'imposer une sanction. Cela revient à dire, selon l'analyse de Kelsen, qu'un organe juridique de degré supérieur est habilité à imposer une sanction à un organe juridique A si A manquait à son obligation d'imposer une sanction à un sujet de droit. Ainsi, le concept d'obligation juridique est préservé mais son analyse se fonde sur une construction des normes d'habilitation à deux niveaux.

À ce stade, la construction du concept complexe de droit de Kelsen est achevée, dans la mesure où il a désormais introduit un second type de normes d'habilitation, complémentaires de celui qu'il avait emprunté à Merkl. Dans la nouvelle habilitation à créer des sanctions, l'élément de contrainte est incorporé à la structure normative et aucune référence n'est faite à la contrainte en tant que telle. Au contraire, Kelsen fait référence à une certaine relation juridique - le pouvoir juridique des organes d'application d'imposer des sanctions - qui se reflète dans la responsabilité juridique des sujets de droit.

6 LE DÉPASSEMENT DE LA FONCTION DIRECTRICE DU DROIT

Enfin, je voudrais brièvement me tourner vers une expérience de pensée qui fait souvent appel à John Locke,⁵⁶ Merkl⁵⁷ et H.L.A. Hart.⁵⁸ Comme Locke avant lui et Hart après, Merkl a commencé un article des *Prolégomènes* en imaginant « un système primitif de règles » qui permettrait de voir à l'œuvre la fonction directrice du droit. Il entreprend alors de construire les structures complémentaires afin de corriger les difficultés inhérentes au fonctionnement du système primitif. Chez Kelsen, les structures complémentaires prennent le pas sur celles originales, sur la fonction directrice. Mon intérêt pour l'expérience de pensée s'attache ici moins à l'expérience elle-même qu'à ce qu'elle nous apprend sur Kelsen.

54 V. Kelsen, (1987 : 1-108, not. 72-75). Le texte est reproduit d'un manuscrit de la fin des années 1930.)

55 V. Kelsen (1997 : 61, v. aussi 62-63).

56 V. Locke (1690 : ch. 9, §§124-131).

57 V. Merkl (1931 : 253-259). Repr. in Merkl 1993.

58 V. Hart 1961.

Imaginez donc un système de règles primitif qui n'aurait qu'un seul degré, représenté par des règles imposant des sanctions, un système dans on se bornerait à exiger des sujets qu'ils se conforment aux règles. Maintenant, examinons les défauts de ce système. Le plus évident est l'incapacité à créer de nouvelles règles ou à abroger les règles en vigueur, puisqu'il n'y a, par hypothèse, aucun dispositif disponible de création du droit (par ex. législatif). Pour pallier cette carence, il faudra construire un second degré, celui de l'habilitation et, par là même, transformer le système primitif en un système de normes à double structure.

La question suivante est de savoir si cette double structure n'est pas elle-même défailante. En vue de faciliter la recherche, notre interlocuteur en revient à parler des fonctions juridiques. La structure simple rendait compte de la seule fonction directrice : des règles imposaient des obligations aux sujets de droit - et donc les dirigeaient. La transformation de la structure simple en une structure double laisse place à une seconde fonction, celle de création du droit. Ces deux fonctions, pourtant, ne sauraient suffire. Comme notre interlocuteur l'expliquera, même si on adoptait la structure double avec ses deux fonctions de création et de direction, la violation des règles soulèvera des problèmes. Il n'existe aucun dispositif pour déterminer qu'il y a eu (ou non) violation ni même aucun dispositif pour imposer des sanctions en cas de violation.

Notre interlocuteur répondrait en introduisant une troisième fonction, celle d'application du droit, qui vient compléter les fonctions directrices et de création. Une fois cette troisième fonction en place, la structure sera triple, c'est-à-dire, une structure hiérarchique à trois degrés. Pourtant Kelsen prend un chemin différent, qui se retrouve dans son concept complexe de droit. Il considère que les deux dernières fonctions (création et application) *supplacent*, dans la science du droit, la fonction directrice originelle. Les deux dernières fonctions correspondent, dans le schéma de Kelsen, aux perspectives *ex ante* et *ex post* qui se manifestent dans la soi-disant norme juridique complète. De la même façon, les deux dernières fonctions correspondent, chez Kelsen, aux habilitations à créer des normes et à imposer des sanctions.

Pourquoi Kelsen en arrive-t-il à dire que les deux dernières fonctions supplacent la fonction directrice ? La réponse réside dans son attachement au dualisme ontologique de l'être et du devoir-être.⁵⁹ Les constructions de la science juridique se trouvent dans le second qui constitue un monde idéal et non dans le monde extérieur, celui des tables et des chaises comme les philosophes aiment à le présenter. Le monde extérieur *est*, pourtant, le foyer de la fonction directrice du droit et rien dans la construction de Kelsen ne change quoi que ce soit à ce fait. Au contraire, Kelsen comprend la fonction directrice comme le reflet du phénomène social. Comme il le dit, le fait que des individus vivent ensemble est, avant tout, un phénomène biologique, qui devient social grâce à la

59 V. Paulson 2002a.

fonction directrice.⁶⁰ D'où il résulte que la fonction directrice ne fait pas partie de la science. Elle échappe à la « connaissance du droit ».⁶¹

*Traduit de l'anglais
par Pierre Brunet.*

Bibliographie

- Martin BOROWSKI, 2005 : Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl. *Hans Kelsen - Staatsrechtler und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen : Mohr-Siebeck.
- Eugenio BULYGIN, 1983 : Zur Problem der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht. *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*. Ed. Günter Kohlmann. Cologne : Peter Deubner.
- , 1988: Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho. Trad. par Jerónimo Betegón. Hans Kelsen, Ulrich Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Heinrich DERNBURG, 1911 : *Pandekten. System des Römischen Rechts*. 8. éd. (pt. 1). Berlin : H.W. Müller.
- Horst DREIER, 1986 : *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Baden-Baden : Nomos.
- Andreas FUNKE, 2003 : *System und Entwicklung der Strukturtheorie des Rechts: Die Allgemeine Rechtslehre der Jahre 1874 bis 1917*. Thèse de doctorat. Würzburg : Univ. Würzburg.
- Herbert L.A. HART, 1961 : *The Concept of Law*. Oxford : Clarendon Press.
- Carsten HEIDEMANN, 2005 : Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen. *Hans Kelsen - Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen : Mohr-Siebeck.
- Hans KELSEN, 1911 : *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- , 1920 : *Das Problem der Souveränität*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- , 1922 : *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- , 1924 : Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 17 (1923-24). 374-408. Rééd. in Hans Kelsen, 1925 : *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer.
- , 1926 : Les rapports de système. Entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours* 14 (1926).
- , 1928 : Das Idee des Naturrechtes. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 7 (1928).
- , 1932 : Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. 12 (1932). 481-608.
- , 1945 : *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press.
- , 1957 : The Law as a Specific Social Technique. *University of Chicago Law Review* 9 (1941-42). 75-97. Reed. Hans Kelsen : *What is Justice?* Berkeley, Los Angeles : University of California Press.
- , 1960 : *Reine Rechtslehre*. 2. éd. Vienna : Franz Deuticke.
- , 1987 : Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles. *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre: Kritische Bemerkungen Zu Georges Scelle Und Michel Virally*. Eds. Hans Kelsen, Kurt Ringhofer, Robert Walter. Vienna and New York: Springer.
- , 1992 : *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- , 1997 : *Théorie générale du droit et de l'État*. Trad. Béatrice Laroche, Valérie Faure. Paris : LGDJ.
- , 1998: 'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law. *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Eds. Stanley L. Paulson,

⁶⁰ V. Kelsen (1941-42 : 75 ; 1957 : 231).

⁶¹ Kelsen 1928.

- Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press.
 , 1999 : *Théorie pure du droit*. Trad. de la 2^{ème} éd. de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann. Paris : LGDJ.
- Josef L. KUNZ, 1933-34 : The 'Vienna School' and International Law. *New York University Law Quarterly Review* 11 (1933-34). 370-421.
- Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, 1904 : *Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie*. Eds. Artur Buchenau and Ernst Cassirer. Leipzig : Miner.
- John LOCKE, 1690 : *Second Treatise on Civil Government*.
- Neil MACCORMICK, 1981 : *H.L.A. Hart*. London : Edward Arnold.
- Adolf Julius MERKL, 1923 : *Die Lehre von der Rechtskraft*. Leipzig/Vienna : Franz Deuticke.
 , 1931 : Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*. Ed. Alfred Verdross. Vienna : Springer. Rééd. Merkl 1993.
 , 1993 : *Gesammelte Schriften*. Eds. Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck, Wolf-Dietrich Grussmann. Berlin : Duncker & Humblot.
- Stanley L. PAULSON, 1992 : Appendix. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
 , 2001 : Hans Kelsens Doctrine of Imputation. *Ratio Juris* 14 (2001). 47-63.
 , 2002a : Faktum/Wert-Distinktion, Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Ed. Robert Alexy, Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, and Gerhard Sprenger. Baden-Baden : Nomos. 223-251.
 , 2002b : Neumanns Kelsen. *Kritische Theorie der Politik. Frank L. Neumann - eine Bilanz*. Eds. Matthias Iser, David Strecker. Baden-Baden : Nomos.
 , 2004a : Review of *Gesammelte Schriften* by Adolf Merkl. *Ratio Juris* 17 (2004).
 , 2004b : Souveränität und der rechtliche Monismus. Eine kritische Skizze einiger Aspekte der frühen Lehre Hans Kelsens. *Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa. Festschrift für Theo Öhlinger zum 65. Geburtstag*. Eds. Manfred Stelzer, Alexander Somek, Stefan Hammer, Barbara Weichselbaum. Vienna : WUV-Universitätsverlag.
 , 2005 : *Hans Kelsen - Staatsrechtler und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen : Mohr-Siebeck.
- Joachim RENZIKOWSKI, 2002 : Der Begriff der 'Zurechnung' in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Eds. Robert Alexy, Lukas H. Mayer, Stanley L. Paulson, Gerhard Sprenger. Baden-Baden : Nomos. 253-282.
- Joachim RITTER (Ed.), 1972 : Dynamik. *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (2. vol). Basel : Schwabe.
- Alf ROSS, 1968 : *Directives and Norms*. London : Routledge & Kegan Paul.
- Alfred VERDROSS, 1923 : *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- Ota WEINBERGER, 1978 : Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik. *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdig*. Eds. Ulrich Klug, Thilo Ramm, Fritz Rittner, Burkhard Schmiedel. Berlin, Heidelberg, New York : Springer.
- Wilhelm WINDELBAND, 1924 : Normen und Naturgesetze. *Präludien*. (1st ed. Freiburg i.B.: J.C.B. Mohr, 1884, 211-246), 9th ed., 2 vols. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1924 (vol. 1, 59-98).
- Ludwig WITTGENSTEIN, 2001 : *Philosophical Investigations*. Trad. Elizabeth Anscombe. 3. éd. Oxford : Blackwell.
- Wilhelm WUNDT, 1903 : *Ethik*. Vol. 2 (3. éd.). Stuttgart : Ferdinand Enke.
- Ernst ZITELMANN, 1888 : Die Möglichkeit eines Weltrechts. *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 39 (N.F. 25). Rééd. in Zitelmann 1916.
 , 1916: *Die Möglichkeit eines Weltrechts*. Munich et Leipzig : Duncker & Humblot.

Stanley L. Paulson*

How Merkl's *Stufenbaulehre* Informs Kelsen's Concept of Law

How Merkl's Stufenbaulehre informs Kelsens concept of law. For many reasons, it seems that Kelsen's legal theory uses two competing concepts of law, one turning on coercion, the later concept reflecting the process of law creation. But this is not the case. Actually the two concepts are incorporated into a single concept of law. Here we face with two points of view which are combined in a single concept of law that reflects both process and coercion. In such an enterprise, the *Stufenbaulehre* and the conceptual machinery that can be drawn from it is central to our understanding of Kelsen's concept of law.

Keywords: hierarchy of norms, dynamic principle, static principle, *Stufenbautheorie*, Hart, Kelsen, Merkl

1 INTRODUCTION

In a telling passage in his treatise of 1945, *General Theory of Law and State*, Hans Kelsen appears to depart from his traditional concept of law. The traditional concept is "defined" by Kelsen in terms of the possibility of coercion as set by the reconstructed legal norm. He now appears to be replacing this concept of law with another:

if one looks upon the legal [system] from the dynamic point of view ... it seems possible to define the concept of law in a way quite different from that in which we have tried to define it [thus far]. [In particular, it seems] possible to ignore the element of coercion in defining the concept of law.¹

According to this view, Kelsen continues:

law is anything that has come about in the way the constitution prescribes for the creation of law .. [For example, an] important stage in the law-creation process [comprises] the procedure[s] by [means of] which general norms are created, that is, the [process] of legislation.²

spaulson@law.uni-kiel.de | William Gardiner Hammond Professor of Law Emeritus and Professor of Philosophy at the Washington University. This paper was completed during my residence in Kiel as Research Prize Awardee of the Alexander von Humboldt-Stiftung (Bonn - Bad Godesberg). I am deeply indebted to my host in Kiel, Robert Alexy.
Kelsen (1945 : 122).
Kelsen (1945 : 122, 123).

In the latter passage, Kelsen is clearly hinting at the *Stufenbaulehre* or doctrine of hierarchical structure that he took over lock, stock, and barrel from his gifted, and much neglected, colleague, Adolf Julius Merkl.³

Do we indeed have, then, two competing concepts of law in Kelsen's legal theory, the earlier concept turning on coercion, the later concept reflecting the process of law creation? I think not. On the contrary, as I shall argue, the two concepts of law to which Kelsen refers here are in fact two sides of a single concept of law or - in language that Kelsen adopted from Wilhelm Wundt and the Baden Neo-Kantians - two standpoints, two points of view (*Betrachtungsweisen*),⁴ that are incorporated into a single concept of law. Earlier, there is a static or *ex post* point of view, where the focus is on the issued legal norm and thus on coercion, and, later, there is a dynamic or *ex ante* point of view, antedating the issuance of the legal norm and thus emphasizing the process of law creation. These points of view are combined in a single concept of law that reflects both product and process, or - in the language of Kelsen's *General Theory of Law and State* - both coercion and law creation. As we shall see, the *Stufenbaulehre* - and the conceptual machinery that can be drawn from it - is central to the entire enterprise, profoundly informing our reading of Kelsen's ramified concept of law.

I develop, in section II, some of the rudiments of Kelsen's earlier concept of law, based on coercion. I turn, in section III, to a brief statement of Kelsen's later concept of law, which turns on law creation. I then turn, in section IV, to Kelsen's utilization of the so-called complete legal norm - another of the doctrines he drew from Adolf Julius Merkl. Here Kelsen himself, bringing together the two concepts of law to which he refers in *General Theory of Law and State*, in effect shows that they are in fact two sides of a single, ramified concept of law. Moving beyond the basic structure, I turn, in section V, to a problem that Kelsen had confronted in his legal theory from the beginning, namely, the "essence of the objective law" and the "ideal linguistic form" of the legal norm, as he puts it in his first major treatise, *Main Problems in the Theory of Public Law*.⁵ This back-

3 See Merkl (1923: 201-223), and Merkl (1931: 252-294; 1993: 437-492). The earlier text is Merkl's first systematic statement of the *Stufenbaulehre*, while the latter text represents his most complete statement. The *Stufenbaulehre* was first adopted by Kelsen in an essay (1924: 374-408). Kelsen reprinted this statement verbatim in the *Allgemeine Staatslehre* (1925, §§ 32-36, 229-255). On the *Stufenbaulehre*, see the rich and rewarding paper by Borowski 2005. I comment on the neglect of Merkl in my review of the first two volumes of his *Gesammelte Schriften* (see above), in Paulson (2004a: 263-264). The neglect has gone so far that Merkl (1890-1970) has in fact been confused, in some circles, with the Straßburg legal theorist Adolf Merkel (1836-1896), a proponent of the late nineteenth-century *Allgemeine Rechtslehre*, on which I cannot forbear mentioning the rewarding study by Funke 2003.

4 See Kelsen (1911: 4, 5), with references to Windelband (1924: 59-98), and to Wundt (1903: 1-10).

5 Kelsen (1911: 237). The treatise has been translated into Polish, Spanish, and Italian.

ground from *Main Problems*, illuminating Kelsen's quest for a defensible concept of law, shows that more was at stake from the very beginning than the offhand references to coercion might suggest. Finally, I take up, in section VI, a thought experiment drawn from John Locke, Merkl, and H. L. A. Hart. In Kelsen's hands, as the thought experiment makes clear, the functions represented by law issuance and law application - or, in Kelsenian parlance, the functions represented by the empowerment to issue norms and by the empowerment to impose sanctions - *supplant* the original, directive function of the law. To be sure, the so-called directive function survives in Kelsen's theory, but in an emasculated form, as the function or purpose of law *qua* social technique. "Function" with respect to its source is ambiguous. The so-called directive function of the law is not numbered among the legal functions *per se*. Rather, it stems from a source outside of "the cognition of the positive law".⁶ It stems, in other words, not from the ideal world of the law but from the empirical world of fact.

My aim, in short, is to go beyond the standard reading of the *Stufenbaulehre* or doctrine of hierarchical structure, *as the notion pertains to Kelsen*. It is well known that the doctrine served to relativize the differences between law creation and law application, and thereby to relativize the standing of the different species of law themselves. As Kelsen puts it, reflecting on the significance of the *Stufenbaulehre*, Merkl "*relativized* what had ossified into the absolute: the opposition...between general and individual norm, between abstract and concrete norm."⁷ In short, Kelsen points out that both the tradition in legal theory and he himself in *Main Problems* ignored an entire spectrum of legal norms, those between general statutory provision and concrete legal act. The only way to set things straight, Kelsen argues, is to follow Merkl's graduated scheme, which exhibits all the levels of legal norm in the legal system, from the most general constitutional and legislative norms to the most concrete legal acts. Legislation, the standard-bearer of nineteenth-century statutory positivism (*Gesetzespositivismus*), loses its privileged position, a point that is, to be sure, a fundamental contribution of the Vienna School of Legal Theory. But there is more. The *Stufenbaulehre* bears directly on Kelsen's concept of law, and this is the point I wish to develop here.

2 KELSEN'S EARLIER CONCEPT OF LAW: COERCION

In his discussion of coercion in the First Edition of *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law, Kelsen introduces the notion by appealing to four separate motifs, with attention to a different aspect of coercion in each of them. He does not

⁶ Kelsen 1928.

⁷ Kelsen (1998: 13-14) (emphasis in original).

speak, *expressis verbis*, of coercion *qua* concept of law, but in *General Theory of Law and State*, as we have seen, he points to coercion as the hallmark of his earlier concept of law. And what is more, the four motifs taken together do appear to stand for a concept of law.

What, then, are the four motifs? There is, first, coercion as *differentia specifica* of the formal category of norm, second, coercion as empirical criterion of the law, third, coercion as a proper part of the reconstructed legal norm, and, fourth, coercion vis-à-vis Kelsen's doctrine of the identity of state and law. The motifs overlap, of course, and I shall invite attention to the overlap at several points.

2.1. Coercion as *differentia specifica* of the formal category of norm

To make sense of this initial motif, one has to begin with the genus that Kelsen goes on to differentiate. The genus, he tells us, is "[t]he formal category of norm", the category "designated by 'ought'".⁸ Here the norm is undifferentiated and applies therefore in all of the normative fields, say, logic, philology or prescriptive linguistics, aesthetics, ethics, and the law.⁹ How, then, is the legal norm to be differentiated? "[T]he legal norm", Kelsen writes, "is a coercive norm (a norm providing for coercion)", and it is precisely thereby that "the legal norm is distinguished from other norms."¹⁰

2.2. Coercion as empirical criterion of the law

Kelsen goes on to speak of the coercive element as an "empirical criterion" of the law,¹¹ a line that might well be read with puzzlement, for Kelsen also argues again and again that "the law is norm".¹² The law is, in other words, not empirical at all but "ideal",¹³ a position that reflects the fact-value distinction cham-

⁸ Kelsen (1992: § 12, 26).

⁹ See Kelsen (1911: 4), for a similar list. Kelsen is decidedly ambivalent on the status of ethics. On the one hand, he sometimes appears in the guise of a sceptic, and this is certainly the view of him emphasized by most interpreters. On the other hand, he presses his "no-conflicts thesis" - that is, no possible conflict between ethics and the law - in virtually everything he has written on the theory of public international law, of which his defense of monism is an integral part. Monism provides an explanation of sorts, if hardly a justification, of his "no-conflicts thesis". See e.g. Kelsen (1920: § 27, 107-111); Kelsen (1926: 267-270). On Kelsen's monism generally, see Paulson 2005.

¹⁰ Kelsen (1992: § 12, 26).

¹¹ Kelsen (1992: § 12, 26).

¹² Kelsen (1992: § 12, 26; § 5, 11; § 7, 13; § 8, 15; § 11(a), 23; § 15, 32; § 19, 38; § 29, 58).

¹³ Kelsen (1992: § 8, 15): "[J]ust as one distinguishes the law from nature, so one is also to distinguish the ideal phenomenon, law, from other ideal phenomena, especially from norms of other types."

pioned by the Baden Neo-Kantians: Matters of fact exist and are found in the external world, but the law *qua* norm "obtains", is "valid", in a second world.¹⁴ This claim of Kelsen's is captured by the import of his "formal category of norm", above. Still, Kelsen's point here that coercion is an empirical criterion of the law can perhaps be saved by arguing that just as, for Wittgenstein, pain behaviour is an empirical criterion of pain,¹⁵ so likewise, for Kelsen, the coercive element is properly understood as an empirical criterion of the law, which, for its part, is not empirical but ideal.

To be sure, coercion *qua* criterion proves to be a more complex doctrine than it appears on first glance to be. For Kelsen is referring not only to the imposition of coercion but also to conformity to the law, which, he argues, is motivated by the wish to avoid subjecting oneself to coercive measures. Kelsen is quick to add that the wish to avoid subjecting oneself to coercive measures *is scarcely the only reason* people conform to the law.¹⁶ And if the notion of conformity to the law *qua* empirical criterion were fully worked out, it might well swallow the coercive element whole. The party identifying the law by appeal to the reworked criterion would not be unlike the "cognitive observer" in H. L. A. Hart's theory (not a representative of the internal point of view, but one who nevertheless knows the rules that the representatives of the internal point of view follow).¹⁷

2.3. Coercion as a proper part of the reconstructed legal norm

From the beginning, Kelsen speaks of the need to arrive at the "ideal linguistic form" of the legal norm¹⁸ in order, *inter alia*, to distinguish the law from morality. The results of his inquiry are captured in the expression "reconstructed legal norm".¹⁹ In the present context I consider the reconstructed legal norm only in so far as Kelsen's coercive element bears on it.

14 The two-worlds doctrine is given expression, first, in Kelsen (1911: 4-8 *et passim*), and in Kelsen (1925 : § 5(c), 19 ; § 13(b), 62, *et passim*). See generally Paulson (2002a: 223-251).

15 See Wittgenstein (2001: §§ 256-257) and, indeed, the entire section on the private-language argument (2001: §§ 243-315).

16 See Kelsen (1992: § 14(c), 31-32).

17 What I have termed the "cognitive observer" is tacit in Hart's theory, namely, where he speaks of a "[moderate] external point of view" (the point of view of one who, "without himself accepting [the] rule of recognition, states the fact that others accept it"), Hart (1961: 99). Hart does not, however, develop the doctrine. See MacCormick (1981: 36-40), who was perhaps the first to see this point clearly. MacCormick in fact speaks of a "hermeneutic observer" here. I recognize that to develop Kelsen's "empirical criterion" in this direction tends to undermine his starting point, "the coercive element" in the concept of law, and I offer the remarks in this paragraph of the text as a reflection on Kelsen's criterion, not as part of a statement of his earlier concept of law.

18 See note 6 above.

19 The expression, as used here, stems from Bulygin (1983: 20), also in Spanish in Bulygin (1988:

Kelsen writes that coercion is "essential for the legal character of the norm",²⁰ and that the secondary legal norm,²¹ for want of the coercive element, "cannot be an essential expression of the law".²² The "mode specific to the law"²³ is reflected in the hypothetically formulated or reconstructed legal norm, which links "a human being's behaviour, regarded as socially harmful, with a coercive act, perceived by that human being to be an evil".²⁴ In the earlier 1930s, before Kelsen had come expressly to the conclusion that empowerment is the fundamental modality in the law, his most elegant statement on the reconstructed legal norm was found at section 11(b) in the First Edition of *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law. Posing the question of how one can sever the concept of the legal norm from its source, the concept of the moral norm, in order thereby to secure the autonomy (*Eigengesetzlichkeit*) of the law even vis-à-vis morality, he writes:

the Pure Theory does this not by understanding the legal norm, like the moral norm, as an imperative - the usual approach of traditional theory - but by understanding the legal norm as a hypothetical judgment that expresses the specific linking of a conditioning material fact with a conditioned consequence. The legal norm becomes the reconstructed legal norm, which exhibits the basic form of positive laws. Just as the law of nature links a certain material fact as cause with another as effect, so the law of normativity links legal condition with legal consequence (the consequence of a so-called unlawful act). If the mode of linking material facts is causality in the one case, it is imputation in the other, and imputation is recognized in the Pure Theory of Law as the particular lawfulness, the autonomy, of the law.²⁵

Here the coercive element, not evident on first glance, comes in through the back door. Imputation, Kelsen's juridico-normative category, serves to warrant imputing liability to the legal subject, with "liability" meaning liability to the imposition of a sanction, and with "sanction" now standing in for coercion.²⁶

11). On the reconstructed legal norm as Kelsen understands it in the First Edition of *Reine Rechtslehre*, see also Paulson (1992: 132-134).

20 Kelsen (1992: § 14(b), 29).

21 This is Hart's primary rule.

22 Kelsen (1992: § 14(c), 31).

23 Kelsen (1992: § 14(c), 31).

24 Kelsen (1992: § 14(c), 31).

25 Kelsen (1992: § 11(b), 23).

26 On imputation, see (1992 : § 11(b), 23-25 ; § 25(a), 47-48 ; § 25(d), 50-51 ; § 100(b), 100-101). It is fair to say that no consensus has developed on the import of imputation in Kelsen's theory. Still, the concept is now enjoying some attention. See e.g. Heidemann 2005; Renzikowski (2002: 253-282); Paulson (2001: 47-63).

2.4. Coercion vis-à-vis Kelsen's doctrine of the identity of state and law

In identifying the state with the law,²⁷ Kelsen combats traditional views of the state, rooted as they are in what he regards as an indefensible metaphysic or ideology. Indeed, Kelsen's monism with primacy of public international law is a response in part to the absence of the state in his legal theory and, therefore, the absence of state sovereignty as a structure existing independently of the law and serving as its foundation. The alternative to the state and to state sovereignty is a hierarchy of laws. Alfred Verdross, in particular, developed the *Stufenbaulehre* with an eye to capturing the monism with primacy of public international law.²⁸

The present focus on Kelsen's doctrine of the identity of state and law, however, is solely in the context of coercion. Here Kelsen's simple syllogism will suffice.²⁹ The state, Kelsen writes, is by definition a coercive social system, and since a coercive social system is a legal system, it follows straightaway that the state is a legal system. Thus, the coercive element, which serves as the distributed term in Kelsen's syllogism, is a defining property of the legal system, too. The same will be true, *mutatis mutandis*, of a decentralized legal system, most obviously public international law, the difference being, of course, that there is no occasion here to speak of a state. But, Kelsen insists, coercion *qua* defining property is *no less evident*, for if "so-called international law" is a legal system *at all*, "then this system of norms, too, must count as a coercive system".³⁰

3 KELSEN'S LATER CONCEPT OF LAW: LAW CREATION

In effect, Kelsen's later concept of law, reflecting the legal system "from the dynamic point of view",³¹ is captured by the *Stufenbau* itself. That is, the dynamic point of view invites attention to a property characteristic of the law, namely, that it regulates its own creation, precisely the property at the heart of the *Stufenbaulehre*. Just as constitutional norms govern the process of legisla-

27 See e.g. Kelsen (1920: § 3, 12; § 4, 17); Kelsen (1922: § 15, 86-91); Kelsen (1925: §§ 10-17, 47-91); Kelsen (1992: § 48, 99-106) ; Kelsen (1945: 181-207). See also Dreier (1986: 208-211); Paulson (2002b: 113-116). It is perhaps worth noting that Kelsen's so-called identity does not, *qua* identity, withstand close scrutiny, for it applies - and, indeed, Kelsen would have it apply - in only one direction. It does not therefore count, strictly speaking, as an identity at all. Kelsen identifies the state with the law, to be sure, but there are decentralized species of law that have no counterpart in a state. A more accurate formulation of Kelsen's point might run as follows: What we know as the state is fully to be incorporated into, and restated in terms of, the law. It is not the case, however, that wherever there is law, there is *eo ipso* a counterpart state.

28 See Verdross 1923.

29 See Kelsen (1992 : § 48(a), 99).

30 Kelsen (1932: 483).

31 Kelsen (1945: 122) (see quotation, text at note 1 above).

tion, so legislative norms govern the process of administrative regulation, and so on. As Kelsen writes:

the relation between a higher and a lower level of the legal system - as between constitution and statute, or between statute and judicial decision - is a relation of determining or binding ... In governing the creation of the lower-level norm, the higher-level norm determines not only the process whereby the lower-level norm is created, but possibly the content of the norm to be created as well.³²

This is not to say - the "formalism" charge of Kelsen's many critics to the contrary notwithstanding³³ - that the process is in any way mechanical. A creative dimension is undeniable, for there is an unavoidable element of discretion involved in the issuance of the lower-level norm. In other words, the determination of lower-level norm by higher-level norm is never complete.

The higher-level norm cannot be binding with respect to every detail of the act putting it into practice. There must always remain a range of discretion, sometimes wider, sometimes narrower, so that the higher-level norm, in relation to the act applying it (an act of norm creation or of pure implementation), has simply the character of a frame to be filled in by way of the act.³⁴

The primary emphasis here, however, is not the creative dimension of the process. Rather, the primary emphasis here is empowerment - more precisely, the fact that the norm to which one appeals in order to issue a norm, to make law, is an empowering norm. Kelsen introduces empowerment *qua* legal norm for the issuance of legal norms only tacitly, that is, as a part of his adoption of Merkl's *Stufenbaulehre*. Later, however, in taking up a second species of empowerment, namely, empowerment *qua* legal norm for the imposition of sanctions, he addresses empowerment on the merits. I return to the point in section V below.

4 THE COMPLETE LEGAL NORM AND THE RAMIFIED CONCEPT OF LAW

As I noted at the outset, I am arguing that Kelsen artfully combines his earlier and later concepts of law, drawing the so-called complete legal norm from Merkl's mature statement of the *Stufenbaulehre*. To anticipate Kelsen's move here, it is well to begin with the overriding concepts, dynamic and static.

32 Kelsen (1992: § 33, 77-78).

33 See Paulson (2002b: 109-113); to be sure, my remarks here barely scratch the surface of an interesting question of juridico-intellectual history: Why was Kelsen attacked by, among others, virtually all of the Weimer *Staatsrechtler* on the ground that he was engaged in a wrong-headed enterprise known as "*Logizismus*"? Was this simply the wearisome reproach of formalism or was something more interesting going on?

34 Kelsen (1992: § 33, 78).

"Dynamic" - the modern expression is traceable to Leibniz³⁵ - conveys the idea of force, motion, or change. Significantly, its etymological precursors include the scholastic "*potentia*", that is, the capacity or power to develop.³⁶ Similarly in the law. The international lawyer and legal theorist Josef L. Kunz, an important figure in the Vienna School of Legal Theory, writes that a "dynamic theory of international law has to deal with the problem of the creation of international law".³⁷ The well-known legal theorist Ota Weinberger, for some purposes a modern-day representative of the Brno School of Legal Theory, defends a dynamic theory of law, treating "dynamic" and "change" as synonyms.³⁸ Merkl writes that without empowering norms, without a means of creating new law, the "legal system would be absolutely rigid and inflexible".³⁹

A *change* in the legal system, brought about by the *creation* of law - these are Kelsen's themes, too. Returning to his statement in *General Theory of Law and State*,

law is anything that has come about in the way the constitution prescribes for the creation of law.... [For example, an] important stage in the law-creation process [comprises] the procedure[s] by [means of] which general norms are created, that is, the [process] of legislation.⁴⁰

This dynamic point of view is usefully conceptualized as an *ex ante* perspective, a focus antedating the issuance of the legal norm and thus emphasizing the process of law creation. The norms depicted from this point of view - most prominently, those that enable legislators to issue general norms, to pass legislation - are empowering norms. In a familiar triad, empowering norms determine *who* can issue norms, *which* norms can be issued, and *by what means*.⁴¹

Kelsen goes on to introduce a complementary static point of view, which can be usefully conceptualized as an *ex post* perspective. Here the legal norm has already been issued, and the focus is on it, the legal norm proper. Once again the text is *General Theory of Law and State*:

what, from a dynamic point of view, is [a higher-] level norm, in particular, a constitutional [empowering norm that determines] the creation of a general norm[,] becomes in a static presentation of law one of the conditions [of] the general norm.. In a static presentation of law, the higher-[level] norms of the constitution are, as it were, projected as parts into the lower[-level] norms.⁴²

35 See Leibniz (1904: 256-272).

36 See generally the article "Dynamik", in Ritter (1972: 302-303).

37 Kunz (1933-34: 412).

38 See Weinberger (1978: 175 *et passim*).

39 Merkl (1931: 281; 1993: 475).

40 Kelsen (1945: 122, 123) (my insertions).

41 See Ross (1968: 130-131).

42 Kelsen (1945: 144) (my insertions).

Whereas the dynamic or *ex ante* perspective is associated with the *Stufenbau* itself,⁴³ with its various empowering norms at the various levels manifest in the legal system in question, Kelsen's static or *ex post* perspective is aimed at reproducing the *Stufenbau* in miniature by means of the so-called complete legal norm. The reproduction serves to replicate the levels of the *Stufenbau*, from the constitution to the hypothetically formulated sanction-norm at the base of the structure - all of this *from the standpoint of the particular norm that has been issued*. Merkl's own example of a complete legal norm, drawn from the Austrian legal system, is useful. The concrete legal norm - issued and serving as the point of departure for the construction of the complete legal norm in the example - is set in at the base, below, as marked by [g]:

[a] If an organ, empowered by federal constitutional statute to initiate legislation, has introduced a bill in the National Assembly (*Nationalrat*) to the effect that the seller of certain wares is to pay a sales tax amounting to a certain percentage of the proceeds from the sale, and further, [b] if the National Assembly, first in committee and then in plenary session, in the procedure specifically prescribed by parliamentary rules of order, has passed a bill to this effect, and further, [c] if this legislation has been submitted to the Federal Assembly (*Bundesrat*), which either raised no objection within a period of eight weeks or decided before this deadline to raise no objection, and further, [d] if the Federal President has signed this legislation, and the Federal Chancellor as well as the Federal Minister of Finance have countersigned the presidential signature, and further, [e] if the Federal Chancellor has published the signed and countersigned legislation in the Federal Statute Book, and further, [f] if, after the effective date of this legislation, the tax official designated in the statute has prescribed in a certain procedure that a certain person is to pay a certain tax, and finally, [g] if this certain person does not pay the prescribed amount within the prescribed time, then a penalty for the tax offense ought to be imposed on him.⁴⁴

Is Merkl's "complete legal norm" truly complete, and if it is not, does that matter? The query merits a brief discussion. Beginning with the concrete legal norm [g], if its antecedent condition obtains - the individual did not pay the duly prescribed tax - then its consequent may be drawn, to the effect that the individual is liable to the imposition of a penalty. If the individual chooses to challenge the law as applied to him, he might well argue that one or another of the antecedent conditions [a]-[f] was not satisfied and that lack of satisfaction violates, say, due process of law. This last notion, drawn from the constitution, is not a part of Merkl's "complete legal norm", underscoring its actual incompleteness. Indeed, even if all the constitutional constraints that might possibly apply were added as antecedent conditions, the (ostensibly) complete legal norm would still fall short of completeness. For it is always possible that an unanticipated new reading will emerge from a constitutional challenge based on, say, a

43 Or, more accurately, it yields a suitably simplified version of the *Stufenbau*, which would defy description altogether if the demand were to fill it out in all of its complexity.

44 Merkl (1931: 281; 1993: 465-466).

new interpretation of a constitutional provision, and such a reading can always become a part of the received opinion. In a very real sense, then, *no* (ostensibly) complete legal norm is complete for all purposes.

This does not, however, undermine Merkl's model, for in practice the applicable conditions are filled in *after the fact*.⁴⁵ The neat distinction drawn by the philosopher of science between the often chaotic "process of discovery" and the tidy "process of justification" applies here, too. Filling in the conditions of a complete legal norm after the fact reflects the spirit of the process of justification.

This detail respecting completeness aside, how does the so-called complete legal norm serve to bring together the two concepts of law, law creation and coercion? The key lies in the distinction between *ex ante* and *ex post* perspectives. From the *ex ante* perspective, the complete legal norm represents the applicable empowering norms, which, if acted upon, will yield the sanction-norm at [g]. From the *ex post* perspective, the empowering norms are projected into the issued sanction-norm as its conditions or "parts", as Kelsen sometimes refers to them.⁴⁶ Thus, the complete legal norm provides a birdseye view of both sides of the ramified concept of law - the *ex ante* perspective inviting attention to law creation, the *ex post* perspective focusing on coercion, now embedded in the consequent of the hypothetically formulated sanction-norm. What is more, these two perspectives, *ex ante* and *ex post*, capture the two types of empowerment at work in the system, the empowerment to issue norms and the empowerment to impose sanctions.

To appreciate why the ramified concept of law adumbrated here reflects more accurately Kelsen's own programme than do his remarks about coercion, it is well to turn to his concern, from the beginning, with the objective law and the "ideal linguistic form" of the legal norm. I set the stage by introducing Kelsen's polemic against the "system of subjective law", the antipode to the "system of objective law".

5 THE OBJECTIVE LAW AND THE "IDEAL LINGUISTIC FORM" OF THE LEGAL NORM

It is well known that Kelsen struggled to move beyond various dualisms in the law, in particular that between subjective and objective law. He addresses the issue in a number of his writings. Here is a statement from the First Edition of his *Pure Theory of Law*:

⁴⁵ This approximates the *modus operandi* in using Hart's rule of recognition, too. In practice, one is not trying to cope with the rule of recognition writ large. Rather, one resorts to working rules of recognition.

⁴⁶ See Kelsen (1960: § 6(e), 55-59).

When general legal theory claims that its object of enquiry, the law, is given not only in an objective sense but also in a subjective sense, it builds into its very foundation a basic contradiction, that is, the dualism of objective law and subjective right. For general legal theory is thereby claiming that law - as objective law - is norm, a complex of norms, a system, and claiming at the same time that law - as subjective right - is interest or will, something altogether different from objective law and therefore impossible to subsume under any general concept common to both. This contradiction cannot be removed even by claiming a connection between objective law and subjective right, by claiming that the latter is defined as interest that is protected by the former, as will that is recognized or guaranteed by the former. In line with its original function, the dualism of objective law and subjective right expresses the idea that the latter precedes the former logically as well as temporally.⁴⁷

The concept of objective law is tolerably clear. "Objective law" refers to the sum total of general, abstractly formulated legal norms in the legal system.⁴⁸ Underscoring Kelsen's conception of objective law is his thesis of the identity of state and law, of state and legal system. "Subjective law" and, indeed, the "system of subjective law", as understood by its nineteenth-century proponents, not least of all Georg Friedrich Puchta and Heinrich Dernburg, antedates the objective law and exists independently of it. Puchta's commitment to personal liberty, expressed in the Kantian language of "self-determination or autonomy", is conspicuous here. Dernburg in his treatise explains in a helpful way the import of Puchta's position:

Historically speaking, rights in the subjective sense existed for a very long time before a conscious political order developed. They were based on the personality of individuals and on the respect these individuals were able first to win for themselves and their property, and then to enforce. It was only by way of abstraction that contemplation of existing subjective rights gradually led to the concept of the legal system. It is therefore unhistorical and incorrect to view rights in the subjective sense as nothing but emanations of law in the objective sense.⁴⁹

Kelsen regards the idea that the subjective law might exist independently of the objective law as well-nigh wrong-headed. Rights and duties are legally valid only if their validity systems from the objective law, from a legal system.⁵⁰ The "contradiction" to which Kelsen refers in the quoted text stems from granting this point and saying at the same time that the system of subjective law can exist independently of the system of objective law.⁵¹ The only way to resolve

47 Kelsen (1992: § 19, 38 ; see also § 20, 39-40).

48 Windscheid etc.

49 Dernburg (1991: 65), quoted in Kelsen (1992: § 19, 39). Dernburg's treatise first appeared in 1884. He was, to be sure, a latecomer to the "*Pandektistik*". Windscheid in his later work had already rejected.

50 This may strike one as transparently false. What of the system of subjective rights that antedates the system of objective law? Kelsen speaks to the issue, for example, in his debate with Eugen Ehrlich, arguing that the rudiments of a system of objective law are always present if one is claiming that the subjective rights at issue are indeed legally valid.

51 Of course, the proponents of dualism do not grant Kelsen's point at all. They argue that the

the contradiction, Kelsen contends, is to eliminate the system of subjective law altogether.

In his treatise of 1911, *Main Problems in the Theory of Public Law*, Kelsen takes up the question of "the essence of the objective law", the general, abstractly formulated legal norms in the legal system, by posing a second question, that of the "ideal linguistic form" of such norms. As he writes:

The question of whether the legal norm is to be understood as an imperative or as a hypothetical judgment is the question of the *ideal* linguistic form of the legal norm or, indeed, the question of the essence of the objective law. The practical wording used in concrete legal systems is irrelevant to the solution of the problem. The legal norm (in its ideal form) must be constructed from the content of statutes, and the components necessary to this construction are often not present in one and the same statute but must be assembled from several.⁵²

The essence of the objective law is manifest in the objectified or reconstructed legal norm, that is to say, the legal norm whose formulation is ideal in the required sense. In short, the "essence of the objective law" and the "ideal linguistic form" of the legal norm are intimately related questions. Already clear to Kelsen, in *Main Problems*, is the notion that the legal norm be formulated hypothetically, that it be addressed to the legal official, *a move representing, of course, a shift away from the legal subject* and the trappings of subjectivity that the concept "legal subject" connotes.

Kelsen conceives of the "ideal linguistic form" of the legal norm as a central part of his general programme of concept formation, and the programme represents in turn his initial response to naturalism in legal science: Concepts in the law, normative in character as they are, resist the naturalist's penchant to reduce them to (what the naturalist sees as) their factual counterparts. Of course Kelsen was not the only theorist engaged in concept formation. One thinks, for example, of Ernst Zitelmann (1852-1923), who, with an eye to establishing the *desideratum* of the objective law, had posed, nearly a quarter of a century before Kelsen's *Main Problems*, the question of the linguistic form of the legal norm. All objective law, he wrote:

whatever the time, whatever the place, has one and the same logical form. This form of juridical thought, capable of encompassing the most various of material content, is itself simply form, completely devoid of content.⁵³

Over a period of some thirty years, Kelsen seeks further properties of the legal norm in its ideal linguistic form, and he defends, beginning in the late

validity of subjective rights is traceable to a separate source. Kelsen, however, regards his point as transparently clear, capturing the import of objective law and tracking at the same time the unity of law. The proponents of dualism are mistaken - or so Kelsen would have us believe.

⁵² Kelsen (1911: 237) (emphasis and parentheses in original).

⁵³ Zitelmann (1888: 193-5, 201-03, 209-12, at 194; 1916: 10).

1930s, the idea that the hypothetically formulated sanction-norm, addressed to the legal official, is an empowerment.⁵⁴ Kelsen elaborates the point in *General Theory of Law and State*, where he argues for the first time that the legal "ought" is to be seen not as giving expression to the concept of legal obligation but as a *place-marker*.⁵⁵ Specifically, in the objectified or reconstructed legal norm, the presence of the legal "ought" marks the possibility that under certain conditions a sanction can be imposed, that is, the legal organ is empowered under certain conditions to impose a sanction. To be sure, it may be the case that a legal official, say A, is obligated to impose a sanction. This is to say, on Kelsen's analysis, that a higher-level legal official is empowered to impose a sanction on legal official A, should A fail to impose the sanction on the legal subject. Thus, the concept of legal obligation is preserved, but its analysis now turns on a bi-level construction of empowering norms.

At this juncture, Kelsen's construction of the ramified concept of law is essentially complete, for he has now introduced a second type of empowerment, complementing the empowerment he adopted from Merkl. In the newly introduced empowerment to issue sanctions, the coercive element is embedded in a normative structure and no appeal is made to coercion as such. Rather, Kelsen's appeal is to a certain legal relation - the legal power of the official to impose a sanction, reflected in the legal liability of the legal subject to its imposition.

6 SUPPLANTING THE DIRECTIVE FUNCTION OF THE LAW

Finally, I want briefly to turn to a thought experiment that draws in a familiar way on John Locke,⁵⁶ Merkl,⁵⁷ and H.L.A. Hart.⁵⁸ Merkl, like Locke before him and Hart after him, begins at one point in the "Prolegomena" paper with a "primitive system of rules", manifesting the directive function of law. He then builds in additional structures in order to correct the difficulties inherent in the primitive system. In Kelsen's hands, as I suggested in the Introduction, the additional structures supplant the original, directive function. My interest, here, in the thought experiment is less a matter of textual detail, and more a matter of illustrating Kelsen's move.

Imagine, then, a primitive rule-system that has but a single level, represented by duty-imposing rules, a system in which the subjects are required simply

54 See Kelsen (1987: 1-108, esp. 72-75). (The text is reproduced from a ms. of the late 1930s.)

55 See Kelsen (1945: 61, see also 62-63).

56 See Locke (1690: ch. 9, at §§ 124-131).

57 See Merkl (1931: 253-259). Repr. in Merkl 1993.

58 See Hart 1961.

to comply with these rules. Now we are invited to examine the system's defects. The most obvious of these is the inability to issue new rules or to abrogate existing rules, for there is by hypothesis no lawmaking (for example, legislative) apparatus at hand. To mend the defect, our interlocutor proceeds to build in a second level, that of empowerment, thereby transforming the primitive rule system into a norm system that is dyadic in structure.

The next question is whether the dyadic structure is not itself wanting. With an eye to facilitating the enquiry, our interlocutor reverts straightaway to the language of legal functions. The monadic structure reflects the directive function alone: Rules impose obligations on - and thereby direct - subjects. The transformation of the monadic structure into a dyadic structure marks the introduction of a second function, that of lawmaking. These two functions, however, do not suffice. As the interlocutor argues, even if the dyadic structure with its directive and lawmaking functions is adopted, noncompliance with give rise to problems. There is no institutional means to determine noncompliance or, even if noncompliance could be determined, to impose sanctions.

Our interlocutor responds by introducing a third function, that of law application, which complements the directive and lawmaking functions. Once the third function is in place, the result would seem to be a triadic structure, that is, a structural hierarchy built from precisely these three levels. Kelsen, however, takes a different tack, one that is reflected in his ramified concept of law. He sees the latter two functions of the triadic structure as together *supplanting*, in legal science, the original, directive function. The latter functions correspond, in Kelsen's scheme, to the *ex ante* and *ex post* perspectives reflected in the so-called complete legal norm. By the same token, the latter functions correspond, in Kelsen's scheme, to Kelsen's empowerments to issue norms and to impose sanctions respectively.

Why would Kelsen say that the latter functions supplant the directive function? The answer lies in his commitment to the two-worlds theory.⁵⁹ The constructions of legal science are found in the second, ideal world, not in the external world of tables and chairs, as the philosophers are fond of putting it. The external world *is*, however, the home of the directive function, and nothing stemming from Kelsen's reconstructions changes this fact. On the contrary, Kelsen understands the directive function as a reflection of social phenomenon. As he puts it, the fact that individuals live together is, first of all, a biological phenomenon, and it becomes a social phenomenon by virtue of the directive function.⁶⁰ Thus, it turns out that the directive function is not a part of legal science. It is found outside of the "cognition of law".⁶¹

59 See generally Paulson 2002a.

60 See Kelsen (1941-42: 75; 1957: 231).

61 Kelsen 1928.

References

- Martin BOROWSKI, 2005: Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl. *Hans Kelsen - Staatsrechtler und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- Eugenio BULYGIN, 1983: Zur Problem der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht. *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*. Ed. Günter Kohlmann. Cologne: Peter Deubner.
- , 1988: Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho. Trad. par Jerónimo Betegón. Hans Kelsen, Ulrich Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Heinrich DERNBURG, 1911: *Pandekten. System des Römischen Rechts*. 8. ed. (pt. 1). Berlin: H. W. Müller.
- Horst DREIER, 1986: *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Baden-Baden: Nomos.
- Andreas FUNKE, 2003: *System und Entwicklung der Strukturtheorie des Rechts: Die Allgemeine Rechtslehre der Jahre 1874 bis 1917*. PhD thesis. Würzburg: Univ. Würzburg.
- Herbert L. A. HART, 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Carsten HEIDEMANN, 2005: Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen. *Hans Kelsen - Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- Hans KELSEN, 1911: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- , 1920: *Das Problem der Souveränität*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- , 1922: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- , 1924: Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 17 (1923-24). 374-408. Reprint in Hans Kelsen, 1925: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer.
- , 1926: Les rapports de système. Entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours* 14 (1926).
- , 1928: Das Idee des Naturrechtes. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 7 (1928).
- , 1932: Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. 12 (1932). 481-608.
- , 1945: *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- , 1957: The Law as a Specific Social Technique. *University of Chicago Law Review* 9 (1941-42). 75-97. Reed. Hans Kelsen: *What is Justice?* Berkeley, Los Angeles: University of California Press.
- , 1960: *Reine Rechtslehre*. 2. éd. Vienna: Franz Deuticke.
- , 1987: Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles. *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre: Kritische Bemerkungen Zu Georges Scelle Und Michel Virally*. Eds. Hans Kelsen, Kurt Ringhofer, Robert Walter. Vienna and New York: Springer.
- , 1992: *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Transl. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- , 1998: 'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law. *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Eds. Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press.

- Josef L. KUNZ, 1933-34: The 'Vienna School' and International Law. *New York University Law Quarterly Review* 11 (1933-34). 370-421.

- Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, 1904: *Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie*. Eds. Artur Buchenau and Ernst Cassirer. Leipzig: Miner.
- John LOCKE, 1690: *Second Treatise on Civil Government*.

- Neil MACCORMICK, 1981: *H. L. A. Hart*. London: Edward Arnold.
- Adolf Julius MERKL, 1923: *Die Lehre von der Rechtskraft*. Leipzig, Vienna: Franz Deuticke.
- , 1931: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*. Ed. Alfred Verdross. Vienna: Springer. Réed. Merkl 1993.
- , 1993: *Gesammelte Schriften*. Eds. Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck, Wolf-Dietrich Grussmann. Berlin: Duncker & Humblot.

- Stanley L. PAULSON, 1992: Appendix. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Transl. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- , 2001: Hans Kelsen's Doctrine of Imputation. *Ratio Juris* 14 (2001). 47-63.
- , 2002a: Faktum/Wert-Distinktion, Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Ed. Robert Alexy, Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, and Gerhard Sprenger. Baden-Baden: Nomos. 223-251.

- , 2002b: Neumanns Kelsen. *Kritische Theorie der Politik. Frank L. Neumann - eine Bilanz*. Eds. Matthias Iser, David Strecker. Baden-Baden: Nomos.
- , 2004a: Review of *Gesammelte Schriften* by Adolf Merkl. *Ratio Juris* 17 (2004).
- , 2004b: Souveränität und der rechtliche Monismus. Eine kritische Skizze einiger Aspekte der frühen Lehre Hans Kelsens. *Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa. Festschrift für Theo Öhlinger zum 65. Geburtstag*. Eds. Manfred Stelzer, Alexander Somek, Stefan Hammer, Barbara Weichselbaum. Vienna: WUV-Universitätsverlag.
- , 2005: *Hans Kelsen - Staatsrechtler und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- Joachim RENZIKOWSKI, 2002: Der Begriff der 'Zurechnung' in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Eds. Robert Alexy, Lukas H. Mayer, Stanley L. Paulson, Gerhard Sprenger. Baden-Baden: Nomos. 253-282.
- Joachim RITTER (Ed.), 1972: *Dynamik. Historisches Wörterbuch der Philosophie* (2. vol). Basel: Schwabe.
- Alf ROSS, 1968: *Directives and Norms*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Alfred VERDROSS, 1923: *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Ota WEINBERGER, 1978: *Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik. Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*. Eds. Ulrich Klug, Thilo Ramm, Fritz Rittner, Burkhard Schmiedel. Berlin, Heidelberg, New York: Springer.
- Wilhelm WINDELBAND, 1924: *Normen und Naturgesetze. Präludien*. (1st ed. Freiburg i.B.: J. C. B. Mohr, 1884, 211-246), 9th ed., 2 vols. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1924 (vol. 1, 59-98).
- Ludwig WITTGENSTEIN, 2001: *Philosophical Investigations*. Transl. Elizabeth Anscombe. 3. éd. Oxford: Blackwell.
- Wilhelm WUNDT, 1903: *Ethik*. Vol. 2 (3. éd.). Stuttgart: Ferdinand Enke.
- Ernst ZITELMANN, 1888: Die Möglichkeit eines Weltrechts. *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 39 (N. F. 25). Rééd. in Zitelmann 1916.
- , 1916: *Die Möglichkeit eines Weltrechts*. Munich et Leipzig: Duncker & Humblot.

Riccardo Guastini*

Lex superior

Pour une théorie des hiérarchies normatives

Après un bref examen de la littérature théorique existante sur la hiérarchie de normes au sein d'un ordonnancement juridique, l'auteur introduit quatre concepts de hiérarchie : (i) la hiérarchie formelle, qui existe entre les normes réglant la création du droit et le droit créé conformément à celles-ci ; (ii) la hiérarchie matérielle qui existe entre deux normes lorsqu'une troisième norme positive interdit à l'une de contredire l'autre ; (iii) la hiérarchie logique qui existe lorsqu'une norme porte sur l'autre au niveau de méta-langage ; (iv) la hiérarchie axiologique qui dépend d'un jugement de valeur des interprètes attribuant à une norme une valeur supérieure à l'autre. Ensuite, l'auteur utilise cet appareil conceptuel pour éclaircir le concept de validité et de méta-norme ainsi que le statut du principe *lex superior derogat inferiori*. Finalement, sur la base de la dite distinction, l'auteur analyse le problème des auto-contraintes du législateur et le régime juridique des lois de révision constitutionnelle.

Mots-clés : hiérarchie normative, validité, méta-norme, *lex superior*, auto-contraintes du législateur, révision constitutionnelle

1 ÉLÉMENTS D'UNE MÉTATHÉORIE

On sait bien, depuis la *Théorie pure du droit*, que tout ordonnancement juridique a une structure hiérarchisée. Mais il faut se demander : en quel sens exactement?

(i) Chez Kelsen,¹ il n'y a qu'un seul type de hiérarchie : il s'agit de la relation entre les normes sur la création du droit et le droit créé conformément à ces normes. Une telle relation subsiste chaque fois qu'une norme - une norme « sur la production juridique »² - règle la création de l'autre : la première est supérieure, la seconde inférieure. La norme inférieure trouve son « fondement de validité formelle » dans la norme supérieure. En ce sens, par exemple, les normes constitutionnelles sur la législation sont supérieures aux lois. *Même si la constitution est souple*, il faut remarquer. De la même façon, une loi qui règle la production des lois futures est supérieure aux lois qui seront créées selon la procédure établie par cette loi.

* guastini@unige.it | Professeur de théorie du droit à l'Université de Gènes, Dipartimento di giurisprudenza.

1 Cf. Kelsen (1962 : titre V).

2 Cf. Bobbio (1994 : 233 ss).

(ii) Chez Merkl,³ d'autre part, on trouve, à côté de la précédente, un deuxième type de relation hiérarchique : il s'agit de la relation qui subsiste entre deux normes lorsque l'une ne peut faire l'objet de dérogation, ni abrogation, ni contradiction de la part de l'autre. C'est la relation qui subsiste, dans la plupart des ordonnancements juridiques, entre la loi et le règlement, entre la loi et la constitution. Remarquez, cependant, qu'une telle relation ne subsiste entre la constitution et les lois que *si la constitution est rigide*. Cela permet de comprendre comment, dans un ordonnancement juridique à constitution souple, la constitution est bien supérieure à la loi (d'après un certain critère), mais en même temps susceptible d'être modifiée par la loi (et donc au même niveau que la loi selon un autre critère).

(iii) D'ailleurs, la relation entre les normes sur la création du droit et le droit créé est souvent conçue comme une relation logique : la relation entre *deux « niveaux » de langage*, un méta-langage et son langage-objet.⁴

Ce qui, pourtant, ne permet pas de distinguer entre cette relation et une relation tout à fait différente, à savoir la relation qui subsiste *entre deux normes lorsque l'une porte sur l'autre*, « parle » de l'autre, la mentionne : c'est la relation qui existe, par exemple, entre une norme d'abrogation explicite et la norme abrogée par celle-ci.

(iv) Et finalement personne ne met en relation les hiérarchies normatives avec l'interprétation.⁵ Tout le monde semble croire que toute hiérarchie pré-existe à l'interprétation, de telle façon que les interprètes ne peuvent que se borner à la reconnaître.

En revanche, il est tout à fait évident que certaines relations hiérarchiques ne sont pas « trouvées » : elles sont créées par les interprètes. C'est le cas, par exemple, de la relation axiologique (de valeur) entre les principes fondamentaux ou généraux et les règles particulières d'une certaine matière.⁶ C'est également le cas de la relation entre principes constitutionnels établie par un tribunal constitutionnel afin de résoudre un conflit entre ces principes. C'est le cas, encore, de la relation entre la constitution et les principes supra-constitutionnels qui, d'après la jurisprudence de certains tribunaux constitutionnels,⁷ ne peuvent pas être modifiés ou bouleversés ni même au moyen d'une révision constitutionnelle.

Bref, il n'y a pas une seule structure hiérarchique. Il y en a plusieurs.⁸

3 Cf. Merkl (1987 : 37 ss).

4 Cf., chez Hart 1961, la distinction entre règles « primaires » et « secondaires ». Également Bobbio (1970 : 180 ss.) ; Bobbio (1994 : 235) ; Gavazzi (1967 : cap. II).

5 Deux exceptions (remarquables) sont : Tarello (1977 : 499 ss.) ; et Troper (1975 : 133 s. ; d'après Troper toute hiérarchie est, dans un certain sens, produit de l'interprétation).

6 Cf., par exemple, l'art. 117, alinea 3, de la constitution italienne (les conseils régionaux peuvent voter des normes particulières en accord avec les principes fondamentaux établis par les lois étatiques).

7 Cf., par exemple, l'arrêt 1146/1988 de la Cour constitutionnelle italienne.

8 Cf. Guastini (1997 : 463 ss.) ; Guastini (2001 : ch. V).

2 QUATRE TYPES DE RELATIONS HIÉRARCHIQUES

A mon sens, il faut distinguer entre quatre types de relations hiérarchiques.

(i) *Hiérarchies formelles ou structurelles* : formelles car elles ne regardent pas le fond (le contenu) des normes ; structurelles car elles relèvent de la structure de l'ordonnancement juridique. Il s'agit de la relation qui subsiste entre les normes réglant la création du droit et le droit créé conformément à celles-ci. Si la norme N1 règle la production de la norme N2, alors N1 est formellement supérieure à N2.

Par exemple, dans tout ordonnancement juridique les normes constitutionnelles (souples ou rigides, peu importe) sont structurellement supérieures aux normes législatives, car la constitution règle la législation (notamment : la procédure législative).

(ii) *Hiérarchies matérielles ou substantielles* : elles regardent le fond (le contenu) des normes, notamment le fond des normes inférieures. Une première norme N1 est matériellement supérieure à une deuxième norme N2 lorsqu'une troisième norme N0 établit que N2 ne peut pas contredire N1. Autrement dit, il s'agit d'une hiérarchie « positive » : c'est-à-dire, positivement établie par le droit lui-même (notamment par N0).

Bien entendu la norme N0 peut bien être exprimée par des dispositions assez différentes. Par exemple : une disposition qui établit directement qu'une certaine source du droit S2 ne peut pas déroger à une autre source S1 ; une disposition qui autorise une autorité juridictionnelle à annuler la source S2 lorsqu'elle contredit S1 ; une disposition qui établit que la source S1 ne peut être modifiée que par une procédure plus compliquée que celle nécessaire à la production de S2 ; etc.

Évidemment, une constitution souple n'est supérieure à la loi qu'au sens formel, tandis qu'une constitution rigide est supérieure à la loi aussi au sens substantiel (c'est la définition même de constitution rigide). Normalement, toute hiérarchie matérielle reflète une hiérarchie formelle, mais l'inverse n'est pas vrai : par exemple, dans une constitution souple les normes législatives sont structurellement, mais non pas matériellement, subordonnées aux normes constitutionnelles.⁹

(iii) *Hiérarchies logiques ou linguistiques* : elles regardent le langage, notamment la structure logique du langage des sources du droit. Il s'agit de la relation entre normes et méta-normes, entre un méta-langage et son langage-objet. Une première norme N1 est logiquement supérieure à une deuxième norme N2 lorsque N1 porte sur (mentionne, se réfère à) N2.

Par exemple : normes d'abrogation explicite et normes abrogées ; la norme qui définit un terme du langage législatif et les normes dans lesquelles ce terme

⁹ La notion de hiérarchie de Béchillon (1996 : 40) n'est qu'un mélange, me semble-t-il, de hiérarchie formelle et matérielle.

est employé ; la norme qui fait renvoi à une autre norme ; la norme qui détermine le domaine d'efficacité d'autres normes (c'est le cas du principe de non-retroactivité); une loi d'interprétation authentique et la loi authentiquement interprétée ; etc.

(iv) *Hiérarchies axiologiques* : elles regardent la « valeur » des normes, leur « importance », si vous voulez. Une norme N1 est axiologiquement supérieure à une autre norme N2 lorsque les interprètes attribuent à N1 une valeur supérieure à la valeur de N2. Il faut donc remarquer qu'une telle hiérarchie ne subsiste qu'en conséquence d'un jugement de valeur des interprètes.

Par exemple, il y a une hiérarchie axiologique entre normes spécifiques et principes généraux ou fondamentaux. Mais une telle hiérarchie peut être établie même entre principes : c'est bien une hiérarchie axiologique qu'on établit entre deux principes lorsqu'on résout, au moyen d'une « pondération », un conflit entre principes constitutionnels (par exemple, entre la liberté de la presse et la « privacy »).

Les hiérarchies structurelles et logiques ne dépendent que de la structure du langage des sources du droit, du contenu conceptuel des normes dont il s'agit. Tandis que toute hiérarchie matérielle dépend de l'existence d'une norme positive qui l'établit, et toute hiérarchie axiologique dépend tout simplement d'un jugement de valeur posé par les interprètes.

3 HIÉRARCHIES NORMATIVES ET VALIDITÉ

Il y a une relation évidente entre les hiérarchies formelles et matérielles et la validité. Car est invalide toute norme qui n'a pas été produite conformément aux normes formellement supérieures (c'est-à-dire les normes qui en règlent la création) et/ou qui est en contradiction avec les normes matériellement supérieures.

Par exemple, même si la constitution est souple, est invalide toute loi qui n'a pas été créée en conformité aux normes constitutionnelles sur le procédé législatif, car la loi est formellement subordonnée à la constitution. Si, au contraire, la constitution est rigide, est également invalide toute loi dont le fond contredit une norme constitutionnelle, car la loi est subordonnée à la constitution même du point de vue matériel.

Par contre, il n'y a aucune relation nécessaire entre la validité et les hiérarchies logiques et axiologiques. Cependant, certains tribunaux constitutionnels pensent que certains principes constitutionnels - les principes « suprêmes » - ne peuvent être dérogués, modifiés, ou bouleversés ni même au moyen du procédé de révision constitutionnelle. De cette façon ils traitent une hiérarchie purement axiologique comme une hiérarchie matérielle, car les principes su-

premes ne sont surordonnés aux autres normes constitutionnelles qu'en vertu d'un jugement de valeur du tribunal.

4 SUR LE PRINCIPE *LEX SUPERIOR DEROGAT INFERIORI*

Comment résoudre un conflit entre la loi et le règlement, ou entre la constitution (rigide) et la loi ? La réponse est très facile : bien sûr, tout en appliquant le principe ou critère « hiérarchique », *lex superior derogat legi inferiori*, la norme supérieure rend invalide la norme inférieure.

Mais l'application d'un tel principe suppose l'identification préalable des relations de hiérarchie matérielle entre les diverses normes (ou sources) : afin de savoir quelle norme prime sur l'autre il faut savoir quelle norme est supérieure à l'autre. Eh bien, quelle norme est supérieure et quelle norme est inférieure ? Autrement dit : comment identifier le « rang » des normes ? Le principe *lex superior* ne répond pas à cette question. Il faut donc chercher la réponse dans d'autres normes. Notamment dans les normes

(a) qui établissent qu'une certaine source S1 ne peut pas contredire une autre source S2, ou bien

(b) qui autorisent une autorité juridictionnelle à annuler (ou ne pas appliquer) la source S2 quand elle contredit la source S1.

Cela veut dire que le principe *lex superior* n'est qu'une tautologie vide (de sens), parce que le rang d'une norme ne peut pas être identifié indépendamment de sa « primauté » et/ou de son invalidité. Par conséquent, on ne dira pas « la norme supérieure l'emporte sur la norme inférieure » ; on doit dire « la norme qui l'emporte est supérieure ».

Autrement dit, on ne peut pas reconnaître l'invalidité d'une norme à partir de son rang inférieur, préalablement identifié. Au contraire, on reconnaît le rang inférieur d'une norme à partir du fait qu'une telle norme est invalide quand elle se révèle en contradiction avec une autre norme.

5 SUR LE CONCEPT DE MÉTANORME

Prima facie, une métanorme est une norme qui porte, au niveau de métalangage, sur une autre norme.

Cependant, on appelle souvent « métanorme » toute norme réglant la production du droit, c'est à dire la création d'autres normes. Cette façon de parler est critiquable.

Les normes réglant la production du droit ne portent pas sur d'autres normes : elles portent sur des actes normatifs. Par exemple, les normes constitutionnelles sur la législation ne portent pas directement sur les lois : elles portent sur l'acte législatif. Entre ces normes constitutionnelles et les lois il n'y a pas une hiérarchie logique ou linguistique, mais une hiérarchie structurelle ou formelle.

Le concept de métanorme, partant, devrait être employé exclusivement pour se référer aux normes qui mentionnent d'autres normes. On a déjà rappelé une série d'exemples.

Par ailleurs, on devrait distinguer entre les dispositions juridiques (des morceaux de textes normatifs) et les normes (les contenus de signification des dispositions). On s'aperçoit alors que la plupart des métanormes ne portent pas, à proprement parler, sur d'autres normes *stricto sensu*, mais sur des dispositions.

Par exemple, une norme d'abrogation explicite porte directement sur la disposition abrogée (et, bien sûr, indirectement, mais seulement indirectement, sur les normes contenues dans cette disposition). Une loi d'interprétation authentique, également, porte sur le texte interprété, et non pas sur les normes qui sont exprimées par ce texte.

6 APPLICATIONS (I) : AUTO-CONSTRAINTES DU LÉGISLATEUR ?

Dans une constitution souple (c'est le cas, par exemple, du Royaume Uni) le procédé législatif peut bien être réglé par une loi. Une telle loi est-elle contraignante pour le législateur futur ?

Imaginons donc une loi L1 qui règle d'une certaine façon le procédé législatif et une autre loi L2 qui règle n'importe quelle matière, par exemple le contrat de location. Or, par hypothèse, L2 n'a pas été approuvée par le procédé prévu par L1, mais par un procédé différent. Peut-on dire que L2 est invalide pour des raisons formelles ? Ou bien doit-on dire que L1 a été tacitement dérogée ou même abrogée par L2 ?

La réponse intuitive est que L2 ne peut pas être invalide. Il s'agit de deux lois, donc deux textes qui se trouvent au même niveau dans la hiérarchie des sources du droit : entre deux lois il n'y a évidemment aucune relation hiérarchique. En cas d'antinomie entre deux lois c'est le principe « *lex posterior* » qu'il faut appliquer. C'est donc la loi nouvelle, L2, qui a abrogé tacitement la loi plus ancienne, L1.

Une telle réponse, néanmoins, n'est pas convaincante.

En premier lieu, il faut distinguer l'*abrogation* d'une norme et sa *violation*. Bien sûr, en l'absence de toute hiérarchie (matérielle) entre deux lois, le législa-

teur a le droit d'*abroger* une loi précédente. Mais la question est de savoir s'il a également le droit de *violer* une loi précédente.

En deuxième lieu, l'abrogation tacite est un phénomène qui se produit lorsque deux normes règlent la même matière de deux façons incompatibles. Mais dans notre cas il n'y a aucune contradiction entre L1 et L2 : L1 règle le procédé législatif, tandis que L2 règle une matière tout à fait différente. Ce qui contredit L1 n'est pas le fond de L2, mais son procédé d'approbation, c'est-à-dire une conduite : une conduite contraire à ce qui est établi par L1. Eh bien, on a du mal à comprendre comment une conduite pourrait abroger la norme qui la règle.

En troisième lieu, ce n'est pas vrai qu'il n'y a aucune relation hiérarchique entre L1 et L2. Il n'y a pas de hiérarchie matérielle, bien sûr. Mais L1 est formellement ou structurellement supérieure à L2. Par conséquent, L2 doit être formellement invalide. Il se peut qu'il n'y ait aucune sanction positive d'une telle invalidité (aucun organe compétent à la reconnaître et à annuler L2). Mais cela ne change pas les données de la question. Par L1 le législateur a posé une contrainte au législateur futur (ou à lui-même, si vous voulez). Une telle contrainte peut bien être abrogée par la loi, mais elle ne peut pas être tout simplement violée par la conduite du législateur tant qu'elle existe.

7 APPLICATIONS (II) : LE RÉGIME JURIDIQUE DES LOIS DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE (LE CAS ITALIEN)

Dans la constitution italienne (qui ressemble, d'ailleurs, à la constitution française en vigueur : art. 89) on trouve : (a) une norme réglant le procédé de révision constitutionnelle (art. 138) ; (b) une norme interdisant la révision constitutionnelle de la forme républicaine de l'État (art. 139). Quel est donc le régime juridique des lois de révision constitutionnelle (LRC) dans l'ordonnement juridique italien ?

(i) *La hiérarchie structurelle*. Le pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas un pouvoir originaire : c'est autre chose que le pouvoir constituant. C'est un pouvoir dérivé, créé par la constitution. La LRC est donc une source qui ne pré-existe pas à la constitution : elle trouve dans la constitution son fondement. Par conséquent, la LRC est structurellement subordonnée à la constitution, notamment aux normes constitutionnelles réglant la révision : la norme sur le procédé de révision ainsi que la norme interdisant un certain type de révision.

(ii) *La hiérarchie matérielle*. Cependant, la LRC est bien habilitée à modifier la constitution. Donc elle est matériellement sur le même plan que les autres normes constitutionnelles ... à l'exception des normes quelle ne peut pas tou-

cher. En effet, la norme qui interdit la révision de la forme républicaine pose des limites à la LRC, et de cette façon subordonne matériellement la LRC aux normes constitutionnelles - à identifier au moyen de l'interprétation - qui déterminent la forme républicaine de l'État.

(iii) *La hiérarchie axiologique*. D'après la doctrine et, ce qui est plus important, d'après la jurisprudence de la Cour constitutionnelle,¹⁰ les normes constitutionnelles n'ont pas toutes la même valeur. Certaines normes sont plus importantes que les autres : il s'agit des principes « supêmes », qui sont surordonnés aux autres normes constitutionnelles et donc, *a fortiori*, aux LRC. La conséquence discutable est que les LRC ne peuvent pas toucher aux principes en question. Ce qui équivaut à transformer une hiérarchie purement axiologique - non pas établie par le droit, mais stipulée par les interprètes - en une hiérarchie matérielle.

Par conséquent:

(a) Les deux normes sur la révision (art. 138 et 139) sont structurellement surordonnées aux LRC. Cela veut dire qu'elles ne peuvent pas être validement violées par les LRC. Autrement dit, toute LRC adoptée par des procédés différents de ceux établis par l'art. 138 serait inconstitutionnelle (par violation de l'art. 138). Et toute LRC qui prétendrait modifier la forme républicaine de l'État serait également inconstitutionnelle (par violation de l'art. 139).

(b) Cependant les deux normes sur la révision, quoique structurellement surordonnées aux LRC, ne sont pas matériellement supérieures aux LRC. La conséquence est qu'elles ne peuvent pas être violées tant qu'elles sont en vigueur, mais elles peuvent bien être modifiées par une LRC. Donc une LRC, adoptée (bien entendu) selon le procédé prévu par l'art. 138, modifiant le même art. 138 ou bien l'art. 139, ne serait pas inconstitutionnelle.

(c) En vertu de l'art. 139, certaines normes constitutionnelles - les normes qui identifient la forme républicaine de l'État - ne sont pas susceptibles de révision constitutionnelle. Ces normes sont matériellement supérieures aux LRC. Donc toute LRC qui prétendrait bouleverser ces normes serait inconstitutionnelle: bien entendu, jusqu'à ce que l'art. 139 ne soit pas abrogé à son tour (car on a vu que l'art. 139, lui, est bien susceptible de révision constitutionnelle).

(d) Enfin, si l'on accepte la thèse de la primauté axiologique des principes supêmes, tout en acceptant en même temps de traiter une telle hiérarchie axiologique comme une hiérarchie matérielle, toute LRC prétendant toucher aux principes supêmes serait inconstitutionnelle.

¹⁰ Corte costituzionale, décision 175/1971.

Bibliographie

Denis DE BÉCHILLON, 1996 : *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*. Paris : Economica.

Norberto BOBBIO, 1970 : *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino : G. Giappichelli.

, 1994 : *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino : G. Giappichelli.

Giacomo GAVAZZI, 1967 : *Norme primarie e norme secondarie*. Torino : G. Giappichelli.

Riccardo GUASTINI, 1997 : Gerarchie normative. *Materiali per una storia della cultura giuridica* XXVII (1997) 2. 463-488.

, 2001 : *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino : G. Giappichelli.

Herbert L. A. HART, 1961 : *The Concept of Law*. Oxford : Clarendon Press.

Hans Kelsen, 1962 : *Théorie pure du droit*. Trad. française de la 2e édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann. Paris : Dalloz.

Adolf J. MERKL, 1987 : Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto. In : Adolf

J. Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*. Trad. Carmelo Geraci. Milano : Giuffrè.

Giovanni TARELLO, 1977 : Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi. *Politica del diritto* (1977) VIII. Fasc. 5. 499-526.

Michel TROPER, 1975 : Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle. *Recueil d'études en hommage à Charles Einsenmann*. Paris : éditions Cujas. 133-151.

*

Jurisprudence italienne. Cour constitutionnelle (www.giurcost.org):

175/1971, 14 juillet 1971.

1146/1998, 29 décembre 1988.

Constitution italienne (<http://www.giurcost.org/>)

art. 117, 138 et 139.

Constitution française (www.legifrance.gouv.fr):

art. 89.

Riccardo Guastini*

Gerarchie normative

Dopo un breve esame della letteratura esistente in tema di gerarchie normative, l'autore introduce quattro concetti di gerarchia: (i) la gerarchia formale, che si dà tra le norme che regolano la produzione del diritto e le norme create conformemente ad esse; (ii) la gerarchia materiale, che si dà tra due norme allorché una terza norma positiva proibisce all'una di contraddire l'altra; (iii) la gerarchia logica, che si dà tra due norme allorché una di esse verte sull'altra a livello di metalinguaggio; (iv) la gerarchia assiologica, che dipende dal giudizio di valore con cui gli interpreti attribuiscono ad una norma un valore superiore a quello dell'altra. L'autore utilizza poi questo apparato concettuale per chiarire i concetti di validità e di metanorma, nonché lo statuto del principio *lex superior derogat inferiori*. Infine, sulla base della stessa distinzione, l'autore analizza il problema degli auto-vincoli del legislatore e il regime giuridico delle leggi di revisione costituzionale.

Parole chiave: gerarchie normative, validità, metanorme, *lex superior*, auto-vincoli del legislatore, revisione costituzionale

1 QUALI RELAZIONI GERARCHICHE?

È pacifico che ogni ordinamento giuridico (moderno) abbia una struttura gerarchica: che, cioè, le norme che lo compongono non stiano tutte sullo stesso piano, che siano gerarchicamente ordinate. Ma in che senso esattamente?

Secondo Kelsen,¹ vi è un solo tipo di relazione gerarchica tra norme: quella che intercorre tra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte in accordo con esse. In questo senso, ad esempio, le norme costituzionali sulla legislazione sono sovraordinate alla legislazione stessa: anche se la costituzione è flessibile, si noti bene.

Secondo Merkl,² tuttavia, può esservi un secondo tipo di relazione gerarchica (accanto alla precedente): la relazione che intercorre tra due norme allorché una di esse non può validamente essere contraddetta, derogata, o abrogata dall'altra. Si osservi che, per quanto riguarda i rapporti tra costituzione e legislazione, tale relazione sussiste solo se la costituzione è rigida.

D'altra parte, la relazione tra norme sulla produzione giuridica e norme prodotte in accordo con esse è spesso riguardata come una relazione logica: quel

* guastini@unige.it | Professore di teoria del diritto all'Università di Genova, Dipartimento di giurisprudenza.

1 Cfr. Kelsen (1962: titolo V).

2 Cfr. Merkl (1987: 37 ss).

tipo di relazione che sussiste tra due livelli di linguaggio (un meta-linguaggio ed il suo linguaggio-oggetto).³ Le norme sulla produzione gerarchica, si pensa, sono "norme su norme", i.e. vertono su (hanno ad oggetto) le norme alla cui produzione si riferiscono. A ben vedere, però, le norme sulla produzione giuridica hanno ad oggetto non propriamente norme, ma piuttosto atti normativi, atti di produzione di norme. Questo modo di vedere, dunque, confonde la relazione tra norme sulla produzione e norme prodotte con una relazione alquanto diversa: quella che sussiste tra due norme allorché l'una verte sull'altra, "parla" dell'altra, menzionandola: ad esempio, la relazione tra una norma abrogatrice e quella da essa abrogata.

Inoltre, un po' tutti sembrano supporre che le relazioni gerarchiche preesistano all'interpretazione, sicché gli interpreti non possano fare altro che prenderne atto. Ma le cose non sono così semplici. È abbastanza chiaro ad uno sguardo disincantato che talune relazioni gerarchiche sono non già "trovate", ma create dagli interpreti.⁴ È questo il caso, ad esempio, della relazione assiologica che sussiste tra principi fondamentali o generali e norme specifiche o di dettaglio. È questo il caso, ancora, della relazione tra la costituzione e certi principi "sovra-costituzionali" che, secondo la giurisprudenza di taluni tribunali costituzionali, non possono essere derogati o modificati in alcun modo: neppure con il procedimento di revisione costituzionale.

2 TEORIA DELLE GERARCHIE NORMATIVE

Nessuna delle teorie menzionate nel paragrafo precedente appare dunque soddisfacente.⁵

In tutti gli ordinamenti giuridici evoluti le norme sono legate tra di loro da molteplici vincoli di gerarchia. Se ne possono distinguere non meno di quattro tipi.

(1) *Gerarchie strutturali o formali*, attinenti cioè non al contenuto delle norme, ma alla struttura (dinamica) dell'ordinamento: sono quelle che intercorrono tra le norme sulla produzione giuridica (in senso stretto)⁶ e le norme la cui produzione è da quelle disciplinata.⁷

3 Hart (1961: p. 92); Bobbio (1970: 180 ss); Bobbio (1994: 235).

4 Tarello (1977: 499 ss); Tarello (1980: cap. VII). Vedi anche Troper (1989: 215 ss), secondo il quale anche le gerarchie di fonti sono frutto di interpretazione.

5 Cfr. Guastini (1997: 463 ss).

6 In questo contesto, mi riferisco alle norme sulla produzione giuridica in senso stretto, ossia, da un lato, alle norme che conferiscono competenze normative e, dall'altro, alle norme che ne disciplinano i modi (i procedimenti) di esercizio.

7 Queste e quelle - si noti - sono emanazione di due diversi poteri normativi, uno dei quali trae la sua fonte di legittimità dall'altro.

In altre parole: due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica strutturale o formale, allorché una di esse è una norma che disciplina la produzione dell'altra. Dunque, se N1 è una norma sulla produzione giuridica, e N2 è una delle norme la cui produzione è regolata da N1, diremo che N1 è strutturalmente o formalmente superiore a N2.

Ad esempio: anche in regime di costituzione flessibile, le norme costituzionali sono strutturalmente sovraordinate alle norme legislative, dal momento che il potere legislativo è conferito e, normalmente, disciplinato nelle sue modalità di esercizio dalla costituzione. Analogamente, le norme di una legge delegante sono strutturalmente sovraordinate alle norme del relativo decreto delegato.

Come si vede, in casi del genere, la gerarchia sussiste non perché qualcuno abbia stabilito che N1 è in qualche senso superiore a N2, ma in virtù del contenuto stesso di N1.

D'altro canto, si tratta di una gerarchia "formale" nel senso che non influisce in alcun modo sul contenuto della norma inferiore. Ad esempio, le norme costituzionali che conferiscono al parlamento la funzione legislativa e quelle che disciplinano il procedimento di formazione delle leggi nulla dicono intorno al contenuto delle leggi future.

(2) *Gerarchie materiali o sostanziali*, attinenti cioè al contenuto delle norme: sono quelle che intercorrono tra due norme allorché una terza norma statuisce che una delle prime due è invalida qualora confligga con l'altra.

In altre parole: due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica materiale allorché una terza norma positiva, N3, statuisce che N2 è invalida qualora sia in conflitto con N1. In questi casi, diremo che N1 è materialmente superiore a N2.

Beninteso, una norma sul tipo di N3 può assumere le forme più diverse. Può darsi, ad esempio, che N3 disponga che una certa fonte, F2, non può contenere norme in contrasto con un'altra fonte, F1. Oppure può darsi che N3 autorizzi un organo giurisdizionale a disapplicare o addirittura ad annullare le norme provenienti dalla fonte F2 quando siano in contrasto con le norme provenienti da F1. O, ancora, può darsi che N3 stabilisca che la fonte F1 non può essere modificata se non con un procedimento speciale, diverso da (più complesso di) quello richiesto per la produzione di F2.

Come si vede, la gerarchia sussiste non in virtù del contenuto di N1 (o, tanto meno, di N2), ma in virtù di una terza norma, N3: la relazione gerarchica è istituita precisamente da N3.

La gerarchia in questione ha carattere "materiale", ossia "contenutistico", dal momento che influisce sul contenuto della norma inferiore. Anzi, essa consiste

precisamente in questo, che la norma inferiore non può assumere un contenuto confliggente (incompatibile, antinomico) con quello della norma superiore.

Ad esempio: in regime di costituzione rigida (ma non in regime di costituzione flessibile) le norme costituzionali sono materialmente sovraordinate alle norme legislative ordinarie;⁸ in genere, le norme di rango legislativo sono materialmente sovraordinate alle norme di rango regolamentare.

Spesso una gerarchia materiale riflette una gerarchia formale, ma non ogni gerarchia formale si risolve in una gerarchia materiale. Ad esempio, in regime di costituzione flessibile le norme di rango legislativo sono strutturalmente, ma non materialmente, subordinate a quelle costituzionali.⁹

(3) *Gerarchie logiche o linguistiche*, attinenti cioè al linguaggio, sono quelle che intercorrono tra due norme allorché l'una verte (metalinguisticamente) sull'altra.

In altri termini: due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica logica o linguistica, allorché una di esse menziona l'altra. Così, se N1 menziona N2, diremo che N1 è logicamente o linguisticamente superiore a N2: "superiore" nel senso che, banalmente, "verte su" N2, si colloca ad un livello di linguaggio più alto. N1 è formulata in un metalinguaggio rispetto a N2, la quale costituisce il suo linguaggio-oggetto. N1 è, come si usa dire, una *metanorma* (in senso stretto) rispetto a N2.¹⁰

Sono esempi paradigmatici di norme che menzionano altre norme: le norme di abrogazione espressa nominata ("È abrogato l'articolo x della legge y"), le norme di interpretazione autentica ("L'art. x della legge y deve essere inteso nel senso che..."), le norme di rinvio ("La tale fattispecie è disciplinata dalla fonte x"). Ma appartengono al genere delle metanorme anche le norme sanzionatrici (le quali sono logicamente sovraordinate alle norme di condotta la cui violazione sanzionano), le definizioni legislative (le quali sono logicamente sovraordinate alle norme contenenti il termine definito), le norme che determinano l'ambito di efficacia di altre norme (le quali sono logicamente sovraordinate a queste ultime).

Anche in questi casi, come nel caso delle gerarchie formali, la gerarchia sussiste non perché qualcuno abbia stabilito che N1 è in qualche senso superiore a N2, ma in virtù del contenuto stesso di N1.

⁸ Nel senso che, se così non fosse, non diremmo rigida la costituzione di cui si tratta.

⁹ Questa è, direi, la definizione stessa di costituzione flessibile. Nel senso che, se la legge fosse invalida qualora confliggesse con la costituzione, sarebbe materialmente subordinata ad essa. Sicché saremmo per ciò stesso in regime di costituzione rigida.

¹⁰ Si parla di "meta-linguaggio" per riferirsi ad ogni discorso il quale abbia ad oggetto (non entità extra-linguistiche, ma) altre entità linguistiche (vocaboli, sintagmi, enunciati); e si parla di "linguaggio-oggetto" per riferirsi a queste ultime.

(4) *Gerarchie assiologiche*, attinenti cioè ai valori: sono quelle che intercorrono tra due norme allorché l'interprete attribuisce ad una di esse un valore superiore a quello dell'altra.

In altre parole, due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica assiologica allorché *l'interprete*, mediante un suo *giudizio di valore*, ascrive a N1 un valore superiore rispetto al valore di N2.

Il giudizio di valore dell'interprete, beninteso, può essere sottaciuto (implicito), e, quando è espresso, può assumere forme diverse. Talvolta si dice, ad esempio, che N1 costituisce un "principio" dell'ordinamento, mentre N2 è una banale norma di dettaglio. Altre volte si dice che N2 non può essere in contrasto con N1, e ciò può sottintendere, secondo i casi, che N2 deve essere interpretata in conformità a N1, ovvero che in caso di conflitto N1 prevale su N2 (anche in assenza di una norma positiva che lo stabilisca).

Dunque, la relazione gerarchica assiologica non dipende in alcun modo dal contenuto delle norme coinvolte:¹¹ sussiste solo in virtù di un giudizio di valore dell'interprete.

In questo senso, i cosiddetti principi costituzionali supremi sono sovraordinati alle "comuni" norme costituzionali;¹² nello stesso senso i principi fondamentali di una data materia (la materia dei contratti, poniamo) sono sovraordinati alle relative norme di dettaglio (ad esempio, la disciplina della compravendita).¹³

Talora le gerarchie assiologiche si riflettono in altrettante gerarchie materiali.¹⁴ Ma non sempre una gerarchia assiologica è altresì una gerarchia materiale: nell'ordinamento vigente, ad esempio, vi è gerarchia assiologica, ma non gerarchia materiale, tra il principio generale di irretroattività delle leggi, statuito da una norma di rango legislativo (l'art. 11, c. 1, disp. prel. cod. civ.) e le leggi stesse.¹⁵

11 Se non nel senso che l'interprete giudica una norma superiore all'altra in virtù del suo contenuto.

12 Alludo alla giurisprudenza costituzionale in tema di limiti alla revisione costituzionale e di "controlimiti" all'ingresso del diritto comunitario nel diritto interno.

13 Diversa è la relazione tra leggi statali di principio e leggi regionali di dettaglio come configurata dall'art. 117 cost. con riferimento alla potestà legislativa concorrente delle Regioni: qui si tratta di una gerarchia materiale, giacché la norma regionale di dettaglio in conflitto con una norma statale di principio è invalida.

14 Ciò accade, ad esempio, quando i principi di cui si parla siano contenuti in una costituzione rigida.

15 Le molteplici relazioni gerarchiche fin qui esaminate possono essere disposte in due classi, ciascuna delle quali include a sua volta due sottoclassi. (1) *Gerarchie necessarie*. La prima classe è quella delle gerarchie che possiamo chiamare "necessarie". Uso questo termine per intendere che le relazioni gerarchiche in questione non dipendono - diciamo così - da un contingente atto di "gerarchizzazione" che qualcuno abbia contingentemente compiuto (ma che avrebbe anche potuto non compiere affatto). Esse dipendono esclusivamente dal contenu-

3 GERARCHIE NORMATIVE E VALIDITÀ

Le gerarchie formali e le gerarchie materiali sono direttamente connesse alla validità: nel senso che è invalida ogni norma la quale non sia stata prodotta in conformità alle norme ad essa formalmente sovraordinate (quelle, cioè, che ne disciplinano la produzione) e/o sia in contrasto con norme materialmente sovraordinate.

Così, ad esempio, anche in regime di costituzione flessibile è invalida la legge che sia stata creata in modo difforme da quanto prescritto in costituzione (essendo la legge formalmente, benché non materialmente, subordinata alla costituzione).¹⁶ In regime di costituzione rigida è altresì invalida la legge il cui contenuto sia in contrasto con norme costituzionali (essendo la legge subordinata anche materialmente alla costituzione).

Per contro, non vi è alcuna relazione necessaria tra la validità e le gerarchie logiche¹⁷ ed assiologiche (sebbene le gerarchie assiologiche siano talora trattate come altrettante gerarchie materiali).¹⁸

Così, ad esempio, non si vede come una legge di interpretazione autentica potrebbe incidere sulla validità della legge interpretata (pur essendo questa logicamente subordinata a quella). Il principio di irretroattività della legge in genere, statuito dall'art. 11, c. 1, disp. prel. cod. civ., non incide sulla validità delle leggi (pur essendo logicamente ed assiologicamente sovraordinato ad esse), nel senso che - al di fuori della materia penale, dove il principio di irretroattività ha rango costituzionale (art. 25, c. 2, cost.) - una legge retroattiva non è, per ciò stesso, invalida.

to concettuale delle due norme coinvolte, e anzi, più precisamente, dal contenuto di una delle due norme coinvolte. Le gerarchie strutturali (o formali) e quelle logiche (o linguistiche) sono necessarie in questo senso. (2) *Gerarchie contingenti*. La seconda classe è quella delle gerarchie che possiamo chiamare "contingenti" - o "positive", cioè "poste" - per intendere che esse dipendono non dal contenuto concettuale delle due norme coinvolte, ma - per così dire - da un atto di "gerarchizzazione": un atto contingentemente compiuto da qualcuno (che avrebbe anche potuto non compierlo). Ora, l'atto da cui dipende la sussistenza di una gerarchia contingente tra due norme può essere: (a) un atto normativo (il quale ponga in essere una terza norma), oppure (b) un atto interpretativo, compiuto cioè dall'interprete (atto "interpretativo" in quanto compiuto dall'interprete, ma non atto "di interpretazione", giacché esso consiste non nella ascrizione di significato ad una disposizione, ma in un giudizio di valore). Le gerarchie materiali e quelle assiologiche sono contingenti in questo senso: le une dipendono da un atto normativo, le altre da un atto interpretativo.

16 Sulla possibile invalidità delle leggi in regime di costituzione flessibile, si deve ricordare il classico Esposito 1964.

17 A meno di non includere tra le gerarchie logiche anche la relazione che intercorre tra norme sulla produzione giuridica e norme la cui produzione è da queste disciplinata. Il che, come diremo tra un momento, è alquanto fuorviante.

18 Di nuovo, alludo alla giurisprudenza costituzionale in tema di principi costituzionali supremi.

4 INTERMEZZO: SUL COSIDDETTO PRINCIPIO GERARCHICO

Per illustrare il criterio gerarchico, si usa dire: "lex superior derogat inferiori", la norma superiore prevale su (nel senso che rende invalida) quella inferiore.

Ma quale norma è superiore e quale inferiore? In altre parole: come identificare il "grado" gerarchico delle diverse fonti? Giacché l'applicazione del criterio gerarchico nei conflitti tra norme provenienti da diverse fonti suppone, ovviamente, la previa identificazione delle relazioni gerarchiche tra le fonti in questione: per sapere quale fonte debba prevalere occorre sapere quale fonte sia superiore all'altra.

Nondimeno, conviene osservare che nell'ordinamento vigente (e probabilmente in molti altri ordinamenti moderni) non vi sono altre norme che istituiscano relazioni gerarchiche tra fonti, se non precisamente quelle che dispongono - con una varietà di formulazioni -¹⁹ che, *in caso di conflitto, una data fonte prevale sull'altra*.²⁰

Sicché la formulazione del criterio in questione deve essere rovesciata: diversamente, si riduce ad una banale tautologia. Non "la norma superiore prevale su quella inferiore", ma al contrario "la norma che prevale è, per ciò stesso, superiore".

Non possiamo dire: la fonte A, in quanto superiore, prevale sulla fonte B, in quanto inferiore,²¹ dal momento che il "grado" gerarchico delle due fonti in questione non può essere identificato in modo indipendente dalla "prevalenza" dell'una sull'altra. Dobbiamo dire: la fonte A, in quanto prevale sulla fonte B, è superiore ad essa.

19 Ad esempio: (a) stabilendo che una data fonte A non può disporre in contrasto con un'altra fonte B, ovvero (b) autorizzando una qualche autorità giurisdizionale a disapplicare, o senz'altro ad annullare, la fonte A qualora confligga con la fonte B.

20 Certo, si può sostenere che l'art. 1 disp. prel. cod. civ., nell'elencare talune fonti del diritto (nell'ordine: leggi, regolamenti, consuetudini), implicitamente ne indichi anche il grado gerarchico. Ma, a rigore, un elenco non è perciò stesso una scala gerarchica. Così, ad esempio, che la legge sia materialmente superiore al regolamento si inferisce non già dall'art. 1, ma piuttosto dall'art. 4, c. 1, disp. prel. cod. civ. (nonché dall'art. 5, legge 2248/1865, all. E, sul contenzioso amministrativo; dall'art. 26, c. 1, R. D. 1054/1924, T. U. delle leggi sul Consiglio di Stato; e dall'art. 2, legge 1034/1971, Istituzione dei T.A.R.). D'altro canto, non vi sono norme che espressamente assegnino un qualsivoglia grado gerarchico alla costituzione: che la costituzione sia materialmente superiore alla legge si inferisce dagli artt. 134, 136, c. 1, e 138 cost. Analogamente, la superiorità delle leggi statali di principio sulle leggi regionali si desume dall'art. 117, c. 3, cost. E via esemplificando.

21 Ciò equivarrebbe a dire: la fonte A, in quanto prevale sulla fonte B, prevale sulla fonte B. Il che è assolutamente tautologico.

In altre parole, non è che l'invalidità di una fonte si inferisca dalla sua inferiorità gerarchica, previamente accertata, ma al contrario la inferiorità gerarchica di una fonte si inferisce dal fatto che essa è destinata a soccombere quando entra in conflitto con un'altra fonte.²²

5 SUL CONCETTO DI METANORMA

Prima facie, una metanorma è una norma che verte, a livello di metalinguaggio, su di un'altra norma.²³

Tuttavia, spesso, si dice metanorma ogni norma che disciplini la creazione del diritto, ossia la produzione di altre norme. Questo modo di esprimersi non è del tutto felice.

Le norme che disciplinano la produzione del diritto non vertono su altre norme: hanno ad oggetto *atti* normativi.²⁴ Ad esempio, le norme costituzionali sulla legislazione non dicono nulla delle leggi: vertono sull'atto legislativo. Tra queste norme e le leggi sussiste non una relazione logica o linguistica, ma una gerarchia strutturale o formale.

A stretto rigore, pertanto, il concetto di metanorma dovrebbe essere usato esclusivamente per riferirsi alle norme che menzionano altre norme. Ho già ricordato una serie di esempi in tal senso.

D'altra parte, occorre distinguere tra le disposizioni giuridiche (frammenti di testi normativi) e le norme che tali disposizioni esprimono (il contenuto di senso delle disposizioni). Ci si accorge allora che, propriamente parlando, la maggior parte delle metanorme vertono non su altre norme, *stricto sensu*, ma su disposizioni.

Per esempio, una norma di abrogazione espressa verte direttamente sulla disposizione abrogata, e solo indirettamente sulle norme che tale disposizione esprime. Una legge d'interpretazione autentica, allo stesso modo, verte sul testo interpretato, e non sulle norme che tale testo esprime.

22 Diversa sembra l'opinione di Pizzorusso (1997: 104 s), il quale distingue due usi del criterio gerarchico: talora, egli dice, tale criterio viene «utilizzato al fine di applicare il principio generale di "preferenza" della fonte di grado superiore»; talaltra, «per stabilire se un determinato atto normativo derivante da una fonte inferiore possa esercitare gli effetti suoi propri ovvero debba essere annullato, disapplicato, ecc.». Pare a me che il primo uso del criterio, tra quelli menzionati da Pizzorusso, presupponga il secondo.

23 In proposito: Mazzaresse 1982; Mazzaresse 1996.

24 Intendo per "atto normativo" non un documento esprimente norme (come comunemente si intende), ma un'azione produttiva di norme.

6 APPLICAZIONI (I): AUTOVINCOLI DEL LEGISLATORE?

In un ordinamento a costituzione flessibile (è il caso, ad esempio, del Regno Unito), può ben accadere che il procedimento legislativo sia disciplinato da una "comune" legge (in regime di costituzione flessibile, leggi "costituzionali" non si danno).²⁵ Ebbene: una legge siffatta è, o no, vincolante per il legislatore futuro?

Immaginiamo dunque una legge L1 che disciplini (non importa come) il procedimento legislativo, e un'altra legge L2 che disciplini a sua volta una qualsivoglia altra materia. Ora, per ipotesi, L2 è stata approvata *non* secondo il procedimento previsto da L1, ma secondo un procedimento diverso. Possiamo allora dire che L2 sia invalida per ragioni formali? O dobbiamo invece dire che L1 sia stata tacitamente derogata, o addirittura abrogata, da L2?

La risposta intuitiva è che no, L2 non può essere invalida. Abbiamo a che fare con due leggi: due testi, dunque, che si trovano sullo stesso livello nella gerarchia (materiale) delle fonti del diritto; tra due leggi non sussiste apparentemente alcuna relazione gerarchica. In caso di antinomia tra due leggi, è il principio cronologico, "lex posterior", che si deve applicare.²⁶ Sicché si deve ritenere che la nuova legge, L2, abbia tacitamente abrogato la legge precedente, L1.

Questa risposta, tuttavia, non è persuasiva.

In primo luogo, occorre distinguere *l'abrogazione* di una norma dalla sua *violazione*. Certo, tra due leggi non sussiste alcuna relazione gerarchica (materiale), sicché il legislatore ha il diritto di *abrogare* una legge precedente. Ma la questione è sapere se abbia anche il diritto di *violare* una legge precedente a lui rivolta (senza prima averla, espressamente o tacitamente, abrogata).

Una legge sorta in violazione delle norme che stabiliscono come debbano farsi le leggi non può che essere una legge invalida, anche in ordinamenti a costituzione flessibile. Certo, in tali ordinamenti, la legge (ordinaria) è in grado di liberamente modificare le regole, pur se scritte nei testi costituzionali, disciplinanti la formazione delle leggi, ma nessuna legge può trasgredirle in un singolo caso, poiché altro è mutare il diritto vigente, nelle forme da questo prescritte, altro non ottemperare a quanto esso attualmente dispone.²⁷

In secondo luogo, l'abrogazione tacita è un fenomeno che si produce allorché due norme regolano la stessa fattispecie in due modi incompatibili. Ma nel caso

25 Nel nostro ordinamento, a costituzione rigida, accade un fenomeno in tutto analogo: accade che atti non propriamente legislativi, ma aventi tuttavia "forza di legge" (decreti-legge ex art. 77 cost., e decreti legislativi delegati ex art. 76 cost.), siano per qualche aspetto disciplinati da una legge (la legge 400/1988), ossia da un atto equiparato nella gerarchia delle fonti.

26 «La legge anteriore non può sottrarsi alla forza abrogativa delle leggi successive»: così Zagrebelsky (1991: 40). In tal senso Corte cost. 14/1964, 4/1972, 6/1975. In proposito cfr. anche Pace (1983: 2348 ss). Ora anche in Pace (1997: 153 ss.).

27 Così Crisafulli (1984: 258).

che abbiamo ipotizzato non vi è alcuna incompatibilità tra L1 e L2: L1 disciplina il procedimento legislativo, mentre L2 disciplina una materia affatto diversa. Ciò che "contraddice" L1 è non il contenuto di L2, ma il suo procedimento di approvazione, ossia un comportamento (il comportamento dell'organo legislativo): un comportamento contrario a quanto stabilito da L1. Ebbene, è difficile comprendere come un comportamento possa mai abrogare la norma che lo disciplina (un assassinio ovviamente non abroga la norma che vieta l'assassinio, ma la viola).

In terzo luogo, è falso che non sussista alcuna relazione gerarchica tra L1 e L2. Certo, non vi è, tra esse, gerarchia materiale. Ma L1 è formalmente o strutturalmente superiore a L2. Per conseguenza, L2 deve essere considerata formalmente invalida. Può accadere che non vi sia, nell'ordinamento positivo, alcuna sanzione per questa invalidità, che non vi sia alcun organo competente a riconoscerla e ad annullare L2 (o a disapplicarla). Ma ciò non cambia i dati della questione. Mediante L1 il legislatore ha dettato regole al legislatore futuro (o, se preferite, ha dettato regole a sé stesso). Siffatte regole possono certo essere abrogate da una legge successiva, ma, finché sussistono, non possono essere semplicemente violate dal comportamento del legislatore.²⁸

7 APPLICAZIONI (II): IL REGIME GIURIDICO DELLE LEGGI COSTITUZIONALI NEL DIRITTO VIGENTE

Nella costituzione italiana (simile sotto questo aspetto alla costituzione francese vigente: art. 89) si trovano: (a) una norma che disciplina il procedimento di revisione costituzionale (art. 138); (b) una norma che vieta la revisione costituzionale della forma repubblicana dello stato (art. 139). Qual è dunque il regime giuridico delle leggi di revisione costituzionale (LRC) nell'ordinamento vigente?

(i) *La gerarchia strutturale*. Il potere di revisione costituzionale non è un potere originario: è altra cosa dal potere costituente. È un potere "costituito", ossia derivato, creato dalla costituzione. Banalmente, la LRC è una fonte che non preesiste alla costituzione: trova in costituzione il suo fondamento.

Pertanto, la LRC è strutturalmente subordinata alla costituzione, in particolare alle norme costituzionali che disciplinano la revisione: sia alle norme sul procedimento di revisione, sia alla norma che vieta un certo tipo di revisione.

²⁸ Secondo Pace (1997: spec. 168 ss), in regime di costituzione rigida, il legislatore non può dettare regole procedimentali alla legislazione (ulteriori rispetto alle regole disposte in costituzione), perché, così facendo, disciplinerebbe la stessa funzione legislativa, sostituendosi così alla costituzione; e d'altro canto, la violazione di siffatte regole "ulteriori", non avendo queste rango costituzionale, non potrebbe essere giudicata incostituzionale; sicché le regole in questione non sarebbero comunque vincolanti per il futuro legislatore.

(ii) *La gerarchia materiale*. Tuttavia, la LRC è abilitata a modificare la costituzione. Sicché essa è materialmente sullo stesso livello delle norme costituzionali:²⁹ ad eccezione, beninteso, delle norme che non è autorizzata a toccare.

La norma che vieta la revisione della forma repubblicana, infatti, pone dei limiti materiali alla LRC, e, così facendo, subordina materialmente la LRC a quelle norme costituzionali - che occorre identificare per via di interpretazione - che determinano la forma repubblicana dello stato.

(iii) *La gerarchia assiologica*. Secondo gran parte della dottrina e, ciò che più conta, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale,³⁰ le norme costituzionali non hanno tutte lo stesso "valore". Talune norme sono più importanti delle altre: si tratta dei principi costituzionali "supremi", che sono assiologicamente sovraordinati alle rimanenti norme costituzionali e dunque, *a fortiori*, alle LRC.³¹

La discutibile conseguenza è che le LRC non possono toccare i principi in questione.³² Il che equivale a trasformare una gerarchia puramente assiologica - una gerarchia non già stabilita dal diritto stesso, ma stipulata dagli interpreti - in una gerarchia materiale.

Per conseguenza:

(a) Le due norme sulla revisione (artt. 138 et 139) sono *strutturalmente* sovraordinate alle LRC. Ciò significa che tali norme non possono essere validamente violate dalle LRC. Sicché qualunque LRC adottata attraverso procedimenti diversi da quelli stabiliti dall'art. 138 sarebbe incostituzionale (per violazione dell'art. 138); così come sarebbe incostituzionale (per violazione dell'art. 139) qualunque LRC che pretendesse di modificare la forma repubblicana dello stato.

(b) Tuttavia, le due norme sulla revisione, sebbene strutturalmente sovraordinate alle LRC, *non* sono *materialmente* sovraordinate ad esse.³³ La conseguen-

²⁹ Se così non fosse, una legge costituzionale che disponesse diversamente dalla costituzione (come accade per ogni legge di revisione costituzionale), lungi dal modificare la costituzione stessa, sarebbe anzi costituzionalmente illegittima.

³⁰ Corte cost. 175/1971: «È da condividere l'assunto della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione, rispetto alla quale è individuabile (come del resto in ogni corpo di disposizioni ordinate in sistema) un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre». Bell'esempio di "costruzione giuridica", e puro diritto giurisprudenziale.

³¹ Vedi sul tema: Troper (2001: cap. XIII); nonché Favoreu 1993; Vedel 1993.

³² Corte cost. 1146/1988.

³³ Lo sarebbero solo se una ulteriore norma costituzionale (un ipotetico art. 140) disponesse che gli artt. 138 e/o 139 non sono soggetti a revisione costituzionale. Ma anche una norma siffatta, pur non potendo essere validamente violata (finché fosse in vigore), potrebbe però essere validamente modificata (o abrogata) in assenza di una norma ulteriore (un ipotetico art. 141).

za è che le norme in questione non possono essere violate fino a che siano in vigore; possono però essere modificate (o anche abrogate) da una LRC. Pertanto, una LRC, adottata, beninteso, secondo il procedimento previsto dall'art. 138, che modificasse il medesimo art. 138 oppure l'art. 139, *non* sarebbe incostituzionale.³⁴

(c) In virtù dell'art. 139, talune norme costituzionali - quelle che identificano la forma repubblicana dello stato - non sono suscettibili di revisione costituzionale. Tali norme sono materialmente sovraordinate alle LRC. Sicché qualunque LRC che pretendesse di sovvertirle sarebbe incostituzionale: beninteso, fino a che, però, l'art. 139 non fosse a sua volta abrogato (giacché abbiamo ben visto che l'art. 139 è suscettibile di revisione costituzionale).

(d) Infine, se - e solo se - si accetta la tesi della supremazia assiologica dei principi supremi, accettando al tempo stesso di trattare questa gerarchia, puramente assiologica, come una gerarchia materiale, sarebbe incostituzionale qualunque LRC che pretendesse di sovvertire i principi supremi.

Bibliografia

Norberto BOBBIO, 1970: *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.
 , 1994: *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli.

Vezio CRISAFULLI, 1984: *Lezioni di diritto costituzionale* (vol. II). Padova: CEDAM.

Carlo ESPOSITO, 1964: *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi, e il controllo giurisdizionale* (1934). Milano: Giuffrè.

Louis FAVOREU, 1993: *Souveraineté et supraconstitutionnalité. Pouvoirs* (1993) 67.

Riccardo GUASTINI, 1997: "Gerarchie normative". *Materiali per una storia della cultura giuridica* (1997).

H. L. A. HART, 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Hans Kelsen, 1962 : *Théorie pure du droit*. Trad. française de la 2e édition de la Reine Rechtslehre par Charles Eisenmann. Paris : Dalloz.

Tecla MAZZARESE, 1982: *Metanorme e linguaggio deontico. Un'analisi logica. Materiali per una storia della cultura giuridica* (1982).

, 1996: *Metanorme. Rilevi su un concetto scomodo della teoria del diritto. Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Eds. Paolo Comanducci, Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli.

che ne vietasse la revisione. D'altronde, quest'ultima norma (l'ipotetico art. 141) non potrebbe essere violata, ma potrebbe essere abrogata: a meno che non vi fosse una norma ulteriore (un ipotetico art. 142) il quale lo vietasse. E così avanti, all'infinito.

³⁴ Avverto il lettore che, quanto alla modifica (o abrogazione) dell'art. 139, la dottrina italiana, unanime, è di parere opposto a quello sostenuto nel testo: una legge di revisione che pretendesse di toccare l'art. 139 sarebbe costituzionalmente illegittima. Quanto alla modificabilità dell'art. 138 (o, più in generale, delle disposizioni dell'una o dell'altra costituzione in materia di procedimento di revisione) l'opinione contraria a quella qui sostenuta si legge ad es. in Ross (1958: 78 ss); Ross (1982: 205 ss); Pace (1997: 136 ss). Secondo Pace, in particolare, utilizzare il procedimento di revisione vigente per modificare il procedimento stesso sarebbe un illecito esercizio del potere di revisione per finalità sostanzialmente costituenti.

- Adolf MERKL, 1987: Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto. *Il duplice volto del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Alessandro PACE, 1983: Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore. *Giurisprudenza costituzionale* (1983). Ora anche in: Pace (1997).
 , 1997: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. Padova: CEDAM.
- Alessandro PIZZORUSSO, 1977: *Delle fonti del diritto*. Bologna-Roma: Zanichelli - Il Foro italiano.
- Alf ROSS, 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens.
 , 1982: *Critica del diritto e analisi del linguaggio*. Eds. Alberto Febbrajo, Riccardo Guastini. Bologna: Il Mulino.
- Giovanni TARELLO, 1977: Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi. *Politica del diritto* (1977) VIII. Fasc. 5.
 , 1980: *L'interpretazione della legge*. Cap. VII. Milano: Giuffrè.
- Michele TROPER, 1989: Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale. *Lanalisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II. Eds. Paolo Comanducci, Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli.
 , 2001: *La théorie du droit, le droit, l'État*. Cap. XIII. Paris: P. U. F.
- Georges VEDEL, 1993: Souveraineté et supraconstitutionnalité. *Pouvoirs* (1993) 67.
- Gustavo ZAGREBELSKY, 1991: *Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: Utet.
- *
- Giurisprudenza italiana. Corte costituzionale (www.giurcost.org):
 ·14/1964, del 7 marzo 1964.
 ·175/1971, del 14 luglio 1971.
 4/1972, del 13 gennaio 1972.
 — 6/1975, del 9 gennaio 1975.
 — 1146/1988, del 29 dicembre 1988.

Rafael Encinas de Munagorri*

Droit international privé et hiérarchie des normes

Observations sur une rencontre

Les méthodes traditionnelles du droit international privé pour résoudre les conflits de lois et les conflits de juridictions ont été forgées en dehors de la hiérarchie des normes. Plus encore, certains spécialistes du droit international privé estiment que l'idée même de hiérarchie des normes est inappropriée au sein de leur discipline. Cette opinion est le reflet de prises de positions idéologiques. La hiérarchie des normes présente un intérêt pour comprendre les dimensions historiques, théoriques et épistémologiques du droit international privé.

Mots-clés : conflits de lois, droit international privé, universalisme, ordre juridique, science du droit, Kelsen

Existe-t-il une pyramide des normes du droit international privé ? La question est singulière et contient sa part de défi, sinon de provocation. Du point de vue de la théorie du droit, elle n'est guère classique : la hiérarchie des normes trouve plus souvent à s'illustrer dans l'organisation de l'État¹ que dans celle des relations privées internationales. Du point de vue du droit international privé, elle paraît déplacée : les méthodes utilisées pour résoudre les problèmes de conflits de lois ou de juridictions ont été conçues en dehors de la hiérarchie des normes et comme dans ses interstices. L'étude du droit positif montre d'ailleurs que les méthodes du droit international privé ne sont pas toujours faciles à concilier avec la hiérarchie des normes.²

* rafael.munagorri@univ-nantes.fr | Professeur à l'Université de Nantes, Droit et changement social UMR-CNRS 6297.

1 De Béchillon 1996.

2 Gannagé 2001, Lequette 2001. Gannagé (et plus encore Lequette) visent à restreindre la portée de la hiérarchie des normes afin qu'elle ne porte pas atteinte aux méthodes classiques du droit international privé. Cette « conciliation » est réalisée à partir d'une certaine conception des valeurs. A partir de la différence de culture entre musulmans et « occidentaux » (chrétiens ?), la thèse de Gannagé (2001 : 234 et s.) et la préface de Lequette (2001 : X) distinguent les cas où il existe un « conflit de civilisation » de ceux où règne une « communauté de droit ». Tout un programme manichéiste auquel nous ne souscrivons pas. De notre point de vue cosmopolite, la différence ne fonde pas le conflit.

Nombre de spécialistes du droit international privé semblent d'ailleurs trouver moins de ressources théoriques dans la hiérarchie des normes proposée par Kelsen que dans d'autres travaux d'obédience institutionnaliste ou jusnaturaliste. L'on songe en particulier ici à la théorie des ordres juridiques proposée par Santi Romano³ ou encore aux positions d'Henri Batiffol qui reposent sur une hiérarchie des valeurs d'inspiration thomiste.⁴ L'explication de ce relatif désintérêt tient pour une large part à des divergences théoriques. La hiérarchie des normes serait à la fois inutile et nuisible.

Inutile car elle a été conçue pour appréhender les normes au sein d'un ordre juridique et non pour résoudre des conflits entre normes juridiques appartenant à des ordres juridiques distincts.⁵ Or, l'objet du droit international privé est indissociable de cette pluralité. Il en résulte une différence quant à la signification du conflit entre normes. Dans la construction de la théorie pure, le conflit est envisagé entre normes d'un même ordre juridique,⁶ par exemple entre la Constitution et la loi d'un même État. En revanche, les conflits du droit international privé opposent des normes issues de plusieurs ordres juridiques, en particulier de deux ou plusieurs États.⁷

3 Romano 2002. La troisième partie, consacrée à la pluralité des ordres juridiques et à leurs relations, semble avoir séduit nombre d'internationalistes, notamment à partir de la notion de *relevance*, dont le contenu est précisé. Voir Romano (2002 : 106, n. 1).

4 Voir notamment Batiffol (2002 : n° 22, 47-50). Décivant l'évolution du droit international privé comme un ordre de systèmes l'auteur se démarque de Kelsen en affirmant porter son attention sur le contenu des règles et les valeurs qu'elles véhiculent.

5 Il faut alors partir d'un double constat : d'une part, le droit applicable dans un État A est *souvent autre* que celui d'un État B ; d'autre part les juridictions misent en place dans le cadre d'un État A sont *toujours différentes* de celles d'un État B. Plusieurs questions sont alors susceptibles de se poser : quelle est la loi applicable lorsqu'une situation juridique peut être rattachée à des ordres juridiques distincts ? Quelle est la juridiction compétente pour trancher un tel litige ? Une décision de justice peut-elle produire des effets à l'étranger ? La première interrogation est connue sous la dénomination de *conflit de lois*, les deux dernières sont parfois regroupées sous celle de *conflit de juridictions*. Une idée maîtresse du droit international privé est que ces interrogations ne sont pas nécessairement liées entre elles : un juge du for peut appliquer une règle étrangère pour résoudre un litige. En ce sens, Virally (1964 : 488) : « Tout le droit international privé ou, en tous cas la théorie des conflits de lois, s'est édifié à partir de la reconnaissance, par un droit étatique donné - c'est-à-dire par les tribunaux qui en relèvent - de l'existence des ordres juridiques étrangers, et de la validité des normes les composant ».

6 L'exposé de la théorie de la hiérarchie des normes par un auteur familier de Kelsen ne laisse pas de doute à cet égard : il s'agit d'une « théorie générale des rapports *normatifs* entre les normes d'un ordre juridique ». Il s'agit de « normes qui règlent la production, la modification, la destruction de normes ainsi que les 'conflits' entre elles » Pfersmann (2003 : 780 ; « un » par nous souligné). Voir Kelsen (1962 : 275), où le conflit entre normes de même degré est distingué de celui entre normes supérieures et inférieures au sein d'un même ordre juridique.

7 Pour le dire autrement, les conflits au sein d'un ordre juridique concernent une norme x et une norme y au sein d'un État A ; les conflits de lois du droit international privé entre une norme x appartenant à un État A et une norme y appartenant à un État B. Précisons dans ce dernier cas qu'il peut s'agir de conflits de normes entre deux États souverains mais aussi deux

Nuisible car la hiérarchie des normes est accusée de perturber l'application des mécanismes traditionnels du droit international privé. Un spécialiste français, dont la réputation n'est plus à faire, a pu à cet égard évoquer les « ravages que provoque au sein du droit international privé la surévaluation de la pyramide des normes ».⁸ Le propos est énoncé en réaction à l'importance prise par les droits fondamentaux et par les sources européennes et internationales dans la détermination des solutions positives. L'évolution décriée porterait atteinte à la cohésion de l'ordre interne et à la satisfaction des intérêts pris en charge par le droit international privé.⁹

La hiérarchie des normes est-elle à ce point perturbatrice et inapte à contribuer à l'intelligence des mécanismes du droit international privé ? Tout à l'inverse, elle nous paraît riche de potentialités pour mettre en relief diverses conceptions du droit international privé, sinon même pour ordonner le pluralisme juridique. De manière plus générale, il se pourrait bien que le droit international privé et la théorie de la hiérarchie des normes contribuent mutuellement à un éclairage réciproque. À partir de cette hypothèse pour le moins intuitive, ce texte¹⁰ vise à répondre à l'invitation des organisateurs du colloque d'envisager le thème des « juristes et de la hiérarchie des normes » à la fois sous un angle historique, théorique et épistémologique. L'ambition est vaste et nous limiterons ce propos exploratoire à formuler quelques observations à partir de chacune de ces perspectives.

1 DIMENSIONS HISTORIQUES

L'émergence du droit international privé comme discipline¹¹ est antérieure à la formalisation théorique d'une hiérarchie des normes. C'est en effet au milieu du 19^{ème} siècle que des auteurs aussi distincts que Story aux États-Unis (1834), Savigny (1849) ou Mancini (1851) en Europe ont rédigé les premiers ouvrages consacrés à un problème ancien qui fait le creux de la discipline : le conflit de lois. Ce problème surgit en présence d'une situation juridique comportant plu-

États fédérés, comme le montre l'exemple des conflits de lois au sein des États-Unis d'Amérique.

8 Lequette (2001 : IX). Niboyet parlait, à son époque, des « ravages causés par un certain dilettantisme universaliste », cité par Oppetit (1992 : 372).

9 Lequette (2001 : VIII).

10 Le présent texte, rédigé en novembre 2005, est issu d'une communication orale présentée sous le titre « Hiérarchie des normes et méthodes du droit international privé ».

11 Pour une excellente histoire qui retrace l'évolution du droit international privé dans son contexte social et politique, voir Halpérin 1999. Voir également Meijers 1967 ; les meilleurs spécialistes du droit international privé ne manquent pas, à l'occasion de retracer l'histoire de leur discipline, que ce soit pour défendre la conception classique de la règle de conflit Mayer (1985 : 129), ou pour se montrer favorable à une relecture publiciste Muir-Watt (1997 : 207).

sieurs rattachements possibles avec des ordres juridiques distincts. Il s'agit, par exemple, de déterminer la capacité d'une personne résidant à l'étranger. Doit-on appliquer la loi de sa nationalité ou celle du territoire sur lequel elle réside ? Selon la loi choisie, la solution peut être différente (par ex. 18 ou 21 ans). La circulation des personnes et des capitaux, accrue de nos jours par des phénomènes de mondialisation, ont multiplié les litiges dans des domaines aussi variés que la famille, le commerce ou l'organisation du travail. Dans tous les cas, ce sont les méthodes utilisées pour trancher de tels conflits et l'origine nationale ou internationale des règles mises en œuvre qui ont fait l'objet de débats récurrents au sein du droit international privé. Quelques jalons historiques peuvent être présentés en recherchant un éventuel éclairage rétrospectif de la hiérarchie des normes.

1.1 Hiérarchie des normes et conceptions du droit international privé

Le conflit de lois fut d'abord appréhendé comme un conflit de souverainetés. Chaque État étant souverain pour déterminer le droit applicable à ses ressortissants, le droit étatique - national ou interne si l'on préfère - est alors seul considéré comme juridiquement applicable. Lorsqu'une règle étrangère est prise en compte pour résoudre un problème juridique, ce n'est que par courtoisie et afin de respecter (comme un fait) les droits acquis à l'étranger. Appliquer une loi étrangère est, en revanche, inconcevable : ce serait abdiquer sa souveraineté. L'ordre juridique étatique est affirmé sur un mode exclusif. Deux États peuvent néanmoins prétendre régir la même situation juridique. Le constat de la diversité des droits étatiques ne peut être évité. Les spécialistes de droit international privé ont alors conçu des règles permettant une coexistence pacifique des souverainetés.

Le conflit de lois se voit alors proposé une réponse sur un mode universaliste susceptible d'être admis par tous. Les positions des juristes ayant conçu et développé le droit international privé à partir d'une telle conception ne sont certes pas toujours dépourvus d'ambiguïtés. Si l'impétueux Mancini plaide pour un droit des gens fondé sur un principe de nationalité aux effets extraterritoriaux,¹² l'impérial Savigny cherche, tout en préservant une préférence nationale, à donner essor à un droit commun à partir d'une conception pétrée de droit romain et de valeurs chrétiennes. Quoi qu'il en soit, la démarche universaliste s'inscrit dans la tradition d'un droit savant à caractère jurisprudentiel.¹³ Cet universalisme est cependant de second degré : le constat premier est celui de l'absence

12 La nationalité est pour Mancini associée à un statut personnel au sens large du terme. « Le droit privé doit accompagner la personne même en dehors de sa patrie », cité par Mayer (1985 : 132).

13 Oppetit (1992 : 331).

de droit commun auquel il faut remédier en proposant des solutions communes pour résoudre les conflits de lois. L'espace laissé vacant par les États souverains, dont la législation sur les rapports privés internationaux est modeste, y invite. L'époque est aussi propice à formuler de manière inédite une technique juridique utilisée depuis au moins le 18^{ème} siècle. C'est la fameuse « règle de conflit de lois » dont le caractère bilatéral, abstrait et neutre est souvent présenté comme le joyau intellectuel du droit international privé.¹⁴

Dans l'idéal universaliste, la règle de conflit est d'ailleurs la même pour tous. Comment la situer au regard des ordres juridiques en général et de la hiérarchie des normes en particulier ? Si la question n'a pas été posée en ces termes, les débats sur le droit international furent intenses à la fin du 19^{ème} siècle et ont coïncidé avec l'apparition de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationale. Kelsen ne pouvait les ignorer et a pris fait et cause pour la conception moniste de l'ordre interne et international en accord avec sa théorie de la hiérarchie des normes.¹⁵

Le conflit de lois, tout en utilisant la technique de la règle de conflit, peut aussi puiser ses sources dans le droit interne¹⁶ et trouver une réponse particulariste propre à chaque État.¹⁷ Le droit international privé positif s'est d'ailleurs affirmé à partir des droits nationaux. C'est le cas en Angleterre¹⁸ mais aussi en Europe continentale où les premières règles de droit international privé ont été posées lors du mouvement de codification.¹⁹ Cet ancrage national sera réaffirmé plus tard, au tournant du siècle, en réaction aux thèses universalistes.²⁰ Dans

14 Explicitons le propos à partir d'un exemple classique de règle de conflit : « La loi applicable aux immeubles est déterminée par le lieu de situation du bien ». Le caractère *bilatéral* provient de ce que la règle peut aussi bien déterminer la loi du juge saisi (loi du for) que la loi étrangère, le caractère *abstrait* résulte de l'absence de prise en compte du contenu matériel (substantiel) de la règle, le caractère *neutre* provient du fait que le juge peut appliquer la règle sans évaluer comparativement les résultats concrets de l'application de chacune des règles envisagées. Voir par ex. sur ces points, Mayer (1985 : 129-130) qui se montre globalement favorable à une défense du procédé.

15 En ce sens, Halpérin (2001 : 41, et spéc. 51).

16 Une règle de conflit peut être formulée de manière *unilatérale*, voir par ex. art. 310 Cciv. fran^{ais} ou encore art. 3 al. 3 Cciv ; « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ». Mais, elle peut l'être aussi de manière *bilatérale*, ce que n'a pas manqué de faire la jurisprudence fran^aise dans ce dernier cas : l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi de leur nationalité.

17 Le particularisme a pu être défini comme « l'attitude consistant à reconnaître que les sources des règles de droit international privé se trouvent dans chaque État, et non dans l'ordre international » Mayer (1985 : 133). Cette attitude conduit le plus souvent à favoriser le droit national au détriment du droit étranger.

18 Harrison (1880 : 417).

19 Voir sur ce point Halpérin (1999 : 27 et s).

20 Bardin a pris fermement position sur ce point : « les règles de conflit sont des règles nationales dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne dont elles circonscrivent

l'entre deux guerre, la perspective nationaliste s'affirme parfois sous une forme plus agressive, comme le montre en France la xénophobie juridique à peine voilée de Niboyet.²¹ De nos jours, dans un contexte en apparence plus apaisé, la tendance unilatéraliste connaît un renouveau.²²

Diverses techniques permettent à la fois de donner pleine efficacité au droit du for et d'éliminer le droit étranger estimé indésirable. D'un côté, il s'agit d'appliquer dans toute sa rigueur le principe de territorialité. De l'autre, il est question d'écarter l'application du droit étranger. Les deux mécanismes se retrouvent aux deux extrémités du conflit de lois. En amont, les lois de polices dites aussi d'application immédiate²³ permettent de supprimer un éventuel conflit. En aval, l'exception d'ordre public²⁴ permet d'écarter une règle étrangère (qui aurait été) normalement applicable par le jeu de la règle de conflit. Dans les deux cas, l'ordre public sert de boussole, ou plutôt de girouette. Dans les deux cas aussi, il a pu être invoqué pour mettre à l'écart une convention internationale en violation de la hiérarchie des normes retenue en droit positif français.²⁵

le domaine. Elles leur restent liées comme l'ombre au corps parce qu'elles ne sont pas autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international », cité par Lequette (1995 : 28) qui s'inscrit nettement dans un sillon particulariste à caractère réactionnaire et affiche un scepticisme peu amène à l'égard de l'universalisme en général et de l'élaboration des conventions internationales en droit international privé de la famille en particulier.

21 Voir sur ce point Halpérin (1999 : 127).

22 Gothot (1971 : 9).

23 Franceskakis (1966 : 1). Les conventions internationales statuant sur les règles de conflit y font parfois référence, ex. art. 7 *Convention de Rome* du 19 juin 1980.

24 Libchaber (1996 : 65). Le procédé permet par exemple de s'opposer en France à la production de certains effets juridiques liés à la polygamie ou à la répudiation d'une femme mariée. La conception française de l'ordre public international tend à prendre appui sur les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, parfois même pour écarter l'application d'autres conventions bilatérales, Cass. Civ. 1, 17 février 2004, B.I, n° 47, D.2005.1266 obs. H. Chanteloup (répudiation unilatérale du mari et principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage). À l'inverse, l'existence d'une convention internationale peut faire échec à l'invocation de l'ordre public français. Cass. Ass. Plén. 14 oct. 1977, V ; n° 6 ; D. 1978.417, note P. Lagarde.

25 Pour l'exemple d'une loi de police, Cass. Civ. 1, 27 oct. 1964, D. 1965.81 « la loi (française) est applicable sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent quelque soit leur nationalité ou celle de leurs parents », la règle posée ne semble pas tenir compte de la Convention de la Haye de 1961 sur la protection du mineur de sa personne et de ses biens. Pour l'exception d'ordre public, voir l'étonnante motivation de Cass. Civ. 1, 6 juillet 1988, Baaziz, R. 1989.71 note Lequette ; « sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public international : que cette conception s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci ». En l'espèce, le litige opposait deux épouses estimant chacune pouvoir bénéficier de la rente du conjoint survivant suite au décès de leur époux.

1.2 Hiérarchie des normes et centralisation du droit international privé

Il existe aussi une tendance inverse à la centralisation par laquelle la prise en compte de la hiérarchie des normes réduit la marge d'appréciation offerte par le recours aux méthodes classiques du droit international privé. Aujourd'hui plus que par le passé, des normes d'origine constitutionnelle²⁶ et surtout communautaire²⁷ et internationale²⁸ interviennent dans la résolution des conflits de lois. Cette dernière évolution correspond à un double mouvement de centralisation du droit international privé. Le premier aspect concerne les règles de conflit de lois. Faire coexister des règles de conflit d'origine nationale n'est guère satisfaisant : le conflit de normes internes se trouve en quelque sorte repoussé au niveau des règles de conflit elles-mêmes. Il est alors fort compréhensible que des spécialistes de droit international aient cherché à rapprocher les règles de conflit nationales les unes des autres. Puis, selon un processus bien connu en droit comparé, d'en rechercher l'harmonisation, voire l'unification.²⁹ Un deuxième aspect concerne les règles matérielles. A la différence de la règle de conflit qui constitue un procédé indirect, la règle matérielle ou (substantielle) permet de trancher directement le conflit en édictant une norme destinée à régir des rapports privés internationaux.³⁰ Ces règles sont peu nombreuses en droit interne pour des raisons évidentes d'extraterritorialité et d'absence de réciprocité. Le procédé est en revanche plus efficace lorsqu'il s'agit de poser des règles communes à plusieurs États, le plus souvent par voie d'un traité ou d'un accord international.³¹ Le droit international privé connaît alors une centralisation dont les États sont, directement ou par le truchement d'initiatives privées, à l'origine.

26 Trib. const. fédéral d'Allemagne, 4 mai 1971, *Revue critique de droit international privé*, 1974, p. 57 note C. Labrusse (l'application de la règle de conflit au condition de fond de l'union entre une allemande et un espagnol conduisait à porter atteinte à la liberté du mariage) ; voir aussi à propos de l'égalité des époux, Cour constitutionnelle d'Italie, 26 février 1987, *Revue critique de droit international privé*, 1987, p. 563 note B. Ancel « la règle de conflit effectue un choix d'ordre normatif qui ne peut pas ne pas être confrontée aux options prises au niveau constitutionnel ». Sur ces exemples et sur le contrôle de constitutionnalité et la règle de conflit, voir Gannagé (2001 : n°36 et s.).

27 Voir de manière générale, Wilderspin & Lewis (2002 : 1).

28 Il en résulte des conséquences sur le plan procédural : la Cour de cassation a ainsi estimé que la règle de conflit devait être appliquée d'office par le juge français lorsqu'elle résultait d'un traité ratifié par la France, Cass. Civ., 4 déc. 1990, *Coveco, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3^{ème} éd., n° 71-73, p. 517 ; Cass. Civ., 10 mai 1995, D.1996.622 note Engel & Sinopli.

29 Depuis 1951, la Conférence de La Haye de droit international privé a élaboré plus de trente conventions. L'accroissement des sources communautaires du droit international privé peut être aussi mentionné.

30 Simon-Depitre (1974 : 591).

31 Citons l'exemple bien connu de la *Convention de Vienne* du 11 avril 1980 sur la vente internationale des marchandises.

Le droit international privé se prête d'ailleurs parfois à des visées ambitieuses sur la consolidation d'un ordre juridique en devenir. Hier ce fut l'effort déployé par Story pour promouvoir les prérogatives de l'État fédéral à partir de l'élaboration d'un droit des conflits entre les États d'Amérique. Aujourd'hui ce sont les projets d'harmonisation et d'unification menée au sein de l'Union européenne pour rapprocher les droits des pays membres, adopter des règles de conflit de lois communes, dans l'attente d'une unification du contenu des droits nationaux qui vide le problème de sa substance. Lorsque le droit est unifié, il n'y a en effet plus de place pour les conflits de lois. La perspective de l'intégration de l'ordre juridique communautaire dans les États membres est alors concurrencée par celle, inverse, de l'absorption de l'ordre juridique interne dans l'Union européenne. La dynamique de centralisation des sources du droit international privé est à l'avant-garde d'une recomposition de la hiérarchie des normes dans un ordre juridique plus vaste.

Outre qu'il rencontre de fortes résistances, ce mouvement de centralisation n'est certes pas uniforme. Les États ont d'ailleurs perdu de leur influence normative pour structurer un domaine aussi important que l'économie capitaliste de marché. Si le phénomène n'est guère nouveau, il est désormais compris et analysé dans le cadre de la mondialisation. L'existence d'accords interétatiques, tels que ceux ayant donné naissance à l'Organisation mondiale du commerce, ne représentent qu'une surface immergée de l'iceberg. Ce sont plus largement les opérateurs du commerce international dans leur ensemble, États y compris, qui sont à l'origine de pratiques contractuelles et d'usages à l'origine d'un droit mondialisé, parfois identifié sous l'appellation de *lex mercatoria*.³² À tel point que l'hypothèse d'un ordre juridique tiers, distinct de l'ordre interne ou de l'ordre international, a pris assez de consistance pour recevoir crédit auprès des meilleurs spécialistes de droit international public.³³ Organisé pour satisfaire les besoins de l'économie capitaliste de marché, cet ordre juridique s'agence avec les ordres juridiques internes dont l'impérativité est, à l'occasion, sollicitée. Sauf à proposer d'autres modes d'intelligibilité du droit,³⁴ le défi consiste alors à situer dans une hiérarchie les normes produites par des opérateurs publics et privés dont la volonté s'exprime pour l'essentiel par contrat,³⁵ y compris pour confier à des arbitres internationaux le soin de trancher leurs litiges.

32 Outre l'article pionnier de Goldman (1964 : 177), on se reportera avec profit à la synthèse réalisée par Loquin (2000 : 23 ; 2001 : 70). Et pour une mise en perspective du point de vue des sources, Kessedjian (2004 : 163 et s.). Si l'auteur semble peu influencée par Kelsen, elle ne manque pas de proposer une reconstruction d'une gouvernance par le jeu de deux pyramides qualifiées de normatives. Voir Kessedjian (2001 : 291).

33 Virally (1982 : 373). Voir aussi Pellet (2000 : 53) qui s'étonne *in fine* de la prudence des privatistes à reconnaître dans l'ordre mercatique les caractères d'un ordre juridique.

34 Ost & van de Kerchove (2002 : not. 183 et s.).

35 Voir not. Loquin & Ravillon (2000 : 114).

*

En définitive, l'histoire du droit international privé est parcourue par des mouvements de centralisation et de décentralisation dont les enjeux recoupent pour partie la délimitation des ordres juridiques et la hiérarchie des normes qui en procède. Réciproquement, les débats du droit international ont contribué à enrichir les notions d'ordre juridique et de hiérarchie des normes.³⁶ Il y a pourtant une certaine naïveté à considérer la hiérarchie des normes comme une construction assez stable pour offrir une clef de lecture aux évolutions du droit international privé. La hiérarchie des normes est d'abord une théorie qui peut être invoquée à l'appui de conceptions aussi différentes que l'exclusivisme d'un ordre juridique étatique, l'aspiration universelle à une communauté de droit, voire l'affirmation d'un ordre juridique transnational orientée pour satisfaire les besoins du capitalisme de marché. Ouvrant diverses possibilités juridiquement envisageables, elle fait ressortir la teneur politique des choix normatifs réalisés, ce qui n'est pas rien pour penser une mondialisation parfois présentée comme erratique.

Dans la querelle entre universaliste et particulariste, la théorie de Kelsen a pu être utilisée par ce second courant pour affirmer le caractère étatique et national du droit international privé.³⁷ Ainsi, « le positivisme kelsénien n'a guère servi l'universalisme en matière de droit international privé ».³⁸ Ce constat historique, que Kelsen aurait sans doute trouvé navrant, ne résulte pas moins d'une déformation de sa théorie. D'abord, Kelsen n'a jamais nié ni l'existence d'un droit international ou mondial. Ensuite, sa théorie de la hiérarchie des normes permet d'affirmer aussi bien la primauté du droit étatique que celle du droit international. Enfin, il serait abusif de transformer la hiérarchie des normes en une hiérarchie des ordres juridiques, en particulier dans l'objectif plus ou moins avoué de mettre les valeurs juridiques nationales au creux du droit international privé. La rencontre du droit international privé et de la hiérarchie des normes invite alors à réévaluer certaines analyses de Kelsen.

2 DIMENSIONS THÉORIQUES

La théorie de la hiérarchie des normes est un mode d'intelligence du droit. Là réside sa valeur et son efficacité. Son abstraction est mise au service de l'ordonnement des normes juridiques, de leur mise en ordre. Elle contient aussi

³⁶ Voir *supra* note 15. La conception moniste pose nécessairement la question de la hiérarchie entre normes étatiques et normes internationales.

³⁷ Halpérin (1999 : 122 et, notamment 123) : « Sortie de son contexte, cette manière de penser l'État comme un ordre juridique exclusif conduisit la doctrine internationaliste à repenser le problème de l'application de la loi étrangère en refusant la perspective pluraliste ».

³⁸ Halpérin (1999 : 198).

une proposition de définition du droit : la norme acquiert existence juridique et validité lorsqu'elle fait partie intégrante d'une hiérarchie. Il n'est point de norme juridique isolée, indépendante ou solitaire. En droit, la norme s'articule à d'autres pour faire système, ordre juridique précisément.³⁹ Ce phénomène ne résulte pas d'une pulsion de vie normative ou d'un commandement sacré,⁴⁰ mais d'une conception du droit élaborée et mise en œuvre par les juristes. L'essor théorique de la hiérarchie des normes, comme chacun sait, doit beaucoup à Hans Kelsen. La représentation des normes en une pyramide a frappé les esprits et conserve son influence, en particulier en France où elle flatte la tradition d'un État fort et centralisé.⁴¹ Kelsen n'a pourtant pas seulement conçu la hiérarchie des normes au sein de l'État. Sa théorie pure concerne les normes internes et internationales dans leur ensemble.⁴² Elle a vocation à s'appliquer au droit international privé même si l'auteur n'a pas spécialement porté attention à cette discipline.⁴³ Deux questions sont ici essentielles : l'unité du droit comme système est-elle compatible avec la pluralité des ordres juridiques ? Les conflits entre normes issues d'ordres juridiques distincts peuvent-ils être tranchés à partir d'une hiérarchie des normes ?

2.1 Hiérarchie des normes et pluralité des ordres juridiques

La théorie de la hiérarchie des normes envisage le droit sous le signe de l'unité. Les normes font partie d'un même ensemble hiérarchisé au sommet duquel Kelsen place la fameuse norme fondamentale. L'image d'une « pyramide de l'ordre juridique » comportant plusieurs degrés en résulte. Cette construction pyramidale se retrouve dans tous les ordres juridiques. Si la démonstration de Kelsen prend d'abord appui sur l'organisation normative de l'État, c'est parce que l'exemple lui est primordial. « *Commengons par raisonner* uniquement sur les ordres juridiques étatiques », nous dit-il.⁴⁴ La phrase appelle, à l'évidence, une suite qui sera celle du droit international. Notons dès à présent l'utilisation du pluriel : il existe une pluralité d'ordres juridiques étatiques - ce qui est un constat d'évidence - et chacun est structuré sous la forme d'une pyramide.

Les États ne sont pas les seuls ordres juridiques et Kelsen envisage bien vite l'existence de l'ordre juridique international et ses rapports avec les ordres ju-

39 Les termes d'ordre juridique et de système juridique sont ici utilisés comme synonyme, mais ils peuvent aussi être dissociés.

40 L'étymologie grecque du terme hiérarchie (archie/commandement, archos/sacré) est donc ici malmenée.

41 De Béchillon (1994 : 81).

42 Kelsen (1962 : 425).

43 Voir toutefois *infra*.

44 Kelsen (1962 : 399). C'est nous qui soulignons.

ridiques internes.⁴⁵ Dans la suite de l'ouvrage, un titre entier, intitulé État et droit international est consacré à cette question.⁴⁶ Mais il nous importe surtout à ce stade d'insister sur le fait que Kelsen analyse l'ordre juridique international sous la forme d'une pyramide disposant, comme pour tous les ordres juridiques, d'une norme fondamentale, comme on sait postulée. En l'occurrence précisons d'ailleurs que la « pyramide du droit international » a un fondement coutumier.⁴⁷ Il est donc inexact de dire que Kelsen a exclusivement raisonné sur le modèle de l'État. Tout à l'inverse, il est fort préoccupé d'établir le droit international en une pyramide de normes à part entière, le cas échéant à même de fournir un fondement aux ordres étatiques eux-mêmes.⁴⁸

L'unité du droit est-elle compatible avec cette pluralité des ordres juridiques ? Kelsen apporte une réponse affirmative à partir de l'étude des normes étatiques et internationales. Prolongeant des débats antérieurs menés en droit international, il estime que ces normes forment un même ensemble. Cette unité du droit correspond à la thèse du monisme.⁴⁹ À la différence de la théorie dualiste, l'ordre juridique étatique n'est pas cloisonné avec l'ordre juridique international. Dans la conception moniste, le droit n'est pas segmenté et compartimenté en plusieurs ordres juridiques étanches. L'ordre interne et l'ordre international sont perméables : les normes peuvent s'écouler de l'un à l'autre d'une manière fluide, ce qui évoque la métaphore des sources du droit. Ainsi, il n'est pas nécessaire de transformer le droit international en droit interne.⁵⁰ Pour autant, le droit étatique reste distinct du droit international. Sauf à évoquer l'hypothèse d'un État mondial universel,⁵¹ les deux ordres juridiques ne se confondent pas, mais s'agencent l'un à l'autre. La conception moniste de la théorie des normes défendue par Kelsen est donc tout à fait compatible avec le constat d'une pluralité d'ordres juridiques. Cette pluralité est admise à partir du moment où l'unité du droit comme système de normes hiérarchisées est préservée. Sous réserve de préciser la signification de l'expression, il est possible de dire que Kelsen défend un monisme pluraliste,⁵² ce qui ne semble pas toujours compris. La théorie de

45 « Le moment est venu de prendre en considération également l'ordre juridique international, et de rechercher quelles conséquences son existence et le rapport existant entre lui et les multiples ordres juridiques étatiques entraînent pour la solution du problème de la norme fondamentale de l'ordre étatique » Kelsen (1962 : 289).

46 Voir le titre VII de la Théorie pure intitulé « État et droit international » Kelsen (1962 : 420 et s.).

47 Kelsen (1962 : 424-425).

48 Kelsen (1962 : 289).

49 Cette conception est celle retenue en droit positif français. Voir sur ce point et pour d'autres exemples, Conseil d'État (2000 : 24 et s.).

50 Kelsen (2001a : 175). Comp. Kelsen (1962 : 440-441).

51 Kelsen (1962 : 430). Leben (2001 : 87).

52 Kelsen est pluraliste au sens faible où il reconnaît l'existence d'ordres juridiques partiellement distincts. Il ne l'est pas au sens fort et habituel du terme où des ordres juridiques sont to-

la hiérarchie des normes prône l'unité du droit comme système et non l'unification des ordres juridiques.

Le droit international privé invite à une interrogation qui peut paraître étrange : peut-on concevoir deux ordres juridiques étatiques sous la perspective du monisme, c'est-à-dire comme deux ensembles de normes juridiques relevant d'un même système ? S'il est théoriquement possible de concevoir, en l'absence de droit international, deux ordres juridiques étatiques totalement isolés l'un de l'autre, il est tout aussi envisageable qu'ils établissent des liens entre eux. L'existence de règles internes ayant un objet international le montre aisément, en particulier lorsqu'elle conduit à prendre en compte la loi d'un État étranger. Néanmoins, selon Kelsen, lorsque le juge applique une loi étrangère, « ce n'est pas le droit d'un autre État, mais son propre droit que l'État applique ».⁵³ Cela dit, le droit étatique peut tout aussi bien désigner soit la norme matérielle d'un autre État, soit une norme de droit international privé de cet autre État. « Du point de vue du positivisme juridique, il n'y a pas de doute que le législateur peut stipuler l'une ou l'autre ». Dans les deux cas toutefois, c'est bien la norme étatique qui est, à proprement parler, appliquée par le juge du for. Si deux ordres juridiques sont donc envisagés dans un même ensemble, c'est nécessairement à partir de l'un d'eux. Kelsen évoque même la possibilité pour un ordre juridique étatique de fonder un autre par le truchement de l'ordre juridique international.⁵⁴

2.2 Hiérarchie des normes et primauté d'un ordre juridique

L'apport majeur de la conception moniste de la hiérarchie des normes est de concevoir le domaine juridique comme un tout. Du reste, il ne peut y avoir de conflit, au sens kelsénien, entre le droit international et le droit étatique. La contrepartie est que les normes sont hiérarchisées au sein d'un même système.⁵⁵ Selon quelles modalités ? C'est tout le problème de la hiérarchie des normes, ou plus exactement de la hiérarchie des ordres juridiques, qui se trouve posée entre l'État et le droit international. La thèse moniste permet d'aborder le problème

talement distincts et peuvent contenir, de manière simultanée, des normes juridiquement valables susceptibles de rentrer en conflit.

⁵³ Kelsen (2001b : spéc. 313).

⁵⁴ « L'ordre étatique qui forme le point de départ de la construction devient ordre juridique universel, qui délègue tous les autres ordres étatiques et qui les englobe en lui-même » Kelsen (2001b : 446). Cette hypothèse assez complexe correspond à un système moniste avec primauté de l'ordre juridique étatique, ou plus exactement de l'un d'entre eux. Elle peut paraître fort abstraite, sauf à prendre en compte le penchant de certains juristes nationaux de considérer leur ordre juridique interne comme le nombril du monde.

⁵⁵ « On ne peut les considérer tous deux (droit international et le droit interne) comme des ordres valables simultanément de normes obligatoires autrement qu'en les comprenant tous deux en *un* système unique descriptible en propositions de droit non contradictoires » Kelsen (2001b : 434).

de front. L'existence de deux ordres juridiques (étatique et international) au sein d'un même système de normes hiérarchisées oblige à se prononcer. Kelsen, rappelons-le, développe ses analyses pour démontrer que la conception moniste de l'unité du droit comme système admet aussi bien la primauté du droit international sur le droit interne que la solution inverse de la primauté du droit interne sur le droit international. Comme il aime à le rappeler, le choix est de politique juridique ; il ne résulte pas de la théorie de la hiérarchie des normes qui s'applique dans les deux cas à partir du jeu d'une norme fondamentale unique, Constitution d'un État ou coutume internationale.

Par-delà l'apparente neutralité requise par le caractère pure de sa théorie, Kelsen a une sympathie pour la théorie du droit international qui « crée une condition essentielle pour parvenir à une unité politique du monde, doté d'une organisation juridique centralisée ».⁵⁶ Dans ce texte rédigé aux États-Unis en 1952, Kelsen a nécessairement à l'esprit la construction des Nations unies dans laquelle il a placé tant d'espoirs : la construction théorique d'une pyramide des normes prenait la forme tangible d'un ordre juridique mondial en construction.

Soumis à des processus de centralisation et de décentralisation, le droit international privé obéit à une dynamique moins univoque. Reste que la hiérarchie des normes peut être conçue soit à partir de l'ordre juridique étatique, soit à partir de l'ordre juridique international,⁵⁷ soit encore sans doute à partir d'un ordre juridique mondial fondé sur le droit des gens. C'est pourquoi elle permet de mettre en relief des conceptions du droit international privé aussi différentes que celles particularistes, universaliste ou mondialiste.

La théorie kelsenienne de la hiérarchie des normes offre un puissant modèle de compréhension du droit à l'efficacité éprouvée. Son domaine n'est pas cantonné au droit étatique ou encore à l'ordre international issu d'une conception westphalienne centrée sur la souveraineté étatique. Il est possible de soutenir quelle peut également hiérarchiser des normes émanant d'un ordre juridique mondial en cours de recomposition. Au total, la pensée de Kelsen est accueillante : elle permet d'envisager plusieurs pyramides de références qui sont autant de possibilités théoriques ouvrant sur des solutions concrètes. Plus en-

⁵⁶ Cité par Herrera (2004 : 70).

⁵⁷ La primauté de l'ordre international est affirmée dans toutes ses conséquences universalistes : « le principe de l'effectivité qui est une norme du droit international positif, détermine aussi bien le principe de validité des ordres juridiques étatiques que leurs domaines de validité territorial, personnel et temporel, et que par suite ces ordres juridiques étatiques doivent être conçus comme des ordres juridiques partiels délégués par le droit international, et par là-même subordonnés ou inférieurs à lui, et comme inclus par lui dans un ordre juridique universel, mondial, de sorte que *le droit international rend seul possible la coexistence dans l'espace et la succession dans le temps de ces ordres juridiques étatiques*. Ces idées se résument dans la formule de la primauté de l'ordre juridique international » Kelsen (2001b : 440 ; c'est nous qui soulignons). Ou encore: « la juxtaposition spatiale d'une pluralité d'États [...] devient juridiquement possible » Kelsen (2001b : 442).

core, ces pyramides peuvent coexister à partir du moment où l'unité du droit comme système est sauve. Ces pyramides ne sont pas dispersées dans le désert juridique mondial mais regroupées en un seul édifice dont la forme varie selon l'angle de vue. La représentation pyramidale devrait alors être conçue en trois dimensions et non plus seulement en deux, ce qui invite à l'édification de nouvelles théories de la hiérarchie des normes.

3 DIMENSIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

Nos dernières observations se limiteront à distinguer - sans doute trop brièvement et de manière caricaturale - deux postures épistémologiques à l'égard de la hiérarchie des normes. L'une conduit à l'apprécier au regard du pouvoir des juristes, que ce soit comme un atout ou une menace. L'autre consiste à proposer une hiérarchie à même de rendre possible, dans le même geste théorique, une connaissance du droit et une critique politique, ce qui est en un sens la démarche kélsénienne.⁵⁸

3.1 Hiérarchie des normes et pouvoir des juristes

En droit international privé comme ailleurs, la hiérarchie des normes se présente à la fois sous les traits d'une théorie et d'une pratique du droit.⁵⁹ Là réside d'ailleurs une large part de son efficacité qui contraint les juristes à prendre position à son égard. L'histoire du droit international privé montre qu'elle a pu donner lieu, selon les époques les circonstances et les sensibilités théoriques, à deux attitudes distinctes.

La première est de faire jouer la pyramide des normes pour déterminer les solutions positives. Cette prise de position peut conduire à privilégier tantôt les sources étatiques, tantôt les sources internationales. Dans les deux cas, le juriste adopte une posture positiviste, au moins au sens premier d'une méthode d'approche du droit.⁶⁰ Par ses commentaires et analyses, il participe à formuler et à reformuler la hiérarchie des normes pour lui faire produire des conséquences concrètes et appliquées. De même qu'une pyramide est muette, la hiérarchie des normes ne parle pas d'elle-même ; le rôle des juristes consiste alors à énoncer des solutions en accord avec la représentation (réelle, supposée ou postulée) pyramidale des normes. Ils contribuent ainsi à la consolider ou du moins à en perpétuer la représentation, ce qui n'est guère différent. Le pouvoir d'influence des juristes s'exerce alors de l'intérieur de la pyramide des normes. Dire le droit

⁵⁸ Herrera (2004 : 95).

⁵⁹ Libchaber (1997 : 794).

⁶⁰ Rappelons ici la très éclairante distinction établie par Bobbio (1998 : spéc. 24 et s.) du positivisme comme méthode d'approche, théorie ou idéologie du droit.

revient à faire parler la grande machinerie de la hiérarchie des normes. L'idéal poursuivi étant de l'incarner à son sommet : le schéma de réussite d'une carrière entre alors en résonance avec la forme pyramidale de hiérarchie des normes. Au sommet de leur art, les meilleurs juristes ne cachent d'ailleurs pas leur goût du pouvoir au plus haut niveau de l'État, des juridictions, ou des organisations internationales.

La deuxième attitude vise à réduire la portée de la hiérarchie des normes, voire à mettre en doute son existence. Son point de départ est bien souvent une critique globale du « positivisme » qui peut porter pèle-mêle sur trois aspects : une méthode d'approche du droit,⁶¹ une théorie du droit assimilée au positivisme étatique ou légaliste,⁶² une idéologie consistant à estimer que le droit en vigueur ne doit pas souffrir de critiques excessives.⁶³ Loin de travailler à l'intérieur de la pyramide des normes pour contribuer à son édification, le juriste prend alors un tout autre chemin. Cette stratégie de rupture avec la hiérarchie des normes n'est pas pour autant un renoncement à l'affirmation de son pouvoir d'influence. Tout au contraire : la perspective de la hiérarchie des normes est perdue comme une limite à l'expression du génie créateur des juristes. Il faut alors, réactiver le « rôle de la doctrine comme 'force créatrice' du droit international privé ». ⁶⁴ Les juristes ne se placent plus à l'intérieur d'une pyramide des normes ; ils se présentent, comme fondateurs du droit à la manière des anciens jurisconsultes. L'œuvre doctrinale consiste à bâtir un « droit international privé jurisprudentiel et scientifique sans intervention d'un législateur national ou international ». ⁶⁵ Dans sa superbe, le juriste, n'hésite pas à s'identifier à une « doctrine » ⁶⁶ parée d'innombrables qualités : créativité, indépendance, objectivité scientifique, esprit critique, humilité. C'est que le pouvoir, d'influence des juristes doit prospérer à l'extérieur de la pyramide étatique des normes, ce qui peut être un commerce florissant pour les meilleurs, comme en témoigne le marché de l'arbitrage international, où les juristes monnaient leurs vertus. ⁶⁷ De manière, plus générale, la hiérarchie des normes est perdue comme une atteinte

61 Voir en particulier Oppetit (1992 : III), *passim*, qui prend d'entrée pour cible la démarche de Batiffol et Lagarde qualifiée de positiviste (Oppetit 1992 : 339 et 372). L'accusation ne manque pas de sel à l'égard de Batiffol dont les positions ont été évoquées, *supra*, note 4.

62 Oppetit (1992 : 339 et 364).

63 Oppetit (1992 : 373-374).

64 Oppetit (1992 : 340). La démonstration prend la forme d'une hypothèse : « la persistance en droit international privé, au rebours de ce qui s'est produit dans l'évolution générale du droit contemporain, qui a pour 'oracles' le législateur et le technocrate, de l'élément doctrinal et scientifique comme facteur prépondérant de son élaboration » Oppetit (1992 : 343).

65 Oppetit (1992 : 365).

66 Oppetit (1992 : 368 et s.). Pour une critique de la notion, Jestaz & Jamin 2004.

67 Dezalay & Bryant 1996.

à la liberté (des juristes) pour préconiser des solutions justes et une menace pour la discipline du droit international privé.⁶⁸

3.2 Hiérarchie des normes et connaissance scientifique

L'un des objectifs de la théorie pure est précisément d'éviter que les juristes usent de leur pouvoir d'influence au nom de la science du droit. Le langage polémique de la préface rédigée en 1934 par Kelsen présente ce combat avec la plus grande lucidité : la lutte a pour enjeu

la renonciation à l'habitude profondément enracinée de défendre au nom de la science du droit, c'est-à-dire en invoquant une autorité objective, des postulats politiques, qui n'ont qu'un caractère essentiellement subjectif, même s'ils une classe... Cette lutte touche en effet aux intérêts les plus vitaux de la société, et par là, en bon rang, aux intérêts professionnels des juristes. Il est bien compréhensible que les juristes ne renoncent pas volontiers à croire et à faire croire que leur science leur donne la réponse au problème de la « bonne » solution des conflits d'intérêts au sein de la société.⁶⁹

Le propos s'applique aux juristes du droit international privé comme à d'autres. Il vise tout aussi bien ceux qui prétendent utiliser la hiérarchie des normes à leur profit que ceux qui cherchent à en réduire la portée pratique. Dans les deux cas, les juristes projettent leurs propres valeurs pour présenter la « bonne solution »⁷⁰ sur un mode objectif et rationnel.

La théorie de la hiérarchie des normes peut-elle avoir une place dans la connaissance du droit ? Kelsen apporte un élément de réponse à partir du choix, - obligatoire dans la conception moniste - entre primauté de l'ordre étatique et primauté du droit international. La première option correspond à une philosophie subjectiviste : elle part du droit étatique comme d'un moi subjectif au regard duquel « le droit international et les autres ordres juridiques étatiques » forment un « droit extérieur » La seconde option correspond à une philosophie objectiviste : le droit international se présente comme une réalité extérieure, un ordre juridique valable à partir duquel il est possible de « concevoir l'existence juridique de multiples États ».⁷¹ Ces deux constructions juridiques, selon Kelsen, n'affectent en rien le contenu du droit interne ou international. Et l'auteur de prendre pour analogie la différence entre le système géocentrique de Ptolémée et celui héliocentrique de Copernic. Également concevables, les deux systèmes astronomiques se distinguent pour prendre deux référents distincts. De même, les « la science du droit ne peut qu'exposer les deux conceptions et établir que lorsqu'on veut définir le rapport entre droit international et droit

68 Voir en ce sens Lequette (1995 : 20), qui ne manque pas par ailleurs de louer son collègue Oppetit pour son cours « d'une rare élévation d'esprit ».

69 Kelsen (1962 : IX).

70 Les deux procédés peuvent parfois se combiner.

71 Kelsen (1962 : 450).

étatique, il faut nécessairement accepter soit l'un, soit l'autre des deux systèmes de références ».72 La théorie du droit se propose donc d'ouvrir des voies juridiquement envisageables : « elle rend la voie libre pour l'une ou l'autre des deux évolutions politiques contraires, - sans postuler ou justifier l'une ou l'autre ».73

La théorie de la hiérarchie des normes doit être comprise sur ce mode : elle suggère des constructions juridiques qu'il faut prendre pour tel.74 Elle échafaude plusieurs pyramides normatives de références. Rien n'interdit de s'en emparer pour penser le droit international privé à partir d'un ordre juridique étatique, international même un édifice comme celui de l'ordre juridique né du commerce international. Elle met ainsi en relief plusieurs conceptions politiques qui sont aujourd'hui à l'œuvre dans la dynamique de mondialisation dominée par le capitalisme. Son mérite essentiel est de faire ressortir les dimensions politiques du droit. Il est certes possible de regretter que la connaissance scientifique se limite à délimiter les contours de l'arène politique. Reste alors à prendre le chemin inverse pour partir des enjeux politiques et remonter à la science du droit. Une nouvelle épistémologie où la science prendrait le droit pour modèle et non l'inverse ?

Bibliographie

Henri BATIFFOL, 2002 : *Aspects philosophiques du droit international privé* (1956). Réédition présentée par Yves Lequette. Paris : Dalloz.

Denys de BÉCHILLON, 1994 : Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (1994) 32.

, 1996 : *Hiérarchies des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*. Paris: Economica.

Norberto BOBBIO, 1998 : *Essais de théorie du droit*. Trad. Michel Guéret. Introduction de Riccardo Guastini. Paris : LGDJ.

Conseil d'Etat, 2000 : *La norme internationale en droit français. Études du Conseil d'État*. Paris : La documentation française.

Yves DEZALAY & Bryant G. GARTH, 1996 : *Dealing in Virtue. International commercial arbitration and the construction of a transnational order*. Chicago : The University of Chicago Press.

Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, 2004 : Qu'est-ce que la technique juridique ? *Recueil Dalloz* 189 (2004) 11, *Chronique*. 711-715.

Phocion FRANCESKAKIS, 1966 : Quelques précisions sur "les lois d'application immédiate" et leur rapports avec les règles des conflits de lois. *Revue critique de droit international privé* (1966).

Léna GANNAGÉ, 2001 : *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*. Paris : LGDJ.

Berthold GOLDMAN, 1964 : Frontières du droit et *lex mercatoria*. *Archives de philosophie du droit* (1964) 9. 177-192.

Pierre GOTHOT, 1971 : Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé. *Revue critique de droit international privé* (1971).

Jean-Louis HALPÉRIN, 1999 : *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*. Paris : PUF.

, 2001 : L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXe siècle. *Droits* 33 (2001). 41-51.

72 Kelsen (1962 : 452).

73 Kelsen (1962 : 452).

74 En ce sens, Encinas de Munagorri (2004 : 711).

Frederic HARRISON, 1880 : Le droit international privé ou le conflit de lois au point de vue historique, particulièrement en Angleterre. *Clunet. Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 7 (1880) IX-X. 419-434.

Carlos Miguel HERRERA, 2004 : *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*. Québec : Les Presses de l'Université Laval.

Philippe JESTAZ & Christophe JAMIN, 2004 : *La doctrine*. Paris : Dalloz (Méthodes du droit).

Hans KELSEN, 1962 : *Théorie pure du droit*. Trad. Charles Eisenmann. Paris : Dalloz.

, 2001a : La transformation du droit international en droit interne (1936). In : Hans Kelsen, *Écrits frangais de droit international*. Ed. Charles Leben. Paris : PUF (Doctrine juridique).

, 2001b : Observations sur le rapport de Georges S. Maridakis : "Le renvoi en droit international privé" (1957). In : Hans Kelsen, *Écrits frangais de droit international*. Ed. Charles Leben. Paris : PUF (Doctrine juridique).

Catherine KESSEDJIAN, 2004 : Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*. Leiden/Boston : Martinus Nijhoff.

Charles LEBEN, 2001 : La notion de *civitas maxima* chez Kelsen. *Actualité de Kelsen en France*. Ed. Carlos Miguel Herrera. Paris : LGDJ (La pensée juridique).

Xavier LEWIS & Michael WILDERSPIN, 2002 : Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des États membres. *Revue critique de droit international privé* (2002).

Yves LEQUETTE, 1995 : Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*. La Haye : Martinus Nijhoff Publishers. 9-234.

, 2001: Préface. In: Léna Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*. Paris : LGDJ 2001.

, 2002: Introduction. In : Henri Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé* (1956). Paris : Dalloz 2002.

Rémy LIBCHABER, 1996 : L'exception d'ordre public en droit international privé. *Lordre public à la fin du XX siècle*. Ed. Thierry Revet. Paris : Dalloz.

, 1997: Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de lois. *Revue trimestrielle de droit civil* (1997).

Éric LOQUIN, 2000 : Où en est la lex ? *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*. Paris : Litec (Université de Bourgogne - CNRS. Travaux du CREDIMI).

, 2001 : Les sources du droit mondialisé. *Droit et Patrimoine* (2001) 96.

Éric LOQUIN & Laurence RAVILLON, 2000 : La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé. *La mondialisation du droit*. Eds. Éric Loquin & Catherine Kessedjian. Paris : Litec (Travaux du CREDIMI).

Pierre MAYER, 1985 : Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois. *Droits* 2 (1985).

Eduard Maurits MEIJERS, 1967 : *Etudes d'histoire du droit international privé*. Trad. Pierre Clément Timbal & Josette Metman. Paris : CNRS Éditions.

Horatia MUIR-WATT, 1997 : Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?). *Archives de philosophie du droit* 41 (1997).

Bruno OPPETIT, 1992 : Le droit international privé, droit savant. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*. Leyde : Martinus Nijhoff Publishers.

Francois OST, Michel VAN DE KERCHOVE, 2002 : *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

Alain PELLET, 2000 : La *lex mercatoria*, 'tiers ordre juridique' ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public. *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*. Paris : Litec (Université de Bourgogne - CNRS. Travaux du CREDIMI).

Otto PFERSMANN, 2003 : Hiérarchie des normes. *Dictionnaire de la culture juridique*. Eds. Denis Alland & Stéphane Rials. Paris : PUF/Lamy (Quadrige).

Santi ROMANO, 2002 : *l'ordre juridique* (1945). Trad. L. Francois & P. Gothot. Paris : Dalloz.

Marthe SIMON-DEPITRE, 1974 : Les règles matérielles dans le conflit de lois. *Revue critique de droit international privé* (1974).

Michel VIRALLY, 1964 : Sur un pont aux anes : les rapports entre droit international et droits internes. *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*. Paris : Pedone. 488-505.

, 1982: Un tiers droit ? Réflexions théoriques. *Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman*. Paris : Litec.

*

Jurisprudence allemande. Tribunal fédéral constitutionnel (<http://www.bverfg.de/>) :
4 mai 1971. Trib. const. fédéral d'Allemagne, 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé* (1974). Note C. Labrusse.

Jurisprudence italienne. Cour constitutionnelle (<http://www.cortecostituzionale.it/>) :
26 février 1987. Cour constitutionnelle d'Italie, 26 février 1987. *Revue critique de droit international privé* (1987). Note B. Ancel.

Jurisprudence française. Cour de Cassation (<http://www.courdecassation.fr/>):
Cass. Civ. 1, 27 octobre 1964, D. 1965.
— Cass. Ass. Plén. 14 octobre 1977, V ; n° 6, D. 1978. Note P. Lagarde.
— Cass. Civ. 1, 6 juillet 1988, *Baaziz*, R. 1989. Note

Lequette.
Cass. Civ, 4 décembre 1990, *Coveco*. *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3^{ème} éd. (1990). 71-73.
— Cass. Civ., 10 mai 1995, D.1996. Note Engel et Sinopli.
Cass. Civ. 1, 17 février 2004, B.I, n° 47, D.2005. Obs. H. Chanteloup.

Législation française (<http://www.legifrance.gouv.fr/>):
Code civil. Art. 3 et 310.

Organisation des Nations Unies (<http://www.un.org/>) :
The Hague Conference on Private International Law. URL : http://www.hcch.net/index_en.php.
United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienne, 11 avril 1980).

Guillaume Tusseau*

Sur le métalangage du comparatiste

De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste

L'une des grilles de lecture dominantes des diverses formes de contrôle de constitutionnalité qu'étudient les comparatistes repose sur l'opposition entre un modèle européen et un modèle américain de justice constitutionnelle. Intenable sur les plans théorique, empirique et politique, cette proposition doit être remplacée par un nouveau mode d'analyse. Fondé sur le conventionnalisme qui, dans la théorie générale des sciences, préside à l'élaboration des concepts scientifiques, un choix doit être opéré, qui conduise à se doter d'un métalangage comparatiste tendanciellement neutre et compréhensif. Toutefois, si elle ne précise pas sa vision de la relation entre les concepts, d'une part, et la « réalité » qu'ils sont censés appréhender, d'autre part, cette ambition se heurte à une objection gnoséologique. Par ailleurs, sauf à être précisée, la prétention à l'universalité du métalangage fait face à une objection d'ethnocentrisme. En affrontant ces deux difficultés, la démarche s'associe de manière de plus en plus nette à une perspective de type pragmatiste, insistant sur la relativité et la pertinence contextuelle des choix conceptuels opérés, dans le cadre d'une enquête continue et révisable.

Mots-clés: concepts juridiques, droit comparé (méthodologie), justice constitutionnelle, pragmatisme américain, théorie générale du droit

1 INTRODUCTION

1. Face au développement croissant du pouvoir des juges dans le cadre de l'Etat constitutionnel contemporain,¹ il n'est pas interdit de partager l'avis de Sujit Choudhry, selon lequel « la pratique du droit constitutionnel comparé a dépassé le cadre conceptuel que les acteurs et commentateurs juridiques utilisent pour lui donner sens. La nécessité d'une reconceptualisation de la discipline est pressante. »² Dans un travail précédent,³ j'ai tenté de démontrer à quel point l'outil méthodologique dominant dans la culture juridique française afin d'étudier les formes de justice constitutionnelle - l'opposition entre un « modèle européen » et un « modèle américain » de justice constitutionnelle - devait être rejeté.

* guillaume.tusseau@sciences-po.org | Professeur des Universités à l'Ecole de droit de Sciences Po, Membre junior de l'Institut universitaire de France.

1 V. p. ex. Tate & Vallinder 1995 ; Hirschl (2006 : 721-754) ; Sieder, Schjolden & Angell 2005 ; Shapiro, Stone Sweet 2002 ; Jacob, Blankenburg, Kritzer, Provine & Sanders 1996.

2 Choudhry (2006 : ix).

3 Tusseau 2009.

J'y voyais en effet trois inconvénients majeurs du point de vue de l'analyse juridique, que j'ai, dans des travaux subséquents, considérés comme autant de « sophismes ».⁴ Dans les termes employés par Jeremy Bentham, que son incessante « guerre des mots »⁵ permet de présenter comme un auteur essentiel pour l'identification et la critique des « fallacies »,

On désigne ordinairement du nom de 'sophisme' tout argument avancé ou tout sujet de discussion suggéré afin de, ou avec la probabilité de produire l'effet de tromper ou de causer quelque opinion erronée susceptible d'être admise par toute personne dont l'esprit a pu se trouver mis en présence de cet argument.⁶

Je fais en effet crédit à la doctrine juridique qui recourt à l'opposition de deux modèles de justice constitutionnelle afin d'analyser ce qui est devenu, pour le meilleur ou pour le pire, l'institution centrale du constitutionnalisme libéral-démocratique, de savoir ce qu'elle fait et de le faire volontairement, et non par incompetence ou par inadvertance. Dès lors, ce que j'ai appelé la « thèse des modèles » n'apparaît et ne se maintient ni de manière spontanée, ni de manière fortuite dans le discours juridique d'une communauté donnée.

A partir de cette définition, il est possible d'identifier trois dimensions du sophisme des modèles de justice constitutionnelle. En premier lieu, en dépit de ses prétentions scientifiques, l'opposition entre modèle européen et modèle américain ne permet pas de rendre compte de manière satisfaisante son propre objet. Elle ne donne de la justice constitutionnelle, telle quelle est pratiquée dans le droit positif de différents Etats, ni une présentation ni une explication convaincante, de sorte qu'elle s'avère trompeuse sur le plan empirique. En deuxième lieu, à ces difficultés s'en ajoutent d'autres, d'ordre méthodologique ou logique, qui ont trait à la manière dont est construite l'opposition entre les modèles. Il en résulte un sophisme théorique. En troisième lieu, dès lors que l'on s'interroge sur les raisons qui peuvent expliquer la persistance d'une construction doctrinale aussi décevante, il est possible d'envisager que cet état de fait tienne à des considérations non pas scientifiques, mais essentiellement idéologiques. Il s'ensuit un sophisme politique, consistant pour l'essentiel à tirer diverses formes de légitimation du Conseil constitutionnel français à partir de prémisses présentées comme essentiellement théoriques et ayant une vocation universelle.

2. Une fois cette critique formulée, le comparatiste est mis en demeure de proposer une alternative méthodologique à la construction qu'il vient de critiquer, c'est-à-dire d'associer une *pars construens* à la *pars destruens* de son entreprise. C'est pourquoi, si ce n'est pas le lieu de se livrer à la refondation méthodologique d'ensemble de la discipline comparatiste, ni même de retracer l'intense débat doctrinal qui existe aujourd'hui au sujet de la méthodologie

4 Tusseau (à paraître).

5 Tusseau 2011.

6 Bentham (1996 : 183).

comparative,⁷ il reste néanmoins indispensable de clarifier quelques unes des prises de position épistémologiques qui doivent, à mon avis, guider l'analyse comparative de la justice constitutionnelle. A la suite d'autres auteurs, j'esquissai une voie consistant à associer étroitement théorie générale du droit et droit comparé. Rapidement toutefois, la manière dont je concevais alors cette entreprise en 2009 m'est apparue, de même qu'à certains des lecteurs de ce travail,⁸ insuffisante, incomplète et à plusieurs égards naïve. Je souhaiterais donc, dans le cadre de ce qui est toujours une recherche en cours, retracer et soumettre à la discussion, peut-être de manière quelque peu immodeste, le parcours personnel qui m'a mené du « point de vue de Dieu », c'est-à-dire d'une conception totalement surplombante du métalangage que le comparatiste pouvait offrir sur son objet juridique, à un point de vue qui me semble aujourd'hui plus raisonnable et plus réaliste, qui m'amène à adopter une méthodologie inspirée de celle présentée par le pragmatisme américain.⁹ Les germes d'une telle évolution étaient, à certains égards, déjà perceptibles. Celle-ci est désormais plus consciente et plus assumée d'un point de vue métaméthodologique.

Afin de s'orienter dans le foisonnement institutionnel de la justice constitutionnelle que met en évidence l'examen de différents droits positifs, il est nécessaire de se doter de concepts pertinents, i.e. d'élaborer des grilles de lecture permettant de composer, à partir d'éléments de ce désordre, des unités significatives et relativement maniables dans une entreprise comparatiste qui prétend à la scientificité. Dans cette perspective, j'entends retenir le principe d'une forme de conventionnalisme méthodologique, qui est aujourd'hui bien enraciné dans la théorie générale des sciences (2), afin d'esquisser la stratégie scientifique conduisant asymptotiquement à l'élaboration d'un métalangage comparatiste neutre et compréhensif (3). Toutefois, je ne peux ignorer, comme je le faisais auparavant, un certain nombre d'objections, qui me conduisent à une réorientation pragmatiste de la recherche (4).

2 LE CONVENTIONNALISME DANS LA THÉORIE GÉNÉRALE DES SCIENCES

3. Dans le domaine des sciences dites « dures », l'épistémologie contemporaine est dominée par une forme plus ou moins modérée de « conventionnalisme ».¹⁰ Celui-ci conteste l'idée, attribuée de manière paradigmatique à

7 V. p. ex. Legrand & Munday 2003 ; Reimann & Zimmermann 2006 ; Öricü & Nelken 2007.

8 Bagni (2011 : 357-360) ; Pointel (2012 : 143-152).

9 Pour des présentations d'ensemble, v. Gauchotte 1992 ; Cometti 2010.

10 Sur les différents courants épistémologiques, v. Popper (1985 : 150-182) ; Popper (1998 : 295-315) ; Barberousse, Kistler & Ludwig 2000 ; Laugier & Wagner 2004a. ; Laugier & Wagner

Claude Bernard,¹¹ selon laquelle les théories scientifiques partent de Observation, identifient fidèlement et objectivement les entités et les processus qui existent réellement, présentent au terme d'un examen suffisamment approfondi la réalité en soi, en tirent des lois par induction et fournissent ainsi des indications sur la nature véritable du monde. Au contraire, le conventionnalisme conçoit les théories scientifiques comme de simples instruments. Elles résultent de décisions, visant à organiser de manière intelligible des phénomènes *a priori* dépourvus de tout ordre intrinsèque.

De ce point de vue, l'observation ne se limite pas à prendre passivement acte de l'existant. Ainsi que le note Gérard Fourez,

Il n'y a pas une *information* dans le monde que je recevrais comme telle /.../. Observer implique une certaine *organisation active de la vision*. /.../ Je ne verrai les choses que dans la mesure où elles correspondent à un certain intérêt. /.../ Quand j'observe 'quelque chose, il me faut toujours 'le' décrire. Pour cela, j'utilise une série de notions que je possédais auparavant ; celles-ci se réfèrent toujours à une représentation théorique, générale implicite. Sans ces notions qui me permettent d'organiser mon observation, je ne sais que dire. / . / Donc, pour observer, il faut ramener ce qu'on voit à des notions possédées auparavant. Une observation, c'est une interprétation : c'est intégrer une certaine vision dans la représentation théorique que l'on se fait de la réalité.¹²

La radicalisation des thèses conventionnalistes conduit à affirmer qu'il n'existe pas d'observation neutre, universelle et anhistorique. De plus, les concepts employés pour appréhender les phénomènes ne résultent pas de la nature des choses, i.e. de l'objet analysé, mais du sujet observateur, qui les surimpose à une masse jusque là plus ou moins informe de perceptions de natures diverses (olfactives, tactiles, visuelles, sonores, etc.). Marqués de ce fait d'une forte dépendance vis-à-vis d'un projet intéressé, lui-même solidaire de déterminants contextuels, ils s'insèrent inmanquablement dans une histoire, une culture, une langue, une structure économique, etc.¹³ Ainsi que le relève John Dewey, bien plus que des « données » (*data, givens*), les objets que la science tire, découpe, isole, sélectionne, abstrait, reconstruit, etc. à partir du flux matériel informe, sont des « prises » (*takens*).¹⁴

4. C'est pourquoi il existe toujours un nombre infini de théories pour rendre compte d'un nombre fini de perceptions empiriques. En fonction des concepts adoptés, des théories différentes peuvent rendre compte, de diverses manières, des mêmes données sensibles. Selon W.V.O. Quine,

2004b. Pour un exposé clair et convaincant, v. spéc. Fourez 2002. Dans le domaine juridique, v. p. ex. Villa (1994 : 281-291) ; Samuel (2004 : 35-77).

11 Bernard 1865.

12 Fourez (2002 : 32-33).

13 Fourez (2002 : spéc. 29-92, 143-149, 269-286) ; Stengers & Schlanger 1991.

14 Dewey (1929 : 170-194, spéc. 178).

si vous prenez, dans leur totalité, la portion éparpillée de l'univers spatio-temporel qui est constituée de lapins, puis celle qui est constituée de parties de lapins non détachées, puis celle qui est constituée de segments temporels de lapin, vous trouverez les trois fois la même portion éparpillée de l'univers. La seule différence réside dans la manière dont vous avez découpé en tranches cette portion de l'univers¹⁵

Il est donc possible d'appréhender d'au moins trois manières différentes ce même ensemble de phénomènes. Trois descriptions distinctes, aussi complètes et aussi vraies (ou fausses) les unes que les autres, peuvent en être données, selon que pour le découper, la science s'est dotée du concept de lapin, du concept de partie de lapin ou bien du concept de segment temporel de lapin.¹⁶

Une telle approche ne signifie pas pour autant l'acceptation d'un relativisme absolu. En effet, toutes les ontologies ne se valent pas. Le choix est notamment guidé par la recherche d'un « pouvoir explicatif réel »¹⁷ par lequel « nous réduisons la complexité du flot de nos expériences à une simplicité conceptuelle maniable ».¹⁸ Il dépend donc de son utilité en vue de la réalisation d'une certaine tâche. Pour les sciences empiriques traditionnelles, il s'agit notamment d'élaborer un découpage du monde qui autorise la prédiction des événements futurs. Ainsi, Quine va-t-il jusqu'à suggérer que les objets physiques eux-mêmes ne sont rien de plus que des intermédiaires commodes dans le cadre d'une science désireuse de prédire l'expérience future en fonction de l'expérience passée.¹⁹ Ils sont culturellement postulés, tout comme le sont par exemple les nombres irrationnels,²⁰ et tout comme pourraient l'être d'autres entités, si elles s'avéraient utiles.²¹ Dans une perspective pragmatiste, l'essentiel des opérations intellectuelles consiste ainsi à élaborer un ordre conceptuel qui, par ses découpages discrets, discipline en fonction de certains buts, un flux perceptuel continu.²²

5. Une telle conception de la science présente certains attraits pour la recherche comparatiste en droit, et notamment pour l'analyse des formes de justice constitutionnelle. Elle conduit à aborder la démarche comparatiste comme comprenant une étape de choix de conventions par lesquelles l'objet va être délimité et appréhendé. A ce titre, dans la mesure où le droit positif se présente

15 Quine (1977 : 44).

16 Quine (1993 : 60) ; Quine (1980 : 87-113) ; Duhem (1914 : p. ex. 255).

17 Quine (1964 : 10).

18 Quine (1964 : 17). V. également (1964 : 15-16) : « Comment allons-nous trancher entre des ontologies rivales ? / .../ Notre acceptation d'une ontologie est, je pense, semblable en principe à notre acceptation d'une théorie scientifique, par exemple un système de physique : nous adoptons, du moins dans la mesure où nous sommes raisonnables, le schéma conceptuel le plus simple dans lequel les fragments désordonnés de l'expérience immédiate peuvent être mis en ordre. »

19 Quine 1980.

20 Quine (1964 : 18).

21 Quine (1980 :110).

22 James (2006 : 51-72).

essentiellement sous une forme linguistique, il s'agit de déterminer le cadre conceptuel qui régit le métalangage que le comparatiste développe à propos d'un langage-objet fait d'un flux indifférencié.

3 VERS UN MÉTALANGAGE COMPARATISTE NEUTRE ET COMPRÉHENSIF

6. De la perspective générale que je me propose d'adopter (3.1) s'ensuivent plusieurs principes méthodologiques fondamentaux (3.2).

3.1 La perspective adoptée

7. Le droit comparé se propose d'offrir une vision d'ensemble d'un phénomène, tel qu'il se présente en différents lieux. Des outils méthodologiques pertinents sont nécessaires à cette fin. Dans cette entreprise de construction, il est possible de s'inspirer d'une voie empruntée par Charles Eisenmann, qui a notamment contribué à faire connaître le système autrichien de justice constitutionnelle,²³ à propos de la décentralisation des ordres juridiques.²⁴ Selon lui,

[La théorie générale du droit] tend à embrasser du regard tous les systèmes - d'abord tous les systèmes réalisés, mais même (car elle peut dépasser l'expérience passée ou présente par l'imagination) les systèmes possibles ; mais à chacun d'eux, elle ne demande, et elle n'en retient, que des données et idées de portée générale propres à les faire comprendre tous ; sa préoccupation va seulement à leurs problèmes communs et à la constitution d'un système complet de types de règlements ou d'institutions. On pourrait dire que la 'théorie générale' s'élève au-dessus de *chaque* droit positif, non point parce qu'elle prétendrait s'élever au-dessus *du* droit positif, mais au contraire parce qu'elle vise à saisir et comprendre *tout le* droit positif, et même *tout* droit positif. Mais, une fois construites dans cet esprit et selon cette méthode 'universaliste', les théories générales prennent figure d'introductions à l'étude des droits positifs, précisément parce qu'elles présentent sur un sujet une vue d'ensemble des problèmes qui se posent à tout législateur et des solutions entre lesquelles il peut choisir, - en un mot parce qu'elles dessinent les cadres où se situe et qui serviront à analyser n'importe quel droit positif. /.../ Poser les problèmes fondamentaux relatifs à la centralisation et à la décentralisation, tels qu'ils se présentent pour un système de droit public, pour une société politique quelconques ; analyser le jeu de solutions qu'ils peuvent y recevoir et entre lesquelles les droits positifs se partageront ; exposer les résultats juridiques de leur application, tels sont les objectifs - et les seuls - vers lesquels ce travail voudrait aider à progresser.²⁵

23 Eisenmann 1928

24 Eisenmann 1948. Pour une tentative de mise en reuvre, v. également Tusseau (2007 : 636-642).

25 Eisenmann (1948 : 5-6).

Cette orientation méthodologique fondamentale, dont Eisenmann offre une formulation particulièrement nette en affirmant par exemple encore que « Le but théorique, scientifique, d'une étude de droit comparé doit être de permettre de classer les institutions des différents pays dans les catégories qui leur conviennent à tous »,²⁶ se retrouve chez d'autres auteurs tels que Jeremy Bentham,²⁷ Frantisek Weyr²⁸ ou Otto Pfersmann.²⁹ Elle consiste à présenter

26 Eisenmann (1962 : 875).

27 Bentham (1838-1843 : 356) : « For bestowing upon the imports respectively attached to these several mysterious parts of speech, the above-mentioned desirable properties of clearness, correctness, and completeness, the following are the logical operations which have presented themselves as requisite to be performed in relation to them:—

« 1. Denomination; *i. e.* giving to them respectively, and to each separately, or to each aggregate composed of several together, an appropriate name or denomination.

« 2. Systematization; *i. e.* placing the several denominations, when so constructed, as above, in systematic order,—*i. e.* by a division made of the respective universal trunks, being the names of the several genera generalissima, preposition, adverb, conjunction, performed, in each instance, as far as it can be pursued with advantage, in the exhaustive or bifurcate mode, whereby their several relations of agreement and disagreement to and with each other will be brought under the eye at one view.

« 3. Exemplification,—*i. e.* exhibiting a proposition or sentence of the sort of those in common use, in the texture of which several words belonging respectively to the above-mentioned genera generalissima, shall respectively be employed.

« 4. Paraphrasis,—*i. e.* for the explanation or exposition of each such proposition, or sentence exhibiting another which shall present exactly the same import, but without containing in it a word belonging to the part of speech thus undertaken to be expounded. As in every instance in the paraphrasis, or paraphrastical proposition, or sentence thus brought to view, a more or less considerable number of words will be contained, while the word thus requiring to be expounded is but one (except in a few instances in which two are so put together as to form, as it were, but one) on this consideration the paraphrasis may be termed the development. »

28 Weyr (1938 : 311-314, spéc. 312) : « la doctrine juridique [...] doit préparer un système homogène et complet de notions générales - système qui, à notre avis, est l'instrument indispensable de la connaissance systématique du contenu concret des droits. Ces notions sont 'générales' parce que, comme il a été dit, elles sont 'valables' pour toute connaissance concrète du contenu des droits. [...] C'est pour cela qu'on peut appeler ces notions, concernant la nature propre du droit, des 'notions formelles' et, dès lors distinguer entre le contenu (concret, individuel) et la forme (abstraite, générale) du droit. » ; Weyr (1938 : 313) : « [l'auteur] doit : 1° donner de ces concepts des définitions valables partout et 2° construire un système homogène des notions ainsi acquises. », p. 314 : « La méthode comparative traditionnelle ne réussit pas, et d'ailleurs ne peut pas réussir à construire un pareil système [homogène de notions valables partout]. Elle doit, dans ce domaine, céder la place à l'activité constructive de la théorie générale du droit, qui n'a de contact avec le contenu concret et les institutions-types des divers droits qu'en ce sens que les notions générales élaborées par elle n'ont d'autre fonction, ni d'autre but que de servir d'instruments de la connaissance systématique du contenu concret desdits systèmes juridiques. »

29 Pfersmann (2001 : 275-288, spéc. 285-287) : « Si l'on veut s'orienter dans l'ensemble des systèmes juridiques, il faut par conséquent des concepts suffisamment fins et suffisamment généraux en vue d'appréhender une multitude de structures possibles. Le droit comparé ne fait qu'imputer les concepts théoriques de structures possibles à des ordres juridiques actuels en ajoutant 'en droit français', 'en droit communautaire' etc. / / On pourra dès lors appeler 'droit comparé' la discipline qui permet de décrire les structures de n'importe quel système juri-

tout d'abord une grille conceptuelle abstraite et générale, couvrant de manière exhaustive toutes les possibilités théoriques susceptibles de se présenter dans le droit positif. Ce modèle d'intelligibilité du droit, construit indépendamment de tout ordre juridique positif particulier, est ainsi complet, ordonné et systématique. Il fait état des possibles théoriques parmi lesquels le droit positif opère des choix.³⁰ Ensuite, l'étude minutieuse des institutions relevant de chaque Etat conduit à la production d'une casuistique à partir des dispositifs existants, i.e. à identifier - au moyen des concepts préalablement construits -, puis à classer les multiples éléments qui sont constitutifs de l'organisation de sa justice constitutionnelle au sein des différentes classes élaborées.

8. Dans la construction de ces catégories conceptuelles, il semble recommandable de respecter les indications méthodologiques suivantes.³¹

3.2 Quatre recommandations méthodologiques fondamentales

3.2.1 *Rigueur de la classification*

9. En premier lieu, l'élaboration des classifications abstraites destinées à offrir une présentation systématique de l'objet étudié doit répondre à deux séries d'exigences.³² Face à un même ensemble d'objets, il est possible de bâtir une infinité de classifications. Soit l'ensemble des constitutions formelles. On peut les classer selon qu'elles comportent un nombre pair ou impair d'articles, instaurent un gouvernement républicain ou une monarchie, mettent en place un Etat fédéral ou non, etc. Ces considérations constituent le critère de la classification. Mais toutes les classifications ne se valent pas.

Sur le plan logique, tout d'abord, une bonne classification présente deux propriétés. Les catégories qu'elle construit doivent premièrement être mutuellement exclusives. Au moyen d'un critère, il doit être possible de procéder au classement de l'ensemble des objets de sorte qu'aucun élément ne rentre simultanément dans plusieurs catégories. Ainsi, se proposer de classer les constitutions formelles en opposant celles qui instaurent un Etat fédéral, d'un côté, et

dique à l'aide de concepts généraux présentant la finesse nécessaire et suffisante. Elle permet ainsi d'interpréter les énoncés de la science du droit qui n'a besoin que des concepts appropriés à *chacun* des systèmes qu'elle décrit et pour lequel elle développe l'ensemble des solutions possibles des cas qui s'y présentent. / . / En tant qu'il décrit des structures juridiques à l'aide de concepts généraux, le comparatiste élimine les connotations extrajuridiques des énoncés non interprétés et il les identifie dans un espace continu de variantes. Si l'usage des noms de concepts par les doctrines juridiques nationales tend à naturaliser et à rationaliser les données des systèmes respectifs de référence, le droit comparé situe n'importe quelle donnée de n'importe quel droit positif national dans l'ensemble des structures possibles. »

30 V. en ce sens Tur (1977 : 246, 249).

31 V. également Tusseau (2006 : 31-35).

32 Tusseau (2009 : 41-42).

celles qui établissent une monarchie, de l'autre, n'est pas opératoire vis-à-vis du Canada. Cet Etat rentre aussi bien dans la première que dans la seconde catégorie. Deuxièmement, les classes élaborées doivent être conjointement exhaustives. Aucun objet à classer ne doit rester hors des catégories construites. Ainsi la classification précédente n'est-elle pas logiquement correcte à l'égard de la Constitution actuelle de la France, qui ne rentre ni dans la catégorie des constitutions fédérales, ni dans la catégorie des constitutions monarchiques.

Un critère de classification des constitutions formelles tel que le fait de comporter un nombre pair ou impair d'articles répond à ces exigences logiques : il permet de classer chacune dans une catégorie et une seule ; il permet de classer toutes les constitutions formelles. Mais il est possible de douter de l'intérêt intellectuel d'un tel critère pour les juristes. Au contraire, le fait qu'une constitution instaure un gouvernement républicain ou une monarchie, ou qu'elle mette en place un Etat fédéral ou non, semble *a priori* plus intéressant. Il s'agit du dernier type de propriété d'une bonne classification : la pertinence. Mais alors que les deux premières propriétés sont objectives, cette dernière est subjective et dépend des buts de la recherche comparative. L'élaboration d'une classification relève donc d'une démarche de type utilitariste, visant à élaborer des concepts fonctionnels en vue de la réalisation d'objectifs intellectuels.

3.2.2 Décisionnisme conceptuel

10. En deuxième lieu, ainsi que le souligne Olivier Jouanjan, « les catégories au moyen desquelles nous cherchons à cerner et produire notre image ou représentation du Conseil constitutionnel, telles celles de 'justice' ou de 'cour constitutionnelle', ne visent aucune *essence* mais doivent être construites comme des 'idéal-types' au sens de Max Weber ».³³ Il s'agit en effet de purs instruments intellectuels, de constructions, et non d'Idées platoniciennes ou de noumènes dont le droit positif fournirait des instantiations ou des phénomènes. Postuler de telles essences, présentes dans une autre sphère de réalité, est malaisé du point de vue d'une méthodologie empiriste. La présence de ces essences est de plus indémontrable, et s'avère donc difficilement acceptable du point de vue scientifique. Il est de ce fait hors de question de considérer que tel Etat « applique » ou « adopte » tel ou tel modèle ou telle ou telle notion. Au contraire, la thèse proposée conduit plutôt à affirmer que, configuré d'une certaine manière, tel droit positif *se prête - entre autres et en fonction des objectifs du locuteur -* à une analyse formulée dans les termes de ces notions.

Le choix des éléments retenus *hic et nunc* dans la construction de ce métalangage s'avère strictement utilitariste et instrumental. Chaque système de

33 Jouanjan (2006 : 75). V. également en ce sens Pasquino (2002 : 359-369) ; Pegoraro (2004 : 131-158).

justice constitutionnelle possédant de nombreuses propriétés, le seul moyen de caractériser celui qui existe dans un Etat donné consiste à définir *a priori* certains traits pertinents. De multiples critères peuvent être choisis, tels le nombre de lettres dont est composé le nom officiel de l'organe chargé du contentieux constitutionnel, le fait que le bâtiment dans lequel siègent les juges constitutionnels soit construit avec tel ou tel matériau, le fait de savoir si les juges fument ou non, la couleur du recueil des décisions, etc.

Ces éléments peuvent ne pas apparaître directement pertinents pour une recherche juridique. On leur préférera plus spontanément d'autres critères, tels, à titre purement illustratif et non exhaustif, le moment auquel s'exerce le contrôle (*a priori* ou *a posteriori*), le fait qu'il vise la loi en tant que telle ou bien son application à un cas concret, l'étendue de l'autorité de la décision, le caractère facultatif ou obligatoire de la saisine, la diversité des compétences du juge constitutionnel, le statut des juges constitutionnels, les types de normes contrôlées, les normes de référence, les décisions qu'il est possible de rendre, les acteurs qui peuvent solliciter le juge constitutionnel, l'existence ou non d'un délai de recours, l'existence ou non d'un délai pour statuer, etc.³⁴

Ces multiples considérations permettent d'établir des classifications à partir des exemplaires concrets de justice constitutionnelle. Un système est pleinement caractérisé au regard de ces critères lorsqu'on aura déterminé, pour chacun d'eux, s'il les satisfait ou non.

11. Selon le type de recherche conduite, l'objet précis et le propos de l'auteur, la pratique dans laquelle il se trouve engagé - par exemple analyser la célérité des dispositifs de justice constitutionnelle, évaluer leur efficacité, situer la justice constitutionnelle dans l'histoire du constitutionnalisme, comprendre la manière dont elle répond aux demandes de la société, l'appréhender comme un phénomène de pouvoir, etc. -, la prise en compte de chacune de ces considérations devra être justifiée. Dès lors, le fait de savoir si les juges fument ou non, qui pouvait *a priori* sembler farfelu, peut parfaitement s'avérer, au contraire, décisif dans l'explication, selon une perspective attitudinale,³⁵ d'une décision des juges constitutionnels relative à la constitutionnalité d'une interdiction de fumer dans les lieux publics. Il pourra également sembler nécessaire d'inclure parmi les critères pertinents des éléments tenant à l'environnement institutionnel - Etat unitaire ou composé,³⁶ Etat membre d'une organisation internationale à fort degré d'intégration ou non,³⁷ etc. -, à la configuration des forces politiques en

34 V. dans le même sens, en faveur de la multiplication et de la diversification des éléments à prendre en compte, Fernandez Rodriguez 2002 ; Nogueira Alcala (2003 : 43-66) ; Fernandez Segado (2004 : 1077-1116) ; Celotto (2004) ; Pegoraro (2004 ; 2007 : 203-206 ; 2011 : 238-287).

35 V. spéc. Segal & Spaeth 2002.

36 Sur l'importance de ces considérations, v. p. ex. Beaud (2005 : 49-72).

37 V. p. ex. sur ce thème Szymczak 2006 ; De Aranjó 2009.

présence - existence d'un parti largement majoritaire ou d'un multipartisme indépendant³⁸ - ou, plus généralement, à la culture juridique³⁹ dans laquelle le système de contrôle de constitutionnalité prend place. En la matière, l'intérêt du locuteur et son propos s'avèrent les seules considérations déterminantes.

12. Les avantages d'une telle démarche d'un point de vue scientifique tiennent notamment à ce qu'en restant ancré dans une perspective initiale théorique et analytique, elle évite de présenter comme nécessaires certaines associations conjoncturelles de caractéristiques d'un système constitutionnel. Solidaire d'un assainissement ontologique, elle permet ainsi de se garder de confusions parfois importantes entre les notions, tout en valorisant, sans la trahir ni la déformer, la variété du droit positif, et sans pour autant céder sur la volonté de mettre de l'ordre dans le foisonnement des systèmes existants. Elle souligne enfin à quel point la justice constitutionnelle résulte d'un travail contingent d'élaboration institutionnelle, et donc s'avère solidaire de décisions et donc de pouvoirs. Afin de comprendre ceux-ci elle ouvre, sans pouvoir en tant que telle se réclamer des « cultural studies », sur l'étude des cultures, environnements et mentalités qui conditionnent l'apparition et le fonctionnement de ces institutions.

Cette méthode a toutefois un coût certain, notamment vis-à-vis du choix inverse consistant à offrir des présentations monographiques successives complètes de la justice constitutionnelle telle qu'elle est organisée et fonctionne dans chaque Etat. En effet, afin d'avoir une vision d'ensemble d'un système de contrôle de constitutionnalité dans un pays donné, il est nécessaire de parcourir l'ensemble des rubriques choisies et de recomposer le visage complet du droit positif en cause. Mais telle peut sembler la seule manière de procéder à une « comparaison » proprement dite.

3.2.3 *Descriptivisme initial*

13. En troisième lieu, ces catégories doivent, à titre initial, viser une utilisation strictement descriptive et scientifique. Elles n'ont pas vocation à servir en tant que telles de prémisses à des raisonnements d'où pourraient être tirées des conséquences normatives. Les concepts élaborés par la théorie du droit visent donc uniquement à permettre une étude systématique de certains dispositifs qui existent dans divers droits positifs. Il s'agit de mettre de l'ordre dans une étude, et non d'en inférer ensuite un « modèle » de justice constitutionnelle, auquel il serait recommandable, sur un plan politique, que les exemples concrets se conforment.

³⁸ V. p. ex. Ginsburg 2003.

³⁹ V. p. ex. pour un aperçu suggestif Nelken 1997; McHugh 2002 ; Kahn 1999 ; Sarat & Simon 2003.

Il n'est toutefois pas exclu, ensuite, que ces instruments puissent être employés dans le cadre d'une technique ou au sein de discours *stricto sensu* normatifs, visant, par exemple, à proposer ou justifier une réforme du système de contrôle de constitutionnalité.⁴⁰ Ainsi que le note Rodolfo Sacco,

Comme les autres sciences, le droit comparé demeure une science tant qu'il acquiert des connaissances et indépendamment du point de savoir si les connaissances sont ou non utilisées à d'autres fins /.../. Le droit comparé est comme d'autres sciences en ce que son objectif doit être l'acquisition de connaissances. Comme les autres branches de la science juridique, il poursuit la connaissance du droit.⁴¹

3.2.4 Universalisme

14. En quatrième lieu, afin d'être largement applicables dans le temps et dans l'espace, et d'autoriser ainsi une étude qui soit susceptible de comprendre les évolutions institutionnelles et de servir une démarche comparatiste, les concepts en question devraient idéalement être construits indépendamment de toute référence au droit positif d'un Etat déterminé.

La démarche consistant à tirer des concepts généraux d'un droit particulier, comme le propose par exemple Raymond Carré de Malberg,⁴² court le risque de prendre pour l'expression de concepts théoriques ou de vérités éternelles ce qui n'est que strictement conjoncturel. Outre le platonisme qui lui est sous-jacent, l'élaboration de concepts théoriques à partir de ces données peut s'avérer dupe des idéologies dont sont *hic et nunc* porteurs les discours juridiques.⁴³ La doctrine peut ainsi être conduite à appauvrir la fonction critique de la science du droit,⁴⁴ qui consiste précisément à élucider les stratégies et les argumentations des acteurs.

En outre, cette méthode de construction des concepts théoriques s'expose à une forme d'ethnocentrisme qui rend ses outils impropres à l'étude d'autres types de régulations juridiques géographiquement, historiquement ou culturellement éloignées des énoncés dont la doctrine a tiré ses concepts. Diachroniquement, en élaborant ses concepts théoriques à partir d'un état donné d'un droit positif, la doctrine se prive de la possibilité d'effectuer un travail d'ordre historique. Rien ne garantit en effet que le concept qui a été tiré d'un état du droit donné à l'instant *t* soit pertinent dans le nouvel état du droit, à l'instant *t+1*.

40 V. en ce sens Kelsen 1928.

41 Sacco (1991b : 4).

42 V. spéc. l'énoncé intégral du titre de ses ouvrages, Carré de Malberg (1920 ; 1922 ; 1933).

43 Sur ce risque, v. p. ex. Samuel (2003 : 18-19).

44 Sur cette fonction, sans même s'associer aux *Critical Legal Studies* ni invoquer, à l'instar de certains auteurs (Fletcher 1998 : 683-700 ; Muir-Watt 2000 : 503-527), une fonction subversive du droit comparé, v. p. ex. Kelsen (1934 : 16-18, 35-38, 116-117) ; Kelsen (1962 : 141-148, 372-419, 452) ; Troper (1981 : 47).

Synchroniquement, la doctrine qui tire ses concepts d'un droit national particulier se prive corrélativement de la possibilité d'analyser tout autre droit positif. Il est donc indispensable, de ce double point de vue, de disposer de concepts plus abstraits, susceptibles d'être appliqués à des situations évolutives ou divergentes du droit positif et d'en fournir une grille de lecture unitaire.

15. Il s'agit donc de bâtir un métalangage neutre, indépendant des langages-objets analysés, et capables de subsumer les catégories employées par chacun d'eux - qu'ils soient distincts sur le plan temporel ou spatial - sous des concepts théoriques plus généraux autorisant à les confronter sur le plan intellectuel dans une opération comparatiste.

Ce métalangage offre la réponse à la question, classique dans la méthodologie du droit comparé, du *tertium comparationis*. La comparaison de deux objets consiste à les mettre en relation. Sur un plan intellectuel, ceci suppose la subsumption de chacun d'eux sous un modèle de référence (1) commun et (2) indépendant de l'un et de l'autre.⁴⁵ Ainsi que l'écrivait Gustav Radbruch, « en présence de plus de deux concepts, chacun se laisse rapporter à l'autre non directement, mais indirectement, lorsqu'il se voit rapporté au même concept tiers. »⁴⁶.

Dénommé « *tertium comparationis* » (« le troisième élément de la comparaison »), celui-ci désigne la propriété que les éléments comparés (*comparatum* et *comparandum*) partagent, et faute de laquelle ils ne pourraient pas être mis en rapport. Ainsi pour comparer les carottes et les pommes de terre, est-il nécessaire d'avoir à l'esprit (même si on n'en est pas conscient) un concept comme celui de « légume » ou de « comestible » ou d'« ingrédient potentiel de potage » ou d'« objet qui pousse dans le sol », etc. Si l'on prend un exemple juridique, les cours constitutionnelles italienne et autrichienne ne peuvent être comparées qu'à travers l'utilisation d'un concept unique tel que celui de « cour constitutionnelle », qui permet de les saisir ensemble. Même lorsque l'opération de comparaison aboutit au constat de divergences considérables, elle implique, par sa réalisation même, une confrontation des objets qui ne peut avoir lieu qu'à l'aide d'un *tertium comparationis*.

Pour certains auteurs, le *tertium comparationis* préexiste au travail du comparatiste et s'impose à lui. Il relève alors d'une forme de droit naturel ou d'éther conceptuel qui surplombe les objets comparés et se trouve « inscrit » en eux. Ainsi la propriété d'être des cours constitutionnelles serait-elle naturellement présente dans les juridictions italienne et autrichienne. D'autres auteurs considèrent au contraire le *tertium comparationis* comme un élément qui est choisi par l'auteur de la comparaison en fonction de ses perspectives et de ses intérêts de recherche. Diverses possibilités de *tertium comparationis* peuvent alors être en-

⁴⁵ Constantinesco (1974 : 34-38, 78-79) ; Pegoraro & Rinella (2006 : 60-61).

⁴⁶ Radbruch 1905. V. de même Knapp (1968 : 75-85, spéc. 75-78).

visagées afin de rapprocher des éléments de droit positif : leur fonction sociale, leur but, leur résultat pratique, etc. Il s'agit là de concepts théoriques que l'on peut dire « généraux », en ce qu'ils sont applicables à plusieurs droits positifs. Ils rentrent dans un métalangage que l'on peut bâtir afin de rassembler, manipuler, confronter, etc. les unités du langage-objet que sont les institutions positives.

16. Il me semblait initialement possible de me fonder sur cette représentation finalement très kelsénienne de la théorie générale du droit afin de poser les jalons d'une approche comparative renouvelée de la justice constitutionnelle. Selon cette vision de la discipline, la théorie générale du droit permet d'étudier tous les droits positifs possibles, en fournissant des instruments qui permettent au comparatiste de se tenir, à partir d'un posture intellectuelle stable et détachée, à équidistance des objets comparés. Toutefois, j'ai rapidement perçu un certain inconfort vis-à-vis de cette conception primitive, qui me semblait par ailleurs ne pas avoir tiré toutes les conséquences de l'adoption d'une forme de conventionnalisme méthodologique. C'est pourquoi, orientée par ces idées directrices, la démarche envisagée ne peut méconnaître la force de certaines objections.

4 UNE RÉORIENTATION PRAGMATISTE

17. Deux séries de remarques liées peuvent être formulées à ce niveau, dont chacune est liée à des débats philosophiques extrêmement complexes qu'il n'est en l'occurrence possible que d'effleurer.

4.1 Lobjection gnoseologique

18. La première a trait à la relation entre les éléments appréhendés par les concepts fournis par la théorie du droit et ces concepts eux-mêmes. Elle se rapporte en d'autres termes à la vaste question de la « primauté » entre le concept et le « réel ». L'adoption d'une conception apparentée au conventionnalisme conduit à se rapprocher de l'attitude d'auteurs tels que Hilary Putnam.

Selon sa philosophie « internaliste » ou « réaliste pragmatiste », il est radicalement impossible d'avoir un quelconque accès à la réalité brute dans toute sa pureté. Les « faits » ne sont jamais saisis qu'à travers un cadre conceptuel, et il est impossible à l'homme de sortir de lui-même pour adopter sur eux le point de vue, totalement extérieur et totalement surplombant, de Dieu.⁴⁷ Selon Putnam, « la question *'De quels objets le monde est-il fait'* n'a de sens que dans une théorie ou une description ».⁴⁸ C'est pourquoi

⁴⁷ Putnam (1994 : 61-87).

⁴⁸ Putnam (1994 : 61).

L'internalisme ne nie pas que le savoir re[^]oit des *inputs* de l'expérience /.../. Mais l'internalisme nie qu'il y ait des *inputs* qui ne soient pas dans une certaine mesure influencés par nos concepts, par le vocabulaire que nous utilisons pour les rapporter et les décrire, ou qu'il y ait des *inputs* qui admettent une description unique, indépendante de tout choix conceptuel.⁴⁹

Déjà, les auteurs fondateurs du pragmatisme américain avaient établi, à l'instar de William James, que « Ce que nous disons de la réalité dépend ainsi de l'angle sous lequel nous la regardons. *Qu'elle soit* ne dépend que d'elle, mais *ce qu'elle est* dépend de l'angle choisi et ce choix dépend de nous ».⁵⁰

Il en résulte que les éléments de droit positif appréhendés lors d'une comparaison au moyen des concepts généraux construits par la théorie du droit ne sauraient être purs. Ils ne peuvent qu'être, d'ores et déjà, médiatisés par des concepts préalables.⁵¹ Aussi les concepts théoriques se limitent-ils, d'un point de vue scientifique, à réordonner ou redécouper des découpages conceptuels préexistants. De ce point de vue, l'idée d'une « expérience pure » ou de « existences brutes »⁵² ne paraissent pouvoir être comprises que de manière asymptotique. Selon William James,

L'« expérience pure » est le nom que j'ai donné au flux immédiat de la vie, lequel fournit la matière première de notre réflexion ultérieure, avec ses catégories conceptuelles. Il n'y a que les nouveaux-nés, ou les hommes plongés dans un demi-coma dû au sommeil, à des drogues, à des maladies ou à des coups, dont on peut supposer qu'ils ont une expérience pure au sens littéral d'un *cela* qui n'est encore aucun *quoi* défini, bien qu'il s'apprête à être toutes sortes de *quoi* /.../. L'expérience pure, dans cet état, n'est qu'un autre nom pour désigner le sentiment ou la sensation. Mais son flux tend à se remplir de points d'inflexion aussitôt qu'il se produit, et ces parties saillantes se trouvent alors identifiées, fixées et abstraites, si bien que l'expérience s'écoule maintenant comme si elle était criblée d'adjectifs, de noms, de prépositions et de conjonctions. Sa pureté n'est qu'un terme relatif, désignant la proportion de sensation non encore verbalisée quelle renferme encore.⁵³

49 Putnam (1994 : 66).

50 James (2007 : 261).

51 Putnam (1994 : 61-62, 66-68). V. également Putnam (1990 : 179-190) ; V. dans le même sens Davidson (1974 : 5-20).

52 Dewey (1916 : p. ex. 35) : « The position taken in the essays is frankly realistic in acknowledging that certain brute existences, detected or laid bare by thinking but in no way constituted out of thought or any mental process, set every problem for reflection and hence serve to test its otherwise merely speculative results. It is simply insisted that as a matter of fact these brute existences are equivalent neither to the objective content of the situations, technological or artistic or social, in which thinking originates, nor to the things to be known of the objects of knowledge. Let us take the sequence of mineral rock in place, pig iron and the manufactured article, comparing the raw material in its undisturbed place in nature to the original res of experience, compare the manufactured article to the objective and object of knowledge, and the brute datum to the metal undergoing extraction from raw ore for the sake of being wrought into a useful thing. »

53 James (2005 : 90). Pour une discussion, v. p. ex. Lapoujade (2007 : spéc. 25-58).

19. La possibilité même de déterminer une priorité gnoséologique entre concepts et empirie peut être considérée comme douteuse, puisque les concepts apparaissent façonnés afin d'appréhender des phénomènes qui eux-mêmes ne sont accessibles qu'à travers des concepts préalables, dont la construction résulte nécessairement d'une confrontation avec les phénomènes, etc. Dans les termes de James, « Dans le monde où nous vivons, il est impossible, sauf par une rétrospection théorique, de débrouiller l'écheveau des contributions respectives de l'intellect et des sens. »⁵⁴

Une vision cohérentiste de la connaissance conduit à renoncer à la représentation de notre connaissance comme une pyramide de justifications au sommet de laquelle se trouverait un ensemble de fondements (croyances indémontrées, évidences, données empiriques, etc.) insusceptibles d'être questionnés, au profit d'une vision selon laquelle les différentes croyances ou thèses trouvent leur justification dans leur appartenance à un ensemble cohérent, mais parfaitement faillible, contestable, ajustable et révisable, d'éléments, qu'elles contribuent soutenir tout en étant justifiées par ses autres éléments.⁵⁵ Elle invite, ainsi que l'affirme Enrico di Robilant, à considérer que

L'appréciation de la compréhension de la réalité ne porte pas en conséquence sur une correspondance entre les affirmations et la réalité, mais bien davantage sur la relation entre la qualification dans laquelle est exprimée la compréhension et les qualifications dont est constitué le cadre de la réalité.⁵⁶

Aussi sont-ce essentiellement des versions différentes de ce qui est décrit qui sont confrontées les unes aux autres.⁵⁷

In fine, en radicalisant cette conception et en lui offrant une formulation très générale, il semble possible d'affirmer que la valeur de la construction proposée se mesure au caractère « satisfaisant », c'est-à-dire intellectuellement ou pratiquement « payant », - chacun étant juge de ce qui lui agrée - du monde quelle permet de construire et de l'histoire qu'elle permet corrélativement de raconter. Aussi l'enquête scientifique, faite de paris conceptuels successifs qui sont tour à tour testés du point de vue de leurs conséquences pratiques pour celui qui les emploie, a-t-elle partie liée avec les *intérêts locaux* de celui qui la mène. Ainsi que le note par exemple William James,

Nous disons que telle théorie résout ce problème de façon globalement plus satisfaisante que telle autre, mais cela veut dire plus satisfaisante pour nous, et les critères de satisfaction varient selon chaque personne.⁵⁸

54 James (2006 : 100).

55 Pour une présentation, v. Dutant & Engel 2005.

56 Di Robilant (1968 : p. ex. 201).

57 Goodman (2006 : p. ex. 19, 22, 131-152).

58 James (2007 : 125).

De ce point de vue, c'est donc vers une forme de pragmatisme que s'oriente la méthode proposée.⁵⁹ Si métalangage comparatiste il y a, celui-ci ne peut définitivement pas être neutre, mais nécessairement impliqué et solidaire d'une perspective déterminée. En insistant sur le fait qu'

il n'existe pas de point de vue absolument public et universel. Des perceptions privées et incommunicables demeurent toujours, et le pire est que ceux qui les cherchent depuis l'extérieur ne savent jamais où,⁶⁰

cette sensibilité conduit à faire fasce de manière d'autant plus pressante à une seconde objection, tout en permettant de l'affronter de manière plus sereine.

4.2 L'objection d'ethnocentrisme

20. La seconde objection consiste à affirmer qu'outre sa naïveté en son principe même, l'idée d'un métalangage neutre et compréhensif dissimule mal, précisément sous couvert d'y échapper, une forme d'ethnocentrisme. Cette difficulté n'est autre qu'une version de problèmes herméneutiques très généraux, mis en évidence notamment par Hans-Georg Gadamer.⁶¹ Il est impossible de comprendre un objet culturel dans ses propres termes, c'est-à-dire en se libérant de nos habitudes, croyances, préjugés, attentes, interprétations, formes de vie, etc. Tout observateur est toujours placé dans une certaine disposition intellectuelle ou situé dans des modèles et des préconceptions dans lesquelles, inévitablement, il organise ses perceptions et ses pensées, et qui les conditionnent nécessairement.⁶² De façon très significative, Louis Assier-Andrieu rapporte la manière dont, chacun ramenant l'inconnu au connu lors de leur premier contact, les Aztèques ont assimilé les cavaliers d'Hernan Cortès à des centaures mythologiques, tandis que les conquistadors considéraient les premiers comme des bêtes.⁶³

21. Parmi les comparatistes, Pierre Legrand est l'auteur qui défend avec le plus de vigueur la thèse selon laquelle les droits qui sont l'objet de la comparaison sont solidaires d'environnements culturels, intellectuels, linguistiques, historiques, sociaux, psychologiques, etc., qu'ils incorporent au point d'être difficilement commensurables les uns aux autres.⁶⁴ Il en résulte notamment que le transfert d'une règle juridique d'un système à un autre est radicalement impossible.

Un élément crucial de la qualité de règle de la règle - sa signification - ne survit pas au voyage d'un système juridique à un autre. /.../ A mesure que les mots traversent

59 V. spéc. James (2007 : 255-279).

60 James (1899 : v).

61 Gadamer (1996 : spéc. 286-292, 312-321).

62 V. également Skinner (1969 : 3-53, spéc. 6) ; Dunn (1968 : 85-104).

63 Assier-Andrieu (2011 : 127).

64 V. p. ex. Legrand 2011; Legrand (2009 : 209-244).

les frontières, une rationalité et une moralité différentes interviennent pour souscrire et réaliser les mots empruntés : la culture hôte continue d'articuler *ses* recherches morales selon des standards de justification traditionnels. Ainsi, la forme verbale importée se voit nécessairement attribuer une signification différente, locale, qui en fait *ipso facto* une règle différente.⁶⁵

Sur le plan méthodologique, le passage d'une culture à l'autre qu'implique toute comparaison satisfaisante ne peut jamais être opéré qu'à partir d'un point de vue déterminé, de sorte que toute prétention à concevoir une langue et une grille conceptuelle capable de surplomber plusieurs droits est illusoire. Le biais induit par la culture originelle de l'auteur, et notamment la première culture juridique dans laquelle il a été formé, paraît inévitable.⁶⁶ Ainsi que le souligne Legrand,

Toute altérité est recueillie par un horizon de compréhension propre au soi - une pré-compréhension - qui s'inscrit dans une tradition, donc qui renvoie à une prétention de vérité émanant d'un contexte vivant de convictions, d'habitudes et de jugements de valeur communs. C'est dire que ce qui est, pour le comparatiste, n'existe qu'à la mesure de la signification, en fait culturellement déterminée, que cela prend pour lui.⁶⁷

Telle est également la conclusion, invitant à la prudence, que suggèrent les socioépistémologues. Les constructions conceptuelles demeurent marquées par les contextes qui président à leur élaboration. Malgré sa critique de la méthode d'élaboration des concepts théoriques à partir d'un droit positif donné, qui conduit à couler la lecture des institutions étrangères dans le moule des institutions nationales, la prétention à bâtir un métalangage théorique neutre n'échapperait pas, bien que située à un niveau de langage supérieur, à son inscription dans un contexte déterminé, qui conduit à ce que

le chercheur est toujours, d'une manière ou d'une autre, partie prenante du champ d'observation ; il a investi son objet ne serait-ce que par sa langue, par les catégories et les concepts qu'il utilise, par son expérience historique, par les savoirs préalables auxquels il se réfère, etc. Sa position est donc décentrée.⁶⁸

Ainsi, les catégories proposées à titre de grille de lecture n'ont aucune validité éternelle ni universelle. Surtout, elles ne peuvent être élaborées que dans une langue,⁶⁹ et à partir de questionnements qui, nécessairement, présentent, au moins à titre initial, un caractère local et situé. Toute grille de lecture théorique s'avère ainsi marquée par les « cryptotypes »⁷⁰ de son auteur.

65 Legrand (1997 : 117).

66 Legrand (2011 : p. ex. 5-6, 11, 13-14, 46, 58-59, 83). V p. ex. dans le même sens Izorche (2001 : 289-325) ; Izorche (2009 : 140-141).

67 Legrand (1999 : 1058).

68 Werner & Zimmermann (2003 : 11).

69 Sur cet aspect, v. spéc. Großfeld (2003 : 154-194).

70 V. sur cette notion Sacco (1991a : spéc. 105-108).

22. Aussi, tout en se gardant de de toute forme de réification supraindividuelle des cultures qui méconnaîtrait la possibilité d'interactions, d'échanges, de contacts, d'hybridations, etc.,⁷¹ doit-on se résoudre à admettre consciemment, dans le domaine du droit comparé, le propos qu'Anatole France formulait au sujet de la critique littéraire :

il n'y a pas plus de critique objective qu'il n'y a d'art objectif, et tous ceux qui se flattent de mettre autre chose qu'eux-mêmes dans leur œuvre sont dupes de la plus fallacieuse philosophie. La vérité est qu'on ne sort jamais de soi-même. C'est une de nos plus grandes misères. /.../ Nous sommes enfermés dans notre personne comme dans une prison perpétuelle. Ce que nous avons de mieux à faire, ce me semble, c'est de reconnaître de bonne grace cette affreuse condition et d'avouer que nous parlons de nous-mêmes, chaque fois que nous n'avons pas la force de nous taire.⁷²

C'est pourquoi la réflexion épistémologique envisagée ne peut prétendre, en l'état, échapper à ces difficultés ni envisager de parvenir miraculeusement à une situation de transcendance archimédienne vis-à-vis des attaches culturelles, sociales, linguistiques, etc. qui sont celles de l'auteur. A tout le moins un effort délibéré doit-il être réalisé afin de porter méthodiquement à la conscience ces présupposés et d'en maîtriser, autant que possible, l'impact sur le choix du sujet de recherche, l'orientation de l'étude, la construction des démonstrations, etc. Tel est précisément l'enjeu du recours à la théorie du droit. Il s'agit également, dans une perspective scientifique, de rendre aussi explicites que possibles et accessibles sur le plan intersubjectif ces présupposés et les choix qu'ils conduisent à opérer. A proprement parler inévitables, leur claire exposition doit faciliter une discussion ouverte et sans quiproquos,⁷³ et permettre à chacun d'assumer la responsabilité de ses thèses.⁷⁴

23. Il ne me semble donc plus tenable ni opportun de soutenir que la théorie générale du droit est en mesure de permettre au comparatiste de se doter d'un métalangage totalement neutre. Ainsi que le note Günther Frankenberg, « la neutralité fictive stabilise l'influence et l'autorité de la perspective propre du comparatiste, et entretient la bonne conscience avec laquelle les comparatistes déploient les dichotomies, distinctions et systématisations qu'ils s'imposent à eux-mêmes. »⁷⁵ De ce point de vue, je ne pense pas qu'il y ait une réelle perte à

71 Nuan^{ant} les thèses de Pierre Legrand, v. p. ex. Nelken (2003 : 437-466).

72 France (1892 : 176-177).

73 En ce sens, v. spéc. Fourez (2002 : 236), invoquant « une éthique de chercheurs qui essaient de mettre en évidence les diverses possibilités et bifurcations éventuelles des développements technologiques. Leur objectif est de donner aux divers groupes intéressés suffisamment d'éléments pour que le débat, finalement politique / . / puisse se faire dans une certaine rationalité partagée et selon les principes de la démocratie. On peut considérer le T. A. [Technology Assessment] comme une sorte de processus de critique idéologique. » V. également Fourez (2002 : 327). Du point de vue des comparatistes, v. spéc. Legrand (2011 : 73-125).

74 V. en ce sens Carrette (2009 : 513).

75 Frankenberg (1985 : 425).

renoncer à cette dimension illuministe du kelsénisme au profit d'une approche teintée, à nouveau, de pragmatisme.

La pratique du droit comparé offre précisément, outre un champ d'application pour cette vision renouvelée, ouvertement instrumentale et relativiste de la théorie du droit, une manière de stimuler sa créativité, en développant son caractère auto-critique et réflexif. En retenant que chaque discours est dépendant de la « perspective » du locuteur, que celui-ci choisit tout autant qu'il se trouve constitué par elle, le pragmatisme fonde un pluralisme méthodologique. Il refuse tout essentialisme des catégories, et conduit à raisonner, selon une expression chère à Charles Sanders Pierce, en termes d'« enquête »⁷⁶, c'est-à-dire moins en termes de conventions, c'est-à-dire de décisions conceptuelles offrant des grilles de lecture du droit positif, qu'en termes de processus d'élaboration de conventions. De ce point de vue,

Le pragmatisme est une méthode d'évaluation pratique des conventions. La question propre à la méthode pragmatique peut désormais se formuler ainsi : avec quelles idées doit-on passer des conventions pour augmenter, consolider son sentiment de confiance, pour élargir son champ d'action ou son champ de pensée ?⁷⁷

Une telle perspective conduit de la sorte à révéler et problématiser le contexte qui structure les objets autant que la démarche qui se rapporte à eux.

S'il paraît impossible de s'évader de soi, l'étude comparative offre précisément un moyen précieux pour opérer un décentrement vis-à-vis de nos propres conditionnements et faire l'expérience de ceux-ci. Elle permet, ainsi que le relève à propos de difficultés comparables les spécialistes de l'« histoire croisée »,

d'en contrôler les incidences à partir d'un travail d'objectivation des rapports multiformes à l'objet - tout en sachant que cette objectivation restera toujours partielle -, afin de mieux maîtriser les biais qu'ils sont susceptible d'introduire dans les résultats de l'enquête.⁷⁸

Les ajustements successifs que le processus comparatiste implique au sein de la grille d'analyse même qui est appliquée à l'objet d'étude permettent, sinon de gagner en détachement, à tout le moins de progresser dans la conscience des attachements. Selon Frankenberg,

nous pouvons transcender la perspective, nous apprenons, comprenons et éprouvons de l'empathie vis-à-vis de ce que nous trouvons 'étrange', 'étranger' ou exotique, à la condition de toujours reconnaître que nous sommes les participants d'une culture et les observateurs de toutes les autres. Transcender la perspective signifie réaliser que nous utilisons notre langage, qui est lié à notre culture, pour appréhender ce qui est nouveau et apparemment différent de nous. Alors que nous ne pouvons nous débarrasser à volonté de nous-mêmes, de notre histoire cognitive et de son bagage de présupposi-

76 Pierce (1877 : 1-15).

77 Lapoujade (2007 : 122).

78 Werner & Zimmermann (2003 : 20-21).

tions et de perspective, nous pouvons néanmoins essayer d'en rendre compte honnêtement et consciemment, en les soumettant à un réexamen auto-critique.⁷⁹

Ainsi semble-t-il possible dans une mesure nécessairement limitée, de prendre ses distances vis-à-vis de soi, de s'observer et de se comprendre, de suspendre sa participation et son engagement dans une pratique en développant des métapratiques tendanciellement critiques.⁸⁰

5 CONCLUSION

24. Me semblent ainsi jetés, plus précisément que je ne l'avais fait auparavant, les fondements méthodologiques de la recherche et les précautions dont elle devra s'entourer, afin d'éviter deux écueils identifiés par Mark van Hoecke. Selon lui,

la plupart des recherches comparatives ont fait preuve d'un remarquable *optimisme épistémologique naïf*, procédant à des comparaisons comme si comparer des systèmes juridiques n'impliquait aucun problème épistémologique spécifique, ou comme si la réalisation de ces études pouvait être isolée de ces problèmes plus théoriques qui pouvaient être laissés aux théoriciens du droit. /.../ D'un autre côté, en réaction à ces problèmes, un *pessimisme épistémologique fort* a conduit à la pure et simple négation de toute possibilité de comparer les systèmes juridiques, et à plus forte raison de les harmoniser.⁸¹

L'un des avantages notables d'une approche ouvertement pragmatiste me semble notamment tenir dans la conscience quelle impose du caractère finalisé, et de ce fait impliqué et relatif de nos entreprises, qui ne sont rien d'autres que des pratiques sociales, à la fois conditionnées et finalisées. Elle leur confère ainsi le caractère de tentatives pour, modestement, dire des choses intéressantes aux autres, ou plus exactement les leur soumettre afin qu'ils les discutent, dans le cadre d'une entreprise intellectuelle intrinsèquement collective autant qu'individuelle.⁸²

79 Frankenberg (1985 : 442-443).

80 V., quoique de manière moins nuancée, Kahn (1999 : 31-40).

81 Van Hoecke (2004 : 172-173).

82 Sur l'importance de la communauté dans la pensée pragmatiste, v. p. ex. Lapoujade (2007 : 130-145).

Bibliographie

Louis ASSIER-ANDRIEU, 2011 : *l'autorité du pas-se. Essai anthropologique sur la Common Law*. Paris : Dalloz (Les sens du droit ; 127).

Silvia BAGNI, 2011: Recensione. *Rivista di Diritto costituzionale* 2009. 557-560.

Anouk BARBEROUSSE, Max KISTLER & Pascal LUDWIG, 2000: *La philosophie des sciences au XX^e siècle*. Paris: Flammarion (Champs Université).

Olivier BEAUD, 2005 : De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral. *La notion de « justice constitutionnelle »*. Eds. Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Eric Maulin & Patrick Wachsmann. Paris : Dalloz (Thèmes et commentaires).

Jeremy BENTHAM, 1838-1843 : Fragments on Universal Grammar. *The Works of Jeremy Bentham* (11 Vols.). Ed. John Bowring. Edinburgh : W. Tait.

, 1996 : *Fragment sur le gouvernement* et Manuel de sophismes politiques. Trad. by Jean-Pierre Cléro. Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant (La pensée juridique moderne ; 183).

Claude BERNARD, 1865 : *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*. Paris/London/Madrid/ New York : J.-B. Baillière.

Raymond CARRE DE MALBERG, 1920-1922 : *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*. 2 tomes. Paris : Sirey.

, 1933 : *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*. Paris : Sirey.

Jeremy CARRETTE, 2009 : *Etudes religieuses comparatives et éthique de la connaissance : de la moralité des catégories. Comparer les droits, résolument*. Ed. Pierre Legrand. Paris : Presses Universitaires de France.

Alfonso CELOTTO, 2004 : La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso & Constitución* (2004) 1. URL = <http://www.iidpc.org/pdf/doctrinar1Celotto.pdf>.

Sujit CHOUDHRY (Ed.), 2007 : *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge : Cambridge UP.

Jean-Pierre COMETTI, 2010: *Qu'est-ce que le pragmatisme ?* Paris : Gallimard (Folio Essais ; 535).

Léontin-Jean CONSTANTINESCO, 1974 : *Traité de droit comparé*, t. 2 *La méthode comparative*. Paris : LGDJ.

Christophe DE ARANJO, 2009 : *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme. Etude comparée : France-Allemagne*. Bruxelles: Bruylant (Droit public comparé et européen ; 3).

Donald DAVIDSON, 1974 : On the Very Idea of a Conceptual Scheme. *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* 47 (1973-1974).

John DEWEY, 1916 : *Essays in Experimental Logic*. Chicago : The University of Chicago Press.

, 1929 : *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action*. Gifford Lectures 1929. New York : Minton, Balch & Company.

Enrico DI ROBILANT, 1968 : *Modelli nella filosofia del diritto*. Bologna : Il Mulino (Saggi).

Pierre DUHEM, 1914 : *La théorie physique, son objet, sa structure*. 2e éd. Paris : Marcel Rivière & Cie, Éditeurs (Bibliothèque de philosophie expérimentale ; 255).

John DUNN, 1968 : The Identity of the History of Ideas. *Philosophy* 43 (1968).

Julien DUTANT & Pascal ENGEL, 2005 : *Philosophie de la connaissance. Croyance, connaissance, justification*. Paris : J. Vrin (Textes clés de philosophie de la connaissance).

Charles EISENMANN, 1928 : *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*. Preface par Hans Kelsen. Paris : LGDJ.

, 1948 : *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*. Paris : LGDJ.

, 1962 : Intervention au colloque. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung. Internationales Kolloquium veranstaltet vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg 1961*. Ed. Hermann Mosler. Köln/Berlin : Carl Heymanns Verlag KG (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht ; Bd. 36).

Jose Julio FERNANDEZ RODRIGUEZ, 2002 : *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid : Tecnos.

Francisco FERNANDEZ SEGADO, 2004 : La faillite de la bipolarité 'modèle américain-modèle européen' en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative. *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*. Paris : Dalloz.

George P. FLETCHER, 1998 : Comparative Law as a Subversive Discipline. *American Journal of Comparative Law* 46 (1998).

Gérard FOUREZ, 2002 : *La construction des sciences*.

- Les logiques des inventions scientifiques*. 4. éd. Bruxelles : De Boeck Université (Sciences, éthiques, sociétés).
- Anatole FRANCE, 1892 : *La vie littéraire*. 2^e série. Lecène, édit., in-18. 1888-1892.
- Gunter FRANKENBERG, 1985 : Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal* 26 (1985) 2.
- Hans-Georg GADAMER, 1996 : *Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*. Trad. Pierre Fruchon, Jean Grondin & Gilbert Merlio. Paris : Le Seuil (L'ordre philosophique).
- Pierre GAUCHOTTE, 1992 : *Lepragmatisme*. Paris : PUF (Que sais-je ? ; 2688).
- Tom GINSBURG, 2003 : *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge : Cambridge UP.
- Nelson GOODMAN, 2006 : *Manières de faire des mondes*. Trad. Marie-Dominique Popelard. Paris : Gallimard, (Folio).
- Bernhard GROßFELD, 2003 : Comparatists and Language. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Eds. Pierre Legrand & Roderick Munday. Cambridge : Cambridge UP.
- Ran HIRSCHL, 2006 : The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review* 75 (2006) 2.
- Marie-Laure IZORCHE, 2001 : Propositions méthodologiques pour la comparaison. *Revue internationale de droit comparé* 53 (2001) 2.
 , 2009 : Approches épistémologiques de la comparaison des droits. *Comparer les droits, résoluement*. Ed. Pierre Legrand. Paris : PUF.
- William JAMES, 1899 : *Talks to Teachers on Psychology: and to Students on Some of Life's Ideals*. New York : Henry Holt and Company.
 , 2005 : La chose et ses relations (1912). William JAMES, *Essais d'empirisme radical*. Trad. Guillaume Garreta, Mathias Girel. Marseille : Agone (Banc d'essais ; 90).
 , 2006 : *Introduction à la philosophie* (1911). Trad. Stéphan Galetic. Paris : Le Seuil (coll. Les empêcheurs de penser en rond).
 , 2007 : *Le pragmatisme*. Trad. Nathalie Ferron. Ed. Stéphane Madelrieux. Paris : Flammarion (Champs).
- Olivier JOUANJAN, 2006 : Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? *Droits* (2006) 43.
- Herbert JACOB, Erhard BLANKENBURG, Herbert M. KRITZER, Doris Marie PROVINCE & Joseph SANDERS, 1996 : *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*. New Haven/London : Yale UP.
- Paul W. KAHN, 1999 : *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*. Chicago/London : The University of Chicago Press.
- Hans Kelsen, 1928 : *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (1928). Preface by Charles Eisenmann.
 , 1934 : *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig/Wien : Franz Deuticke.
 , 1962 : *Théorie pure du droit*. 2^e éd. Trad. Charles Eisenmann. Paris : Dalloz (Philosophie du droit).
- Victor KNAPP, 1968 : Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé. *Revue roumaine des sciences sociales (Série de sciences juridiques)* 12 (1968) 1.
- David LAPOUJADE, 2007 : *William James. Empirisme et pragmatisme*. Paris: Les empêcheurs de penser en rond/Le Seuil.
- Sandra LAUGIER & Pierre WAGNER (Eds.), 2004a : *Philosophie des sciences I. Théories, expériences et méthodes*. Paris : Vrin (Textes clés de philosophie des sciences).
 , 2004b : *Philosophie des sciences II. Naturalismes et réalismes*. Paris : Vrin (Textes clés de philosophie des sciences).
- Pierre LEGRAND, 1997 : The Impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997).
 , 1999 : Sur l'analyse différentielle des jurisprudences. *Revue internationale de droit comparé* 51 (1999) 4.
 , 2009 : *Comparer les droits, résoluement*. Paris : PUF (Les voies du droit).
 , 2011 : *Le droit comparé*. 4. éd. Paris : PUF (Que sais-je ?).
- Pierre LEGRAND & Roderick MUNDAY (Eds.), 2003 : *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge : Cambridge UP.
- James T. MCHUGH, 2002 : *Comparative Constitutional Traditions*. New York/Vienna : Peter Lang (Teaching Texts in Law and Politics ; 27).
- Horatia MUIR-WATT, 2000 : La fonction subversive du droit comparé. *Revue internationale de droit comparé* 52 (2000) 3.
- David NELKEN (Ed.), 1997 : *Comparing Legal Cultures*. Hants : Dartmouth Publishers.
 , 2003 : Comparatists and Transferability. *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*. Eds. Pierre Legrand & Roderick Munday. Cambridge : Cambridge UP.
- David NELKEN & Esin ÖRÜCÜ (Eds.), 2007 : *Comparative Law. A Handbook*. Oxford,

- Portland (Oregon) : Hart Publishing.
- Humberto NOGUEIRA ALCALA, 2003 : Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales. *Revista de derecho (Valdivia)* 14 (2003).
- Pasquale PASQUINO, 2002 : Tipologia della giustizia costituzionale in Europa. *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 52 (2002) 2.
- Lucio PEGORARO, 2004 : Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos. *Revista iberoamericana de Derecho procesal constitucional. Proceso y Constitución* (2004) 2.
- , 2007 : *Giustizia costituzionale comparata*. 2e éd. Torino : G. Giappichelli (Le frontiere del diritto).
- , 2011 : *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*. Santiago de Querétaro: Fundación universitaria de derecho, administración y política.
- Lucio PEGORARO & Angelo RINELLA, 2006 : *Introducción al derecho publico comparado*. Trad. Cesar Astudillo. Lima : Palestra.
- Charles S. PIERCE, 1877 : The Fixation of Belief. *Popular Science Monthly* 12 (1877).
- Otto PFERSMANN, 2001 : Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit. *Revue internationale de droit comparé* 53 (2001) 2.
- Jean-Baptiste POINTEL, 2012 : Apologie pour les faiseurs de modèles. *International Journal for the Semiotics of Law* 25 (2012) 1.
- Karl POPPER, 1985 : *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*. Trad. Michel de Launay et Marc B. de Launay. Paris : Payot (Bibliothèque scientifique).
- , 1998 : Le but de la science. *La connaissance objective. Une approche évolutionniste*. French transl. and Preface by Jean-Jacques Rosat. Paris : Flammarion (Champs). 295-315.
- Hilary W. PUTNAM, 1990 : *Représentation et réalité*. Trad. Claudine Engel-Tiercelin. Paris: Gallimard (Nrf essais).
- , 1994 : *Raison, vérité et histoire*. Trad. Abel Gerschenfeld. Paris : Les éditions de Minuit (Propositions).
- William V. O. QUINE, 1964 : *From a Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*. 2e éd. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press.
- , 1977 : *Relativité de l'ontologie et quelques autres essais*. Trad. Jean Largeault. Paris : Aubier (Analyse et raisons ; 44).
- , 1980 : Les deux dogmes de l'empirisme. *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique de 1950 à nos jours*. Ed. Pierre Jacob. Paris: Gallimard (Nrf - Bibliothèque des Sciences hu-

maines).

, 1993 : *La poursuite de la vérité*. 2e éd. Trad. Maurice Clavelin. Paris : Le Seuil (Lordre philosophique ; 60).

Gustav RADBRUCH, 1905 : Über die Methode der Rechtsvergleichung. *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, Bd. 2, 1905.

Mathias REIMANN & Reinhard ZIMMERMANN (Eds.), 2006 : *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford : Oxford UP.

Rodolfo SACCO, 1991a : *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris: Economica, (Etudes juridiques comparatives).

, 1991b : Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *American Journal of Comparative Law* 39 (1991).

Geoffrey SAMUEL, 2003 : *Epistemology and Method in Law*. Aldershot : Ashgate.

, 2004 : Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Ed. Mark Van Hoecke. Oxford, Portland, Oregon : Hart Publishing (European Academy of Legal Theory Monographs Series). 35-77.

Austin SARAT & Jonathan SIMON (Eds.), 2003 : *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law. Moving Beyond Legal Realism*. Durham, London : Duke University Press.

Quentin SKINNER, 1969 : Meaning and Understanding in the History of Ideas. *History and Theory* 8 (1969).

Jeffrey A. SEGAL & Harold J. SPAETH, 2002 : *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge, New York : Cambridge UP.

Rachel SIEDER, Line SCHJOLDEN & Alan ANGELL (Eds.), 2005 : *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York : Palgrave MacMillan.

Martin SHAPIRO & Alec STONE SWEET, 2002 : *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford : Oxford UP.

Isabelle STENGERS & Judith SCHLANGER, 1991 : *Les concepts scientifiques. Invention et pouvoir*. Paris : Gallimard (Folio Essais).

David SZYMCAK, 2006 : *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*. Préf : Flauss. Bruxelles : Bruylant (Publications de l'Institut international des droits de l'homme ; 7).

- C. Neal TATE & Torbjörn VALLINDER (Eds.), 1995 : *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, London : New York University Press.
- Richard H.S. TUR, 1977 : The Dialectic of General Jurisprudence and Comparative Law. *Juridical Review* 1977
- Michel TROPER, 1981 : Les fonctions de la recherche en droit public interne. *La recherche juridique (Droit public)*. Préf : G : Dupuis. Paris : Economica (Recherches Panthéon - Sorbonne. Université de Paris I ; Série Sciences juridiques. Administration publique ; 47).
- Guillaume TUSSEAU, 2006 : *Les normes d'habilitation*. Préf. Michel Troper. Paris : Dalloz (Nouvelle bibliothèque de thèses ; 60).
- , 2007 : Le(s) concept(s) de 'pluralisme syndical'. Esquisse analytique. *Revue de droit du travail* (2007) 11.
- , 2009 : Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. *Essai de critique méthodologique / Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*. Préf. L. Pegoraro. Edition bilingue. Trad. A. Morandidi. Bologna : Bononia UP (Ricerche di diritto comparato).
- , 2009 : Classificazioni. *Glossario di Diritto pubblico comparato*. Ed. Lucio Pegoraro. Roma : Carocci.
- , 2011 : *Jeremy Bentham. La guerre des mots*. Paris : Dalloz (Les sens du droit. Essai).
- , à paraître : La falacia de los modelos de justicia constitucional en la cultura jurídica francesa. *Control i equilibris: Els Limits del poder legislatiu i del control de constitucionalitat*. Ed. Jordi Ferrer Beltran.
- Mark VAN HOECKE, 2004 : Deep Level Comparative Law. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Ed. Mark Van Hoecke. Oxford, Portland (Oregon) : Hart Publishing (European Academy of Legal Theory Monographs Series).
- Vittorio VILLA, 1994 : La science juridique entre descriptivisme et constructivisme. *Théorie du droit et science*. Ed. Paul Amselek. Paris : PUF (Léviathan).
- Michael WERNER & Bénédicte ZIMMERMANN, 2003 : Penser l'histoire croisée : entre empirie et réflexivité. *Annales. Histoire, sciences sociales* 58 (2003) 1.
- Frantisek WEYR, 1938 : Remarques générales sur la nature juridique de la méthode comparative. *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*. Trad. Paul Roubier & Henri Mankiewicz. Paris : LGDJ.

Massimo La Torre*

Le modèle hiérarchique et le *Concept de droit* de Hart

Le droit est traditionnellement lié à la pratique du commandement et de la hiérarchie. Il semble qu'une règle juridique établisse une immédiate relation entre une norme supérieure et une norme inférieure. La conception hiérarchique et impérative peut néanmoins être remise en cause dès lors que la phénoménologie de la règle juridique est appréhendée d'un point de vue interne, celui de ceux que l'on peut considérer comme les « utilisateurs » de la règle plutôt que ceux qui la subissent. Une approche tournée vers la pratique pourrait, de cette façon, conduire à une théorie du droit plus ouverte et, d'une certaine façon, moins idéologique ou sectaire. C'est - comme le défend cet article - le programme ou mieux la promesse que l'on trouve dans l'ouvrage principal de Hart, le *Concept de droit*. Cet article tente de rendre cette promesse plus transparente sans toutefois dissimuler les difficultés de sa stratégie narrative et argumentative.

Mots-clés : droit international, règles de droit, règle de reconnaissance, impérativisme, normativisme, réalisme, point de vue interne

Concevoir le droit selon un modèle hiérarchique signifie d'abord mettre au centre de l'expérience juridique le fait de commander, c'est-à-dire le pouvoir d'un supérieur sur un inférieur. Il y a une seconde possibilité : celle qui voit le droit comme l'expression d'une fracture sociale entre une classe investie de l'autorité de faire et de dire le droit et une classe dont la vocation est bien plus humble et est seulement d'obéir ou d'être le destinataire du droit ainsi créé. Enfin, une dernière possibilité est de concevoir le droit comme une structure de plusieurs niveaux, de plusieurs entités, généralement des *règles*, hiérarchiquement organisées, de sorte qu'un niveau tire sa raison d'être ou sa légitimité ou sa validité d'un niveau supérieur. Ces trois possibilités ne sont pas toujours présentes au sein d'une seule théorie, bien qu'elles ne soient pas incompatibles entre elles.

Dans ce papier, je souhaite m'attaquer à la question du modèle hiérarchique dans le droit en partant de la philosophie juridique de H.L.A. Hart. Hart - nul ne l'a oublié - a été et demeure l'un des théoriciens du droit les plus influents de notre temps et ses conceptions ont imprégné de nombreuses doctrines actuelles de la pratique et du raisonnement juridique. Mon exposé consistera en

* mlatorre@unicz.it | Professeur de philosophie du droit, Université «Magna Graecia» de Catanzaro (Italie).

une présentation et une discussion centrées sur le concept de droit de Hart et les relations qu'il entretient avec le modèle hiérarchique. Je le conçois également comme une appréciation critique plus générale de la fécondité d'une telle approche particulièrement en droit international.

Cependant, avant d'aller plus loin, il faut garder deux points à l'esprit, afin de comprendre le sens et la pertinence d'un débat sur le concept de droit qui est la fonction spécifique de la théorie du droit et de la philosophie juridique. Une discussion relative au concept de droit n'est pas qu'une question de théorie ou une dissertation purement philosophique dépourvue d'effets pratiques. Le droit n'est pas un objet empirique, une chose physique ou naturelle. C'est plutôt une pratique humaine régie et rendue possible par des normes, des principes, des valeurs, des attitudes, des idées. Bref, le droit est *ce qu'on croit qu'il est et ce qu'on pratique en tant que droit*.

Cela signifie que le droit est un concept ou, mieux, *le droit est le concept de droit que nous adoptons et suivons dans nos comportements*. Dès lors, ce que nous acceptons comme le concept de droit a un impact important et même déterminant sur le droit « brut », le droit en action, en pratique. Puisque le droit est strictement, logiquement, lié à notre concept de droit, au concept de droit de la société, le droit lui-même est affaire de discussion et de controverses. Mais la discussion et la controverse sur le droit et ses objets sont précisément du domaine de la théorie du droit et de la philosophie juridique. L'adoption de l'un ou de l'autre concept de droit a une répercussion immédiate sur les faits du droit.

L'autre point que je voudrais préalablement mettre en évidence est le suivant. Le droit est un concept ambigu et une pratique ambiguë. Il est imprégné d'ambiguïté. Il est d'un côté lié à la violence, la force, l'autorité, le pouvoir, l'effectivité, la facticité, l'efficacité, la hiérarchie. De l'autre, cependant, il est fortement lié à la justice et à la morale, c'est-à-dire d'une certaine manière à l'autonomie. On rencontre parfois le droit, on l'affronte sous la forme d'une peine, une prison, un échafaud, une chaise électrique : là, le droit se confond alors vraiment avec la l'exercice de la contrainte et de la violence.

Mais le droit n'est pas seulement contrainte et violence. Il y a, dans le droit, une prétention à l'exactitude et à la justice. Le droit est là non pas seulement dans son droit et en son nom mais - pourrait-on dire - au nom d'une organisation équitable des relations humaines et sociales. Il y a - pour ainsi dire - un élément utopique dans le droit, un état idéal de pratiques sociales, qui lui donne son sens et sa justification. Le droit dans ces conditions n'est pas seulement la force mais plutôt la force légitime. Il est fondé sur la légitimité et a besoin d'efficacité malgré tout.

Dès lors, l'histoire du concept et de la pratique du droit est celle des voies empruntées, des stratégies mises en œuvre pour s'arranger de ces ambiguïtés et de ces tensions, l'histoire aussi de leur résolution. Par exemple, si on pense

à l'image ordinaire qu'ont les gens des avocats, on se trouve confronté une fois de plus à cette ambiguïté, à cette duplicité. D'un côté, un avocat est vu comme un pinailleur, un margoulin qui cherche par tous les moyens à vider les poches de ses clients, quelqu'un dont le seul but est de rendre obscures les interprétations du droit, de les tordre dans son intérêt personnel ou dans le meilleur des cas dans celui de son client. C'est le genre d'avocats qui inspirent à Shakespeare l'exclamation « Tuons tous les avocats » dans *Henry VI*, Acte II. Pour illustrer ce point, permettez-moi de lire un extrait du livre de Mary Wollstonecraft,¹ *Un court séjour en Suède, Norvège et Danemark* :

Ma tête tournait, j'avais la nausée à mesure que je considérais les figures déformées par le vice et écoutais les comptes-rendus de ces chicaneries qui embrouillaient sans cesse le profane. Ces sangsues disparaîtront probablement à mesure que le peuple s'éclairera /.../ La pratique du droit rend une poignée d'hommes encore plus rusés et plus égoïstes que le reste des individus ; et ce sont ces hommes, dont les esprits ont été aiguisés par la friponnerie, qui sapent ici la moralité, confondant le bien et le mal.

Mais l'avocat n'est pas seulement le pinailleur au visage déformé par le vice dont parle Mary Wollstonecraft, il est aussi le champion des droits de l'homme, le défenseur de celui injustement accusé. Les monarchies absolutistes, les États dictatoriaux ou totalitaires méprisent profondément les avocats et les juristes qu'ils considèrent souvent comme des facteurs de subversion. D'autres, au contraire, voient les avocats comme tenant un rôle éthique spécifique. Écoutons ce qu'un grand philosophe du droit, l'Américain Lon Fuller pense de la profession d'avocat :

la meilleure définition que j'aie jamais entendu d'un avocat est celle que me donna la fille d'un de mes amis. L'enfant d'un voisin lui avait demandé ce que faisait son père. Elle lui répondit :

- Il est avocat.
- Qu'est-ce qu'un avocat ?
- Un avocat est un homme qui aide les gens.²

Selon Fuller, l'activité de l'avocat n'est pas purement utilitaire, elle n'est pas nécessairement ou conceptuellement tournée vers la réussite et les intérêts de ses clients. Elle est plutôt tournée vers la bonne administration de la justice :

¹ Mary Wollstonecraft (1759-1797), autodidacte liée à William Godwin et Thomas Paine, fut un auteur engagé dans les grands combats de son époque et l'une des pionnières du féminisme par sa *Défense des Droits de la femme* (1792). La Révolution française fut d'abord pour elle la consécration de la raison et le triomphe des droits de l'homme. Cet enthousiasme, rare en Angleterre, se traduisit par la publication entre 1790 et 1798 d'une série de textes de défense de la Révolution, notamment en réponse aux attaques de Burke. Son traité le plus ambitieux, *Vision historique et morale de l'origine et des progrès de la Révolution en France et des effets qu'elle a produits en Europe* (1794), propose de concilier idéaux et réalité en retraçant, en historienne, les débuts de la Révolution française. (NdT)

² Winston (2001 : 275-276)

En défendant des affaires devant les tribunaux, l'avocat verra son travail, non comme relevant de la seule persuasion ou de la manipulation facile de la doctrine juridique, mais comme l'un de ceux visant à convaincre le tribunal que c'est la compréhension pleine et entière d'une affaire qui seule pourra lui permettre de prendre une décision sage et conséquente.³

Les deux visions opposées quant à ce qu'est réellement un avocat sont fondées sur des conceptions opposées du concept de droit. Pour l'une, le droit est une chose principalement destinée à « l'homme mauvais » ; pour l'autre, le droit s'adresse à « l'homme inquiet » pour parler comme Hart, un être qui se demande « que dois-je faire ? » et cherche les critères d'une bonne conduite.

Un autre domaine dans lequel l'ambiguïté du droit et sa tension intrinsèque se rencontrent pleinement et de façon spectaculaire est celui des relations internationales, c'est-à-dire du droit international. Existe-t-il un droit international réellement obligatoire pour ses sujets, les États, et susceptible de s'imposer au droit national ? John Bolton, par exemple, sous-secrétaire d'État dans l'administration Bush, conteste l'existence d'un tel droit tandis que Kofi Annan semble défendre la thèse inverse. Mais quelle qu'elle soit, la thèse adoptée dépend de la théorie du droit à laquelle on adhère et de l'idée qu'on se fait du droit.

Notons, si vous le voulez bien, que le problème qu'on rencontre avec le droit international se retrouve en droit constitutionnel sous la forme suivante : « Existe-t-il un droit constitutionnel susceptible de lier le gouvernement et l'administration ? », ce qui est une question particulièrement épineuse lorsqu'on conçoit le droit comme une hiérarchie de commandements en chaîne. Encore une fois, notre réponse à une telle question dépendra de notre conception de droit et de notre position théorique.

Revenons maintenant à Hart, dont la doctrine est aujourd'hui mon principal sujet d'intérêt. Afin de mieux comprendre l'entreprise théorique de Hart, elle doit être conçue - me semble-t-il - comme une réaction ou une réponse aux quatre grandes doctrines relatives au concept de droit. Ces dernières sont : (i) l'impérativisme ; (ii) le réalisme ; (iii) le formalisme (fort bien incarné par la théorie prétendument « pure » du droit de Kelsen) ; (iv) le jusnaturalisme.

(i) *L'impérativisme* est une conception selon laquelle le droit est un ensemble d'ordres appuyés de la menace d'une sanction, d'un mal quelconque, et qui émane d'une autorité politique supérieure détentrice de la pleine souveraineté. Vous vous souvenez peut-être que c'est la doctrine défendue par Jeremy Bentham et John Austin et par toute la tradition de ce que l'on a coutume d'appeler la « théorie analytique » du droit britannique. Dans une telle perspective, la pratique du droit est appréhendée en termes radicalement hiérarchiques mais non comme une hiérarchie de règles. En fait, l'impérativisme se heurte à de nombreux problèmes dès lors qu'il admet la catégorie des règles comme

3 Winston (2001 : 313)

quelque chose de distinct de la prescription concrète des autorités (supérieures) et des habitudes des sujets (inférieurs).

(ii) Le *réalisme* est un composé complexe de doctrines diverses. Il y a au moins, comme l'on sait, un réalisme américain et un autre scandinave, les deux défendant des conceptions différentes. Cependant, Hart entend répondre au défi tel qu'il est posé principalement par les réalistes américains, bien que sa présentation et son interprétation de l'obligation juridique en termes non pas de sentiments de contrainte mais seulement d'application d'une règle soit probablement dirigée contre les écrits de Hägerstrom et Olivecrona.

Comme l'on sait, la thèse fondamentale défendue par la branche américaine du réalisme est la suivante. Le droit n'est rien d'autre qu'une prédiction sur la conduite future des juges. Le droit ne consiste pas en des règles mais plutôt en des décisions de justice ou, en d'autres termes, le droit est ce que font les juges. Le droit n'est pas dans les livres mais dans l'action. Selon cette conception, la pratique juridique s'articule autour de la figure du juge et, en un sens, elle s'avère n'être pas une expérience aussi intrinsèquement hiérarchique puisque le juge est vu ici comme une structure sociale diffuse et en quelque sorte informelle. En aucun cas, toutefois, on ne pourrait parler du droit comme d'une hiérarchie de règles en termes logiques, puisque c'est la vie, l'action et non la logique ou les formalités qui régissent la pratique juridique. Il peut bien y avoir une hiérarchie de règles dans les livres, cependant, de telles formalisations ne servent à rien une fois que l'on est devant le juge.

(iii) Le *formalisme juridique* affirme que le droit est un ensemble de règles. Les règles sont ici vues comme des entités sémantiques, des propositions, des *Urteile*, comme Kelsen les appelle en allemand, suivant la terminologie kantienne. Selon Kelsen, comme l'on sait, une règle a la forme d'un jugement hypothétique « si A, alors B » où A est la conduite contraire à celle promue et désirée et B est la prescription d'une sanction. Selon Kelsen, en outre, les règles sont structurées selon un ordre hiérarchique. Le droit est pour lui une sorte de pyramide comportant différents niveaux, chaque norme occupant un niveau différent et dans laquelle les normes se trouvant au niveau le plus bas tirent leur validité des normes se trouvant au niveau le plus haut. Au sommet de la pyramide il y a une règle spéciale, la *Grundnorm* en allemand, une règle fondatrice, qui est la norme fondamentale donnant sa validité à la totalité du système. Nous connaissons tous bien cette doctrine.

Le principal problème que rencontre Kelsen est d'éviter le sophisme de la régression à l'infini qui est un risque fréquent pour le formalisme juridique. Le formalisme juridique, variante du positivisme, admet deux sortes de normes : (a) celles qui ordonnent, interdisent, permettent une conduite ; et (b) celles qui prescrivent une sanction au cas où la première norme n'est pas suivie. Dans une telle conception, toutefois, le caractère juridique des normes dérive de la pres-

cription d'une sanction. Mais si c'est le cas, une norme ordonnant une sanction nécessite, pour être juridique, d'être fondée sur une autre norme prescrivant une sanction, et cette dernière ne sera à son tour juridique que s'il existe une nouvelle norme servant de fondement à la première à travers la sanction, et cela à l'infini. Afin d'éviter cette régression à l'infini, Kelsen conçoit la norme comme constituée de deux parties : l'une qui décrit hypothétiquement un état de choses, l'autre qui est la prescription d'une sanction. Il n'y a alors plus deux normes : l'une prescrivant une conduite, l'autre ordonnant une sanction, mais il n'y en a plus qu'une, celle qui prescrit une sanction pour les cas où intervient un certain état de fait. Pour Kelsen, donc, la validité juridique n'est pas le résultat d'une norme prescrivant une sanction mais d'une norme donnée à un niveau hiérarchique plus haut dans la structure pyramidale.

Toutefois, ici encore, il y a un risque de régression à l'infini puisqu'il faut chercher une norme toujours plus haute, une norme supérieure à celle qu'on tient pour juridiquement valide. C'est la raison pour laquelle, selon Kelsen, la *Grundnorm*, la norme fondamentale, n'est pas une vraie norme positive. La *Grundnorm* est plutôt un présupposé épistémologique, un présupposé logico-transcendant en termes kantien, dont le but est de permettre aux juristes de concevoir les règles positives comme juridiquement valides. Tout cela est bien connu, et c'est le modèle typique auquel on pense quand on lie l'idée de droit à celle de hiérarchie de normes.

(iv) Enfin, le *jusnaturalisme* constitue le quatrième grand courant de la théorie du droit. Le *jusnaturalisme* a une très longue histoire et a été, si l'on peut dire, mis à toutes les sauces. On peut cependant trouver un plus petit dénominateur commun. Selon les théories du *jusnaturalisme*, la validité juridique d'une règle dépend principalement de son contenu substantiel et de sa conformité à la morale, et cette moralité peut être découverte par un acte de connaissance. Autrement dit, pour le *jusnaturalisme*, le « devoir être » du droit peut et doit être inféré de l'« être » d'un monde moral ou d'une substance ou d'un principe auquel la connaissance humaine peut accéder. Cela signifie que le *jusnaturalisme* (a) ou bien coïncide avec - ou équivaut à - la morale (b) ou bien est intimement lié à la morale d'un point de vue conceptuel. Droit et morale ne sont pas deux domaines distincts. Ils sont intrinsèquement liés. Une telle conception est généralement peu intéressée par la question de savoir ce que le droit « est » mais davantage par celle de savoir ce que le droit « doit être ». Ou, autrement dit, le *jusnaturalisme* est par-dessus tout une théorie de la justification du droit généralement fort peu soucieuse de fournir une ontologie du droit. Son obsession est que le droit soit appliqué conformément à des exigences morales substantielles ; savoir ce qu'est la structure ou l'institution juridique, ou encore savoir comment cette structure s'articule apparaît aux yeux des *jusnaturalistes* ne constituer qu'un problème contingent et susceptible de trouver des solutions

différentes et variées. Cependant, traditionnellement, le jusnaturalisme est lié à l'impérativisme, dans la mesure où, en même temps que le jusnaturalisme fixe le critère substantiel supérieur pour le contenu des règles, ces mêmes règles sont très souvent pensées comme le commandement émanant d'un souverain obligé de suivre les prescriptions du droit naturel. On peut donc conclure de façon plausible que le jusnaturalisme défend une conception hiérarchique du droit dans la mesure où l'élément fondamental de la pratique juridique est le commandement et où, à la fois, le droit est ordonné hiérarchiquement de sorte que le droit positif se trouve dans une position inférieure et est subordonné au droit naturel.

Herbert Hart, quant à lui, conteste ces quatre doctrines. (i) Contre l'impérativisme, celui de la théorie analytique du droit de John Austin, c'est-à-dire la théorie qui voit le droit comme un ensemble d'ordres appuyés de la menace d'une sanction et émanant d'une autorité politique supérieure, il formule quatre objections principales. (a) « Il est certain, écrit-il, que toutes les règles de droit n'ordonnent pas aux gens de faire ou de ne pas faire quelque chose ».⁴ Il existe par exemple des lois qui confèrent aux simples particuliers le pouvoir de faire des testaments, de conclure des contrats ou des mariages, qui leur offrent des facilités. (b) « Il est certain - et c'est la seconde objection - que toutes les règles de droit ne font pas l'objet d'un acte de promulgation et qu'elles ne sont pas toutes l'expression de la volonté de quelqu'un » comme le sont les ordres généraux [dont se compose le modèle d'Austin].⁵ La coutume, par exemple, bien qu'occupant une place modeste dans les systèmes juridiques les plus modernes, ne peut pas être conçue comme un commandement. Un commandement est imputable à une personne, la coutume ne l'est pas ; un commandement est un acte intentionnel, la coutume ne l'est pas. Un commandement est une action délibérée, voulue ; une coutume n'est pas un acte voulu : c'est plutôt un acte subi. (c) « Il est certain que - c'est la troisième objection - même quand elles consistent en des lois ayant fait l'objet d'une délibération, les règles de droit ne constituent pas nécessairement des ordres exclusivement adressés à autrui ».⁶ Par exemple, « l'acte de légiférer / . / peut parfaitement bien posséder cette force d'obliger ses auteurs. Il n'y a, en l'activité du législateur, rien qui essentiellement ne concerne qu'autrui ».⁷ Il y a une étroite analogie entre une promesse - par laquelle nous nous obligeons nous-mêmes à adopter un certain comportement - et une disposition législative - qui s'applique généralement à tous les citoyens (législateurs inclus). (d) « Enfin - quatrième objection - les lois doivent-elles, pour être des règles de droit, exprimer réellement les véritables désirs, intentions ou

⁴ Hart (2005 : 45).

⁵ Hart (2005 : 45).

⁶ Hart (2005 : 45).

⁷ Hart (2005 : 61).

souhaits d'un législateur ? ». Dès l'instant que toute législation, par exemple, émane de corps collectifs complexes, doit-on reconnaître à chaque corps la capacité d'exprimer des émotions, des désirs et des intentions ? « un acte législatif régulièrement adopté ne constituerait-il pas du droit si /.../ ceux qui l'ont voté n'en connaissaient pas la signification ? ».⁸

Jusqu'à maintenant, j'ai dit que le concept de droit de Hart pouvait être compris comme une réaction aux quatre grandes théories du droit : l'impérativisme, le formalisme, le réalisme et le jusnaturalisme. J'ai aussi expliqué en quoi consistaient ces quatre doctrines et quelles relations elles entretiennent avec le modèle hiérarchique de la pratique juridique. Et j'ai également présenté la ligne d'attaque de Hart contre l'impérativisme qu'il développe à l'aide de quatre objections.

Je souhaite désormais continuer en illustrant la réponse que Hart adresse aux trois autres doctrines, le formalisme, le réalisme et le jusnaturalisme. Pour cela, je souhaite présenter les principes de la philosophie du droit de Hart que je tiens pour essentiels. Ils sont, me semble-t-il, au nombre de six : (i) le *normativisme*, c'est-à-dire, le caractère central de la notion de norme ou de règle en droit ; (ii) le *caractère central du point de vue interne* au regard des règles et de la pratique juridique ; (iii) la *distinction entre les règles primaires et secondaires* et la priorité tant pratique que conceptuelle accordée aux secondes par rapport aux premières ; (iv) ce que l'on appelle la *thèse sociale* et la règle de reconnaissance ; (v) un *scepticisme modéré à l'égard des règles* du moins en ce qui concerne le raisonnement judiciaire ; (vi) une *méta-éthique non cognitiviste*.

(i) Permettez-moi d'expliquer ces termes l'un après l'autre. Commençons par « normativisme ». Pour comprendre ce terme, on doit se référer à un exemple que Hart donne au chapitre quatre du *Concept de droit*. Il y propose de reconstruire conceptuellement une société selon le modèle proposé par l'impérativisme. Imaginons une communauté dans laquelle un souverain adresse des ordres à la population et où la population a l'habitude d'obéir à ses ordres. Hart appelle ce souverain Rex.

Puis survient le jour funeste de la mort de Rex où lui succède Rex II. Ce dernier commence, comme son prédécesseur par adresser des ordres et à affirmer que ceux-ci constituent le droit de la communauté. Pourtant, le gouvernement de Rex II est trop récent pour qu'on puisse considérer qu'il y a, dans la société, une habitude d'obéir à ses commandements. Et puisqu'une telle habitude est la condition qu'exige l'impérativisme pour identifier une règle comme juridique, on devrait conclure que sous le règne de Rex II, ou du moins à ses débuts, il n'y a pas de droit. Or, une telle conclusion est difficilement défendable si l'on veut rendre compte du caractère permanent du droit.

8 Hart (2005 : 45).

Si on devait abandonner l'idée que le droit est plus ou moins permanent, on le priverait d'une de ses principales fonctions, celle d'organiser et de stabiliser une société. Dès lors, le modèle impérativiste simple d'une société dirigée par Rex et qui serait hautement hiérarchisée est voué à l'échec. Pour expliquer la stabilité et la permanence du droit, on doit introduire un nouveau concept : celui de règle ou de norme. Ainsi, a-t-on besoin de fonder la stabilité du système juridique non pas tant sur les habitudes que sur les règles. Mais quelle est la différence entre une habitude d'un côté et une règle de l'autre ? Il y a au moins trois traits qui permettent de les distinguer.

(1) « En premier lieu, *pour que le groupe ait une habitude, il suffit que les comportements de ses membres convergent en fait*. Il n'est pas nécessaire que les déviations par rapport au comportement régulier fassent l'objet d'une forme quelconque de critique ».⁹ Lorsque des règles existent en revanche, une déviation par rapport au comportement régulier *est considérée* comme une faute.

(2) « En deuxième lieu, lorsque de telles règles existent, toute déviation par rapport à la norme ne donne pas seulement lieu en fait à cette critique, mais elle est aussi considérée comme une *bonne raison* de développer cette critique ».¹⁰ Les règles sont de bons arguments dans un discours de justification ; les habitudes sont de bons arguments dans un discours (causal) d'explication. Les règles sont de bonnes raisons pour l'action ; les habitudes sont des causes ou des motifs de conduite. Tandis qu'une raison permet une réflexion critique à l'égard d'une suite d'actions, une cause ou un motif ne le fait pas.

(3) Le troisième trait qui distingue les règles sociales des habitudes est /.../ un trait que nous appellerons l'*aspect interne* des règles. Lorsqu'une habitude est générale dans un groupe social, cette généralité n'est qu'un fait relatif au comportement observable de la plupart des membres de ce groupe. Afin qu'une telle habitude puisse s'établir, il n'est nullement nécessaire que les membres du groupe soient attentifs à la généralité du comportement, ni même qu'ils sachent que ce comportement est général, ni encore moins, qu'il s'efforcent de l'enseigner ou qu'ils cherchent à le maintenir. Il suffit que chacun agisse pour sa part de la manière dont les autres agissent également. Au contraire, pour qu'une règle sociale existe, il faut qu'au moins certains d'entre eux considèrent le comportement en question comme un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble.¹¹

Les règles ont un aspect interne que l'on ne trouve pas dans les habitudes. Cet aspect interne, cependant, ne saurait être expliqué en termes de sentiments, et notamment de sentiments de contrainte (comme le font les réalistes scandinaves).

⁹ Hart (2005 : 74). Mes italiques.

¹⁰ Hart (2005 : 74). Italiques de Hart.

¹¹ Hart (2005 : 75).

Il n'y a aucune contradiction à dire que les gens acceptent certaines règles, mais n'éprouvent à leur sujet aucun sentiment de contrainte. Ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto-critique), dans les réclamations qu'on s'y conforme, et dans le fait qu'on reconnaisse que ces critiques et réclamations sont justifiées.¹²

La notion de règles ou de norme, le normativisme donc, selon Hart, sert d'alternative conceptuelle à la fois aux commandements (impérativisme) et aux habitudes (réalisme). Les règles sont des alternatives aux commandements, afin d'expliquer le caractère général, impersonnel et auto-contrainant des règles de droit et des instruments juridiques. Les règles sont en outre une alternative aux habitudes afin d'expliquer la justification, l'attitude de réflexion critique et leur *aspect interne*.

(ii) Le second principe fondamental de la théorie de Hart après le « normativisme » est ce que l'on appelle le « point de vue interne ». Ce principe est lié à l'aspect interne des règles dont je viens de parler. Pour appréhender le droit et concevoir une conduite comme liée à une règle de droit, comme juridique, nous devons adopter un point de vue interne. Cela signifie que nous devons d'abord et avant tout considérer l'aspect interne de la règle. Une règle est d'une part la somme d'une régularité de conduites, une uniformité de comportements et, de l'autre, l'idée que cette conduite est obligatoire, quelle constitue un modèle de comportement. La différence entre une règle et une simple habitude tient seulement au fait qu'une simple habitude ne dépend que d'une uniformité de comportements et *rien d'autre*.

On peut, par exemple, admettre que de nombreux individus ont tendance à utiliser l'air conditionné lorsqu'ils conduisent une voiture dans la chaleur de l'été. Cela est d'une certaine façon une régularité, une simple habitude, mais non une règle. Si je conduisais sous la chaleur sans pourtant utiliser une voiture équipée de l'air conditionné, je serais peut-être considéré comme un excentrique inoffensif ou, qui sait, avare. Mais nul n'oserait m'accuser de commettre une faute ou d'agir de manière préjudiciable. Dans une telle situation, je risque d'être critiqué pour mon imprudence, ou parce que je n'agis pas ou ne vis pas d'une façon confortable, mais non parce que je suis injuste ou en tort ou parce que je viole une règle. En réalité, c'est la possibilité même de la dernière critique, celle de violer une règle, qui manifeste la présence d'une règle (juridique).

Le point de vue juridique, dans ces conditions, ne saurait se référer aux seules régularités - telles celles recommandées par les réalistes qui interprètent le droit comme une prédiction de comportements - ou à un simple fait indépendant de toute règle tel qu'un pur acte de décision. Le point de vue juridique a besoin de porter son attention sur l'aspect interne, il a besoin de reconnaître l'existence

12 Hart (2005 : 76).

d'attitudes critiques quant aux formes de comportements afin de se donner les moyens d'identifier un élément constitutif d'une conduite normative, juridique. Cette approche est appelée par Hart le « point de vue interne » et grâce à elle, Hart attaque et parvient à battre l'école de théorie réaliste du droit, quelles qu'en soient ses variantes.

(iii) Après le normativisme et le point de vue interne, le troisième principe fondamental de la théorie juridique de Hart est la *distinction entre les règles primaires et secondaires*. Lorsqu'on a examiné la critique de Hart à l'égard de l'impérativisme, on a vu qu'il soulignait et mettait en évidence la diversité des règles de droit. Ainsi, tandis que l'impérativisme suit une stratégie réductionniste, en tentant d'enfermer la grande variété des règles dans une forme unique - un commandement ou un ordre assorti d'une sanction et renforcé par une habitude d'obéissance - l'approche de Hart est ouverte à la diversité dans le domaine juridique.

On a vu qu'il souligne, par exemple, l'existence et la pertinence des règles qui n'ordonnent rien mais permettent aux citoyens de jouir de certaines facilités ou habilitent ces derniers à exercer certains pouvoirs ou certaines compétences. Hart met particulièrement en évidence deux types fondamentaux de règles : (a) les règles qui prescrivent une certaine conduite, (b) les règles qui confèrent des pouvoirs (tant aux autorités qu'aux individus ordinaires). Selon Hart, toute tentative visant à voir les règles qui confèrent des pouvoirs comme des parties ou des fragments de règles qui prescrivent une conduite finit par déformer l'image du droit et de ses fonctions. La théorie qui propose de considérer les règles d'habilitation comme des parties ou des fragments de règles qui prescrivent une conduite est celle défendue par Kelsen - le principal représentant du formalisme juridique.

[Les] expédients, tels que le fait de traiter les règles d'habilitation comme étant de simples parties de règles imposant des obligations, ou de traiter toute règle comme s'adressant exclusivement aux autorités, déforment la façon dont on parle, dont on considère et dont on fait réellement usage de ces règles dans la vie sociale. Cette conception - ajoute Hart - ne faisait pas valoir de meilleurs titres à être admise que la théorie selon laquelle toutes les règles d'un jeu seraient "en réalité" des directives adressées à l'arbitre ou au marqueur.¹³

Hart appelle les règles qui imposent des obligations des « règles primaires » et celles qui confèrent des pouvoirs les « règles secondaires ». Seuls les systèmes juridiques primitifs les plus simples peuvent fonctionner uniquement à l'aide des règles primaires. Dès que l'on introduit des expédients pour résoudre des litiges ou pour introduire de nouvelles règles dans le système juridique, on ne peut utiliser de tels expédients qu'à la condition d'assumer la validité des règles qui confèrent le pouvoir de faire des règles et de les appliquer. De là, Hart consi-

13 Hart (2005 : 100).

dère qu'il y a trois grandes catégories de règles secondaires : (i) les règles de « décision » (*adjudication*); (ii) des règles de changement ; (iii) des règles de reconnaissance. (i) Les règles de « décision » confèrent aux juges le pouvoir d'appliquer la loi et de résoudre des litiges. (ii) Les règles de changement confèrent aux citoyens et aux autorités le pouvoir de modifier l'état du droit positif en introduisant de nouvelles règles, de nouvelles lois. Elles confèrent donc des pouvoirs législatifs. (iii) Un cas à part est celui de la règle de reconnaissance. Elle joue un rôle comparable à celui de la *Grundnorm* que Kelsen place au sommet de la pyramide représentant le système juridique.

Grace à cette règle de reconnaissance, nous sommes en mesure d'identifier les règles qui appartiennent à un ordre juridique particulier et pouvons ainsi leur reconnaître une pleine validité. C'est en ce sens qu'on peut dire que la règle de reconnaissance joue le même rôle que la *Grundnorm* de Kelsen. Il y a cependant deux différences majeures au regard du formalisme de Kelsen :

(a) la règle de reconnaissance ne place pas nécessairement les règles qu'elle permet d'identifier dans un ordre hiérarchique. Bien sûr, la règle de reconnaissance est épistémologiquement antérieure aux règles qu'elle permet d'identifier : pour autant, ces règles ne se déploient pas selon une hiérarchie telle que l'une tire sa validité de l'autre. Il est possible que certaines règles, par exemple des lois ou des règlements, dérogent à d'autres, la coutume ou le *common law* par exemple. Cela ne signifie pas pour autant, selon Hart, que le *common law* tire son caractère juridique ou sa validité de la législation écrite. Cela étant, le *common law* étant dans le système juridique anglo-saxon le fondement des décisions de justice, on pourrait inférer d'une telle remarque que le pouvoir judiciaire n'a pas besoin, dans la conception que se fait Hart de la pratique juridique, d'être soumis aux règles générales résultant du droit écrit.

(b) L'autre différence avec la théorie « pure » du droit de Kelsen est que la règle de reconnaissance n'est pas une fiction ou un pur présupposé (logico-transcendantal). Elle est au contraire une règle réelle, positive, effective. Ce dernier point établit également une différence à l'égard de toute sorte de réalisme : la règle de reconnaissance est vraiment vue par Hart comme étant du « droit » et non pas une simple « source du droit » qui ne peut être transformée en droit que grâce à l'interprétation.

(iv) Nous en arrivons maintenant au quatrième principe fondamental de la théorie de Hart. C'est ce que l'on appelle la thèse sociale. La règle de reconnaissance selon lui est une pratique sociale, un fait social - ce n'est pas seulement une règle formelle (comme c'est le cas dans la doctrine de Kelsen). La validité de toute loi et autre source du droit est donc fondée sur la pratique, sur des faits sociaux. C'est également l'argument principal avec lequel Hart et ses successeurs, tel Joseph Raz, défendent le positivisme juridique. Avec la thèse sociale, le droit n'est pas considéré comme un phénomène idéal (comme le font les doctrines

jusnaturalistes) mais est perçue comme un fait éminemment empirique et positif. Les lois, les règles de droit notamment, tirent leur validité de cette source empirique élémentaire.

(v) L'autre idée, étroitement mêlée à cette thèse sociale, est celle selon laquelle le droit n'est pas conceptuellement lié à la morale. Comme on le sait, Hart défend une méta-éthique radicalement anti-cognitivistique. La méta-éthique - il est à peine besoin de le rappeler - concerne l'étude du statut logique et épistémologique des propositions éthiques et morales. Au sein de la méta-éthique, on distingue deux grands courants : le cognitivismisme d'un côté, selon lequel les énoncés éthiques sont le produit de la connaissance, le produit d'une activité cognitive et peuvent donc être aussi objectifs que des énoncés empiriques. De sorte que les deux énoncés suivants : « Georges W. Bush est un Président américain » et « la guerre de Georges W. Bush contre l'Irak est injuste » ont le même statut épistémologique et plus ou moins la même prétention à l'objectivité. En définitive, le cognitivismisme en méta-éthique tend à devenir un réalisme moral, une ontologie selon laquelle les entités morales existent bel et bien.

Contre le cognitivismisme, l'anti-cognitivismisme insiste sur la différence logique entre un énoncé de fait (« ils bombardent Bagdad ») et un énoncé de valeur (« ils ne devraient pas bombarder Bagdad »). Hart adopte - on l'a dit - une conception anti-cognitivistique radicale. Il explique (a) *primo* que les énoncés de fait sont profondément différents des énoncés de valeurs ; (b) *secundo* que nous ne pouvons pas logiquement dériver un énoncé de valeur d'un énoncé de fait. Ainsi, par exemple, du fait que quelque chose est, on ne peut pas dériver que cela doit être. De ce que les soldats américains torturent les prisonniers irakiens, on ne peut légitimement pas déduire qu'ils ont - ou que quiconque a - le droit de le faire.

Une telle attitude anti-cognitivistique est considérée comme une arme redoutable qui est d'ailleurs parvenue à terrasser le jusnaturalisme. Car en fait, le jusnaturalisme croit que les règles juridiques sont dérivables d'entités ou substances naturelles de sorte qu'il existerait une hiérarchie de règles gravée dans le marbre et que la règle première d'une telle hiérarchie devrait être exprimée sous la forme d'un énoncé sur le monde. Les hiérarchies de règles sont ici statiques ou, si vous préférez, prédéterminées et substantielles. L'anti-cognitivismisme, au contraire, rend concevables des relations entre règles qui soient dynamiques et formelles.

J'ai jusqu'à maintenant confronté les quatre grandes doctrines de la théorie du droit à celle de Hart : l'impérativisme, le réalisme, la théorie pure de Kelsen, le jusnaturalisme. J'ai ensuite présenté les cinq principes fondamentaux de la doctrine de Hart : le normativisme, le point de vue interne, la distinction entre règles primaires et secondaires, la thèse sociale et l'anti-cognitivismisme. Chaque principe est une arme destinée à renverser les positions théoriques que j'ai déjà

énumérées. Le normativisme vise à la fois l'impérativisme et le réalisme ; la distinction entre les règles primaires et secondaires est utilisée à la fois contre la théorie analytique d'Austin et le formalisme de Kelsen ; il en va de même de la thèse sociale qui vise particulièrement le formalisme tandis que l'anti-cognitivism méta-éthique est une attaque en règle contre le jusnaturalisme. Mais j'ai laissé de côté un cinquième principe fondamental chez Hart : le scepticisme à l'égard des règles.

Selon Hart, les règles ont une signification sémantique. Cette signification consiste dans un noyau dur où ce qui est signifié est clair, précis et sans ambiguïté. Si un cas correspond à ce noyau dur, la décision judiciaire trouvera dans la règle une réponse appropriée. Il existe cependant des cas difficiles (*hard cases*) où nous avons alors affaire à la signification périphérique de la règle. Il n'y a ici aucune détermination de la signification mais une pénombre, un flou, une ambiguïté. Si, par exemple, à l'entrée d'un jardin public on tombait devant un panneau portant « Véhicules interdits », il semblerait assez clair de dire qu'une telle règle interdit aux gens de conduire une voiture dans l'enceinte du jardin. Mais qu'en sera-t-il des bicyclettes, des fauteuils roulants qui sont, sans aucun doute, des véhicules ? Et que dire de l'installation dans le jardin d'un tank américain comme monument célébrant la libération de Bagdad en avril 2003 ?

Dans de tels cas, Hart explique que les règles ne sont plus à même de guider la décision du juge. Le pouvoir discrétionnaire de ce dernier prend le pas sur la règle formelle. Par là, Hart porte un coup considérable à la thèse formaliste qui tend à croire que les juges ne décident pas vraiment mais se bornent à appliquer les lois ; bien que le coup soit esquivé par la théorie pure de Kelsen qui défend au contraire l'idée que les juges disposent d'un pouvoir de création du droit en ce qui concerne du moins la solution du litige. De l'autre côté, Hart parvient à un compromis avec la thèse réaliste qui affirme que le pouvoir concret de création du droit se trouve dans les mains des juges et que ces derniers *décident* à chaque fois et pas seulement dans les cas difficiles. Cependant, en réintroduisant par la fenêtre le pouvoir de création des juges qu'il avait commencé à faire sortir par la porte, Hart doit faire face à une alternative délicate. Dans les cas difficiles, le droit n'est plus une question de règle primaire mais seulement de règles secondaires et plus particulièrement de règles de décision.

La règle de décision est une règle parasitaire comme le dit Hart lui-même ;¹⁴ afin de donner corps au jugement elle renvoie à un autre genre de règles (plus substantielles). La pénombre selon Hart est un défaut propre aux règles primaires. Dans de tels cas, on y déroge par des règles secondaires. Ces dernières sont néanmoins vides tant que les questions de fait sont en cause. Or, comment le juge peut-il décider sans critère substantif ? Comment le parasite peut-il vivre sans l'objet dont il est le parasite ?

14 Hart (2005 : 101).

L'alternative est alors celle-ci : ou bien on admet qu'il existe de forts critères moraux objectifs, mais on s'expose au travers du jusnaturalisme ; ou bien on admet que le juge peut décider arbitrairement, que « tel est son bon plaisir », mais on verse alors dans la version radicale du réalisme juridique. Dans les deux cas, la règle de reconnaissance, désormais réduite à la seule identification de l'organe judiciaire, ne pourra pas nous donner un principe de validité. Certains pourraient considérer que tant que le juge est habilité par la règle de reconnaissance, tout est pour le mieux. Cependant, même dans ce cas, on ne disposera pas d'un principe ou d'une règle de validité, puisqu'une telle règle devrait valoir également pour le juge (pour que ce soit vraiment un principe de validité, c'est-à-dire une prescription obligatoire pour ceux qui ont à l'utiliser). Une telle règle devrait être capable de guider la conduite des juges, c'est-à-dire de limiter ou de contraindre cette conduite. Mais une règle qui se borne à les habilitier à faire tout ce qu'ils veulent faire ne peut malheureusement pas jouer ce rôle de contrainte. De l'autre côté, comme Hart le reconnaît lui-même, « la distinction même entre l'incertitude d'une règle particulière et l'incertitude du critère utilisé pour l'identifier comme étant une règle du système, n'est pas claire dans tous les cas ».¹⁵

Commentons encore une fois avec les quatre grandes doctrines auxquelles Hart s'oppose : (i) l'impérativisme ; (ii) le réalisme ; (iii) le formalisme ; (iv) le jusnaturalisme. J'aimerais maintenant voir, d'abord, comment ces quatre doctrines se comportent - si l'on peut dire - à l'égard du droit international.

(i) L'impérativisme - on l'a déjà dit - voit le droit comme n'étant rien d'autre qu'un ensemble de commandements ou d'ordres assortis de menaces d'une sanction et dont l'auteur détient le pouvoir politique suprême, i.e., la souveraineté. Dans cette conception, le droit se caractérise par deux traits essentiels : il est fondé sur la force ; il est posé par un pouvoir souverain.

Appliquée au droit international, cette conception nous conduit nécessairement à des conclusions pessimistes puisqu'en droit international il semble n'y avoir ni sanction ni pouvoir souverain ; la conclusion qu'en tireraient les tenants de l'impérativisme est que le droit international n'existe pas. À cet égard, permettez-moi de citer quelques phrases de John Austin, le grand théoricien de la théorie analytique du droit :

le droit international, ou le droit qui a cours entre des nations, concerne la conduite des souverains entre eux. De là, il découle inévitablement que le droit qui s'applique entre nations n'est pas du droit positif : car tout droit positif est imposé par un souverain donné à une ou des personnes qui se trouvent dans un état de soumission à ce souverain. Comme je l'ai déjà laissé entendre, le droit qui a cours entre nations est (de manière impropre) du droit posé par l'opinion générale. Il fait respecter les obligations qu'il impose par des sanctions morales : par la crainte de la part des nations, des autres

15 Hart (2005 : 166).

souverains, la crainte de provoquer une hostilité générale et d'encourir d'éventuelles représailles en cas de violation des maximes admises et respectées par tous.¹⁶

Ainsi, selon Austin, le droit international n'est-il pas « vraiment » du droit, mais seulement une « morale positive ». Il est intéressant de rappeler que le théoricien anglais avait le même jugement concernant le droit constitutionnel. Le droit constitutionnel n'est pas non plus « vraiment » du droit, mais seulement une « morale positive ». Cette conclusion est réellement inquiétante.

(ii) Le réalisme juridique ne s'intéresse en général pas au droit international. Cependant, dans la mesure où le réalisme juridique se fonde sur le réalisme politique, il tend à dénier ou minimiser le statut juridique du droit international. Le réalisme politique a une conception des relations internationales selon laquelle ces relations seraient régies uniquement par l'intérêt des gouvernements ou des États et de tels intérêts seraient fondamentalement le produit d'un désir de pouvoir absolu. De sorte que pour le réalisme politique, le droit international ne peut qu'être un expédient pour acquérir ou maintenir le pouvoir de l'État et ne saurait en aucun cas soumettre un tel pouvoir à une règle de droit équitable. Il est donc condamné à hésiter - pour reprendre une expression récente - entre l'apologie et l'utopie. À cet égard, on peut ici évoquer la figure de deux éminents réalistes scandinaves : le suédois Karl Olivecrona et le danois Alf Ross. Pour le premier, le droit international était quelque chose derrière lequel se cachait la *Grossraumordnung* de Carl Schmitt, l'hégémonie impériale.¹⁷ Pour le second, « le droit entre les États (le droit international) appartient à une catégorie différente du droit national et ne possède pas la capacité de ce dernier à canaliser les intérêts et les aspirations ».¹⁸

(iii) La position de Kelsen est plus complexe et plus élaborée. En réalité, Kelsen fut l'un des plus grands juristes de droit international de son temps et il a beaucoup écrit sur le sujet. Je voudrais rappeler son immense traité sur les Nations Unies, de près de mille pages. Kelsen fut, de même, fortement impliqué dans la mise en place du procès de Nuremberg dont il critiqua pourtant le déroulement. D'après Kelsen, il n'y a aucune difficulté conceptuelle à considérer le droit international comme une forme de droit achevée. On pourrait rappeler que selon lui, les règles sont juridiques seulement si elles sont susceptibles de sanction. Or, le principal argument contre le droit international consiste justement à dire qu'il ne prévoit aucune sanction. Kelsen rejette cet argument. Le droit international, dit-il, fournit une forme spécifique de sanctions. C'est la guerre. Notez, je vous prie, que la guerre est ici légale tant quelle constitue une réaction à une violation du droit international. Dans ces conditions, la conséquence importante d'une telle conception est qu'une guerre préventive ou d'an-

¹⁶ Austin (1954 : 201).

¹⁷ Voyez son livre *Europa und Amerika* : Olivecrona 1943.

¹⁸ Ross (1966 : 262).

ticipation, une guerre antérieure à toute violation du droit international, serait illégale.

En ce qui concerne la conception des relations entre le droit international et le droit national, il y a une grande alternative : le dualisme ou le monisme. Le *dualisme* soutient que l'ordre international et l'ordre national sont tous deux juridiques mais qu'ils n'ont pas de relation l'un avec l'autre. Chaque règle de droit est valide dans son domaine et il n'y a entre les deux aucune relation de supériorité dans un sens comme dans l'autre. C'est, par exemple, la position de la Cour constitutionnelle italienne lorsqu'elle se trouve confrontée à la suprématie que revendique le droit communautaire. Le *monisme*, au contraire, affirme que l'un des deux ordres prévaut toujours sur l'autre, au sens où la validité de l'un est dérivée ou inférée de la validité de l'autre. Comme on le sait, il y a deux genres de monisme : le monisme à *primauté interne* ou *étatiste*, qui affirme que le droit international n'est qu'un dérivé du droit national ou, comme le disait Hegel, « un droit national externe » ; le monisme à *primauté internationale* considère au contraire que le droit national est en quelque sorte subordonné au droit international. La dernière thèse est, on le sait, celle défendue par Kelsen.

Vous vous souvenez que, pour Kelsen, le droit est une pyramide à différents niveaux et au sommet de laquelle se trouve la *Grundnorm*. Le niveau juridique le plus bas est occupé par les décisions des juges ; à un niveau plus élevé se trouve la législation autorisant le pouvoir discrétionnaire des juges ; un niveau encore plus élevé comprend la constitution établissant les règles de création du droit. Et au-dessus du niveau constitutionnel dans cet ordre juridique pyramidal, il y a le droit international. La constitution - selon ce que dit Kelsen, du moins dans quelques-uns de ses travaux - tire sa validité du droit international, en particulier de la norme fondamentale du droit international qui consiste dans ce que l'on appelle le principe d'effectivité. Le principe d'effectivité prescrit de considérer un État réel comme un sujet du droit international lequel est un ordre juridique pleinement valide.

Cela étant, une constitution ne peut être opératoire que si elle est appliquée à un ordre juridique déjà valide. Or, le droit international fournit une telle validité préliminaire. La doctrine de Kelsen, dans ces conditions, reconnaît non seulement le caractère pleinement juridique du droit international mais, en outre, fait d'un tel droit la pierre angulaire de l'ordre juridique positif tout entier.

(iv) Les doctrines jusnaturalistes sont diverses et n'adoptent pas une attitude uniforme à l'égard du droit international. Selon certaines théories, les relations internationales sont très proches de l'état de nature dans lequel vivent les êtres humains avant d'entrer dans l'état civil. Dans l'état de nature, les hommes luttent pour la survie et ne sont régis que par un principe : la préservation de la vie et de soi. Telle est la conception défendue par Thomas Hobbes ou Baruch Spinoza. Jean-Jacques Rousseau n'est pas très loin de partager ce point de vue.

Il y a cependant d'autres doctrines jusnaturalistes, celles défendues par exemple par Vitoria ou Grotius qui supposent un droit valide pour le genre humain tout entier régissant aussi bien les relations entre les peuples que celles entre les États. Pour ce second courant, il ne saurait subsister le moindre doute sur le caractère contraignant et pleinement juridique du droit international.

Quelle est la position de Hart ? Au premier abord, Hart semble adopter une attitude opposée au scepticisme en refusant le dogme de la souveraineté.

L'une des sources les plus permanentes de perplexité quant au caractère obligatoire du droit international - écrit-il au chapitre dix du *Concept de droit* - a résidé dans la difficulté d'accepter ou d'expliquer le fait qu'un État qui est souverain puisse être aussi "lié" par, ou avoir une obligation au terme du droit international. Cette forme de scepticisme est, en un sens, plus extrême que l'objection selon laquelle le droit international n'est pas obligatoire parce qu'il manque de sanctions.¹⁹

Une telle forme de scepticisme, estime Hart, doit être rejetée. En réalité,

la conviction de l'existence nécessaire d'un souverain qui n'est soumis à aucune limite juridique, préjuge d'une question à laquelle nous ne pouvons répondre qu'en analysant les règles qui existent effectivement. La question qui se pose pour le droit national est la suivante : quelle est l'étendue de l'autorité législative suprême reconnue au sein de ce système ? Pour le droit international, la question est la suivante : quel est le champ maximum d'autonomie que les règles accordent aux États ?²⁰

Ainsi, on ne peut commencer par poser une notion définie de la souveraineté puis, dans un second temps, essayer d'évaluer une règle de droit à l'aune de cette notion. On doit plutôt s'attacher spécifiquement au phénomène qu'on veut évaluer sans préjuger de quoi que ce soit.

Hart est donc assez critique à l'égard des théories du droit international qui expliquent ce dernier à l'aide de la notion d'autolimitation de l'État. Telle était la doctrine défendue par le juriste autrichien Georg Jellinek, en fait l'un des maîtres de Kelsen. Contre l'idée de droit international comme produit de l'autolimitation de l'État, Hart présente trois arguments :

(a) l'autolimitation présuppose une notion forte de souveraineté qui empêche de rendre compte de la dynamique concrète du droit international.

Ces théories n'expliquent absolument pas ce qui permet de dire que les États ne "peuvent" être liés que par des obligations qu'ils s'imposent à eux-mêmes, ni pourquoi on devrait admettre cette conception de leur souveraineté, avant tout examen du caractère réel du droit international.²¹

(b) L'autolimitation présuppose des règles déjà en vigueur.

¹⁹ Hart (2005 : 238).

²⁰ Hart (2005 : 241).

²¹ Hart (2005 : 242).

Pour que des mots /.../ puissent fonctionner en certaines circonstances comme une promesse, un accord ou un traité, et ainsi engendrer des obligations et conférer des droits que d'autres individus peuvent revendiquer, il faut toujours qu'existent des *règles* qui disposent qu'un État est obligé de faire tout ce qu'il s'engage à faire à l'aide de mots appropriés.²²

(c) La pratique du droit international est en contradiction avec la doctrine de l'autolimitation. « En troisième lieu, il y a les faits ».²³ Seuls ces derniers peuvent « révéler si cette conception est correcte ou non ».²⁴

En réalité, en droit international il arrive qu'un État se trouve lié à d'autres indépendamment de tout consentement. On peut mentionner deux hypothèses : (i) « l'hypothèse d'un nouvel État » - qui est lié par les obligations générales du droit international ; (ii)

l'hypothèse de l'État qui acquiert un territoire ou subit quelque autre changement qui entraîne, pour la première fois, l'incidence d'obligations découlant de règles qu'il n'a pas eu préalablement la possibilité soit d'observer, soit de transgresser, et auxquelles il n'a pas eu l'occasion de donner ou de refuser son consentement.²⁵

C'est par exemple le cas de tout État qui acquiert un accès à la mer et se trouve dès lors soumis au droit maritime.

Hart identifie ensuite un ensemble de caractéristiques du droit international qui le distingue de la morale. Il entend ainsi répondre aux thèses jusnaturalistes et à celle de John Austin, lequel réduisait le droit international à une « morale positive ». (a) Le premier point est la différence entre les sanctions morales et celles juridiques. La sanction morale en appelle à la conscience des individus, aux sentiments de culpabilité ou à la honte. Ce n'est pas la même chose en droit international. (b) Le deuxième point est l'indifférence morale du droit international.

Les règles du droit international, comme celles du droit national, sont souvent totalement indifférentes d'un point de vue moral. Il se peut qu'une règle existe parce qu'il convient ou qu'il est nécessaire d'avoir une règle établie qui soit claire dans les domaines auxquels elle se rapporte, mais non pas parce qu'on attache quelque importance morale à cette règle particulière.²⁶

(c) Troisièmement, tandis que le droit international est plus ou moins fondé sur la volonté et le changement, la morale ne repose pas sur le consentement. Tandis qu'« il n'est rien dans la nature ou la fonction du droit international qui soit également incompatible avec l'idée que les règles seraient sujettes à un changement législatif », « l'idée même de changement par l'effet d'une volonté

²² Hart (2005 : 242-243).

²³ Hart (2005 : 243).

²⁴ Hart (2005 : 243).

²⁵ Hart (2005 : 268).

²⁶ Hart (2005 : 246).

législative humaine répugne à l'idée de moralité ». ²⁷ La moralité, selon Hart, à la différence du droit, ne peut ainsi être l'objet d'une volonté ou d'une décision ; cette conception est en réalité en contradiction avec sa méta-éthique anti-cognitivist. (iv) Néanmoins, le quatrième point semble quant à lui fondé sur une nouvelle déclaration d'épistémologie anti-cognitivist. Il n'y a, dit-il, aucune obligation morale de laquelle on pourrait purement et simplement inférer le droit international.

D'après son argument, Hart semble favorable à une conception non sceptique du droit international - en d'autres termes, il pense que le droit international est vraiment du droit et qu'il lie ou peut lier les États. Cependant, la conclusion de Hart ne va pas dans cette direction.

Hart entreprend de vérifier que le droit international est un système complexe de normes primaires et secondaires, et non pas un simple un « ensemble » de règles primaires. Hart souligne qu'il n'y a pas de juridiction contraignante permanente en droit international. Dès lors, on ne peut affirmer qu'il existe en droit international une règle qui ressemble à une règle de décision (*adjudication*). Il n'y a pas non plus de corps législatif permanent. Et donc il ne peut y avoir de règle de changement. Enfin, puisqu'on ne trouve nulle part un corps bien établi de règles internationales juridiques fondamentales, on devrait conclure qu'il n'y a aucune règle de reconnaissance.

Pourtant, la présence de règles secondaires à côté des règles primaires est une condition nécessaire à un système juridique développé. Un système juridique avancé, dit Hart, est structuré selon une hiérarchie de règles. Autrement, nous aurions affaire à des systèmes sous-développés, des phénomènes juridiques primitifs, qui ne peuvent même pas être qualifiés de « systèmes ». Ils ne sont que des « ensembles » (statiques) de règles sans coordination ni hiérarchie claires souffrant d'un fort degré d'indétermination. Pour que de telles règles (primaires et secondaires) soient valides, il suffit qu'elles soient acceptées sans qu'il soit besoin de recourir à un principe critique tel qu'une règle de reconnaissance.

Dans la forme la plus élémentaire de société, nous devons attendre pour voir si une règle se fait admettre comme règle ou non ; dans un système doté d'une règle fondamentale de reconnaissance, nous pouvons dire, avant qu'une règle soit effectivement édictée, quelle *sera* valide si elle satisfait aux conditions posées par la règle de reconnaissance. ²⁸

On pourrait cependant se demander s'il est vrai que l'acceptation d'une règle est possible sans une reconnaissance préalable de la règle elle-même. On pourrait encore s'interroger pour savoir si un tel problème est résolu une fois qu'il est transposé au niveau de la « règle de reconnaissance » laquelle, selon Hart,

²⁷ Hart (2005 : 248).

²⁸ Hart (2005 : 252-253).

peut seulement être *utilisée* mais non identifiée à partir du point de vue interne, de sorte que l'affirmation de son existence ne peut relever que du point de vue externe.²⁹ On pourrait enfin objecter qu'une simple acceptation des règles (primaires), comme ce serait le cas pour les ordres primitifs, n'est pas très éloignée d'une simple uniformité de comportements, transformant ainsi une pratique normative en une simple habitude, transformation qui - comme on le sait - est en fait critiquée par Hart lui-même.

Quoi qu'il en soit, l'important pour nous aujourd'hui est de voir qu'en contestant l'existence de règles secondaires en droit international, Hart le condamne à n'être qu'un système juridique « primitif », quelque chose, j'insiste, qui n'est pas très différent de ce que Austin appelait une « morale positive », une forme de « soi-disant droit » comme il avait coutume de dire.

« Il n'existe aucune règle fondamentale fournissant des critères généraux de validité pour les règles de droit international » affirme clairement Hart.³⁰ Certes, des « règles relatives à la force obligatoire des traités » existent, mais elles ne « constituent pas un *système*, [elle constituent] un *ensemble* de règles ». ³¹ Cela signifie que pour lui, comme pour Austin, le droit international n'est pas vraiment du droit ; conclusion pour le moins triste et perturbante. Est-ce donc le sous-secrétaire d'État américain pour le contrôle des armes John Bolton qui aurait raison ?

Dans un *Post-script* à son ouvrage *Le Concept de droit*, écrit plus de vingt ans après la première édition, Hart tente de répondre à la redoutable critique de Ronald Dworkin contre sa philosophie du droit. Hart cherche tout particulièrement à inclure, en plus des règles, les principes dans le droit. Il affirme alors que la règle de reconnaissance peut consister ou contenir des principes moraux. Je ne peux entrer ici plus avant dans la subtile controverse sur cette question. Je voudrais seulement attirer votre attention sur le fait que si l'on admet que la règle de reconnaissance consiste en des principes, l'une des objections de Hart contre le caractère pleinement juridique du droit international - à savoir qu'il n'existerait aucune règle fondamentale fournissant des critères généraux de validité pour les règles de droit international - s'effondre. Une fois que l'on a admis quelle peut consister en des principes et non uniquement en des règles, cette règle pourrait pourtant être fournie par des principes. En réalité, la règle de validité suprême du droit international, sa règle de reconnaissance, tient selon la doctrine en deux principes fondamentaux : *consuetudo est servanda* (on doit se conformer aux règles coutumières) et *pacta sunt servanda* (on doit tenir ses engagements). Là réside peut-être un espoir pour le droit international.

²⁹ Hart (2005 : 126-128).

³⁰ Hart (2005 : 254).

³¹ Hart (2005 : 254). Je souligne.

Permettez-moi de conclure. Le droit est traditionnellement conçu comme une expérience hiérarchique principalement sous deux formes. D'un côté, le droit est vu comme constitué d'ordres et de pure obéissance, ou de pouvoir exorbitant et d'allégeance injustifiée, s'appuyant sur la force et la violence. De l'autre, le droit est conçu comme une expérience faite de raisonnements sophistiqués réservés à une classe, une « élite sociale » pourrait-on dire, des « autorités ». Pourtant, au-delà de ces façons de voir les choses, il existe une troisième approche du droit en termes hiérarchiques : elle consiste à le voir comme un système de règles construit sur différents niveaux et reliées les unes aux autres comme le supérieur à l'inférieur.

Hart refuse clairement la première conception. En s'efforçant de l'expliquer à partir des idées simples de menace ou d'obéissance, dit-il, « on défigure un trop grand nombre d'aspects caractéristiques du droit ».³² Néanmoins, l'idée de Hart qu'un système juridique avancé ne peut être décrit qu'en termes de « règles secondaires » et que de telles règles puissent être à l'origine de la création d'une instance qui aurait le dernier mot quant à la signification du droit renvoie finalement à une espèce de pouvoir discrétionnaire qui n'est pas si éloigné de la notion traditionnelle de commandement.

En ce qui concerne la seconde conception, Hart fait de l'obligation juridique une affaire réservée à un corps spécial d'agents lorsqu'il dit que la règle de reconnaissance vaut seulement pour les autorités publiques et non pour la masse des citoyens.³³ Il réintroduit ici une hiérarchie marquée entre les autorités et les citoyens.

Sa distinction entre les règles primaires et secondaires et la notion de règle de reconnaissance traduit son intention d'emprunter une troisième voie. A-t-il si bien réussi que cela, c'était toute la question.

*Traduit de l'anglais
par Pierre Brunet.***

³² Hart (2005 : 173).

³³ Hart (2005 : 132-133).

** Un grand merci à Marie-Anne Pupin pour son aide précieuse et Richard Moulin pour son « il aguerri ».

Bibliographie

John AUSTIN, 1954 : *The Province of Jurisprudence Determined*. Introduction par H. L. A. Hart.
London : Weidenfeld & Nicolson.

Herbert L.A. HART, 2005 : *Le concept de droit*. Trad. Michel van de Kerchove. 2^{ème} éd. augmentée.
Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis.

Karl OLIVECRONA, 1943 : *Europa und Amerika*.
Berlin : Junker und Dünhaupt.

Alf ROSS, 1966 : *The United Nations: Peace and Progress*. Totowa, N.J. : Bedminster Press.

Kenneth I. WINSTON, 2001 : *The Principles of Social Order : Selected Essays of Lon L. Fuller*.
Oxford : Hart Publishing.

Massimo La Torre*

The Hierarchical Model and H. L. A. Hart's Concept of Law

Law is traditionally related to the practice of command and hierarchy. It seems that a legal rule should immediately establish a relation between a superior and an inferior. This hierarchical and authoritharian view might however be challenged once the phenomenology of the rule is considered from the internal point of view, that is, from the stance of those that can be said to "use" rather than to "suffer" the rules themselves. A practice oriented approach could in this way open up a more liberal, and also somehow less parochial and ideological, road for legal theory. This is - it is argued in the paper - the programme, or better, the promise we can find in Herbert Hart's main work, *The Concept of Law*. The article tries to render this promise more transparent while, nonetheless, not eschewing the blind sides of its narrative and argumentative strategy.

Keywords: international law, rules of law, rule of recognition, imperativism, normativism, realism, internal point of view

To conceive the law as a hierarchical model means first of all putting the fact of command at the heart of legal experience, that is of a power of an inferior over a superior. There is, moreover, a second possibility: that which views the law as the outcome of a social fracture between a class empowered with the authority of making or saying the law and a class whose destiny is much more humble and is that of only obeying or being the addressees of the law thus created. Finally, a further alternative is to conceive of law as a structure of layers, of entities, of *rules* usually, hierarchically disposed, so that one layer draws the reason of its existence or legitimacy or validity from a layer superior to the one considered. These three possibilities are not always present in one single legal theory, though they are not mutually incompatible.

In this paper my task will be to tackle the issue of the hierarchical model in the law from the perspective of H. L. A. Hart's legal philosophy. Herbert Hart - one should not forget it - has become and still is one of the most influential jurisprudents of our times and his views imbue several of the current doctrines of legal practice and legal reasoning. Mine will thus be a presentation and discussion focussing on Hart's concept of law and its relationship to the hierarchical model. It is also intended to be a more general assessment on the fruitfulness of such an approach with special attention to international law.

* mlatorre@unicz.it | Professor in Philosophy of Law at the Law School of Magna Graecia University in Catanzaro (Italy).

Now, before dealing specifically with our subject, two points are important to bear in mind, in order to understand the sense and relevance of the discussion around the concept of law which is the specific function of jurisprudence and legal philosophy. First of all, a discussion about the concept of law is not just a question of theory, or a mere philosophical disquisition without practical effects. The law is not an empirical object, a physical or natural thing. It is rather a human practice ruled and made possible through norms, principles, values, attitudes, ideas. In short, *the law is what we believe is the law and what we practice as the law*.

This means that the law is its concept or, rather, that *the law is the concept of law which we adopt and follow in our conduct*. Therefore, what we accept as the concept of law has a strong, even a dramatic impact on the "hard" law, the law in action, the practice of law. Since the law is strictly, logically, connected with our society's concept of law, the law itself is a matter of discussion and controversy. Law is an essentially contested concept. But the discussion and the controversy about the law and its object are just the domain of jurisprudence and legal philosophy. The adoption of one or the other concept of law has immediate repercussions on the facts of law.

The other point I would like to preliminarily stress is the following. Law is an ambiguous concept and an ambiguous practice. It is imbued with ambiguity. It is on the one side related to violence, force, authority, power, effectiveness, facticity, efficacy, hierarchy. On the other side, however, it is strongly connected with justice and morality, that is with autonomy in some sense. Sometimes we meet, sometimes we face law in the form of a penalty, a prison, a scaffold, electric chair: law here is very much equivalent to coercion and violence.

But law is not just coercion and violence. There is, internal to law, a claim to correctness and justice. Law is there not just in its own right and on its own behalf; we have law not on law's own behalf, but - we might plausibly say - on behalf of a fair scheme of social and human relations. There is - so to say - an utopian element in the law, an ideal state of social practices, which is its sense and its justification. Law therefore is not just force, but it is rather a legitimate force. It is founded on legitimacy and nonetheless needs efficacy.

Now, the history of the concept and the practice of law is the history of the ways, the strategies undertaken to deal with this ambiguity and tension, the history also of their solutions. For instance, if you think of the image ordinary people have of lawyers you will find yourself once more confronted with this ambiguity, with such duplicity. On the one side, a lawyer is seen as a pettyfogger, a rascal obsessed with emptying his clients' pockets, someone whose only real job is obscuring the laws' interpretation, distorting them, for his own personal private interests or in the best case for the private, particular interest of his client. This is the kind of lawyer which inspires Shakespeare's cry "Let's kill

all the lawyers" in *Henry the Sixth, Part Two*. To illustrate this view, please, allow me to read an excerpt from Mary Wollstonecraft book *A Short Residence in Sweden, Norway, and Denmark*:

My head turned round, my heart grew sick, as I regarded visages deformed by vice; and listened to accounts of chicanery that were continually embroiling the ignorant. These locusts will probably diminish, as the people become more enlightened /.../ The profession of law renders a set of men still shrewder and more selfish than the rest; and it is these men, whose wits have been sharpened by knavery, who here undermine morality, confounding right and wrong.

But the lawyer, the advocate, is not only Mary Wollstonecraft's pettyfogger "deformed by vice"; he is also the defendant of the unjustly indicted, the champion of human rights. Absolute kings, dictators and totalitarian States deeply dislike lawyers and advocates, often considered by them to be subversive agents. Others, on the contrary, see lawyers as a specially ethical role. Let us listen to what one great legal philosopher, the American Lon L. Fuller, thinks of the legal profession:

The best definition I ever heard of a lawyer was that given by the young daughter of a friend of mine. A neighbor's child asked what her father did. She said:

- He's a lawyer.
- What's a lawyer?
- A lawyer is a man that helps people.¹

According to Fuller, a lawyers' activity is not fully instrumental; it is not necessarily or conceptually oriented to success and the client's interests. It is rather functional to the good administration of justice.

In arguing cases before courts, he [the *lawyer*] will see his job, not as one of mere persuasion, or of a facile manipulation of legal doctrine, but as one of conveying to the court that full understanding of the case which will enable it to reach a wise and informed decision.²

The two opposed views mentioned of what a lawyer properly is are based on opposed views about the concept of law. For one view, the law is something mainly addressed to the "bad man"; for the other view its main figure is in Hart's words "the puzzled man", a human being who asks "what ought I to do?", and looks for criteria of right conduct.

Another field where the mentioned ambiguity and the tension intrinsic to law is fully and dramatically deployed is the international relations arena, that is international law and legality. Is there an international law, which will consequently be binding on its subjects, States, and their municipal law? For instance, John Bolton, Sub-secretary of State under the G. W. Bush administration denies

1 Winston (2001: 275-276)

2 Winston (2001: 313)

that there is such a thing, while the Secretary General of United Nations, Kofi Annan, seems to defend the opposite stance. But the stance here respectively adopted is a matter of jurisprudence and of what idea of law we hold.

Please, note that the same problem that we have with international law may also be encountered with constitutional law. That is: "Is constitutional law binding on government and officials?"; which is a thorny question, especially once we conceive of the law as a hierarchical chain of command. Once again our answer to such question will depend on our concept of law and on our jurisprudential position.

Now, let us go back to Hart, whose doctrine today is my main subject of interest. In order to better understand Hart's theoretical enterprise, this should be seen - I believe - as a reaction or a response to four main doctrines of the concept of law. These are: (i) imperativism; (ii) realism; (iii) formalism (very well embodied in Hans Kelsen's so-called "pure" theory of law); (iv) natural law.

(i) *Imperativism* is the view according to which the law is a set of commands backed, supported by the threat of a sanction, an evil, and issued by a political superior holding full sovereignty. You might remember that this is the doctrine defended by Jeremy Bentham and by John Austin, and by the whole tradition of the British - so called - analytical jurisprudence. In such a view, the practice of law is shaped in radically hierarchical terms, though not as a hierarchy of rules. In fact, imperativism has many problems in admitting the category of a rule as something distinct from the concrete prescription by superiors and from habit by inferiors.

(ii) *Realism* is a complex compound of diverse doctrines. There are at least - as is well known - both an American and a Scandinavian Realism, the two holding different views. However, Hart intends to respond to the challenge mainly coming from the American realists, although his discussion of legal obligation and the interpretation of this in terms not of feeling compelled, but just as the application of a rule is probably directed against Hägerström's and Olivecrona's writings.

As is well known, the fundamental thesis defended by the American brand of realism is the following. The law is nothing but a prediction about the future conduct of judges. Law is not equivalent to rules, but rather to judicial decisions, or - in another formulation - law is the "law jobs". Law is not law in books, but law in action. According to this view, legal practice revolves around the figure of a judge, and, in a sense, turns out to be not so much an intrinsically hierarchical experience, since the judiciary is here seen as a diffuse and somehow informal social structure. In no case here, however, could we speak of law as hierarchy of rules in logical terms, since life, action, not logic or formalities run the practice of law. There might be a hierarchy of rules in the books; in front of the judge, however, such logicalities are of very little help.

(iii) *Legal formalism* insists that law is a set of rules. Rules here are seen as semantical entities, propositions, *Urteile* - as Hans Kelsen labels them in German, following a Kantian terminology. According to Kelsen - as is well known - a rule has the form of a hypothetical judgment, "if A, then B", where A is the contrary conduct to the one promoted and desired, and B is the prescription of a sanction. According to Kelsen, moreover, rules are structured following a strict hierarchical order. The law for him is a sort of pyramid made up of different layers, each at a different level, where the rules at the lower level derive their validity from the rules at the higher level. At the top of the pyramid there is a special rule, the *Grundnorm* in German, the ground rule, which is the master rule giving validity to the whole system. We are all well acquainted with this doctrine.

Kelsen's main problem is avoiding the fallacy of infinite regress which is a frequent risk in legal formalism. Legal formalism, a variant of legal positivism, conceives of two fundamental sorts of rules: (a) one kind ordering, forbidding, or permitting a conduct; and (b) another kind prescribing a sanction for the case that the first rule is not complied with. In such an approach, however, the legal character of the rules derives from the prescription of a sanction. But if this is the case, a rule ordering a sanction needs to be legal to be backed through a further rule prescribing a sanction, and this one again will be legal only if there is an additional rule backing the former through a sanction; and thus ad infinitum. In order to avoid this regressus ad infinitum, Kelsen conceives the rule as made up of two parts, one hypothetically assuming a state of affairs, and the other part which is the prescription of the sanction. Here there are no longer two rules: one prescribing a conduct, and another ordering a sanction, but there is only one rule, which prescribes a sanction for the case of a given state of affairs taking place. For Kelsen then, legal validity is not the outcome of a rule prescribing a sanction but of a rule given at a higher hierarchical level in the legal pyramidal structure.

However, here again there is the risk of a infinite regress, since we are asked to seek an ever higher rule, a rule superior to the one which we consider legally valid. This is the reason why for Kelsen the *Grundnorm*, the master rule, is not a real positive rule. The *Grundnorm* is rather an epistemological assumption, a logical transcendental assumption in Kantian terms, whose task is to make it possible for lawyers to conceive positive rules as legally valid. The *Grundnorm* closes up the legal system at its summit, by rendering the search for a further higher rule pointless. All this is well known, and it is the typical model which we think of when we articulate the idea of law as a hierarchy of rules.

(iv) Finally, we have *natural law*, as a fourth dominant jurisprudential approach. Natural law has a very long history, and it has been "cooked" - so to say - according to very different recipes. However, we can find a lowest common denominator and this is the following. According to natural law theories, the

legal validity of a rule is mainly connected with its substantive contents and its morality, and such a morality can be ascertained through a mere cognitive exercise. Said in different terms, for natural law the "ought" of law can and should be inferred from the "is" of a moral world or substance or principle accessible to human knowledge. This means that, for natural law, law is (a) either coincident or equivalent with morality or (b) is strongly conceptually connected with the former. Law and morality are not distinct domains. They are intrinsically connected. Such an approach is usually not so much interested in the question of what law "is", but rather in what law "ought" to be. Or, said differently, natural law is above all a theory of the justification of law, being usually much less interested in offering an ontology of law. Its obsession is that the law comply with specific substantive moral requirements; what the structure or the institution of law is, or how this is articulated, is to natural lawyers a matter of expediency and, therefore, is open to multiple and flexible alternatives. However, traditionally natural law is related to imperativism, in the sense that while natural law gives the superior substantial criteria for the content of rules, these same rules are very often thought of as commands coming from a sovereign obliged to follow the prescriptions of natural law. We can thus plausibly conclude that natural law usually defends a hierarchical view of the law, both in the sense that the fundamental piece of legal practice is command, and in the sense that law is hierarchically ordered so that positive law lies in an inferior position and is subject to natural law.

Now, Herbert Hart is critical towards all the four mentioned approaches. (i) Against imperativism, to John Austin's analytical jurisprudence, that is the theory that views law as a set of orders backed by the threat of a sanction and issued by a political superior, he raises four main objections. (a) "Surely - he remarks first - not all laws order people to do or not to do things".³ For instance, there are laws, such as the laws of making wills or on contracts or on marriages, which only offer facilities or confer powers to private individuals. (b) "Surely - and this is his second objection - not all laws are enacted nor are they all the expression of someone's desire" like general orders.⁴ For instance, custom, although a subordinate source of law in most modern legal systems, cannot be conceptualised according to the model of command. A command is personal, custom is impersonal; command is an intentional act, custom is not. A command is a deliberate, intended action; a custom is not a deliberate act: it is rather unintended. (c) "Surely - third objection - laws, even when they are statutes deliberately made, need not be orders given only to *others*".⁵ For instance, "legislation /.../ may perfectly well have /.../ a self-binding force. There is noth-

³ Hart (1994: 26).

⁴ Hart (1994: 26).

⁵ Hart (1994: 26).

ing essentially other-regarding about it".⁶ There is a strong analogy between a promise - by which we bind ourselves to a particular conduct - and a piece of legislation - which applies generally to all citizens (legislators included). (d) "Finally - fourth objection -, must enacted laws to be laws really express any legislator's actual desires, intentions, or wishes?" Since statutes, for instance, are enacted by complex collective bodies, should we ascribe to such bodies a capacity for emotions, desires, intentions? "Would an enactment duly passed not be law if /.../ those who voted for it did not know what it meant?"⁷

So far I have said that Hart's concept of law can be better understood as a reaction to four jurisprudential models: (i) imperativism; (ii) legal formalism; (iii) legal realism; and (iv) natural law. I have already explained what these four models amount to and their relation to a possible hierarchical model of legal practice. And I have also presented Hart's line of attack against imperativism developed along four main objections.

Now, I shall go on by illustrating Hart's response to the other three models, that is to legal formalism, to legal realism, and to natural law. In order to do so, I would like to introduce what are, in my view, the fundamental tenets of Hart's legal philosophy. These in my opinion are the following six: (i) *normativism*, that is, the centrality of the notion of norm or rule in the law; (ii) the *centrality of an internal point of view* with respect to rules and legal practice; (iii) a *distinction between primary and secondary rules*, and the conceptual and practical priority of the latter over the former; (iv) the so-called *social thesis* and the rule of recognition; (v) a moderate *rule-skepticism* as far as judicial reasoning is concerned; (vi) a *non-cognitivist metaethics*.

(i) Allow me to explain these items one by one. Let us start with *normativism*. To understand this we should refer to an example given by Hart in chapter four of his *Concept of Law*. Let's try - he proposes - to reconstruct a society conceptually along the model proposed by imperativism. Let us imagine a community where there is a subject issuing orders to the population, and where the population has the habit of obeying his orders. He himself does not have any similar habit of obedience to any other subject or person. Hart calls this subject issuing orders and receiving habitual obedience, Rex.

Now, one sad day Rex dies and his place is taken by Rex the Second. Rex II starts, like his predecessor, issuing orders and claiming that these are the law of that community. However, since Rex II's government is too recent, we cannot say that there is already in that society a habit of obedience to his orders. And since such habit is a condition for having law according to the imperativistic model, we should conclude that in Rex II's reign, at least in its beginnings, there

⁶ Hart (1994: 42).

⁷ Hart (1994: 26).

is no law. Such conclusion however is hardly tenable, if we want an account of law as a permanent situation.

Should we give up the claim of law as a more or less permanent state, we would deprive law of one of its main functions, which is that of ordering and stabilizing a society. Hence, the simple model of a society directed by Rex, the imperativistic model, which is in a sense highly hierarchical, is doomed to failure. To explain stability and permanence in law we should introduce a new concept: that of rule or norm. We thus need to found the stability of the legal system not so much on habits as rather on rules. But: What is the difference between a habit on the one side and a rule on the other? There are at least three distinguishing discriminating features.

(1) "For the group *to have a habit it is enough that their behaviour in fact converges*. Deviation from the regular course need not be a matter for any form of criticism".⁸ In the case of rules, deviation on the contrary *is* a matter of criticism.

(2) "Where there are */.../* rules, not only is */.../* criticism in fact made but deviation from the standard is generally accepted as a *good reason* for making it".⁹ Rules are good arguments in a discourse of justification; habits are good arguments only in a discourse of (causal) explanation. Rules are reasons for action; habits are causes or motives of a conduct. While a reason offers a reflective grounds for a course of action; and a cause or a motive does not.

(3) The third feature distinguishing social rules from habits */.../* is a feature which */.../* we shall call the internal aspect of rules. When a habit is general in a social group, this generality is merely a fact about the observable behaviour of most of the group. In order that there should be such a habit no members of the group need in any way think of the general behaviour, or even know that the behaviour in question is general; still less need they strive to teach or intend to maintain it. It is enough that each for his part behaves in the way that others in fact do.¹⁰

For a rule to exist, on the contrary, there must be some people in the group at least who intend to follow it and that consider the content of the rule as a general standard of conduct.

Rules have an internal aspect which we do not find in habits. This internal aspect however should not be explained simply in terms of feelings, especially of feelings of compulsion (as it is done, for instance, by the Scandinavian realist school). "There is no contradiction in saying that people accept certain rules but experience no such feelings of compulsion".¹¹

⁸ Hart (1994: 55). Italics are the author's.

⁹ Hart (1994: 55). Italics are in the text.

¹⁰ Hart (1994: 56).

¹¹ Hart (1994: 57).

What is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgments that such criticism and demands are justified.¹²

The notion of rules or norms, normativism thus, according to Hart serves as a conceptual alternative both to commands (imperativism) and habits (realism). Rules are alternative to commands, in order to explain the generality, the impersonality and the self-binding character of laws and legal instruments. Rules, moreover, are alternative to habits, in order to explain the reason-giving, the reflective character of laws and their *internal character*.

(ii) After "normativism" the second fundamental tenet of Hart's approach is the so-called *internal point of view*. This has to do with the internal aspect of rules which I have just mentioned. To approach the law, to conceive a conduct as related to law as legal, we should adopt an internal point of view. This means that we should first, and above all, consider the internal aspect of a rule. A rule is the sum of, on the one side, a regularity of conducts, a convergency of behaviour and, on the other, the idea that that particular piece of conduct is obligatory, that it constitutes a *standard* of behaviour. The difference between a rule and a mere habit is just that a mere habit is given only through a convergency of behaviour *and nothing else*.

We can, for instance, ascertain that many people when driving a car on a hot summer day tend to use air conditioning. This, however, is a regularity, a mere habit, but not a rule. If by driving in a hot climate I do not use a car with air conditioning, I might be considered perhaps a trifle eccentric, or - who knows - stingy. But nobody would dare to accuse me of doing the wrong thing, of acting wrongly. I might in such cases be criticised because of not being prudent, or because of not acting or living in a comfortable way, but not because of being unjust or not right, or of breaking a rule. As a matter of fact, it is the possibility of the latter criticism, the criticism of being wrong, that signals the presence of a (legal) rule.

The legal point of view therefore cannot just refer to external regularities, as it is for instance recommended by legal realists in interpreting the law as the prediction of conducts, or to a mere fact inaccessible to rules as a sheer act of decision. The legal point of view needs focussing on the internal aspect, needs ascertaining the existence of critical attitudes towards forms of behaviour in order to be able to identify a piece of legal, normative conduct. This approach is called by Hart the "internal point of view" and through such an approach Hart attacks and defeats the realist school of jurisprudence in all its variants.

12 Hart (1994: 57).

(iii) After normativism and the internal point of view, the third fundamental tenet of Hart's jurisprudence is the *distinction between primary and secondary rules*. We have seen when dealing with Hart's criticism of imperativism, that he points out and stresses the multiplicity of kinds of legal rules. Whereas imperativism follows a reductionist strategy, trying to compress the great variety of laws in one single form: a command or order backed by a sanction and supported by a habit of obedience, Hart's approach is open to diversity within the legal domain.

We have seen that he points out, for instance, the existence and the relevance of rules which do not order anything but rather make it possible for citizens to enjoy certain facilities or exercise given powers and competences. In particular, Hart singles out two fundamental kinds of rules: (a) rules which prescribe a given conduct; (b) rules which ascribe power (both to officials and to private individuals). According to Hart, any attempt to see the rules which ascribe power as parts, fragments, of the rules which prescribe a conduct ends by offering a distorted picture of law and of its functions. One theory which proposes to consider rules ascribing powers as fragments of rules prescribing conducts (imposing duties) is the one defended by Hans Kelsen - the main representative of legal formalism. "Devices - writes Hart -, such as that of treating power-conferring rules as mere fragments of rules imposing duties, or treating all rules as directed to officials, distort the ways in which these are spoken of, thought of, and actually used in social life".¹³ "This - adds Hart - had no better claim to our assent than the theory that all the rules of a game are "really" directions to the empire and the scorer".¹⁴

Hart calls the rules imposing duties "primary rules", and the rules ascribing power "secondary rules". Only very simple and primitive legal systems can only deal with primary rules. Once we introduce devices to solve disputes or to introduce new rules into the legal system, we can have such devices only if we assume the validity of rules which ascribe law-giving and adjudicating power. Hence, Hart believes that there are three fundamental types of secondary rules, that is, of rules ascribing powers. these are: (i) rules of adjudication; (ii) rules of change; (iii) rules of recognition. (i) Rules of adjudication give judges the power of applying the law and of solving disputes. (ii) Rules of change give citizens and officials the power of modifying the prior state of the law by introducing new rules, new laws. They ascribe, therefore, *legislative* powers. (iii) A special case is that of the rule of recognition. This plays a role comparable to Hans Kelsen's master rule, the Grundnorm, which he put at the top of the pyramid representing the legal system.

Hart (1994: 80).

Hart (1994: 80).

Through the rule of recognition we recognise which rules belong to the given legal order and accordingly we give such rules full legal validity. In this sense Hart's rule of recognition plays the same role which Kelsen attributes to his *Grundnorm*. There are however two major differences with respect to Kelsen's legal formalism:

(a) The rule of recognition does not necessarily place the recognized rules in hierarchical order. For sure the rule of recognition is epistemologically prior to the subsequent rules recognised through it: these rules on their part nonetheless should not be deployed according to a hierarchical order so that the one derives its validity from the other. It is possible that one kind of rule, for instance statutes, legislation, could derogate other kinds of rules, for instance customary or common law. However, this does not imply that common law draws its *legal character and validity* from legislation according to Hart. Now, common law being in the foundational basis for judicial rulings the Anglo-Saxon systems, one might infer from such a remark that judicial power and rulings need not in Hart's view of the legal practice be subject to the general rule posed by statutes and legislation.

(b) Another difference with respect to Kelsen's "pure" theory is that the rule of recognition is not a fiction, or a mere presupposition. It is, in contrast, a real, positive, effective rule. The latter point also marks the distance from some sort of realism: in fact the rule of recognition by Hart is seen as "law", and not just as "source of law" which can only be precipitated into "real" law through (judicial) interpretation.

(iv) Now, we land into the fourth fundamental tenet of Hart's theory. This is the so-called *Social Thesis*. The rule of recognition according to him is a social practice, a social fact - it is not just a formal rule (as it is the case in Kelsen's doctrine). The validity of all law and other sources of law is therefore based on this practice, on such social facts. This is also the main argument for defending legal positivism on the part of Hart and his later followers, for instance those such as Professor Joseph Raz. By the social thesis, law is not considered an ideal phenomenon (as it is the case in natural law doctrines), but it is eminently seen as an empirical, positive domain. In particular, from this perspective laws, legal rules, draw their validity from an empirical social basic source.

(v) Intertwined with the social thesis is the idea that the law is not conceptually connected with morality. As is well known, Hart defends a strong *non-cognitivist metaethics*. Metaethics - there should not be need to recall it - is the study of the logical and epistemological status of ethical or moral statements. Within metaethics there are two opposed approaches: on the one side, cognitivism, according to which ethical statements are a product of cognition, of a cognitive attitude, and can therefore be objective more or less in the same sense as empirical statements. So that for cognitivism to say that : "George W. Bush is

an American President", and to say that: "George W. Bush's war against Iraq is unjust", have the same or a similar epistemological status, that is, more or less the same claim to objectivity. At the end of the day, cognitivism in metaethics tends to become moral realism, an ontology according to which there are moral entities in the world.

Opposed to cognitivism in metaethics there is non-cognitivism, which lays much stress on the logical difference between an is-statement ("they are bombing Bagdad" - for instance) and an ought-statement ("they should not bomb Bagdad", or "their bombing of Bagdad is wrong"). Hart adopts - we know it very well - a strong non-cognitivist view. He argues: (a) first, that is-statements are functionally deeply different from ought-statements; (b) second, that we cannot logically derive an ought-statement from an is-statement. For instance, from the fact that something is the case we could not derive that the same ought to be the case. From the fact that American soldiers torture Iraqi prisoners, we are not authorised to deduce that torturing Iraqis is the right thing to do for American soldiers or for anybody else.

Such a non-cognitivist attitude is considered a sharp weapon by which natural law can be mortally wounded. In fact, natural law believes that (legal) rules are derivable from special or natural entities or states, so that there is a fixed hierarchy of rules and that the master rule of such a hierarchy has to be translated in terms of a statement about the world. Rules hierarchies here are static, or - if you like - somehow predetermined and substantive. Non-cognitivism, in contrast, makes it possible to conceive of rules relationships as a dynamic, procedural process.

Summing up, I have considered four main doctrines of law faced by Hart: imperativism, realism, Kelsen's pure theory, and natural law. I have then discussed the five main tenets of Hart's approach: normativism, the internal point of view, the distinction between primary and secondary rules, the social thesis, and non-cognitivism. Each of these tenets is a tool used to defeat the four jurisprudential positions just mentioned. Normativism is a theoretical device used both against imperativism and realism; the internal point of view and the idea of obligation as subjection to a rule is a weapon against realism; the distinction between primary and secondary rules is used both against John Austin's analytical jurisprudence and against Kelsen's legal formalism; the same holds for the social thesis which is especially opposed to legal formalism; while non-cognitivist metaethics is a formidable line of attack against natural law doctrines. But so far I have skipped the fifth main tenet of Hart's approach, a moderate *rule-scepticism*.

According to Hart, rules have a semantical meaning. This meaning consists of a hard core where what is meant by the rule is clear, precise and unambiguous. If a case deals with this core, the judicial decision will find in the rule a

distinct standard. There are, however, hard cases where we have to tackle the periphery of a rule's meaning. Here there is no determinacy, but a penumbra, that is, vagueness and ambiguity. If, for instance, in a park we are confronted with the rule "vehicles are forbidden", it is clear enough that such a rule prohibits people to drive cars within the park's precincts. But what about bicycles or wheelchairs - which doubtless are vehicles? What about introducing an American tank into the park to build a monument celebrating the liberation of Baghdad in April 2003?

In such hard cases, Hart argues that rules are no longer able to direct the judge's decision. Judicial discretion takes here the upper hand over the formal rule. By this argument Hart inflicts a hard blow to legal formalism believing that judges do not really decide but only apply laws; though the blow is eschewed by Kelsen's "pure" theory which, on the contrary, defends the law-making power of judicial officials as far as the particular ruling is concerned. On the other hand, Hart thus strikes a compromise with legal realism which affirms that the concrete law-giving power are judges, and that these do strongly *decide* each case, not only in hard cases. However, by reintroducing from the window a relevant law-making power for judges previously expelled from the main door, Hart is confronted with an unpleasant alternative. In hard cases, the law is no longer a matter of primary rule but only a question of secondary rule, namely of the rule of adjudication.

The rule of adjudication is a parasitic one - as is said by Hart himself;¹⁵ it refers in order to give shape to the adjudication to another kind of (more substantive) rules. Now, the penumbra according to Hart is an infirmity which plagues exclusively primary rules which in such cases are fully derogated by secondary rules. These, nonetheless, are empty as far as the hard matter of the case is concerned. But how could the judge decide without substantive criteria. How can the parasite do without its exploited object?

The alternative is then to state: either that there are strong objective moral criteria, but we shall thus fall into a kind of natural law approach; or that the judge can decide fully arbitrarily, according to the "tel est mon plaisir" formula, but we shall thus be taken back to legal realism in its most radical variant. In both cases the rule of recognition, now reduced to the mere indication of who is the judicial organ, will not be able to give us a standard of validity. One could argue that if the judge is empowered by the rule of recognition everything will be all right. However, even in this case, we will not have a standard or rule of validity, since such a standard should be able to hold also for the judge (if it is a standard, that is a self-binding prescription for those who use it). It should thus be able to direct judges' conduct, that is, to limit or bind such conduct. But a rule just empowering the judges whatever they would like to rule cannot un-

15 Hart (1994: 81).

fortunately play this role. On the other hand - as it is acknowledged by Hart himself - "the distinction between the uncertainty of a particular rule, and the uncertainty of the criterion used in identifying it as a rule of the system, is not itself, in all cases, a clear one".¹⁶

Let us start once again with the four main doctrines which Hart is opposed to: imperativism, realism, Kelsen's legal formalism, natural law. I would now like to see first how these four doctrine behave - so to say - in the domain of international law.

(i) Imperativism - as we know already - is the view according to which the law is nothing but a set of commands or orders backed by the threat of a sanction and issued by a subject holding a supreme political power, that is, *sovereignty*. In this view two are the distinguishing features of law: that it is backed by force, by sanctions; that it is the outcome of a sovereign power.

Now, as far as international law is concerned, such view leads to quite pessimistic conclusions. Since in international relations it seems that there are no sanctions nor only one sovereign power, the conclusion drawn by the imperativistic scholar is that there is no such thing as international law. In this respect, let me quote a few phrases by John Austin, the leading theorist of the analytical jurisprudence school:

International law, or the law obtaining between nations, regards the conduct of sovereigns considered as related to one another. And hence it inevitably follows, that the law obtaining between nations is not positive law: for every positive law is set by a given sovereign to a person or persons in state of subjection to its author. As I have already intimated, the law obtaining between nations is law (improperly so called) set by general opinion. The duties which it imposes are enforced by moral sanctions: by fear on the part of nations, or by fear on the part of sovereigns, of provoking general hostility, and incurring its probable evils in case they shall violate maxims generally received and respected.¹⁷

According to Austin, therefore, international law is not "really" law, but only "positive morality". It is interesting to remember that for the British jurist the same holds as far as constitutional law is concerned. Constitutional law too, in his view, is not "really" law, but only "positive morality". A disquieting conclusion indeed.

(ii) Legal realism is not usually much concerned with international law. However, insofar as legal realism is based on *political* realism, it tends to deny or diminish the legal status of international law. Political realism is the view of international relations according to which these are ruled only by governments or State interest, and such interests are fundamentally derived from a will of absolute power. So that for political realism (international) the law can only

¹⁶ Hart (1994: 148).

¹⁷ Austin (1954: 201).

be a device for acquiring or maintaining State power, and never for submitting such power to an equitable rule of law. It is, in short, condemned to sway back and forth between - to use a more recent, fortunate expression - apology and utopia. To this regard we can here recall the view of two prominent Scandinavian realists: a Swede, Karl Olivecrona, and a Dane, Alf Ross. For the former, international law was something behind which lurks Carl Schmitt's *Grossraumordnung*, imperial hegemony.¹⁸ For the latter "the law between states (that is, international law) belongs to a category different from that of national law and lacks the latter's capacity to canalize interests and aspirations".¹⁹

(iii) Much more complex and refined is Hans Kelsen's attitude. As a matter of fact, Kelsen was one of the greatest international lawyers of his time and has published extensively on the subject. I would like to remember his gigantic treatise on the United Nations of nearly a thousand pages. Kelsen was also heavily involved in the legal preliminaries to the Nuremberg trials whose actual proceedings, however, he criticised. Following Kelsen there are no conceptual difficulties in considering international law as a complete form of law. We might remember that according to him rules are legal, are law, only if they deal on sanctions. Now, one of the arguments against the legal character of international law is that there are no proper international law sanctions. Kelsen objects to such view. International law - he says - provides for a specific form of sanctions. This is *war*. Please, note that war here is legal, in so far as it is the reaction to a break of international law. Now, an important implication of such view is that a pre-emptive or anticipatory war, that is, a military intervention prior to an open violation of international law, would be unlawful.

In the conceptualisation of the relationships between international law and municipal law there are two great alternatives: (a) dualism and (b) monism. *Dualism* purports that international law and municipal law are both law, but that they are not related the one with the other. Each law is valid in its own domain, and there are no relations of supremacy in one sense or the other between the two. This is, for instance, the stance taken by the Italian Constitutional Court, when dealing with the alleged supremacy of European Community law. *Monism* by contrast affirms that one of two kinds of law prevails over the other, in the sense that the validity of the one is derived or inferred from the validity of the other. As is well known, there are two kind of monism: *statist monism*, affirming that international law is just a derivation of municipal law, or - as the German philosopher Hegel said - "external municipal law"; *international monism* on the contrary believes that national law is somehow subordinate to international law. The latter position, international monism, is - we know - the one taken by Kelsen.

¹⁸ See his *Europa und Amerika*: Olivecrona 1943.

¹⁹ Ross (1966: 262).

You will remember that for Kelsen the law is a pyramid with different layers and a master rule on the top, the so-called *Grundnorm*. The lowest legal layer is given by judicial decisions; a higher level is the one of legislation authorizing judicial discretion; a still higher level is the constitution setting the rules for law-making. Now, higher than the constitutional level in the legal order pyramid is the international law layer. The constitution - according to what Kelsen says at least in some of his works - draws its validity from international law rules, in particular from the master rule of international law which is given by the so-called principle of effectiveness. The principle of effectiveness prescribes one to consider an effective State as a subject of international law, that is a fully valid legal order.

Now, a constitution can be operative only if it is applied to an already valid legal order - but such preliminary validity is offered by international law. Kelsen's doctrine, therefore, not only recognizes the fully legal character of international law, but in addition makes the cornerstone of the entire positive legal order of such a law.

(iv) Natural law theories are diverse and do not take a uniform attitude towards international law. For some theories, international relations are very like the state of nature where human beings live before entering in a civil state ruled by law. In the natural state subjects strive, fight, for survival and are ruled only by one principle: the preservation of life and, therefore, self-defence. Such is - as is well known - the view held by Thomas Hobbes or Baruch Spinoza. Jean-Jacques Rousseau is not very far from assuming a similar stance.

There are, however, other natural law doctrines - for instance the one defended by Vitoria or Grotius - which assume a law valid for the entire human species regulating as well the relationships between peoples and States. For this second kind of natural law doctrines, then, there could not be any real doubt about the binding, fully legal character of international law.

Now, what is Hart's position? At first Hart seems to assume an anti-sceptical attitude, by refusing the dogma of sovereignty.

One of the most persistent sources of perplexity about the obligatory character of international law - he writes in chapter ten of *The Concept of Law* - has been the difficulty felt in accepting or explaining the fact that a state which is sovereign may also be "bound" by, or have an obligation under, international law. This form of scepticism is, in a sense, more extreme than the objection that international law is not binding because it lacks sanctions.²⁰

Such a form of scepticism - Hart believes - should be rejected. In fact

belief in the necessary existence of the legally unlimited sovereign prejudices a question which we can only answer when we examine the actual rules. The question for

20 Hart (1994: 220).

municipal law is: what is the extent of the supreme legislative authority recognized in this system? For international law it is: what is the maximum area of autonomy which the rules allow to states?²¹

That is, we cannot proceed in a prejudicial way by first posing a given notion of sovereignty and only afterwards trying to measure a law through this standard. We should rather focus directly on the phenomenon which we would like to assess without prejudices of any sort.

Hart then is quite critical of those theories of international law which explain this through the notion of States' self-limitation. Such was, for instance, the doctrine defended by the Austrian scholar Georg Jellinek, actually one of Kelsen's teachers. Against the idea of international law as a product of States' self-limitation Hart presents three arguments.

(a) Self-limitation presupposes a strong notion of sovereignty which is prejudicial to a concrete account of international law dynamics.

These theories - he writes - fail completely to explain how it is known that states 'can' only be bound by self-imposed obligations, or why this view of their sovereignty should be accepted, in advance of any examination of the actual character of international law.²²

(b) Self-limitation presupposes rules already in force.

In order that words /.../ should in certain circumstances function as a promise, agreement or treaty, and so give rise to obligations and confer rights which others may claim, *rules* must already exist providing that a state is bound to do whatever it undertakes by appropriate words to do.²³

(c) The practice of international law is at variance with the self-limitation doctrine. "Thirdly, there are the facts".²⁴ These only "can show whether this view is correct or not".²⁵

As a matter of fact, in international law there are cases where a State is bound independently from any consent of the party bound. These are at least two:

(i) "The case of a new state" - which is bound by the general obligation of international law; (ii)

The state acquiring territory or some other change, which brings with it, for the first time, the incidence of obligations under rules which previously it had no opportunity either to observe or break, and to which it had no occasion to give or withhold consent.²⁶

²¹ Hart (1994: 223-224).

²² Hart (1994: 224).

²³ Hart (1994: 225). Italics are in the text.

²⁴ Hart (1994: 225).

²⁵ Hart (1994: 226).

²⁶ Hart (1994: 226).

This is, for instance, the case of a State acquiring access to the sea and becoming subject to the law of the sea provisions.

Hart in a further move singles out a set of features of international law which makes this different from morality. Hart thus intends to object against both natural law doctrines and especially against John Austin's view of international law in terms of "positive morality".

(a) A first point is the difference between legal and moral sanctions. Morality's sanction is appeal to the individual conscience, leading to feelings of guilt or shame. The same does not apply to international law.

(b) The second point is the moral indifference of international law.

A more important ground of distinction is the following. The rules of international law, like those of municipal law, are quite indifferent. A rule may exist because it is convenient or necessary to have some clear fixed rule about the subjects with which it is concerned, but not because any moral importance is attached to the particular rule.²⁷

(c) A third point is that while international law is based more or less on will and change, morality is not. While "there is nothing in the nature of international law which is inconsistent with the idea that the rules might be subject to legislative change", "the very idea of change by human legislative fiat is repugnant to the idea of morality".²⁸ Thus morality - accordingly to Hart - , differently from law, cannot be just matter of will or decision; a view actually somehow at variance with his proclaimed metaethical non-cognitivism.

(d) Nonetheless, the fourth point seems to centre around a further declaration of a non-cognitivist epistemology. There is - he says - no moral obligation from which we could simply infer international law. Moral obligation does not lay at the root of international law.

Following Hart's arguments up to this point it would seem that he recommends a non-sceptic view towards international law - which in other terms means that international law "really" is law and that it is or can be fully binding on States. However, Hart's conclusions do not take this direction.

Hart's strategy is to assess whether international law is a complex "system", consisting of both primary and secondary rules, and not just a mere "set" of only primary rules. There is no permanent compulsory jurisdiction in international law - points out Hart. Therefore, we cannot affirm that there is anything close to rules of adjudication concerning international law. There is not any permanent law-making body either. Accordingly there cannot be any rule of change. Finally, since we do not find any well established body of fundamental international legal rules, we should also conclude that there is no international rule of recognition.

²⁷ Hart (1994: 229).

²⁸ Hart (1994: 230).

The presence, however, of secondary rules, in addition to primary rules, is a necessary condition for a developed legal system. A mature system of law - says Hart - is one structured along a functional hierarchy of rules. Otherwise, we will have to deal with under-developed, primitive legal phenomena, which do not even deserve to be qualified as "systems". They are only (static) "sets" of rules, without any clear coordination and hierarchy and with a very low degree of determinacy. Such (primary and secondary) rules to be valid are only to be accepted without necessity of recurring to a reflexive standard such as the rule of recognition.

In the simpler form of society we must wait and see whether a rule gets accepted as a rule or not; in a system with a basic rule of recognition we can say before a rule is actually made, that it *will* be valid *if* it conforms to the requirements of the rule of recognition.²⁹

We could however ask whether it is true that acceptance of a rule is practicable without a previous recognition of the rule itself. We could further wonder whether such problem is solved once it is transposed at the level of the "rule of recognition", which - according to Hart - can only be *used* but cannot be identified from the internal point of view, so that the existence of the rule of recognition can only be a question for the external point of view.³⁰ We could also object that a mere acceptance of (primary) rules as it would be the case of primitive legal orders is not very far from a mere convergence of conducts, thus transforming a normative practice into a simple habit - a move - as we know - actually criticised by Hart himself.

Be that as it may, what is important for us today is that Hart, by denying that international law comprises secondary rules, condemns it to be considered a "primitive" system of law, something - I would like to stress - which is not so different from what John Austin had called "positive morality", a form of "law not properly so called" - as he used to say.

"There is no basic rule providing general criteria of validity for the rules of international law" - says Hart trenchantly.³¹ There are however "the rules providing for the binding force of treaties", but these are judged to "constitute not a *system* but a *set* of rules".³² Which means that for him, as for Austin, international law is not "really" law; actually a sad and somewhat disturbing last word. Is then John Bolton, U. S. Sub-Secretary of State for arms control eventually right?

In a *Post-script* to his book *The Concept of Law*, written more than twenty years after its first publication, Hart tries to reply to Ronald Dworkin's formi-

²⁹ Hart (1994: 235). Italics are in the text.

³⁰ Hart (1994: 108-109).

³¹ Hart (1994: 236).

³² Hart (1994: 236). Italics are mine.

dable attack against his philosophy of law. In particular, Hart tries to include in the legal domain, in addition to rules, principles as well. He thus affirms that the rule of recognition can consist of or contain moral principles. I cannot enter here into the subtle controversy connected with this point. I would only draw your attention to the fact that, once the rule of recognition consists of principles, one of Hart's main objections against the full legality of international law should be dropped, that is, that there are no *rules* building up an international rule of recognition. This now however - once one accepts that the rule of recognition can consist also of principles and not merely of rules) - could be offered by (moral) principles. As a matter of fact, the supreme rule of validity, actually the rule of recognition, of international law is said by doctrine to be given by two basic *principles*: *consuetudo est servanda* (one ought to follow customary rules); and *pacta sunt servanda* (agreements are to be followed). Then, there is perhaps still hope for international law.

Let me conclude. Traditionally the law is conceived as a hierarchical experience. This mainly happens in two ways. (i) First, the law is seen as the matter of orders and sheer obedience or the matter of overwhelming power and unjustified allegiance, backed (motivated) by force and violence. (ii) Second, the law is conceived as an experience reserved as articulate reasoning only to a special class, an elite - we might say - of society members, "officials". (iii) There is however a further, third way of thinking the law in hierarchical terms: this is to construct it as a system built up along different levels of rules related the one to the other as a superior to the inferior.

Now, Hart strongly objects to the first way. "Too much that is characteristic of law is distorted - he says - by the effort to explain" it in the simple terms of a threat, or of obedience.³³ Nonetheless, Hart's idea that a mature system of law cannot be explained but in terms of "secondary rules" and that such rules establish an agency endowed with a final say about the meaning of law refers at the end of the day to some kind of power or "discretion" which is not so far away from the traditional notion of command.

As far as the second way is concerned, by saying that the rule of recognition holds only in so far as officials, not the generality of citizens are concerned.³⁴ Hart makes legal obligation only a matter for a special body of agents. He thus reintroduces a sharp hierarchy between officials as superiors and citizens as inferiors.

The third and final way in which he intends to reassert and reformulate it is through the distinction between primary and secondary rules and the notion of a rule of recognition. Whether he does so successfully or not I have tried to question in this paper.

³³ Hart (1994: 155).

³⁴ Hart (1994: 114-115).

References

John AUSTIN, 1954: *The Province of Jurisprudence Determined*. With an introduction by H. L. A. Hart. London: Weidenfeld & Nicolson.

Herbert L.A. HART, 1994: *The Concept of Law*. 2nd edition, with a Postscript ed. by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press.

Karl OLIVECRONA, 1943: *Europa und Amerika*. Berlin: Junker und Dünnhaupt.

Alf ROSS, 1966: *The United Nations: Peace and Progress*. Totowa, N. J.: Bedminster Press.

Kenneth I. WINSTON, 2001: *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*. Oxford: Hart Publishing.

Éric Millard*

La hiérarchie des normes

Une critique sur un fondement empiriste

Ce texte vise à proposer quelques arguments pour une critique empiriste de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire pour les besoins d'une science du droit descriptive et explicative. La hiérarchie des normes est à la fois objet d'étude scientifique, et théorie construisant cet objet. Une approche empiriste nécessite la formalisation de quelques concepts et une justification minimale de la possibilité d'une science juridique empiriste : ce seront les objets des premiers points de ce texte. Il s'agira ensuite de proposer une formulation de la conception de la hiérarchie des normes à laquelle l'empirisme peut conduire, permettant de réévaluer la théorie (normativiste) de la hiérarchie des normes proposée par Kelsen comme une théorie politique, qui ne décrit pas son objet mais le construit comme contrainte.

Mots-clés : hiérarchie des normes, réalisme juridique, normativisme, contraintes juridiques, Hart, Kelsen, Ross, Troper

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

eric.millard@u-paris10.fr | Professeur de droit public, *Centre de Théorie et Analyse du droit* (CNRS-UMR 7074).

- 1 Nombre de ces arguments ont été présentés et discutés dans le cadre des rencontres du Centre d'Analyse et de Théorie du droit à l'Université de Paris X-Nanterre, et à l'occasion d'un cours de Théorie générale du droit dans le cadre de la deuxième année de master droit fondamental, spécialité droit public, à l'Université Paris Sud-11. Je remercie tous ceux qui au cours de ces échanges m'ont suggéré des pistes de recherche, ont critiqué mes arguments, m'en ont proposé auxquels je n'avais pas songé, et m'ont permis de corriger quelques erreurs. Celles qui demeurent me sont évidemment totalement imputables. Par ailleurs, plusieurs points ici envisagés ont été repris de manière moins approfondie *in* Millard 2006.
- 2 Bobbio (1998 : 188). Rappelons que pour Norberto Bobbio, l'idéal-type kelsénien, dont il sera ici beaucoup question, est un modèle normatif-descriptif. Le *iusnaturalisme* correspond au modèle normatif-prescriptif et la position de Ross, du moins telle quelle ressort de sa définition de la science du droit dans Ross (1959 : 19 et s.) au modèle explicatif-prescriptif. En réalité, la caractérisation de la démarche de Ross de ce point de vue pourrait me sembler-il être discutée,

Les critiques adressées aux théories disponibles de la hiérarchie des normes sont nombreuses et prétendent réfuter soit telle ou telle version de la théorie, soit l'existence même de son objet. Pour la plupart d'entre elles, elles ont fait long feu et il a été possible de leur opposer des arguments suffisants, parfois même dans le cadre d'une démarche réaliste,³ au sein de laquelle l'empirisme juridique peut se ranger.⁴

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

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

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

mais il n'est pas de mon propos de le faire ici car c'est la typologie proposée qui m'intéresse. Pour des arguments à l'appui de cette critique, cf. Riccardo Guastini (1994 : 149 et s).

3 Troper (1978 : 1523 et s).

4 J'ai ailleurs essayé de proposer une caractérisation de quelques postures réalistes : Millard 2014.

1 QUELQUES CONCEPTIONS DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

L'idée de hiérarchie des normes est à la fois étrangement familière au juriste et extraordinairement complexe.⁵ Les travaux présentés dans cet ouvrage témoignent des pluralités de représentations auxquelles ce concept peut donner lieu.

J'entendrai ici par « hiérarchie des normes » des théories qui présentent l'ordre juridique comme un système organisé, prévoyant notamment un mécanisme théorique de résolution des questions d'appartenance d'une norme à ce système.⁶ On verra que ces théories ne sont également possibles qu'à condition d'intégrer aussi la question de la modification des normes du système (abrogation ou annulation, amendement ou modification, création de normes nouvelles). Ces théories affirment toutes l'existence d'un critère interne au système juridique (la validité juridique), à l'exclusion de tout recours à des éléments extérieurs à la structure du système, notamment ceux reposant sur une évaluation axiologique (uniquement matérielle). Elles présupposent normalement un concept de droit et une théorie de la science du droit.

Comme on peut le voir, je ne comprends pas par « hiérarchie des normes » la vulgate souvent utilisée par les juristes (et dont la faiblesse théorique autant que l'incapacité descriptive a été largement démontrée),⁷ qui assimile la hiérarchie des normes à une pyramide d'actes juridiques s'ordonnant de manière cohérente parce que les actes dits inférieurs seraient parfaitement conformes matériellement aux actes dits supérieurs.

Les trois théories les plus fortes et les plus influentes traitant de la hiérarchie des normes sont évidemment la *Théorie pure du droit*⁸ de Hans Kelsen dans sa deuxième version, le *Concept de droit*⁹ de Herbert Hart et la *Théorie de la science*

5 V. notamment en français de Béchillon 1996 ; et Larrosa 1997.

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

7 Sur toutes ces questions, l'article de Pfersmann 2003, constitue bien davantage qu'une introduction.

8 Kelsen 2004a.

9 Hart 1976. Les références dans cet article concernent (sauf indication contraire) la première édition, la seconde édition de l'ouvrage, posthume, ne modifiant comme on le sait le texte

*juridique*¹⁰ de Norberto Bobbio. Stanley Paulson¹¹ et Massimo La Torre¹² proposent dans cet ouvrage de très remarquables réflexions à partir des deux premières théories.

La théorie de Kelsen est une théorie formelle. Elle considère que la validité est la modalité spécifique d'existence d'une norme et que les conditions de la validité sont identiques aux règles de production de la norme (dans sa version dynamique). De ce point de vue, une norme est valide si elle a été produite conformément à une norme, dite supérieure, elle-même valide. Il en résulte nécessairement que la norme ultime ne peut être décidée par ce processus comme valide. Pour les besoins de la science du droit, Kelsen propose une réponse cohérente à cette limite théorique : il est possible de recourir à une présupposition, qui traduit aussi une stratégie scientifique, et que Kelsen qualifie de norme fondamentale. Il s'agit de considérer que la norme ultime d'un système juridique (généralement la constitution) tire sa validité de cette norme fondamentale présupposée (Kelsen parle à son propos d'hypothèse logique-transcendantale).¹³ Cette considération n'est pas donnée mais résulte d'une stratégie scientifique et constitue une réponse à la question : quels systèmes constituons-nous comme objet de la science du droit ? La hiérarchie fondée sur la théorie dynamique est nécessaire ; elle n'est pas la seule possible et d'autres éléments peuvent être conçus, notamment relatifs à la conformité matérielle.¹⁴ La science du droit de Kelsen consiste à décrire des normes valides. Ce propos mérite attention en deux sens : parce que valides, ces normes existent (et peuvent ainsi être objets de science) ; parce que normes, elles ne sont pas des faits (et ne peuvent être objets d'une science empirique). La théorie formelle vise donc à une description d'un objet non vérifiable empiriquement, et cette description mobilise des méthodes relevant à la fois de la linguistique appliquée et de la logique formelle, particulièrement de la logique déontique.¹⁵ En cela elle construit une science normative, qui chez Kelsen a d'abord été prescriptive (décrire des normes, c'est

que sur des points de détail, bien qu'elle comprenne par ailleurs un important post-scriptum : Hart 2005.

10 Bobbio 1950. On trouvera en français une présentation de la conception de Bobbio par Riccardo Guastini en *Préface* à Bobbio (1998 : 1 et s).

11 Paulson 2013a et 2013b.

12 La Torre 2013a et 2013b.

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

14 V. par exemple la typologie proposée par Guastini 2013.

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

établir les *sollen* qui existent) puis clairement descriptive, quoique vérifiable d'un seul point de vue analytique.

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

Hart a d'ailleurs proposé dans une démarche analytique une construction de la hiérarchie des normes qui, pour partager nombre de réflexions kelsénienne (les conditions de la scientificité, l'interrogation sur la validité), s'en éloigne sur plusieurs points. Comme dans la théorie de Kelsen, Hart distingue les normes relatives aux modèles de comportement des normes relatives à la production des normes. Les premières de ces normes (normes primaires dans le vocabulaire de Hart) sont l'objet de normes secondaires qui en règlent l'identification (règles de reconnaissance), la modification (règles de changement) et la mise en œuvre (règles de décision). C'est l'articulation de ces deux types de normes qui

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

17 V. à ce propos l'éclairante préface de Kelsen (1911), dans laquelle il énonce sans ambiguïté sa conception dualiste du monde. Si cette conception a sans doute par la suite été nuancée, il ne m'apparaît pas que la *Théorie pure du droit* soit un renoncement à cette ontologie.

détermine une hiérarchie, à la fois comme critère de validité (subordination) et comme critère d'unité systémique. A la différence de Kelsen cependant, Hart peut prétendre à une démarche empirique dans la mesure où il affirme que la règle de reconnaissance suprême et ultime existe socialement (quelle n'a pas besoin d'être présupposée pour les besoins de la science juridique) ; mais il indique logiquement aussi que l'affirmation de cette existence par une proposition de la science du droit vaut supposition de son caractère juridique (de sa validité), puisque une telle proposition ne peut résulter que d'un jugement externe de fait (une constatation sociologique d'une pratique sociale).¹⁸ Sa conception de la science du droit relève très clairement du projet positiviste (descriptif) et, comme on y reviendra (sous 3), sa position sur l'existence des normes (règles dans son vocabulaire) peut apparaître très différente de celle de Kelsen.

Je n'évoque pas plus longuement la conception de la hiérarchie des normes proposée par Bobbio (même si une histoire des théories juridiques devrait réévaluer son rôle novateur par rapport à une théorie de la hiérarchie des normes) car je ne la discuterai pas.¹⁹ Je veux simplement rappeler deux critiques que Bobbio adresse à Hart et Kelsen : la validité implique qu'une norme soit valide à la fois du point de vue formel (ses modalités de production) et du point de vue matériel (conformité), ce qui suppose une autre prise en compte de la question des antinomies ; les normes positives (du droit positif) sont suffisantes à la définition d'un système juridique et il n'est pas besoin de rechercher dans une fiction (Kelsen) ou dans une méta norme (chez Hart) le fondement de validité que les normes positives contiennent.

2 QUELQUES PRÉCISIONS POUR UNE CRITIQUE EMPIRISTE DE CES CONCEPTIONS

Une forme radicale d'empirisme pourrait en première approche être trouvée dans une formule très connue présentée par Jerome Frank :²⁰

$$D = P \times S$$

dans laquelle *D* représente la décision (juridictionnelle), *P* désigne la personnalité du juge et *S* les stimuli que celui-ci reçoit. Je partage sur plusieurs points la posture de Frank : il n'existe pas de règles obligatoires (et donc de connaissance

¹⁸ Hart (1976 : 136-138).

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

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

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

Il me paraît dès lors nécessaire de compléter l'approche de Frank pour quelle puisse servir le projet empiriste. Il faut notamment réintégrer et préciser certains points : quel est exactement le point de départ des propositions (les faits empiriques sur lesquels on travaille) (§ 2.1) ; quel est le concept de norme utilisable pour ce projet (§ 2.2) ; quels sont les éléments de fait qui sont les causes de régularité cohérentes dans une démarche descriptive-explicative (§ 2.3) ? Je ne crois pas que l'on puisse pour tenir compte de toutes ces questions réduire très exactement à une équation sur un modèle mathématique ce qui est en jeu : je ne me servirai donc de la modélisation que propose Frank que par analogie, pour indiquer les points de sa formalisation qui m'apparaissent comme non saisis.

2.1 Les faits empiriques. Ils sont connaissables et vérifiables

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

J'appelle *acte de concrétisation* (*Ac*) une décision (*D*) formalisée ou implicite (auquel cas elle se révèle dans une action matérielle) par laquelle effectivement une autorité (quel que soit le sens que nous pourrions donner à ce concept) tranche une question de fait en donnant des raisons juridiques. Je ne considère pas dans mon analyse que la règle soit autre chose qu'une *norme* (*N*). La norme (comme catégorie) ne se limite pas à la juridicité (à la norme juridique) : j'entends ici par norme, pour les besoins de l'analyse, seulement une norme qui est présentée comme étant une norme du droit (je reviendrai sur ce point sous 3). Tout acte de concrétisation me paraît être de la forme :

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

Je tiens ceci pour assez évident : l'individu qui prétend détenir un droit, faire respecter une obligation qu'il dit juridique, exercer un pouvoir qu'il assure dé-

tenir du droit, donne ou doit pouvoir donner des raisons que nous considérons comme juridiques à sa prétention, c'est à dire qui se présentent sous cette forme. L'autorité à laquelle on s'adresse pour lui demander de trancher juridiquement une question doit aussi pouvoir donner des raisons de cet ordre, et le fait très généralement.²¹ Si ces raisons ne nous apparaissaient pas, ou si à l'analyse nous constatons qu'il n'est pas possible de les faire apparaître, nous aurions de sérieux doutes sur le fait que c'est de droit qu'il s'agirait.

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

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

Dans l'acte de concrétisation, ce qui intéresse la science du droit est donc l'existence d'un discours (puis d'un ensemble de discours), formalisé (motivation) ou implicite (mais formalisable) qui avance une raison justifiant la décision, quelles que soient les raisons et la décision. C'est donc le bloc « *D parce que N* » (c'est-à-dire très exactement Ac) qui ne peut être distingué en 3 éléments séparables : la décision, la norme, et le lien entre la décision et la norme. Par ailleurs, le « parce que » ici ne peut pas renvoyer à une déduction logique même

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

s'il le prétend (syllogisme).²² *D* est un fait pratique connaissable : je fais ceci. *N* est un modèle de référence : parce que j'affirme avoir le droit (ou l'obligation) de le faire. En réalité me semble-t-il, le bloc ainsi identifié ne traduit pas une justification de la logique déontique mais est parfaitement performatif (par la décision, la norme est performée).

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

Pour la science du droit, tous les actes de concrétisation ne revêtent pas la même capacité cognitive cependant, non plus que la même utilité. On comprend fort bien que du point de vue que je viens d'avancer, l'ordre juridique (compris comme l'état de fait correspondant à l'ensemble de normes apparaissant à un moment *t* dans des actes de concrétisation existants) est potentiellement immense et sans doute insusceptible de connaissance : il comprendrait toutes les normes référées à l'occasion de toutes les actions qui d'une manière ou d'une autre seraient faites par tout individu en donnant toute raison présentée ou présentable comme de droit. Ni la méthode pour cette connaissance, ni la théorisation des régularités ne seraient sérieusement envisageables. L'idée même d'un ordre juridique serait contestable. Par ailleurs, un tel ensemble négligerait une distinction essentielle : tous ces actes ne sont pas équivalents dans la mesure où certains peuvent factuellement être remis en cause (leur existence et leurs effets sont susceptibles d'être rapportés) alors que d'autres ne le sont pas. Ce qui importe à la science du droit est de caractériser parmi cette multitude certains actes de concrétisation permettant par reconstruction un traitement cognitif du système juridique (ce qui suppose à la fois la durée et une théorie de la durée : Kelsen fournit par exemple et pour ce qui concerne sa construction une telle théorie dans sa conception dynamique de la hiérarchie des normes), et la possibilité d'une formulation de la régularité causale et au moins probabiliste.

Il serait envisageable de retenir alors pour identifier l'objet de la science du droit l'ensemble des actes par lesquels concrétise le droit toute autorité (individuelle ou collective, publique ou privée) qui a *effectivement le pouvoir de choisir un sens* et une solution, *sans être contestée* (ce qui ne signifie pas sans

22 Sur la critique duquel on lira les éclairantes analyses de Brunet (2004 : 197 et s).

être contestable : simplement soit que le recours n'est pas factuellement envisageable, soit qu'il n'est pas factuellement effectué) *par une autre autorité* (ou par elle-même : recours gracieux par exemple) *qui pourrait faire effectivement prévaloir un autre sens dans la solution sur le même cas*. Il s'agira généralement des autorités publiques (administration, juges), mais aussi parfois d'autorités privées, notamment si elles ne sont pas contestables ou contestées. Je ne présume donc pas ici des autorités investies par une règle (du type des règles secondaires de Hart, V. ci-dessous sous 3) : je constate un fait de pouvoir, lié à un fait d'argumentation (les raisons juridiques). Il reste que cet objet même ainsi limité est encore immensément large, et que des raisons pratiques conduiront sans doute à se concentrer sur les actes des seules autorités publiques, et parmi elles de celles auxquelles on s'adresse pour trancher les litiges (les juges, parfois les administrateurs ou les gouvernants au sens large), en raison de la publicité et de leur place dans la constitution de l'idéologie normative : donc en dernière instance par le fait que leur énonciation de la norme dans l'acte de concrétisation n'est pas uniquement performative mais prend à son tour la forme d'une directive pratico-morale.²³ C'est en cela que l'on parle à leur propos d'interprétation authentique ou d'autorités authentiques. Il importe cependant de ne pas perdre de vue que cette restriction pratique conventionnelle n'a pas d'autre fondement théorique, et donc que les propositions descriptives qui en résulteraient ne sont pas généralisables sans précaution : elle ne reposent que sur une théorie de la régularité qui doit donc être fournie (ce que ne fait pas Frank).

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

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

24 J'emprunte ici la typologie de Guastini (2014), qui n'envisage pas cependant l'hypothèse d'un cadre axiologique là. Par cadre axiologique, je veux dire que sur le présupposé de certaines valeurs, toute interprétation n'est pas acceptable. On peut donc conjuguer les analyses linguistiques classiques sur les énoncés avec un deuxième type d'analyse fondée sur l'analytique axiologique. Comme on le verra suffisamment au texte, il ne s'agit que de comprendre et non de procéder à une évaluation axiologique fondée sur des valeurs *a priori*.

qualification des pouvoirs de fait (création conditionnée ou non) et à l'appréciation des contraintes du point de vue prospectif.

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

- dans l'hypothèse d'un acte de concrétisation implicite (par exemple : quand mon voisin rentre chez moi en mon absence sans mon autorisation et éteint le feu qui s'y était déclaré), éventuellement (et si c'est utile et possible) : quelle est la norme effectivement utilisée dans le discours possible (formulation du discours : « j'ai le droit ou l'obligation de pénétrer chez autrui dès lors que c'est nécessaire à la sauvegarde de ses biens, ou des miens, ou de la sécurité collective ») ?²⁵
- dans l'hypothèse d'un acte de concrétisation formalisé, éventuellement (et si c'est utile et possible) : est-ce que la norme invoquée correspond effectivement ou non à la norme utilisée (et la reformulation de cette norme si nécessaire, utile ou possible) ? Ceci appelle quelques précisions. J'ai dit plus haut que dans l'expression « *D parce que N* », le « parce que » n'était en rien le fruit d'une opération logique. Il demeure que du point de vue d'une analyse critique du langage (la science du droit) cette expression se prétend généralement et doit apparaître *comme* logique. Une analyse critique du langage n'a pas à décider de la possibilité ou non de la déduction logique (ce qui relève d'une théorie qui devrait sans doute affirmer que la seule déduction logique envisageable consisterait en réalité non à déduire de la norme générale le fait pratique, mais la norme individuelle à partir de laquelle le fait pratique apparaît justifié) ; en revanche, elle doit montrer à quelles conditions l'opération prétendue pourrait être *comme* logique, ce qui suppose, le seul fait empirique étant l'acte de concrétisation, une reconstruction jusqu'à la majeure prétendue (du point de vue empiriste, l'absence de présupposition de la norme rend l'acte de déduction impossible). Un cas pathologique appelant une telle reformulation peut se rencontrer lorsque nous rendons compte d'actes de concrétisation dans lesquels une contradiction logique peut être dévoilée : par exemple lorsqu'une autorité exprime qu'elle maintient tel individu en prison parce que la loi lui fait obligation de libérer tous les individus. Mais beaucoup plus fréquemment, la reformulation est nécessaire parce que la norme avancée est la simple reproduction de l'énoncé que l'autorité prétend appliquer (ce qui laisse entière la question de la *signification* de l'énoncé, c'est-à-dire de la norme) : par exemple lorsqu'une autorité décide qu'une

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

reconduite à la frontière est légale parce qu'elle ne constitue pas au regard des exigences de la protection de l'ordre public une ingérence disproportionnée dans la vie familiale de la personne étrangère visée par l'acte (généralement, la motivation exprimera que l'acte ne porte pas atteinte à l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*) ; il importe alors de comprendre et d'établir ce qu'est la norme, c'est-à-dire ce qui résulte, à partir de la solution concrète, comme la signification de l'article 8 ; formuler le plus exactement sous forme normative au regard donc de cet acte de concrétisation (vérifiable dans d'autres actes de concrétisation) quelles sont les ingérences, quelles sont les exigences de l'ordre public, quelle est la vie familiale, etc., qui autorisent ou non une reconduite à la frontière.

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

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

- le droit est un ensemble de normes générales et individuelles appuyé par les deux points suivants : l'existence d'un ensemble d'autorités disposant du pouvoir d'imposer une pression sociale et physique (ce qui distingue le droit d'autres systèmes normatifs), ce pouvoir se traduisant par la possibilité de fixer les normes, de les faire évoluer et d'en obtenir la mise en œuvre concrète ; la pseudo-rationalisation par des individus (ces autorités et/ou les membres du corps social) de ces normes sous la forme de la validité (ces normes sont considérées comme obligatoires ; ce qui doit se différencier à la fois de l'idée que ces normes sont impératives - une norme permissive est

perdue comme obligatoire - et de l'idée que ces obligations existent isolément de pareille incorporation : c'est ce que j'entends par idéologie normative).

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

Il apparaît clairement que dans cette perspective, les normes constituent l'objet d'une science empirique qui ne présuppose pas leur existence comme fait. Le fait réside dans une idéologie normative que l'on connaît au travers d'actes empiriques, les actes de concrétisation. La vérification de toute proposition décrivant les normes réside donc dans la vérification d'un pronostic : celui selon lequel dans des actes de concrétisation futurs, la norme prétendue comme existante sera présentée comme fondement (énoncée ou énonçable). Il est évidemment nécessaire à ce stade de définir des processus de vérification acceptables, notamment quant aux panels d'actes à prendre en considération et quant à la marge d'erreur tolérable pour définir une connaissance.

2.2 Deux questions à propos de la norme

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

$$PxS \rightarrow N$$

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

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

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

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

dans laquelle :

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

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

- ne subit pas cette contrainte).²⁷ De même la contrainte d'une maîtrise du flux contentieux ne saurait être négligée autour de l'idée d'efficacité qui peut présider au conformisme.

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

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

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

2.3 Observations sur la régularité

Puisque la norme *N* telle que définie résulte du (est causée par le) rapport de *P* à *S*, et que ces questions échappent assez largement à la possibilité d'une description, il serait tentant soit d'en déduire qu'une science du droit n'est pas possible, soit qu'il n'y a pas de régularité (ce qui pour une autre raison nierait la possibilité d'une science du droit). La première branche de l'alternative peut être écartée en rappelant que si le monde est l'objet que décrit la science, il est tout à fait possible que nous ne puissions pas pour autant décrire tout ce qui constitue ce monde, et en constatant que sur le fondement d'une posture positiviste et empiriste un corpus cognitif existe. La seconde doit être écartée car les faits

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

montrent au moins deux éléments de régularité : régularité dans les comportements et régularité dans les raisons normatives. Et à vrai dire, cette régularité est postulée par les réalistes alors même qu'ils affirment un scepticisme à l'égard des règles au travers notamment de l'idée de pronostic : affirmer que telle prescription constitue du droit valide (en vigueur, existant) revient à pronostiquer que cette prescription sera avancée comme motif à la décision dans un futur acte de concrétisation.

Le *droit qui existe* (*valid law*) signifie l'ensemble abstrait d'idées normatives qui servent comme guide d'interprétation pour le phénomène du droit en action, ce qui signifie à son tour que ces normes sont effectivement suivies, et qu'elles sont suivies parce que l'on perçoit et que l'on fait l'expérience qu'elles sont socialement obligatoires.²⁸

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

Pour autant, cela n'intéresse qu'indirectement la science du droit et c'est à une autre conception de la régularité qu'elle doit s'attacher : celle de la régularité des supports normatifs avancés pour des actes de concrétisation, c'est-à-dire à la construction de l'idéologie normative d'un corps professionnalisé. Elle doit

28 Ross (1959 : 18). (Sur la traduction de « valid law » par droit existant, cf. Ross (2004 : 160-161).

en effet répondre à la question suivante : comment passe-t-on de la subjectivité de la norme avancée dans l'hypothèse théorique empiriste ($P \times S$) à une régularité constatée dans les actes de concrétisation (sans laquelle par ailleurs la formalisation de la proposition descriptive selon laquelle cette norme existe, et la vérification de cette proposition seraient impossibles), et particulièrement dans les actes de concrétisation qui l'intéressent parce que, tant par leur situation stratégique (et notamment comme on l'a dit le fait que ces actes ne sont pas contestables ou contestés au nom du droit) que par l'autorité sociale que le corps social d'une part, professionnel d'autre part, y attache. La question peut être appréhendée sociologiquement. Elle peut surtout être appréhendée plus spécifiquement du point de vue de la relation causale entre un fait (notamment un énoncé) et une autre fait (qui est un énoncé portant sur des normes). C'est ce que se propose de faire dans le cadre de la théorie réaliste de l'interprétation la théorie des contraintes juridiques.²⁹

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

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

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

29 Troper, Champeil-Desplats, Grzegorzczak 2005.

sion (que l'on rencontre par exemple lorsqu'une autorité ultime peut remettre en cause une interprétation normative soutenant un acte de concrétisation mais ne le fait pas parce que le recours à cette autorité ultime va apparaître comme un moyen efficace de contester une multitude d'actes de concrétisation, contestations auxquelles l'autorité ultime ne peut faire face : l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme en fournit parfois un cas de figure visible).³⁰ Au sens fort, les contraintes juridiques sont liées à la configuration du système au sens strict, c'est-à-dire à la construction par des actes de concrétisation d'une représentation de l'ensemble des normes *N* comme système (notamment sous forme de hiérarchie des normes) et du processus des actes de concrétisation (*D parce que N*) comme répondant (au moins en partie, dans la déduction de la norme particulière) à une opération de subsumption (la validité juridique au sens kelsénien par exemple). En ce sens seront des contraintes : l'existence et la publicité de justifications concurrentes (parties,³¹ doctrine, juge dissident, commissaire du gouvernement) que l'on ne peut écarter qu'au prix d'une autre justification plus difficile à formaliser ou à rendre publique ; le sens préalablement retenu pour d'autres concepts ou énoncés que l'on ne peut négliger qu'au prix de la contrariété ; etc.

J'avais, sans douter de l'extrême importance de cette construction théorique, émis quelques réserves sur la dimension non empirique qu'elle pouvait avoir aux termes de certaines formulations.³² Du point de vue du lexique par ailleurs, il m'apparaîtrait à certains points de vue préférable de parler parfois de coût (tant symbolique que réel) plutôt que de contraintes en raison de la polysémie de ce terme d'une part (le risque de confusion entre contraignant et obligatoire) ; d'autre part en raison de l'aspect mécanique per^u (la contrainte n'interdit pas le choix mais suppose simplement d'en assumer - coût - les conséquences).³³ Le coût désigne le fait que telle norme (*N*) apparaît (*PxS*) plus onéreuse que la norme (*N*) et donc qu'à cause de cette perception (*PxS*), l'autorité de concrétisation va retenir *N* et non *N'*, alors que les deux sont factuellement possibles. Il demeure que parler d'idée de coût suppose que le coût soit per^u comme tel, ce qui limiterait sans doute la catégorie des contraintes, et éloignerait sa théorie des prémisses voulus par ses concepteurs. Michel Troper, pour sa part, parle

30 V. par exemple Millard 1996.

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

32 Millard (2005 : 143-154).

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

parfois de sa conception réaliste comme d'une science empirique insusceptible de vérification empirique (en partie ou pour certains points)³⁴. S'agissant de la question des contraintes juridiques, il s'agit pour lui de souligner que la théorie des contraintes est une « reconstruction théorique rationnelle ». L'expression « science empirique insusceptible de vérification empirique » signifie alors deux choses différentes :

1°) Une science critique du langage juridique : une science qui décrit des normes telles quelle les connaît au travers d'actes du langage (des faits, et en ^a cette science est empirique : des décisions, des jugements, des contrats, etc.). Il est tout à fait possible de considérer par raccourci le point suivant : en tant que méta langage, la science du droit parle des normes et produit des propositions sur celles-ci qui ne peuvent être vérifiées (empiriquement). Mais ce qui ne peut-être vérifié empiriquement, c'est la norme objective, existante, comme séparée du discours. Cette norme n'est pourtant qu'indirectement et par facilité l'objet de la science juridique : l'objet véritable de la science ainsi con^ue, c'est bel et bien le discours, et celui-ci est un fait empirique, qui peut être vérifié (d'autant plus utilement que l'on affirme que la norme est une signification résultant d'un acte de volonté). Lorsqu'une proposition de (la science du) droit énonce : « il est obligatoire que *x* » (par exemple), elle ne dit pas qu'il est obligatoire que *x*, mais seulement que aux termes d'un certain discours (un discours pertinent selon des critères qu'il appartient bien sûr à une théorie empiriste d'élucider) *x* est obligatoire. La vérification comme l'affirmation ne portent pas sur le caractère obligatoire de *x* sans plus de précision, mais sur un fait : le discours. Certes, la science du droit est un petit peu plus qu'une paraphrase (à quoi ne peut se résoudre la linguistique appliqué, comme il a été dit) et un petit peu autre chose qu'une sociologie (en quoi ne saurait se dissoudre une théorie générale du droit comme fait, comme on le verra sous 3) : ce n'est pas la présence d'un énoncé qui l'intéresse, mais des propositions d'interprétation d'actes de concrétisation et d'énoncés conjugués pour être interprétés *comme* des normes (quelque chose qui a donc à voir avec un système juridique ou une hiérarchie de normes) ; et c'est pour cet objet qu'il faut (et qu'on peut) concevoir un processus de vérification. De manière générale Michel Troper con^oit la science du droit ainsi ; il écrit notamment que sa théorie

montre [...] clairement la possibilité d'une science du droit con^ue sur le modèle des sciences empiriques. Une science dont l'objet est bien la norme, mais la norme con^ue non comme un devoir-être, mais comme un fait, un énoncé. Ce fait reste un fait spécifique : la science du droit décrit les énoncés dont l'objet est de déterminer la signification normative d'autres énoncés.³⁵

34 Troper, Champeil-Desplats, Grzegorzcyk (2005 : 15).

35 Troper (2002 : 353). On retrouve les mêmes idées dans Troper (2003a : 62-63).

Je partage totalement ce point de vue (et les arguments présentés à son appui) et c'est cela que j'appelle empirisme.

2°) Dans un second sens, cette expression désigne le fait que certaines hypothèses d'une théorie empirique ne seraient pas vérifiables, et notamment les éléments de causalité (les contraintes) dans une conception de la régularité :

l'explication par les contraintes est le produit d'une interprétation - Paul Veyne dirait une rétrodiction - [...] l'expert recherche les causes probables sans remonter très haut dans la chaîne causale. L'expert n'est pas toujours en mesure de vérifier son récit. Nous n'avons pas de certitude et il nous faut nous contenter de présomptions.³⁶

De là viendrait que l'on affirme que l'on ne peut pas vérifier empiriquement qu'une contrainte s'est exercée, et que la théorie comme rétrodiction mobilise un modèle qui n'est pas un modèle empirique, et un acteur qui n'est pas un acteur réel.

Cela me paraît mériter discussion.³⁷

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

Il me paraît que la réponse est dans la question elle-même. Affirmer qu'existent ou qu'ont existé des contraintes dans le processus de concrétisation (et par-

³⁶ Troper, Champeil-Desplats (2005 : 5).

³⁷ V. notamment Millard (2005 : 143-154).

ticulièrement dans l'acte de volonté par lequel la norme est affirmée) ne peut renvoyer qu'à des contraintes réelles ; parler de contrainte revient à formaliser une hypothèse (une cause intelligible de la concrétisation normative) qui doit pouvoir être vérifiée dans la reproduction des faits discursifs.

Dire que l'on peut vérifier l'existence d'une contrainte ne signifie pas, dans le cadre d'une science dont l'objet est un langage, que l'on vérifie que l'auteur du discours étudié prétend ou non avoir subi une contrainte. D'une part, on l'a dit, il n'est pas nécessaire que la contrainte soit perdue comme telle pour que la contrainte existe (une contrainte réelle n'est pas une contrainte réellement perdue comme contrainte), d'autre part le discours n'est ni aveu ni description de son propre processus d'édition : la perception de son auteur peut être fausse, ou bien il peut mentir, ou bien il peut ne pas comprendre les contraintes du système (ce qui ressort assez bien de la métaphore proposée du joueur d'échec :³⁸ la contrainte résultant d'une règle stratégique, par opposition à une règle constitutive, faisant que parmi plusieurs décisions possibles, une seule ou en tout cas un nombre réduit d'entre elles permet d'atteindre un effet recherché).

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

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

38 Troper, Champeil-Desplats (2005 : 2-3).

39 Par exemple Dworkin 1995, même si évidemment le point de départ et l'objectif ne sont en rien comparables.

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

3 A PROPOS D'UNE CRITIQUE DE HART

Plusieurs collègues m'ont fait l'honneur et l'amitié de m'adresser à l'issue de travaux préliminaires sur les questions ici envisagées des critiques vigoureuses et argumentées, ce dont je leur sais infiniment gré. Je souhaite que pour partie les précisions que je viens d'apporter puissent lever celles qui ont trait à des ambiguïtés. Certaines autres critiques ne peuvent être discutées, notamment celles qui portent sur ma conception des valeurs comme idéologie ou de mon refus de considérer ici les normes comme objets de devoir-être. C'est l'idée même d'une posture empiriste, ou le non cognitivisme éthique, qui sont alors concernés et envisager leur défense suppose de mobiliser une ontologie lourde, qui dépasse très largement le cadre de la théorie du droit. Je me contenterai de rappeler qu'il ne suffit pas d'affirmer une certaine objectivité de la norme ou des valeurs pour performer l'objectivité : le positivisme logique a apporté certains arguments dont je ne vois pas qu'ils soient clairement réfutés dans le débat auquel il donne toujours lieu. Me contentant d'affirmer qu'est idéologique toute proposition qui n'est ni susceptible de vérification, ni susceptible de falsification, j'attends donc que l'on nous montre que les propositions portant sur les valeurs ou sur les devoir-être n'ont pas ces caractères.

Stanley Paulson et Carla Huerta Ochoa ont pour leur part avancé un argument qui porte non sur la critique externe de la posture mais sur la cohérence interne d'une théorie fondée sur cette posture. Tous deux par des voies différentes se réfèrent à une critique plus générale apportée par Hart à l'encontre de

la conception sceptique.⁴⁰ J'espère avoir démontré (après d'autres) que le scepticisme à l'égard des normes (dans leur existence) pouvait se concilier avec une science qui décrit des normes telles qu'elles apparaissent dans des discours. Je crois surtout que cette critique traduit une difficulté propre à la théorie de Hart et qu'elle n'affecte pas la cohérence d'une théorie empiriste.

Une des curiosités de la très importante théorie du droit de Hart explique sans doute quelle ait pu donner lieu à des reformulation sur des bases aussi opposées que le réalisme et le normativisme : d'un côté, Hart explique qu'il conçoit sa théorie analytique comme un essai de sociologie descriptive ;⁴¹ d'un autre côté Hart a réfuté très vigoureusement les tentatives de lecture réaliste de son travail.⁴² Tenir cette posture m'apparaît difficile et je crois que l'argument sur lequel s'appuient Stanley Paulson et Carla Huerta Ochoa témoigne de cette difficulté.

La critique de Hart me semble reposer sur des arguments relevant de deux groupes. Le premier (formulé dans le *Concept de droit* et repris dans *Sur le réalisme scandinave*) contient une critique radicale d'une certaine conception sceptique (celle notamment qu'incarnerait Frank : la négation de toute idée de règle et l'invocation d'une certaine forme de pragmatisme), mais aussi une acceptation limitée d'une conception modérée du scepticisme (donc aussi une critique modérée de ce scepticisme). Le second porte sur la science du droit d'un point de vue sceptique. Je partage et comprend certains des arguments relevant du premier groupe, mais j'admets ne pas comprendre la logique qui le conduit à proposer les arguments du second groupe.

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

40 Hart (1976 : 168 et s).

41 Hart (1976 : 10).

42 Hart (2000 : 43-50).

43 Hart (1976 : 168-174).

évidence : l'aspect externe qui se traduit par la régularité de comportement, et l'aspect interne, qui se traduit par la référence à un modèle général de comportement.⁴⁴

Les formes modérées envisagées par Hart sont principalement celles qui appréhendent la texture ouverte des règles (elles sont interprétées dans le cas concret) et celles qui partent du caractère irrévocable de la décision judiciaire (Gray notamment).⁴⁵ En cela, il s'oppose très clairement à toute forme de formalisme (y compris kelsénien) et à une vision fermée du système juridique, qui autoriserait un traitement logique des règles.

Les arguments utilisés par Hart relevant de sa conception de la science du droit sont ceux qui ont trait à la distinction entre point de vue externe et point de vue interne.⁴⁶ Pour une large partie, ils constituent le corollaire dans la démarche cognitive des deux aspects de la règle. Le point de vue externe est celui de l'observateur extérieur, qui sans accepter les règles se réfère à la manière dont une société considère la règle d'un point de vue interne : il enregistrerait ainsi les régularités de comportement et les régularités dans la critique des comportements ; il se manifesterait par des propositions de description et de prédiction ; Hart dit aussi qu'ils ne comprendrait pas ces comportements du point de vue des obligations. Le point de vue interne se réfère à l'aspect interne des règles, examiné du point de vue interne de ceux qui acceptent les règles : il enregistre des raisons des comportements et des critiques, et se manifeste par des propositions d'obligation ou de devoir-être. Il paraît assez clair que la science du droit selon Hart se situe du côté du point de vue interne, même et surtout si l'affirmation de la norme ultime de reconnaissance ne peut être envisagée que comme un jugement externe de fait (la seule supposition, mais elle est ici interne, réside dans l'affirmation de sa validité, c'est-à-dire dans la supposition interne qu'elle est la norme de reconnaissance du système juridique).

Il doit être assez évident à la suite de ce que j'ai exprimé sous 2 que la conception radicale visée par Hart ne me paraît pas traduire les faits, et que je souscris volontiers au fait que dans tout acte de concrétisation il y a quelque chose qui est utilisé *comme* une règle (c'est ce que j'appelle la *norme*). Comme il est clair que le scepticisme modéré auquel il se réfère (sans toujours l'admettre d'ailleurs, mais ce n'est pas mon propos ici d'examiner ces arguments) traduit assez bien ma conception dans ses deux déclinaisons signalées. Je veux juste noter qu'il n'est sans doute pas aussi évident que Hart semble le concevoir que l'on puisse infirmer un scepticisme radical (qui ramène le droit à l'activité des tribunaux) en soulignant une incohérence nécessaire dans le fait d'accepter des règles secondaires (en parlant d'autorités juridiques) et de refuser des règles primaires.

44 Hart (1976 : notamment 78-79).

45 Gray 1921. Voir aussi la citation de Jackson note 27.

46 Hart (1976 : 113-116).

Il est tout à fait possible de tenir cette posture en affirmant le même type de scepticisme à l'égard de toute règle (de conduite et d'habilitation). Encore faut-il préciser (et j'avoue ne pas trouver Hart clair sur ce point, du moins dans les pages qu'il consacre à la critique du réalisme)⁴⁷ ce que l'on entend par règle : l'énoncé ou la norme (la signification de l'énoncé ou de toute autre prescription). Si comme je l'ai dit la norme (donc la règle) est la signification, il reste que les énoncés existent aussi et ont un effet social non négligeable, comme directives pratico-morales. Et ces énoncés sont parfois des énoncés prescrivant des conduites (ce que j'ai appelé des énoncés à objet primaire), parfois des énoncés prescrivant d'obéir à des autorités (ce que j'ai appelé des énoncés à objet secondaire). Que nous prêtions aux autorités alors mentionnées par ces directives une autorité particulière ne devrait pas surprendre (sauf à nier l'idéologie normative, qui est me semble-t-il ce que Hart entend par règle de reconnaissance, au moins ultime). Que ces autorités s'appuient par ailleurs sur ces directives (et les interprètent comme tout autre énoncé) et que tout cela produise un effet (tant factuel que du point de vue interne, au sens de Hart : un jugement de validité) non plus. Cela ne signifie pas que nous soyons amenés à donner un statut différent aux règles primaires (pour lesquelles nous serions sceptiques) et aux règles secondaires (pour lesquelles il n'y aurait plus place pour le scepticisme) ; au contraire, toutes les règles sont bien comprises comme une seule catégorie (sous le concept de norme), qui se distingue d'une autre catégorie (les directives pratico-morales que sont les énoncés). Il est vrai alors (bien que cela puisse apparaître comme très radical) que ce scepticisme est modéré puisqu'il ne nie pas une utilisation sociale des règles.

Je n'étudie pas ici un point sans doute complexe que soulève la pensée de Hart mais qu'il faut rappeler : d'un côté, il indique que l'aspect interne des règles suppose que « au moins certains membres du groupe considèrent le comportement comme un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble »⁴⁸ ; d'un autre côté, il indique que l'aspect interne n'est pas une question de sentiment psychologique,⁴⁹ affirmation qu'il reprend en la renforçant quand

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

48 Hart (1976 : 78).

49 Hart (1976 : 79).

il aborde la critique du réalisme.⁵⁰ En réalité, je crois qu'il y a ici un véritable malentendu. Hart oppose l'idée de sentiment (se sentir contraint, se sentir obligé) à l'idée de règle. Il écrit notamment :

il n'y a aucune contradiction à dire que les gens acceptent certaines règles mais n'éprouvent à leur sujet aucun sentiment de contrainte. Ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto critique), dans les réclamations qu'on s'y conforme, et dans le fait qu'on reconnaisse que ces critiques et réclamations sont justifiées ; autant d'attitudes qui trouvent leur expression caractéristique dans les termes normatifs *doit*, il *faut* et *devrait*, *bien* et *mal*.⁵¹

Les réalistes ont beau jeu d'opposer à Hart que de tels faits traduisent bien un *sentiment* que ce comportement est obligatoire. En réalité, il semble bien que Hart réserve l'idée de sentiment pour désigner une expérience psychologique individuelle fondée sur la contrainte sociale (peur de la sanction, du jugement des autres, etc.). Mais il néglige alors une autre dimension psychologique, qui prend aussi en compte l'intersubjectivité (à la fois dans cette dimension : le jugement des autres fondé sur leur propre sentiment partagé d'obligation ; et dans une autre dimension : mon sentiment psychologique fondé sur ma connaissance ou ma perception du sentiment des autres) et qui se traduit par la pseudo-rationalisation sous forme de validité : ce que lui-même appelle l'aspect interne des règles, mais qui est aussi un sentiment d'obligation.

Il me paraît que le rôle de la science du droit est donc de décrire au sens où l'indique Hart des points de vue interne (des jugements de validité). Mais je ne vois pas que cette description soit un jugement interne, ni qu'un point de vue externe ne pourrait décrire les obligations (les règles) telles qu'elles sont utilisées. Je soupçonne Hart d'avoir commis sur ce point une confusion et de projeter sur sa conception de la science du droit une correspondance imparfaite entre l'aspect interne des règles (que la science du droit des juristes doit décrire, sauf à décrire un autre objet selon d'autres méthodes, sociologiques notamment) et le point de vue interne (qui est comme l'indique Hart lui-même pourtant non un acte de connaissance mais un acte de reconnaissance).

Dans sa critique adressée à Ross, Hart écrit :

Premièrement, même si dans la bouche du citoyen ordinaire, ou de l'avocat, *ceci est une règle valide du droit anglais* est une prédiction sur ce qu'un juge fera, dira, et/ou ressentira, cela ne peut pas être sa signification dans la bouche d'un juge qui n'est pas occupé à prédire son propre comportement, son propre sentiment, ou ceux des autres. Quand un juge dit : *ceci est une règle de droit valide*, il s'agit d'un acte de reconnaissance ; en disant cela, il reconnaît la règle en question comme une règle qui satisfait à certains critères généraux acceptés pour l'admettre comme règle du système, et ainsi

50 Hart (1976 : 106-109) ; et Hart 2000.

51 Hart (1976 : 79).

comme un étalon juridique de comportement. Deuxièmement, même si (bien que l'on puisse en douter) des énoncés non juridictionnels de la forme : *X est une règle valide* sont toujours des prédictions d'un comportement et de sentiments juridictionnels futurs, le fondement de telles prédictions est la connaissance que les juges se servent de l'énoncé : *cest une règle valide*, et l'interprètent, dans un sens non prédictif.⁵²

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

Il n'est pas anodin que dans ces exemples (portant sur ceux qui disent « ceci est une règle de droit valide »), Hart évoque (et oppose) des praticiens et des citoyens d'un côté, des juges d'un autre côté, et qu'il n'envisage pas cette proposition comme proposition scientifique.⁵³ Une forme modérée de scepticisme (mais radicale d'empirisme) est rencontrée dans la conception réaliste de la science du droit, et particulièrement dans l'analyse critique du langage. La question est de savoir ce que signifie la proposition « ceci est une règle de droit valide » pour la science du droit ? Sauf à ne pas être descriptive mais prescriptive ou sauf à décrire des obligations au sens métaphysique du terme.⁵⁴ elle ne peut signifier que le fait qu'au travers d'une connaissance de ce que les juges se servent de l'énoncé « c'est une règle valide » (ce qui me paraît être une description externe de comportement), nous affirmons (avec une certaine prudence) que d'autres juges se serviront du même énoncé « c'est une règle valide » (ce qui me paraît être une prédiction, même si pour la science du droit c'est avant tout un élément de vérification). Qu'ensuite, de manière plus spécifique, nous décrivons la structure spécifique du comportement (le jugement de validité porté d'un point de vue interne, donc le langage) et non le comportement (le discours portant ce jugement et sa régularité) est simplement la conséquence d'une spécialisation de la science du droit des juristes au sein des sciences se donnant le

⁵² Hart (2000 : 47).

⁵³ Point soulevé déjà par Ross : « Je trouve étonnant que Hart ne voie pas l'utilisation la plus évidente du langage externe, ou qu'en tout cas il ne la mentionne pas : celle de l'observateur qui, sans accepter ou rejeter les règles, en rend seulement compte ; celui qui fait reuvre de dogmatique juridique, dans la mesure où son rôle consiste à énoncer des propositions vraies relatives au droit réellement en vigueur » : Ross (2004 : 188).

⁵⁴ Ce qui serait peu compatible avec l'idée d'une texture ouverte des règles et dont par ailleurs Hart dit explicitement que cette conception métaphysique n'est pas la sienne. A l'occasion de la critique de l'idée d'obligation comme prédiction, il indique « on a parfois admis qu'il s'agissait là de la seule alternative possible à des conceptions métaphysiques qui considèrent l'obligation ou le devoir comme des objets qui existeraient mystérieusement au-delà du monde des faits ordinaires et observables » : Hart (1976 : 108). Hart veut ici montrer que sa position est une autre alternative, et mieux fondée.

droit pour objet (la sociologie, l'histoire, etc.). Mais cela n'a pas transformé le point de vue scientifique en point de vue interne.

Il est curieux qu'ici, Hart, pourtant à partir de prémisses empiriques qui devraient l'éloigner de la position de Kelsen, adopte une conception de la science du droit qui fut celle du normativisme prescriptif⁵⁵ et que Kelsen lui-même a fini par abandonner. La science du droit n'utilise pas les règles juridiques *comme* des règles ; elle *décrit* des règles et si elle se veut empirique, elle décrit les règles *telles qu'*elles sont utilisées.

Hart lui-même, dans son célèbre post-scriptum publié après sa mort, en 1993, semble avoir nuancé son point de vue :

Il n'y a en réalité rien dans le projet d'une théorie générale du droit descriptive telle que l'illustre mon ouvrage, qui empêche un observateur externe non participant de décrire la façon dont des participants considèrent le droit d'un tel point de vue interne [...] Il est évident qu'un théoricien faisant œuvre de description ne partage pas lui-même en tant que tel l'acceptation du droit que manifestent les participants [...] mais il peut et devrait décrire une telle acceptation [...] *comprendre* en quoi consiste l'adoption du point de vue interne, et en ce sens limité, se mettre à la place d'un membre [...].⁵⁶

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

55 Hart écrit d'ailleurs : « Ross a raison de penser que nous devons distinguer un aspect *interne* tout comme un aspect externe du phénomène présenté par l'existence de règles sociales. Cela est vrai, et très important pour la compréhension de n'importe quelle sorte de règles. Mais malheureusement, il situe la frontière entre ces deux aspects au mauvais endroit, et présente à tort l'aspect interne des règles comme une question d'« émotion » ou de « sentiment », comme une « expérience » psychologique spéciale. C'est seulement en faisant cela qu'il est capable de créer l'impression que l'analyse de la pensée juridique peut se dispenser de ce que Kelsen nomme les « propositions de devoir-être ». En fait, l'élucidation de l'aspect interne de tout discours normatif a besoin de telles propositions, et si nous les étudions soigneusement, nous pouvons voir qu'il n'y a rien de « métaphysique » à leur propos, bien que leur « logique » ou leur structure diffèrent des énoncés de fait ou des expressions de sentiment » : Hart (2000 : 47-48).

56 Hart, Post-Scriptum (2005 : 260).

corriger sa théorie, mais n'indique précisément ni quelles sont ces prétentions, ni quelles sont les corrections qu'il envisageait.

4 UNE CONCEPTION EMPIRISTE DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

L'idée selon laquelle la norme, en tant que signification d'une prescription, se distingue de l'énoncé, en tant qu'acte édicté, c'est-à-dire en tant que texte produit à interpréter, n'est originale ni au regard des acquis de la linguistique, ni au regard des théories ici discutées.⁵⁷

Il en découle nécessairement que la hiérarchie des normes ne peut se confondre aussi simplement avec quelque hiérarchie que ce soit des énoncés, postulée *a priori* (une pyramide des actes) ou comprise comme hiérarchie des fonctions d'édition (une hiérarchie des autorités normatives). Dans les deux cas, on négligerait un élément essentiel, qui est au creux de la dynamique du droit : la concrétisation, à la fois comme acte de volonté (pouvoir normatif) individuel (la décision) et acte de volonté (pouvoir normatif) dépassant le cadre individuel (le pouvoir de dire la norme au-delà du cas).

Les pierres d'achoppement que constituent par exemple : la difficulté de concilier une interprétation scientifique (qui admet la coexistence à partir de méthodes linguistiques de plusieurs significations - plusieurs normes - pour un même énoncé) et une interprétation authentique (qui décide de la norme effective, y compris si cette décision paraît inacceptable du point de vue scientifique, c'est-à-dire linguistique) ;⁵⁸ la difficulté à intégrer dans une hiérarchie des actes et des autorités (qui présuppose généralement un caractère de supériorité des actes à portée générale sur ceux à portée spécifique, et une hiérarchisation des autorités déduite du principe politique de séparation des pouvoirs : constituant, législatif, réglementaire, juridictionnel, décisionnel) la valeur par exemple de principes (normes implicites) issus de décisions de justice ;⁵⁹ la difficulté à rendre compte de ce qu'un énoncé puisse donner lieu à plusieurs normes (linguistiquement ou effectivement) alors que plusieurs énoncés, y

57 Cf. les propos de Kelsen lui-même qui ouvrent sa *Théorie Générale des Normes* (1996, notamment la section III, p. 2).

58 V. bien sur Kelsen (2004a : 335 et s).

59 V. les débats auxquels ont pu donner lieu dans la doctrine administrativiste et constitutionnaliste française à la fois la question des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État (tant dans le système de la Constitution de 1946 que dans celui de la Constitution de 1958) et celle des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, particulièrement lorsqu'ils sont mobilisés par le Conseil d'État (Conseil d'État, 3/07/1996, *Moussa Koné*). Sur la première question, cf. par exemple Chapus 1966, et Conseil d'État, 11/07/1956, *Amicale des Annamites de Paris* ; et sur la seconde, Champeil-Desplats 2001.

compris de valeur différentes selon les hiérarchies classiques, débouchent sur une seule norme, en témoignent.

L'interprétation est un acte de volonté, qu'il s'agisse de choisir entre des sens acceptables linguistiquement de l'énoncé (norme explicite) ou de donner un autre sens (norme implicite) ; le recours à un pouvoir plus assumé de poser la norme (implicite), notamment au travers des techniques classiques que sont : l'affirmation d'une lacune imposant ce pouvoir, l'affirmation de la clarté ou de l'obscurité de l'énoncé conditionnant ce pouvoir, la mobilisation d'un principe d'interprétation (ce qui n'est pas expressément interdit par une norme est autorisé par exemple), ou la « découverte » de principes juridiques non écrits, est aussi un acte de volonté. Sans doute celui-ci n'est pas toujours assumé (notamment dans la tradition du droit écrit⁶⁰ et particulièrement en France),⁶¹ ni même toujours conscient de la part des autorités qui peuvent en toute bonne foi être persuadées du contraire (de l'existence d'une obligation issue d'une hiérarchie des normes) ; mais cela ne change rien à la réalité de ce pouvoir.⁶²

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

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

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

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

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

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

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

Nous connaissons ces hiérarchies au travers des discours de concrétisation, c'est-à-dire que nous connaissons des discours sur la hiérarchie ; nous pouvons aussi reconstituer les conditions pour que ces discours sur la hiérarchie soient cohérents et c'est ce que j'appelle le processus d'élucidation (de reformulation) des normes effectivement utilisées. Nous ne pouvons donc connaître qu'une hiérarchie des normes produites (existantes), ce qui est évidemment très différent de l'idée du recours à une hiérarchie comme modalité (et critère) de production (et de description : le *sollen* descriptif) des normes (valides) *per se*.⁶³

La théorie de la hiérarchie des normes n'est pas une théorie permettant de décrire une norme comme valide ; elle est une conséquence de la reconnaissance (par des autorités réelles) de la validité des normes. En ce sens, il y a évidemment de multiples hiérarchies envisageables, et sans doute plusieurs hiérarchies qui coexistent.

Une théorie de la hiérarchie des normes, quelle qu'elle soit, même formelle, ne peut prétendre permettre de décrire la structure de tout système juridique, ni même sans doute la structure unique d'un système juridique identifié. La hiérarchie des normes est un objet de l'étude empirique : un élément résultant du

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

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

5 DIMENSION PRESCRIPTIVE DE LA THÉORIE NORMATIVISTE DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

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

Cette théorie, comme je l'ai dit, ne peut ainsi conçue fonder un programme scientifique permettant de décrire les normes effectivement utilisées (ce que cette théorie admet) : elle se donne pour seul objet la description des seules significations acceptables des seuls énoncés validement produits. Elle réserve à ces seules normes explicites la qualité de norme (valide). En ce sens, la théorie de la hiérarchie des normes peut aussi être vue comme une théorie prescriptive : elle ne décrit pas une hiérarchie de toutes les normes existantes et/ou de leurs sources, mais elle décrit les seules normes qu'elle considère comme légitimes, les normes explicites, c'est-à-dire les significations d'actes de volonté (les énonciations) légitimes, et elle prescrit donc les sources légitimes du droit.

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

Kelsen (comme ce lui fut aussi injustement que stupidement reproché) a parfaitement compris qu'envisagé de cette manière, l'objet de la science juridique ne pouvait qu'être traité identiquement pour toutes formes de systèmes, y compris non démocratiques. Il reste que cette double caractérisation (description/prescription) des sources légitimes, ne peut sans doute pas être détachée aussi d'une certaine conception de la démocratie, que Kelsen a vigoureusement défendue

sur le plan politique : la démocratie procédurale ; et de sa justification au regard du non cognitivisme éthique.⁶⁴ Les questions non scientifiques (politiques au sens large) ne pouvant être décidées par la connaissance, le recours à des procédures démocratiques (la loi du nombre dans le respect de certaines règles légitimement adoptées) paraît comme le seul moyen de trancher les questions de valeurs et de raison pratique. Notamment, aucune affirmation de principe ou de valeur *a priori* (non décidés - posés- selon ces procédures) ne peut s'imposer légitimement comme critère de ce qui doit être fait.

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

Je ne peux m'empêcher de comprendre la théorie de la hiérarchie des normes, de ce point de vue, non comme une théorie décrivant les normes effectivement utilisées, mais comme une théorie décrivant les normes devant (ou pouvant) être légitimement utilisées : en bref, comme une théorie politique de la démocratie procédurale (par le droit), et sans doute comme l'une des meilleures expression (sinon la meilleure) de ce projet du point de vue juridique.⁶⁵ Et je crois aussi que c'est comme théorie politique (qui peut aussi légitimement être une théorie descriptive de ce qui *devrait être* sur le fondement de valeurs réellement affirmées comme projet politique - constitution - d'un système réel) qu'elle produit ses effets les plus visibles : en tant que contrainte pesant effectivement sur les autorités dans les actes de concrétisation.⁶⁶

⁶⁴ Kelsen 2004b.

⁶⁵ D'une certaine manière, le débat qui a eu lieu en Italie dans les années 1960-1970 sur l'interprétation du normativisme, particulièrement entre Norberto Bobbio et Uberto Scarpelli, paraît d'un constat du même ordre. Sur ce débat, voir notamment les comptes rendus de la table ronde de Padoue en 1966 : Università di Pavia. Istituto di scienze politiche (1967 : 559-565) ; et sur les conséquences cf. Pattaro (1971 : 61-126). Parmi les productions récentes qui présentent des arguments dans le sens d'une telle qualification du normativisme, cf. Celano 1999.

⁶⁶ En ce sens, je n'adhère pas aux critiques adressées au normativisme comme quasi-positivisme, par exemple par Ross (notamment dans *La validité et le conflit entre le positivisme et le Droit naturel* : Ross (2004 : 161-163)). Je ne crois pas que la norme fondamentale soit un moyen de prêter une validité morale au système (l'obligation morale d'obéir au droit) ni que la description des *sollen* soit prescriptive. Je dis simplement que le choix de cet objet de la science du droit, outre qu'il me paraît chimérique (les significations linguistiquement acceptables d'un énoncé prescriptifs sont simplement des significations linguistiquement acceptables d'un énoncé et rien de plus), remplit une fonction politique et juridique : la désignations des significations politiquement acceptables d'un acte de volonté d'une autorité légitime dans le système.

6 LA THÉORIE DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES COMME CONTRAINTE

Dans son article⁶⁷ consacré à la consécration du contrôle de constitutionnalité par Marshall dans l'arrêt *Marbury*, et à la reprise de cette argumentation par Kelsen d'une part dans sa conception de la hiérarchie (souhaitable et efficace dans une démocratie) des normes, d'autre part par Aharon Barak dans le cas israélien (un système dans lequel pourtant l'énonciation constitutionnelle ne s'est pas produite), Michel Troper montre comment est présentée comme nécessaire logiquement une argumentation qui commence en réalité par un choix (une décision) sur la prémisse : la compréhension de la supériorité comme désignant le devoir d'invalidier une norme contraire. Michel Troper conclut cependant en indiquant que :

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

Cette idée de hiérarchie des normes comme contrainte est essentielle, me semble-t-il, pour expliquer notamment les phénomènes de régularité que nous constatons, et qui nous permettent d'affirmer que telle norme existe. Il ne fait aucun doute que nous (à commencer par les citoyens) ne percevons pas comme juridiquement valide, comme politiquement légitime, un acte juridique (énonciation, concrétisation) qui ne pourrait être justifié (au moins formellement) par rapport à ce modèle. Et donc que la contrainte d'inscrire une argumentation comme logique par rapport à une hiérarchie des normes produit les effets les plus importants, quand bien même cette hiérarchie est avant tout une idée, qui se construit de manière variable. La contrainte ne réside pas dans une hiérarchie présumée (impossible puisque dépendant d'une détermination de la

⁶⁷ Troper (2003b : 215-228).

norme supérieure par l'acte de concrétisation) mais dans deux idées : la validité dépend de la possibilité d'affirmer une norme supérieure (structure de l'argumentation) ; la possibilité d'affirmer la norme supérieure effective est contrainte par l'idéologie politique socialement acceptée comme légitime (représentation de la souveraineté et des autorités publiques). La contrainte se distingue bien alors de l'obligation : d'une part elle n'est pas indépassable à condition pour qui la dépasserait d'en assumer le coût au regard de ces représentations (ce qui peut être à la fois symbolique - la critique sociale - et très réel - la remise en cause d'une représentation qui fonde aussi le pouvoir de l'autorité) ; d'autre part, elle est relativement floue puisque elle ne fait que réduire le champ des possibles sans faire disparaître des possibilités de choix.

Il est probable que la hiérarchie des normes est une contrainte forte mais à elle seule insuffisante. Sur le fondement d'une réflexion politique (démocratique et libérale), il doit être envisageable de renforcer la contrainte (de renchérir le coût) : on le voit avec l'idée de contrôle de constitutionnalité, mais à d'autres niveaux l'idée du droit au recours tel que prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'exigence de motivation formelle, ou du recours à la publicité de l'opinion dissidente dans les jugements pris par une autorité collégiale, participent de la même démarche en rendant moins facile un acte de concrétisation qui se dispenserait d'une argumentation formelle (dans le discours de concrétisation) *comme* déclinant logiquement un processus hiérarchique de validation des normes. À cet égard, une théorie des contraintes doit insister à juste titre sur l'aspect dynamique des contraintes : elles peuvent porter sur le discours en produisant une norme, une méta norme ou un concept ; surtout elles peuvent avoir des effets sur la position institutionnelle des acteurs, et la contrainte n'est pas simplement subie par des acteurs, elle est aussi créée par des acteurs.⁶⁸ Il ne fait aucun doute que ce que l'on appelle « autorité morale de la doctrine » peut représenter une contrainte, et ce d'autant plus que la science du droit (comprise comme la doctrine produite sur le fondement d'une méthodologie fournie par une théorie scientifique, comme par exemple la théorie pure du droit ou la théorie empiriste) peut à la fois dévoiler les significations axiologiques de certaines positions normatives, et élaborer une critique non cognitiviste des interprétations authentiques dont la correction analytique peut être vérifiée (ou falsifiée). Le cadre de cette théorie (devenu paradigme scientifique) constitue alors une véritable contrainte juridique du fait de sa formulation et de son acceptation comme représentation dominante de ce qui doit être. La hiérarchie des normes est une contrainte d'autant plus forte quelle est théorisée comme moyen d'identification de l'objet d'une science du droit, et donc de

⁶⁸ Sur ces questions essentielles, Voir Troper, Champeil-Desplats (2005 : 16-23), et Meunier (2005 : 187-197).

la définition stipulative du droit socialement accepté : des entités idéelles (des significations correctes d'ordres légitimes).

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

Bibliographie

Carlos E. ALCHOURRON & Eugenio BULYGIN, 1991 : *Análisis lógico y derecho*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales.

Norberto BOBBIO, 1950 : *Teoria de la scienza giuridica*. Turin : Giappichelli.

, 1998 : *Essais de théorie du droit*. Paris : LGDJ.

Pierre BRUNET, 2004 : Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif. *Droits* (2004) 39. 197 et s.

Bruno CELANO, 1999 : *La Teoria del diritto di Hans Kelsen, una introduzione critica*. Bologna : Il Mulino.

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, 2001 : *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*. Paris : Economica.

, 2005 : Note sous la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005 relative à la loi de programmation pour la cohésion sociale. *Actualité juridique - Droit administratif* (2005) 16.

René CHAPUS, 1966 : De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif. *Dalloz*, chronique 119.

Denys DE BECHILLON, 1996 : *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives*. Paris : Economica.

Ronald DWORKIN, 1995 : *Prendre les droits au sérieux*. Paris : PUF.

Jerome FRANK, 1949: *Courts on Trial. Myth and reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press.

John Chipman GRAY, 1921 : *The nature and source of Law*. New York: McMillan.

Riccardo GUASTINI, 1994 : Alf Ross, Une théorie du droit et de la science juridique. *Théorie du Droit et Science du Droit*. Ed. Paul Amselek. Paris : PUF.

, 1998 : Préface. In Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*. Paris : LGDJ.

, 2013 : *Lex superior*. Pour une théorie des hiérarchies normatives. *Revus-European Constitutionality Review* (2013) 21.

, 2014 : Les juges créent-ils du droit ? Les idées de Alf Ross. *Revus-European Constitutionality Review* (2014) 24.

Herbert L.A. HART, 1976 : *Le concept de droit*. Trad. M. van de Kerchove. Bruxelles : Facultés Universitaires de Saint-Louis.

, 2000 : Sur le réalisme scandinave. *Théories réalistes du droit*. Ed. Olivier Jouanjan. Strasbourg :

- Annales de la Faculté de droit de Strasbourg. 43-50.
 , 2005 : *Le concept de droit* (2ème éd.). Trad. M. van de Kerchove. Bruxelles : Facultés Universitaires de Saint-Louis.
- Hans Kelsen, 1911 : Préface. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1. éd). Tübingen : JCB Mohr.
 , 1996 : *Théorie générale des normes*. Paris : PUF.
 , 2004a : *Théorie pure du droit*. Trad. de la 2ème éd. de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann. Paris : LGDJ.
 , 2004b : *La démocratie : sa nature, sa valeur*. Paris : Dalloz.
- Valérie LARROSA, 1997 : *Recherches sur la notion de hiérarchie en droit administratif français*. Thèse. Toulouse : Université des sciences sociales.
- Massimo LA TORRE, 2013a : The Hierarchical Model and H. L. A. Hart's Concept of Law. *Revus-European Constitutionality Review* (2013) 21.
 , 2013b : Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart. *Revus-European Constitutionality Review* (2013) 21.
- Jacques MEUNIER, 2005 : Contraintes et stratégie en droit constitutionnel. *Théorie des contraintes juridiques*. Eds. Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczk. Paris : LGDJ. 187-197.
- Eric MILLARD, 1996 : La protection du droit à la vie familiale, dialectiques jurisprudentielles autour de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. *Les petites affiches*, 1996, n° 95.
 , 2004 : *Introduction à l'empirisme juridique*. Paris : LGDJ.
 , 2005 : Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes. *Théorie des contraintes juridiques*. Eds. Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczk. Paris : LGDJ. 143-154.
 , 2006 : *Théorie générale du droit*. Paris : Dalloz.
 , 2014 : Réalisme scandinave, réalisme américain : un essai de caractérisation. A paraître sur *Revus-European Constitutionality Review* (2014) 24. Actuellement disponible à l'adresse : http://ufr-dsp.u-paris10.fr/jsp/saisie/liste_fichiergw.jsp?0BJET=D0CUMENT&C0DE=1195054552367&LANGUAGE=0.
- Enrico PATTARO, 1971 : Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico. *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1 (1971). 61-126.
- Stanley PAULSON, 2013a : How MerkI's *Stufenbaulehre* Informs Kelsens Concept of Law. *Revus-European Constitutionality Review* (2013) 21.
 , 2013b : Ce que nous apprend la *Stufenbaulehre* sur le concept de droit de Kelsen. *Revus-European Constitutionality Review* (2013) 21.
- Otto PFERSMANN, 2003 : Hiérarchie des normes. *Dictionnaire de la culture juridique*. Eds. Denis Alland, Stéphane Rials. Paris : 2003.
- Alf ROSS, 1959 : *On Law and Justice*. Berkeley : University of California Press.
 , 2004 : *Introduction à l'empirisme juridique*. Ed. Éric Millard. Paris : LGDJ.
- Michel TROPER, 1978 : La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amselek. *Revue du Droit Public* (1978).
 , 2002 : Réplique à Otto Pfersmann. *Revue française de droit constitutionnel* 2 (2002) 50.
 , 2003a : *Philosophie du droit*. Paris : PUF.
 , 2003b : Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste. *Marbury vs Madison, un dialogue franco-américain*. Ed. Elisabeth Zoller. Paris : Dalloz. 215-228.
 , 2005 : *Théorie des contraintes juridiques*. Eds. Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczk. Paris : LGDJ.
- UNIVERSITA DI PAVIA. ISTITUTO DI SCIENZE POLITICHE, 1967 : Tavola rotonda sul positivismo giuridico : Intervento di Guido Fassò. *Quaderni della rivista « Il Politico »*. Milano : Giuffrè. 559-565.
- *
- Jurisprudence française. Conseil d'État (<http://www.conseil-etat.fr/>):
Amicale des Annamites de Paris, 11 juillet 1956.
Ministre de l'Intérieur contre Cohn Bendit, 22 décembre 1978.
Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), 29 juin 1990, Req. n° 78519.
Moussa Koné, 3 juillet 1996.
- Conseil constitutionnel (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>):
 Déc. 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programmation pour l'avenir de l'Ecole*.
 — Déc. 2004-509 DC, 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*.
- US Supreme Court (<http://www.supremecourt.gov/>):
 — *Brown v. Allen* - 344 U.S. 443, 9 février 1953.

Raphael Paour*

Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes

Existe-il une corrélation entre le pouvoir d'un organe et le rang hiérarchique de ses normes ? La théorie réaliste de l'interprétation pourrait sembler indiquer le contraire. En effet, si, comme elle l'enseigne, c'est l'interprète d'un énoncé qui en détermine la signification, les agents de l'administration qui mettent en œuvre les politiques publiques devraient exercer un pouvoir plus important que le législateur qui les élabore. L'auteur de l'article soutient toutefois qu'une semblable conclusion serait erronée car les organes qui produisent les énoncés juridiques généraux et abstraits peuvent généralement mobiliser des ressources qui leur permettent de contraindre les organes de concrétisation à prendre leurs préférences en considération. La représentation du droit comme étant constitué d'un ensemble de normes hiérarchisées confère certaines des ressources dont ils disposent. Celles-ci doivent être identifiées et leur efficacité évaluée afin de déterminer dans quels cas il existe effectivement une corrélation entre la place d'une norme dans la hiérarchie et le pouvoir de son auteur.

Mots-clés : hiérarchie statique, hiérarchie dynamique, habilitations, contraintes juridiques, contrôle de constitutionnalité, Kelsen, Troper

« Le droit est un certain ordre, une certaine organisation de la force »¹ nous dit Kelsen. La force à laquelle il se réfère est procurée par la possibilité de mobiliser les « moyens de puissance spécifiques qui sont à la disposition du gouvernement : fortifications et prisons, canons et potences, hommes en uniformes de policiers ou de soldats. »² C'est cette capacité à mettre en œuvre une violence souveraine sur un territoire qui confère son *pouvoir* à l'État : lui permet en d'autres termes d'influencer, de déterminer, dans une certaine mesure, les comportements sociaux. Mais il ne s'agit pas d'une violence brute et non contrôlée ; ce qui distingue le pouvoir de l'État d'autres rapports de puissance

c'est le fait qu'il est juridiquement réglé, c'est-à-dire que les individus qui exercent le pouvoir /.../ sont habilités par un ordre juridique à exercer le pouvoir par la création et l'application de normes juridiques.³

Les fortifications et prisons, canons et potences,

* raphael@paour.com | Doctorant à L'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, UMR CNRS 7074, *Centre de Théorie et Analyse du Droit*. Je remercie Pierre Brunet, Anne-Laure Girard et Thomas Giraud qui ont relu ce texte.

1 Kelsen (1999 : 284).

2 Kelsen (1999 : 284).

3 Kelsen (1999 : 284).

sont des objets inanimés, des choses inertes ; ils ne deviennent des instruments de la puissance étatique que par le fait qu'ils sont manipulés par des hommes conformément aux ordres qui leurs sont donnés par le gouvernement, donc si les policiers et les soldats obéissent aux normes qui règlent leur conduite.⁴

L'organisation de la force au sein d'un État est justifiée par des principes politiques. Le pouvoir que confère la possibilité de recourir à la violence est en effet présenté comme étant placé entre les mains de personnes jugées légitimes pour l'exercer. Et, selon les convictions qui prévalent à une époque donnée, les sources de cette légitimité seront différentes. Ainsi par exemple, la compétence technique constituait le critère principal de la ventilation du pouvoir dans la Constitution de 1791.⁵ C'est en revanche une défiance à l'égard des assemblées élues démocratiquement qui a justifié, dans la seconde partie du XX^{ème} siècle, l'instauration de limites à leur pouvoir.

Non seulement les principes politiques invoqués justifient la repartition du pouvoir entre différents organes habilités à créer et appliquer le droit, mais ils sont également mobilisés pour justifier la hiérarchie entre les normes produites par ces organes. Ainsi, la production normative d'un organe *B* doit-elle être conforme à celle d'un organe *A*, jugé plus légitime que lui pour exercer le pouvoir.

Ce sont des raisonnements de ce type que les constituants invoquent quand ils élaborent un texte constitutionnel, mais c'est également ainsi que fonctionne le discours des juristes quand ils sont confrontés à un conflit de normes et proposent de le résoudre au moyen du critère hiérarchique.⁶ Aussi, pour justifier le contrôle de constitutionnalité, les juristes développent-ils l'argument de la supériorité politique du constituant sur le législateur, en plus de l'argument de la supériorité formelle de la norme constitutionnelle sur la loi.⁷ Pour certains, le constituant serait capable d'exprimer les tendances profondes de la nation, ses normes devraient donc prévaloir sur la loi qui, elle, reflèterait essentiellement les humeurs irréflechies de la société.⁸ De même, c'est au regard d'une conception politique de la légitimité respective des différents organes que René Chapus détermine le rang *infra-législatif* et *supra-décrétal* des principes généraux du droit administratif.⁹

4 Kelsen (1999 : 284-285).

5 Rosanvallon 1998.

6 Zucca 2006.

7 Kelsen 1928. Voir également la critique de l'argumentation de l'auteur autrichien par Michel Troper dans Troper 1991.

8 Voir en particulier Eisgruber 2001. En France, peu d'auteurs défendent une thèse aussi radicale que celle de cet auteur, mais la plupart de ceux qui adhèrent à la théorie du lit de justice proposée par G. Vedel présupposent au moins une version plus modérée de cette thèse.

9 Voir Brunet 2006.

Ce type de discours - relatifs à la repartition de la compétence au sein de l'État - repose sur le présupposé suivant : *il existe une corrélation entre le pouvoir d'un organe - entendu comme sa capacité à influencer les comportements sociaux - et la place que ses normes occupent dans la hiérarchie des normes*. C'est en effet parce que l'on entend attribuer un pouvoir important à un organe que sa production normative occupe un rang élevé de la hiérarchie des normes. Inversement, quand un organe n'est pas jugé suffisamment légitime pour exercer une influence importante sur les comportements sociaux, les normes qu'il est habilité à produire se situent aux étages inférieurs de l'ordonnement juridique.

L'idée selon laquelle il existerait une corrélation entre le pouvoir des organes et le rang hiérarchique attribué aux normes qu'ils produisent joue un rôle prédominant dans la justification de l'exercice de la force par les agents de l'État.

Or, telle quelle vient d'être formulée, cette idée encourt deux reproches.

Elle semble d'abord impliquer une conception du pouvoir qui est à la fois désuète et imprécise. Dans la conception du pouvoir quelle mobilise, celui-ci est en effet compris comme un *objet* que les acteurs auraient en leur possession, dans des quantités variables qu'il serait possible de mesurer. Or, malgré des controverses persistantes sur le thème du pouvoir au sein de différentes sciences humaines,¹⁰ la plupart des auteurs ont abandonné cette conception au profit d'une analyse qui décrit le pouvoir comme *un rapport entre acteurs*. Michel Crozier et Erhard Friedberg définissent le pouvoir comme

une relation d'échange, donc réciproque, mais où les termes de l'échange sont plus favorables à l'une des parties en présence. *C'est un rapport de force, dont l'un peut retirer davantage que l'autre, mais où, également, l'un n'est jamais totalement démuné face à l'autre.*¹¹

Par ailleurs, cette conception souffre de son imprécision : pour envisager de procéder à la comparaison de l'influence respective de différents acteurs, il est indispensable d'isoler plusieurs aspects du pouvoir. Ainsi Robert Dahl distingue-t-il son *domaine* (qui dépend des acteurs influencés), son *champ* ou sa portée (défini par les affaires à propos desquelles le comportement des acteurs est influencé), son *efficacité* (qui est fonction de la probabilité d'une réponse favorable de leur part) et sa *profondeur* (qui fait référence à la capacité de celui exerce le pouvoir à surmonter leur répugnance ou résistance à adopter le comportement voulu).¹²

Certains enseignements de la théorie du droit permettent eux aussi de mettre en lumière la fragilité du présupposé litigieux. Pour le comprendre, il

10 Voir par exemple Burdeau (1970 : 379-385) et Dahl (1970 : 50).

11 Crozier et Friedberg (1981 : 69).

12 Dahl (1970 : 50).

est nécessaire de développer un peu plus le raisonnement sur lequel il repose. Les auteurs des normes supérieures élaborent des énoncés se rapportant à des comportements sociaux qu'ils souhaitent prescrire, interdire ou autoriser. Ces normes guideraient les organes inférieurs jusqu'à l'acte d'application, concret et individuel. Aussi, si l'injonction d'un policier exerce sur le comportement d'un individu une influence plus *efficace* et plus *profonde* - au sens de Robert Dahl - que la loi, ce serait néanmoins en vertu de cette dernière que l'agent de police agirait : les préférences qui s'imposeraient aux destinataires des normes seraient donc plus celles du législateur que les siennes. Lorsqu'un organe de concrétisation, manquant à son devoir, passe outre les normes supérieures, il serait en général sanctionné par un organe de contrôle.¹³ C'est donc grâce à la maîtrise du processus de concrétisation que les auteurs des normes de fond les plus élevées disposeraient d'une capacité à influencer les comportements sociaux.

Ce raisonnement repose sur deux thèses que la théorie réaliste du droit française rejette : 1) celle selon laquelle il serait possible d'identifier objectivement un cadre des significations pour chaque énoncé juridique ;¹⁴ 2) celle de la bonne foi des interprètes - les juges en particulier - qui, par devoir, respecteraient ce cadre de signification lors du processus de concrétisation des normes supérieures.¹⁵

Ayant rejeté ces deux thèses, les partisans de la théorie réaliste du droit français en concluent-ils que la hiérarchie des normes, comme renversée, repose sur son sommet et que les interprètes sont tout puissants parce qu'ils sont juridiquement libres d'attribuer la signification de leur choix aux normes supérieures ?

Une semblable conclusion mettrait assurément à mal l'idée précitée selon laquelle il existerait une corrélation entre le pouvoir des organes et la place de leurs normes dans la hiérarchie.

13 Cette conception s'appuie sur une théorie de l'interprétation juridique conçue comme un acte de connaissance. Un énoncé aurait un nombre fini de significations ; prises ensemble, ces significations dessineraient un cadre au sein duquel les normes inférieures devraient nécessairement s'inscrire sous peine d'irrégularité. Celles qui sortent du cadre seraient sanctionnées par un organe juridictionnel. Rares sont les auteurs qui n'admettent aucune liberté de choix à l'auteur de la norme inférieure. Aussi, une marge de manœuvre est généralement reconnue au profit des organes qui concrétisent la norme supérieure. Mais son étendue serait fonction du caractère plus ou moins précis de cette dernière. Un organe aurait donc la faculté d'exercer une influence sur les comportements sociaux qui serait en rapport avec la place hiérarchique de ses normes : plus elle est élevée, plus l'influence potentielle serait grande. Il ne tiendrait qu'à l'auteur de normes supérieures de mobiliser cette ressource de pouvoir. L'organe qui adopte les décrets en Conseil des ministres aurait par exemple potentiellement plus d'influence sur le comportement des acteurs que les services qui mettent en œuvre ses politiques publiques.

14 Troper (2001 : 71-74).

15 Le comportement des acteurs membres d'organes juridictionnels peut être analysé en termes de stratégies destinées à accroître leur position de pouvoir. Voir en particulier Meunier 1998.

Les travaux de Michel Troper démontrent toutefois que cette conclusion serait excessive.¹⁶ Les organes qui concrétisent les normes supérieures sont en effet pris dans un réseau de contraintes qui déterminent en partie le sens de leur production juridique et permettent aux organes supérieurs d'exercer une influence sur le processus de concrétisation.

Parmi d'autres, certaines des contraintes juridiques qui pèsent sur les organes de concrétisation sont produites précisément par le fait que les acteurs se représentent la production juridique comme étant hiérarchisée. Les développements qui suivent ont vocation à décrire ce phénomène.

Au-delà, ils ont pour objectif de proposer quelques outils susceptibles d'être employés pour mesurer l'intensité de ces contraintes particulières et apprécier ainsi dans quelle mesure les auteurs des énoncés juridiques parviennent effectivement à maîtriser le processus de concrétisation pour influencer les comportements sociaux au travers des organes inférieurs.

Les réponses qu'ils permettent d'apporter sont naturellement nuancées. L'idée selon laquelle il existerait une corrélation entre la place hiérarchique d'une norme et le pouvoir de son auteur ne reçoit aucune confirmation générale et absolue. Des configurations différentes doivent ainsi être soigneusement distinguées.

Merkl qui est à l'origine de la diffusion de l'expression « hiérarchie des normes »¹⁷ la conçoit comme une image¹⁸ ayant pour fonction de rendre compte de certains types de relations existant entre les normes. Quand on dit d'une norme N1 qu'elle est supérieure à une norme N2 on peut entendre deux choses différentes. Cela peut d'abord vouloir dire qu'il existe une obligation de faire prévaloir N1 sur N2 lorsque les contenus de ces deux normes sont considérés comme étant en contradiction.¹⁹ On parlera alors de *supériorité d'un point de vue statique*. N1 est dite supérieure dans un second sens si elle fonde la validité de N2 en habilitant son auteur à adopter une norme de droit. On emploiera l'expression *supériorité d'un point de vue dynamique* pour désigner cette situation. Les contraintes juridiques associées à ces deux aspects de la hiérarchie des normes fonctionnent différemment, elles doivent donc être décrites séparément.

16 Voir notamment Troper 1994b.

17 L'expression et le concept lui-même furent ensuite popularisés par Kelsen. Sur l'influence fondamentale que les idées de Merkl ont eu sur son œuvre voir notamment Tusseau 2006a.

18 Merkl (1987: 38).

19 En écartant N2, en la réformant, en l'abrogeant, la retirant ou en l'annulant selon les situations.

1 LES CONTRAINTES DE LA HIÉRARCHIE STATIQUE

Les contraintes que la hiérarchie statique des normes permet à l'auteur d'un énoncé d'exercer sur les autres acteurs sont insuffisantes pour lui conférer une maîtrise du processus de concrétisation (1.1). Le caractère insuffisant de ces contraintes inhérentes à la hiérarchie des normes est néanmoins souvent compensé par la présence d'autres contraintes juridiques que les auteurs des énoncés peuvent faire jouer à l'encontre des organes qui les concrétisent (1.2).

1.1 Des contraintes insuffisantes

La présence dans le discours des acteurs juridiques de références à la hiérarchie des normes ou simplement aux énoncés de normes supérieures est le produit d'une *contrainte argumentative* et, plus précisément, d'une contrainte de justification. Pour justifier leur propre production normative, les acteurs sont contraints de se référer à un autre énoncé qui pose une norme qualifiée alors de « supérieure ». ²⁰ Cela explique par exemple que des acteurs de nationalité différente, placés dans des contextes historiques et culturels variés, aient eu recours, de la même manière, à l'argument de la hiérarchie des normes pour justifier la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois. ²¹

La référence aux normes supérieures n'est pas seulement le produit d'une contrainte, elle est elle-même également contraignante. Le fait pour un acteur d'invoquer un énoncé supérieur pour justifier une décision, limite sa liberté pour choisir le sens de cette décision. Le mécanisme particulier de cette contrainte (1.1.1) explique cependant sa faible portée (1.1.2).

1.1.1 Le mécanisme de la contrainte

Le recours aux arguments quasi-logiques, dont le syllogisme judiciaire offre l'exemple le plus typique, est un des procédés rhétoriques couramment employés par les acteurs juridiques. Quand un acteur présente sa production juridique comme la conséquence logique d'une norme supérieure, il dissimule son pouvoir de décision. Cela présente deux avantages : sa production juridique apparaît incontestable puisqu'elle ne semble pas pouvoir être différente ²² et la

20 Les acteurs se réfèrent à la supériorité d'une norme N1 sur une norme N2 dans trois types de cas : 1/ dans des discours favorables à l'exercice d'un contrôle sur la régularité de N2 ; 2/ dans des discours qui concluent à l'irrégularité de N2 et à la nécessité d'agir sur sa validité (en organisant son annulation, son retrait, son abrogation ou même en empêchant son application dans un cas d'espèce) ; 3/ dans des discours relatifs au contenu à donner à N2.

21 Troper 2001.

22 Lascombes (1990 : 58-59) : « En ce qui concerne les règles de droit, elles sont explicitement envisagées comme des ressources, au sens organisationnel du terme. C'est-à-dire qu'elles sont envisagées comme susceptibles de remplir une double mission. D'une part, elles assurent la protection de l'applicateur contre les demandes et surenchères des administrés, c'est la « règle-

responsabilité de cette production juridique est imputée à un organe supérieur bénéficiant d'une légitimité plus grande.

Ce type d'argument est employé par les acteurs juridiques car il apparaît efficace pour persuader leur auditoire. Ainsi, le législateur justifie l'adoption d'une loi par la nécessité de mettre en œuvre les normes constitutionnelles ; l'administration exerce son pouvoir en application des lois qui déterminent les principes fondamentaux des politiques publiques ; les agents de police agissent sur le fondement des normes supérieures qui guident leur conduite ; un juge prononce une décision pour faire respecter la norme supérieure. Mais le recours à ce type d'argument ne procure un avantage rhétorique que s'il apparaît pertinent du point de vue de l'auditoire. Par exemple, il ne s'agit pas pour l'administration de déclarer : « il est interdit de fumer dans les débits de boissons » sur le fondement de la norme constitutionnelle qui prévoit que « la loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux emplois publics ». S'il souhaite emporter l'adhésion de son auditoire, l'acteur juridique est contraint de tenir compte des significations qui sont généralement attribuées à l'énoncé qu'il concrétise.

1.1.2 La portée de la contrainte

Si l'auteur d'un énoncé supérieur peut espérer limiter ainsi la liberté des interprètes et acquérir une maîtrise du processus de concrétisation, la contrainte, qui relève des exigences de l'argumentation juridique, joue cependant avec une intensité variable. Sa portée dépend de la configuration institutionnelle dans laquelle se trouvent l'auteur de l'énoncé et son interprète.

1.1.2.1 La situation de l'auteur de l'énoncé

i. Il importe de savoir si l'acteur exerce sa compétence *seul ou en commun* avec un ou plusieurs autres acteurs. La plupart des organes compétents pour produire des énoncés juridiques sont composés de plusieurs acteurs. C'est le cas, bien entendu des assemblées délibérantes ou des formations collégiales de jugement. La plupart des énoncés sont d'ailleurs produits au terme d'un processus impliquant plusieurs organes. Soit qu'ils élaborent l'énoncé de concert, soit qu'un premier organe élabore un texte qui est contrôlé par d'autres. Ainsi, par exemple, la loi est écrite par le Parlement mais, si le Conseil constitutionnel est saisi, elle n'entre en vigueur dans son entier qu'avec l'assentiment de ce dernier. Le même raisonnement s'applique à tous les énoncés juridiques pouvant faire l'objet d'un recours contentieux. Dans un Etat comme la France c'est le cas de la très grande majorité des énoncés juridiques produits. Finalement les cours

bouclier ». D'autre part, elles sont l'instrument à partir duquel on pourra gratifier (ou sanctionner) l'administré, c'est la « règle-trésor » (ou fouet, ces deux aspects étant liés).

suprêmes sont pratiquement les seuls organes à détenir la faculté d'établir seuls les énoncés (jurisprudentiels) de leur choix.

ii. Il importe de déterminer également si la compétence pour produire l'énoncé juridique peut-être employée à *tout moment et sur décision de l'acteur lui-même*. Tel n'est par exemple pas le cas de l'intervention des organes juridictionnels qui est conditionnée par l'exercice d'un recours. Cette limite apportée à la maîtrise de leur compétence varie en fonction du nombre de recours et de la variété des affaires portées devant le juge. L'exercice de leur compétence par les assemblées délibérantes est également soumis à un ensemble de restrictions posées par des normes de procédure. Les différents titulaires du pouvoir réglementaire en revanche, ont la faculté d'intervenir à volonté. Si un acteur peut, de son propre mouvement, produire un nouvel énoncé qui exclut explicitement certaines des significations retenues par les interprètes, il peut en user pour accroître l'intensité de la contrainte pesant sur les organes de concrétisation. En soi, le procédé n'offre cependant pas une garantie absolue puisque l'organe de concrétisation ou le juge peuvent à nouveau méconnaître les intentions déclarées de l'auteur de l'énoncé. En 1982 et 1999, l'article 3 de la Constitution de 1958 était interprété par le Conseil constitutionnel comme excluant les mesures de discrimination positive en faveur des femmes.²³ Le constituant a entendu modifier cette interprétation du principe d'égalité en introduisant à l'article 3 un alinéa supplémentaire autorisant la loi à favoriser « l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Postérieurement à cette révision, estimant que « cet alinéa ne s'applique qu'aux élections à des mandats et fonctions politiques », le Conseil constitutionnel a pourtant censuré des dispositions qui appliquaient ce principe en matière d'élections à des instances délibératives et juridictionnelles.²⁴

1.1.2.2 La situation de l'interprète de l'énoncé

i. Lors de l'opération de concrétisation, la liberté de l'interprète pour attribuer la signification de son choix à l'énoncé supérieur dépend du *niveau de controverse autour de son interprétation*. La plupart des énoncés juridiques font l'objet d'interprétations variées au sein de la communauté des juristes. Il existe donc plusieurs significations raisonnables aux yeux de l'auditoire de l'interprète ; ce dernier pourra choisir celle qui lui permettra le mieux d'élaborer un syllogisme afin de justifier la production de son énoncé de concrétisation. Quand il se crée chez les juristes un consensus contre une signification jugée déraisonnable l'acteur ne pourra s'y référer qu'en renonçant à l'avantage rhétorique que lui procure l'argument de la norme supérieure.²⁵ De ces cas extrêmement rares, l'épisode

23 Décision 82-146 du 18 novembre 1982, « Quotas par sexe », GD, 33 bis.

24 Décision du 16 mars 2006, 2006-533DC.

25 « /.../ les tribunaux n'hésitent pas à décider d'une façon qui s'impose, même si c'est au prix

du référendum de 1962 sur l'élection du président de la République au suffrage universel direct donne un bon exemple. La communauté des juristes a, dans son ensemble, toujours considéré que la modification de la constitution ne pouvait avoir lieu sur le fondement de son article 11. Attribuer une telle signification à cet article était jugé déraisonnable au regard de son texte, de sa place dans la constitution et des intentions proclamées par les constituants en 1958. Le général de Gaulle est pourtant passé outre, renonçant à convaincre l'auditoire des juristes en malmenant l'argument de la supériorité.

ii. L'exemple précédent révèle l'importance de l'auditoire auquel le discours est principalement adressé. L'objectif du général de Gaulle n'était pas de convaincre la communauté des juristes de la régularité de sa réforme mais de faire accepter celle-ci par les électeurs. Or, face à cet auditoire élargi, l'argument de la hiérarchie des normes est moins important. Lorsqu'un acteur entend convaincre des juristes - les membres d'une juridiction par exemple - la contrainte qui pèse sur lui est naturellement plus forte. De manière générale, la force rhétorique de l'argument du syllogisme judiciaire dépend du type d'auditoire auquel le discours s'adresse. L'évolution depuis les années 80 des discours des parlementaires français lors des débats législatifs en témoigne. Avant l'essor du contrôle de constitutionnalité, les parlementaires tentaient de convaincre leurs pairs ou l'opinion publique ; au cours de la décennie une partie de leurs efforts rhétoriques s'est progressivement tournée vers le Conseil constitutionnel. C'est à ce moment là que « la culture de constitutionnalité »²⁶ s'étant emparée des parlementaires, ces derniers ont commencé à justifier les dispositions législatives au regard de la constitution, c'est-à-dire en invoquant les normes supérieures.

iii. Pour apprécier la liberté de l'interprète, il importe également de déterminer s'il est soumis au contrôle d'un autre organe ou si, se prononçant en dernier lieu sur la signification de l'énoncé supérieur, il en est l'interprète authentique. Pour un acteur de ce type, la nécessité d'emporter l'adhésion de son auditoire est moins grande que pour un acteur qui, faute d'avoir convaincu, risque de voir son énoncé sanctionné. Aussi, par exemple, les décisions des juridictions inférieures sont-elles généralement plus motivées que celles des cours suprêmes ; la différence entre les jugements de Tribunaux administratifs et les décisions du Conseil d'Etat en fournit souvent une bonne illustration.

Pour porter une appréciation sur la capacité d'un acteur juridique à maîtriser le processus de concrétisation de ses énoncés grâce au seul caractère hiérarchisé des énoncés juridiques, il faudrait croiser les différents facteurs cités

d'une justification fictive, (cela ne doit pas) faire perdre de vue que de tels subterfuges créent toujours un malaise, qui se manifeste par la continuation des litiges par les parties convaincues que légalement elles ont raison : la paix judiciaire n'est définitivement rétablie que lorsque la solution, qui est la plus acceptable socialement, s'accompagne d'une argumentation juridique suffisamment solide. » Perelman (1999 : 141).

26 Carcassonne (1999 : 83-90). Dans le même sens voir également Stone 1992.

ici. Il est possible de proposer deux types idéaux des acteurs qui, à cet égard, seraient respectivement le plus et le moins puissant : 1/ L'acteur produit seul des énoncés modifiables à volonté et qui sont concrétisés par des interprètes non authentiques s'adressant à un auditoire homogène sensible à l'argument de la supériorité. 2/ L'acteur produit, avec d'autres, un énoncé unique concrétisé par un interprète authentique s'adressant à un auditoire hétérogène et qui n'est pas particulièrement sensible à l'argument de la supériorité.

Dans la mesure où la première configuration se rencontre rarement, la contrainte que la représentation de la hiérarchie des normes procure aux auteurs des énoncés pour déterminer le sens des normes de concrétisation est le plus souvent insuffisante pour permettre à ces acteurs d'exercer une influence décisive sur les comportements sociaux.

1.2 Des insuffisances compensées

L'auteur des énoncés supérieur parvient à pallier l'insuffisance de la contrainte que lui procure la représentation des normes comme des entités hiérarchisées lorsqu'il est compétent pour exercer un contrôle sur les interprétations (1) ou sur les interprètes eux-mêmes (2).

1.2.1 Le contrôle des interprétations

Le contrôle qui est exercé sur les interprétations effectuées par l'organe de concrétisation varie d'une part en fonction de son intensité et de sa profondeur et d'autre part de la capacité de l'acteur à le déclencher de façon autonome.

1.2.1.1 L'intensité et la profondeur du contrôle

i. L'intensité du contrôle exercé sur les interprétations effectuées dépend de plusieurs facteurs. Pour l'apprécier, il convient d'abord de déterminer si l'auteur de l'énoncé supérieur peut simplement priver de validité la norme produite sur son fondement (cette compétence fait par exemple partie du pouvoir hiérarchique dont sont dotés certaines autorités administratives) ou s'il peut également se substituer à l'organe de concrétisation pour produire l'énoncé lui-même (cette compétence est prévue par certains mécanismes de tutelle et elle appartient également aux juges d'appel qui, au travers du pouvoir d'évocation, peuvent trancher un litige au fond après avoir annulé la décision du juge de première instance). Une juridiction qui, comme le Tribunal constitutionnel espagnol, peut simplement annuler les décisions qui ne se conformeraient pas à sa jurisprudence, sans pouvoir également statuer elle-même, exerce sur les interprétations de ses propres énoncés jurisprudentiels un contrôle moins intense qu'une juridiction de cassation qui, comme le Conseil d'Etat, dispose de la compétence pour trancher le litige au fond. Il importe également de déterminer si l'auteur de

l'énoncé supérieur intervient seul ou s'il agit sous le contrôle d'un organe tiers. Les supérieurs hiérarchiques, par exemple, se trouvent dans ce second cas de figure. C'est au juge qu'il revient, le cas échéant, de déterminer la signification de l'énoncé supérieur et c'est donc lui qui peut en imposer en dernière instance le respect aux agents qui l'appliquent. Le supérieur hiérarchique maîtrise seul le contenu des normes adoptées par ses agents seulement dans les interstices des décisions rendues par le juge ; se sachant sous la menace d'un recours, il sera néanmoins soucieux de ne pas heurter les préférences de ce dernier.

ii. Le phénomène de concrétisation des énoncés juridiques intervient le plus souvent au cours de phases multiples qui voient un énoncé général et abstrait aboutir progressivement à un énoncé individuel et concret suivi d'un acte d'application. Si le pouvoir d'un organe dépend de sa faculté à déterminer le contenu de l'étape ultime de ce phénomène de concrétisation, il importe de savoir jusqu'à quel stade de concrétisation l'organe peut contrôler les énoncés produits. On peut en effet considérer que, faute d'une maîtrise suffisante, l'influence de l'organe qui a adopté l'énoncé supérieur a tendance à se diluer à chaque stade de concrétisation. La profondeur de cette maîtrise atteint son niveau maximum lorsque l'organe peut exercer un contrôle sur l'acte d'application lui-même et elle est réduite au minimum quand elle ne touche que l'organe qui procède à la concrétisation immédiate de son énoncé. Ainsi certains pouvoirs de tutelle, en permettant à leur titulaire de se substituer à un agent pour adopter un énoncé de concrétisation à sa place leur confèrent une maîtrise profonde. Inversement, un organe qui, comme une juridiction ayant uniquement une compétence de cassation, n'aurait pas la faculté d'adopter l'énoncé de concrétisation lui-même, exercerait une maîtrise moins importante sur le processus pris dans son ensemble.²⁷

1.2.1.2 La faculté de déclencher seul le contrôle

Les auteurs des énoncés supérieurs qui ont la faculté de déclencher seuls le contrôle des énoncés inférieurs ont sur le processus de concrétisation une maîtrise plus importante que les acteurs dont le contrôle s'exerce conjointement avec d'autres. Ainsi, alors que les supérieurs hiérarchiques peuvent intervenir à leur guise, les juges n'exercent leur contrôle que s'ils sont saisis d'un recours. Il convient cependant de distinguer entre, d'un côté, les juges qui ne peuvent être saisis que par un nombre limité de requérants, comme le Conseil constitutionnel par exemple, et, de l'autre, les juges qui, comme le Tribunal constitutionnel espagnol, peuvent être saisis par tout citoyen. Les occurrences du contrôle exercé par un juge du premier type sont plus limitées quantitativement. Pour ac-

²⁷ Le cas du Tribunal constitutionnel espagnol peut être cité ici, même s'il ne dispose pas d'une compétence de cassation au sens strict du terme. Quand il est saisi d'un recours d'amparo contre une décision juridictionnelle, il peut annuler une décision qui ne respecterait pas sa jurisprudence, mais il ne peut trancher le litige à sa place.

croître leur nombre, ils doivent tenir compte de l'intérêt des requérants potentiels lorsqu'ils élaborent leur jurisprudence. Plus les titulaires du droit de saisine constituent un groupe homogène, plus cela limite la liberté avec laquelle le juge détermine le sens de sa jurisprudence. Au contraire si les requérants potentiels ont des préférences et des intérêts hétérogènes, le juge est moins contraint de tenir compte des attentes de chacun car leur diversité tend à favoriser l'occurrence d'une saisine.

1.2.2 *Le contrôle sur les interprètes*

L'auteur d'un énoncé supérieur peut également exercer une influence sur le processus de concrétisation s'il est en mesure d'exercer un contrôle sur les interprètes eux-mêmes, en plus ou à la place du contrôle exercé sur leur production normative. Ce contrôle peut s'exercer soit directement soit indirectement.

1.2.2.1 **Le contrôle direct**

Ce contrôle s'exerce directement quand l'acteur juridique possède une compétence à cet effet. C'est le cas des supérieurs hiérarchiques qui ont une influence sur la carrière de leurs subordonnés au travers de la notation et de prises de décisions relatives à leur avancement. C'est également le cas des assemblées délibérantes qui peuvent renverser les titulaires de la fonction exécutive ; ce contrôle s'exerçant par le biais de la responsabilité politique, mais également parfois grâce à la possibilité de mettre en cause la responsabilité pénale de l'organe de concrétisation.²⁸

1.2.2.2 **Le contrôle indirect**

Le contrôle s'exerce de manière indirecte quand, à défaut d'une habilitation à cet effet, un acteur est néanmoins en mesure de nuire aux intérêts des acteurs qui concrétisent ses énoncés. Par exemple lorsqu'il peut décider de modifier les statuts de l'organe de concrétisation afin de restreindre ses compétences.²⁹ Il peut également s'agir de la désignation de nouveaux membres, dans le but de diluer ainsi l'influence de certains groupes. Il s'agit encore de la faculté de modifier, voire de supprimer, la compétence de ces derniers.³⁰ Ainsi, le Conseil constitutionnel pourrait-il par exemple autoriser le législateur à restreindre le champ de compétence des juges ordinaires si ces derniers refusaient massivement de suivre ses réserves d'interprétation. La maîtrise des ressources financières de l'organe de concrétisation permet également d'exercer sur eux un contrôle indirect. C'est par exemple le cas du législateur à l'égard des collectivités

²⁸ Troper 1980.

²⁹ Par exemple, celle proférée par de Gaulle après l'arrêt *Canal*.

³⁰ Voir *infra*, la partie II.

territoriales. Ne pouvant renverser leurs assemblées délibérantes, sa contrainte s'exerce notamment au travers de sa capacité à restreindre leur budget de diverses manières. Il en va de même pour certaines autorités administratives indépendantes dont les budgets, jugés insuffisants, ont une incidence sur la manière dont elles exercent leurs missions.³¹

Au regard des facteurs énoncés, l'idéal-type de l'acteur le plus puissant est le suivant : 1/ l'acteur exerce seul et à volonté un contrôle direct sur l'ensemble des acteurs qui concrétisent ses énoncés et sur les énoncés qu'ils produisent. Le moins puissant en revanche sera : 2/ l'acteur qui exerce avec d'autres un contrôle indirect sur l'acteur immédiatement inférieur dans le processus de concrétisation.

2 LES CONTRAINTES DE LA HIÉRARCHIE DYNAMIQUE

Les énoncés habilitant ont pour objet d'investir un organe d'une compétence pour produire des énoncés qui, à leur tour, seront considérés comme posant des normes juridiques. Ils se distinguent des énoncés de fond en ce qu'ils définissent la manière dont les énoncés inférieurs doivent être produits mais ne règlent pas les comportements sociaux. Ainsi, l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 détermine-t-il le champ de compétence du pouvoir réglementaire sans prévoir le contenu des énoncés réglementaires qui seront adoptés sur son fondement. A première vue, il apparaît donc improbable qu'un acteur qui produit un énoncé d'habilitation (l'acteur habilitant) puisse exercer une quelconque influence sur les comportements de l'acteur habilité et, à travers lui, sur les comportements sociaux.

On serait donc tenté d'affirmer que l'acteur habilité à produire des énoncés de fond dispose d'une influence beaucoup plus importante sur le comportement des acteurs que l'acteur qui l'a habilité. Il faudrait alors en tirer la conclusion que, d'un point de vue dynamique, plus on descend dans la hiérarchie des normes, plus le pouvoir des acteurs est important.

L'acteur habilitant dispose pourtant d'une ressource non négligeable : la faculté de choisir parmi plusieurs candidats à l'habilitation celui à qui la compétence juridique sera attribuée. Employée de manière stratégique, cette ressource lui permet de peser sur le choix des contenus donnés aux énoncés produits sur le fondement de son habilitation. Le pouvoir de l'acteur habilitant s'exercera alors par l'intermédiaire de l'acteur habilité : c'est au travers des énoncés de fond produits par ce dernier que l'auteur de l'habilitation parviendra à influencer les comportements sociaux. Ce pouvoir indirect, l'acteur n'en dispose pas nécessai-

³¹ Imache 2005.

rement, il n'est donc pas inhérent à la hiérarchie des normes. Seule une configuration institutionnelle particulière permet à l'acteur habilitant, soit d'exercer un contrôle des énoncés adoptés par les acteurs inférieurs (2.1), soit d'habiliter un organe dont la production juridique sera spontanément proche de ses préférences (2.2).

2.1 Le contrôle de l'acteur habilité

Le niveau de contrôle exercé par un acteur sur la production de l'acteur habilité atteint son niveau maximum en cas « d'autohabilitation indirecte »³² (2.1.1). Lorsque certaines conditions sont remplies, l'habilitation ordinaire permet néanmoins à l'acteur supérieur d'exercer une influence sur les énoncés adoptés par les acteurs habilités (2.1.2).

2.1.1 L'autohabilitation indirecte

Si en vertu d'un pouvoir hiérarchique, d'un pouvoir de tutelle ou encore d'un pouvoir juridictionnel, un acteur habilitant peut réformer, supprimer ou écarter les énoncés produits par l'un des candidats à l'habilitation, la faculté qu'il a de choisir cet acteur plutôt qu'un autre, lui confère une influence déterminante sur la production normative qui s'en suivra. C'est dans cette situation particulière que se trouve le Conseil constitutionnel vis-à-vis de la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire. Interprète authentique³³ des dispositions constitutionnelles qui s'y rapportent, le Conseil arrête leur signification au travers de sa jurisprudence ; celle-ci constitue un ensemble d'énoncés d'habilitation. Il exerce un contrôle juridictionnel sur la production normative du législateur mais aucun contrôle significatif des actes réglementaires. En choisissant d'habiliter très largement le législateur dans sa décision *Blocage des prix et revenus*,³⁴ le Conseil constitutionnel s'est donné les moyens d'exercer une influence importante sur une grande partie des énoncés de fond qui sont produits. Si à l'inverse la compétence du pouvoir réglementaire avait été entendue largement, cette influence lui aurait échappé largement, et la supériorité de ses énoncés d'un point de vue dynamique, ne lui aurait pas permis d'imposer ses préférences dans l'élaboration des politiques publiques.

2.1.2 L'habilitation ordinaire

La simple faculté de choisir parmi les candidats celui qui sera habilité permet d'exercer une influence sur sa production normative si l'habilitation n'est pas

³² Tusseau 2006a.

³³ Voir Troper (1994a : 334 ; 2001 : 69-84).

³⁴ Décision 143 DC du 30 juillet 1982, *GD* n°30. La décision 512 DC du 21 avril 2005 a certes modifié la jurisprudence ancienne ; mais le Conseil reste maître de déclarer ou non le caractère réglementaire de dispositions figurant dans la loi.

définitive ou ne concerne qu'un champ de compétence très réduit. Sous peine quelle ne lui soit pas renouvelée ou pas étendue, l'acteur habilité devra en effet user de sa compétence en tenant compte des préférences de l'acteur habilitant. Tel est par exemple le cas de la répartition des compétences entre différentes entités territoriales d'un Etat. Il est bien connu qu'après avoir proclamé le principe des transferts par « blocs de compétences », ³⁵ le législateur français a procédé à une répartition qui est au contraire jugée éparse et pragmatique. La compétence des collectivités territoriales semble être étendue, au fur et à mesure, lorsque l'acteur habilité en use conformément aux préférences de l'acteur habilitant. Le mécanisme des transferts effectués à titre expérimental, prévus à l'art. 72 alinéa 4 et 37-1 de la constitution du 4 octobre 1958, met en œuvre ce type de contrainte de manière particulièrement évidente. Les habilitations, décidées pour un laps de temps déterminé qui est suivi d'une évaluation, peuvent aboutir à leur soumission temporaire aux préférences de la majorité parlementaire. ³⁶ Des phénomènes du même type s'observent également dans les Etats fédéraux. Par exemple, au Canada, la Cour Suprême n'admet les délégations de compétences entre l'Etat fédéral et les Provinces qu'au cas par cas et lorsqu'elles sont de faible ampleur. ³⁷ La jurisprudence *Conseil de la concurrence*, ³⁸ du Conseil constitutionnel, peut également être interprétée comme ayant été motivée par l'ambition de se doter d'un moyen d'exercer une contrainte à l'égard du Conseil d'Etat. En limitant la compétence constitutionnellement protégée de la juridiction administrative à « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique » par certains organes, et en admettant qu'il puisse être fait exception à ce principe, le Conseil se réserve la possibilité d'autoriser des transferts de compétences qui seraient effectués aux dépens du juge administratif. Cette faculté à restreindre à l'avenir la portée de l'habilitation de ce dernier ³⁹ permet au Conseil constitutionnel d'exercer sur lui une certaine influence. ⁴⁰

35 Loi du 7 janvier 1983.

36 « L'expérimentation consiste dans le transfert de compétences, à titre exceptionnel, sur une base volontaire et conventionnelle, pour une durée limitée et sanctionnée, en principe, par un bilan ou une évaluation. » Auby, Auby et Noguellou (2004 : 210).

37 V. Tusseau 2006b.

38 Décision 224 DC du 23 janvier 1987, *GD* n°38.

39 Il faudrait cependant que le législateur adopte des dispositions à cet effet.

40 Pierre Mazeaud, président du Conseil constitutionnel, semble considérer cette décision comme le résultat d'un échange de bons procédés entre les deux juridictions : « 1958 va les retrouver, siégeant côte à côte au Palais Royal, s'épaulant quelque peu dans un premier temps, puis interagissant dans la confiance et une commune culture de l'intérêt général. Le petit frère tirera vite profit de l'expérience de son aîné, lui empruntera une partie de ses méthodes et techniques mais aussi quelques uns de ses membres, lui apportant en retour la reconnaissance constitutionnelle et l'accompagnement dans sa volonté réformatrice. », Mazeaud (2006 : 1).

2.2 L'habilitation d'un organe idéologiquement proche

Quand il existe des différences idéologiques entre les candidats à l'habilitation, l'organe habilitant peut faire prévaloir ses préférences en désignant celui qui les partage. Même en l'absence de toute contrainte juridique, le choix de l'organe habilité constitue ainsi un moyen indirect d'influencer les comportements sociaux.

Pour que l'organe habilitant puisse maîtriser le processus de concrétisation de cette manière, il est néanmoins nécessaire qu'il ait la possibilité de choisir entre des candidats à l'habilitation présentant des différences idéologiques. Il importe qu'ils aient l'intention de mettre en œuvre des politiques publiques distinctes. Tel n'est plus le cas, par exemple, du législateur et du gouvernement qui, du point de vue politique, peuvent être appréhendés comme une même entité et désignés sous le nom commun de « législateur-gouvernement ».⁴¹ Il n'en a pas toujours été ainsi. Aux débuts de la V^{me} République, le Conseil constitutionnel - qui était dominé par de fervents partisans du Président de la République⁴² - tentait d'accroître le domaine de compétence du gouvernement aux dépens d'un législateur qui manifestait une certaine défiance à l'égard du général de Gaulle. Le Conseil constitutionnel dispose d'un pouvoir similaire lorsqu'il répartit les compétences entre le législateur ordinaire et le législateur organique ou entre le législateur et le constituant. L'adoption d'une loi organique - surtout si elle est relative au Sénat - ou d'une loi constitutionnelle requiert l'adhésion d'une majorité politique large au contenu de la législation soumise au vote. Cela garantit en principe l'avènement d'une législation modérée. Ce phénomène a longtemps été accentué par la permanence d'une majorité de droite au Sénat. En habilitant le législateur organique ou le constituant plutôt que le législateur ordinaire, le Conseil constitutionnel favorise l'adoption de dispositions modérées, voire conservatrices. Parfois en habilitant le constituant, le Conseil constitutionnel s'assure tout simplement qu'une certaine politique ne verra pas le jour dans l'immédiat. Par exemple, la politique des quotas favorisant l'accès des femmes en politique, qui avait été souhaitée par la gauche en 1982, fut abandonnée à la suite de la décision du Conseil qui censurait les dispositions législatives l'organisant car la gauche ne pouvait entreprendre de réforme constitutionnelle sans l'adhésion d'une partie de l'opposition. Inversement, lorsque le Conseil constitutionnel et le parti majoritaire au parlement semblent avoir des intérêts ou des préférences similaires, le faible nombre de censures prononcées peut être interprété comme conférant une habilitation assez large à la majorité pour mettre en œuvre sa politique.

41 François (2004 : 47).

42 Rousseau 1997 ; Noël 1976.

P. Lascoumes écrit que

seuls les naïfs croient que les gouvernants s'attendent à être obéis à la lettre. Sous couvert de réforme et de mesures impératives, les autorités centrales se contentent souvent d'actions symboliques.⁴³

Il ne s'agissait pas ici d'aller à l'encontre des analyses de ce type.⁴⁴ Les développements précédents ne sont pas incompatibles avec l'idée que

tout applicateur a toujours le choix entre au moins deux positions extrêmes : agir bureaucratiquement en faisant preuve d'un légalisme rigide, ou agir en souplesse, en négociant sur les modalités de mise en reuvre.⁴⁵

Les contraintes que la hiérarchie des normes permet aux auteurs des énoncés supérieurs de faire peser sur les organes de concrétisation sont des éléments à prendre en compte dans la négociation entreprise par ces derniers.

Bibliographie

Jean-Bernard AUBY, Jean-Francois AUBY, Rozen NOGUELLOU, 2004 : *Droit des collectivités locales*. Paris : PUF.

Pierre BRUNET, 2006 : Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes. *L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Eds. Pierre Brunet et al. Paris : Economica.

Georges BURDEAU, 1970 : *Traité de science politique*, t. V, « Les régimes politiques ». Paris : LGDJ.

Guy CARCASSONNE, 1999 : Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi. *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*. Paris : LGDJ.

Michel CROZIER & Erhard FRIEDBERG, 1981 : *L'acteur et le système*. Paris : Editions du Seuil.

Robert A. DAHL, 1970 : Le pouvoir, l'influence, l'autorité. *L'analyse politique contemporaine*. Ed. Robert A. Dahl. Trad. par Iain Whyte. Paris : Editions Robert Laffont.

Christopher L. EISGRUBER, 2001 : *Constitutional Self-Government*. Cambridge : Harvard University Press.

Bastien FRANCOIS, 2004 : *Le régime politique de la Ve République*. Paris : La Découverte.

Tassadit IMACHE, 2005 : Déontologie et sécurité publique, l'affaire de tous. *Le Monde*, 23 sept. 2005.

Hans Kelsen, 1928 : La garantie juridictionnelle de la Constitution. *Revue du droit public*, 1928, 1929, 1930, 1931, 1932, 1933, 1934, 1935, 1936, 1937, 1938, 1939, 1940, 1941, 1942, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947, 1948, 1949, 1950, 1951, 1952, 1953, 1954, 1955, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960, 1961, 1962, 1963, 1964, 1965, 1966, 1967, 1968, 1969, 1970, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 2679, 2680, 2681, 2682, 2683, 2684, 2685, 2686, 2687, 2688, 2689, 2690, 2691, 2692, 2693, 2694, 2695, 2696, 2697, 2698, 2699, 2700, 2701, 2702, 2703, 2704, 2705, 2706, 2707, 2708, 2709, 2710, 2711, 2712, 2713, 2714, 2715, 2716, 2717, 2718, 2719, 2720, 2721, 2722, 2723, 2724, 2725, 2726, 2727, 2728, 2729, 2730, 2731, 2732, 2733, 2734, 2735, 2736, 2737, 2738, 2739, 2740, 2741, 2742, 2743, 2744, 2745, 2746, 2747, 2748, 2749, 2750, 2751, 2752, 2753, 2754, 2755, 2756, 2757, 2758, 2759, 2760, 2761, 2762, 2763, 2764, 2765, 2766, 2767, 2768, 2769, 2770, 2771, 2772, 2773, 2774, 2775, 2776, 2777, 2778, 2779, 2780, 2781, 2782, 2783, 2784, 2785, 2786, 2787, 2788, 2789, 2790, 2791, 2792, 2793, 2794, 2795, 2796, 2797, 2798, 2799, 2800, 2801, 2802, 2803, 2804, 2805, 2806, 2807, 2808, 2809, 2810, 2811, 2812, 2813, 2814, 2815, 2816, 2817, 2818, 2819, 2820, 2821, 2822, 2823, 2824, 2825, 2826, 2827, 2828, 2829, 2830, 2831, 2832, 2833, 2834, 2835, 2836, 2837, 2838, 2839, 2840, 2841, 2842, 2843, 2844, 2845, 2846, 2847, 2848, 2849, 2850, 2851, 2852, 2853, 2854, 2855, 2856, 2857, 2858, 2859, 2860, 2861, 2862, 2863, 2864, 2865, 2866, 2867, 2868, 2869, 2870, 2871, 2872, 2873, 2874, 2875, 2876, 2877, 2878, 2879, 2880, 2881, 2882, 2883, 2884, 2885, 2886, 2887, 2888, 2889, 2890, 2891, 2892, 2893, 2894, 2895, 2896, 2897, 2898, 2899, 2900, 2901, 2902, 2903, 2904, 2905, 2906, 2907, 2908, 2909, 2910, 2911, 2912, 2913, 2914, 2915, 2916, 2917, 2918, 2919, 2920, 2921, 2922, 2923, 2924, 2925, 2926, 2927, 2928, 2929, 2930, 2931, 2932, 2933, 2934, 2935, 2936, 2937, 2938, 2939, 2940, 2941, 2942, 2943, 2944, 2945, 2946, 2947, 2948, 2949, 2950, 2951, 2952, 2953, 2954, 2955, 2956, 2957, 2958, 2959, 2960, 2961, 2962, 2963, 2964, 2965, 2966, 2967, 2968, 2969, 2970, 2971, 2972, 2973, 2974, 2975, 2976, 2977, 2978, 2979, 2980, 2981, 2982, 2983, 2984, 2985, 2986, 2987, 2988, 2989, 2990, 2991, 2992, 2993, 2994, 2995, 2996, 2997, 2998, 2999, 3000, 3001, 3002, 3003, 3004, 3005, 3006, 3007, 3008, 3009, 3010, 3011, 3012, 3013, 3014, 3015, 3016, 3017, 3018, 3019, 3020, 3021, 3022, 3023, 3024, 3025, 3026, 3027, 3028, 3029, 3030, 3031, 3032, 3033, 3034, 3035, 3036, 3037, 3038, 3039, 3040, 3041, 3042, 3043, 3044, 3045, 3046, 3047, 3048, 3049, 3050, 3051, 3052, 3053, 3054, 3055, 3056, 3057, 3058, 3059, 3060, 3061, 3062, 3063, 3064, 3065, 3066, 3067, 3068, 3069, 3070, 3071, 3072, 3073, 3074, 3075, 3076, 3077, 3078, 3079, 3080, 3081, 3082, 3083, 3084, 3085, 3086, 3087, 3088, 3089, 3090, 3091, 3092, 3093, 3094, 3095, 3096, 3097, 3098, 3099, 3100, 3101, 3102, 3103, 3104, 3105, 3106, 3107, 3108, 3109, 3110, 3111, 3112, 3113, 3114, 3115, 3116, 3117, 3118, 3119, 3120, 3121, 3122, 3123, 3124, 3125, 3126, 3127, 3128, 3129, 3130, 3131, 3132, 3133, 3134, 3135, 3136, 3137, 3138, 3139, 3140, 3141, 3142, 3143, 3144, 3145, 3146, 3147, 3148, 3149, 3150, 3151, 3152, 3153, 3154, 3155, 3156, 3157, 3158, 3159, 3160, 3161, 3162, 3163, 3164, 3165, 3166, 3167, 3168, 3169, 3170, 3171, 3172, 3173, 3174, 3175, 3176, 3177, 3178, 3179, 3180, 3181, 3182, 3183, 3184, 3185, 3186, 3187, 3188, 3189, 3190, 3191, 3192, 3193, 3194, 3195, 3196, 3197, 3198, 3199, 3200, 3201, 3202, 3203, 3204, 3205, 3206, 3207, 3208, 3209, 3210, 3211, 3212, 3213, 3214, 3215, 3216, 3217, 3218, 3219, 3220, 3221, 3222, 3223, 3224, 3225, 3226, 3227, 3228, 3229, 3230, 3231, 3232, 3233, 3234, 3235, 3236, 3237, 3238, 3239, 3240, 3241, 3242, 3243, 3244, 3245, 3246, 3247, 3248, 3249, 3250, 3251, 3252, 3253, 3254, 3255, 3256, 3257, 3258, 3259, 3260, 3261, 3262, 3263, 3264, 3265, 3266, 3267, 3268, 3269, 3270, 3271, 3272, 3273, 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, 3281, 3282, 3283, 3284, 3285, 3286, 3287, 3288, 3289, 3290, 3291, 3292, 3293, 3294, 3295, 3296, 3297, 3298, 3299, 3300, 3301, 3302, 3303, 3304, 3305, 3306, 3307, 3308, 3309, 3310, 3311, 3312, 3313, 3314, 3315, 3316, 3317, 3318, 3319, 3320, 3321, 3322, 3323, 3324, 3325, 3326, 3327, 3328, 3329, 3330, 3331, 3332, 3333, 3334, 3335, 3336, 3337, 3338, 3339, 3340, 3341, 3342, 3343, 3344, 3345, 3346, 3347, 3348, 3349, 3350, 3351, 3352, 3353, 3354, 3355, 3356, 3357, 3358, 3359, 3360, 3361, 3362, 3363, 3364, 3365, 3366, 3367, 3368, 3369, 3370, 3371, 3372, 3373, 3374, 3375, 3376, 3377, 3378, 3379, 3380, 3381, 3382, 3383, 3384, 3385, 3386, 3387, 3388, 3389, 3390, 3391, 3392, 3393, 3394, 3395, 3396, 3397, 3398, 3399, 3400, 3401, 3402, 3403, 3404, 3405, 3406, 3407, 3408, 3409, 3410, 3411, 3412, 3413, 3414, 3415, 3416, 3417, 3418, 3419, 3420, 3421, 3422, 3423, 3424, 3425, 3426, 3427, 3428, 3429, 3430, 3431, 3432, 3433, 3434, 3435, 3436, 3437, 3438, 3439, 3440, 3441, 3442, 3443, 3444, 3445, 3446, 3447, 3448, 3449, 3450, 3451, 3452, 3453, 3454, 3455, 3456, 3457, 3458, 3459, 3460, 3461, 3462, 3463, 3464, 3465, 3466, 3467, 3468, 3469, 3470, 3471, 3472, 3473, 3474, 3475, 3476, 3477, 3478, 3479, 3480, 3481, 3482, 3483, 3484, 3485, 3486, 3487, 3488, 3489, 3490, 3491, 3492, 3493, 3494, 3495, 3496, 3497, 3498, 3499, 3500, 3501, 3502, 3503, 3504, 3505, 3506, 3507, 3508, 3509, 3510, 3511, 3512, 3513, 3514, 3515, 3516, 3517, 3518, 3519, 3520, 3521, 3522, 3523, 3524, 3525, 3526, 3527, 3528, 3529, 3530, 3531, 3532, 3533, 3534, 3535, 3536, 3537, 3538, 3539, 3540, 3541, 3542, 3543, 3544, 3545, 3546, 3547, 3548, 3549, 3550, 3551, 3552, 3553, 3554, 3555, 3556, 3557, 3558, 3559, 3560, 3561, 3562, 3563, 3564, 3565, 3566, 3567, 3568, 3569, 3570, 3571, 3572, 3573, 3574, 3575, 3576, 3577, 3578, 3579, 3580, 3581, 3582, 3583, 3584, 3585, 3586, 3587, 3588, 3589, 3590, 3591, 3592, 3593, 3594, 3595, 3596, 3597, 3598, 3599, 3600, 3601, 3602, 3603, 3604, 3605, 3606, 3607, 3608, 3609, 3610, 3611, 3612, 3613, 3614, 3615, 3616, 3617, 3618, 3619, 3620, 3621, 3622, 3623, 3624, 3625, 3626, 3627, 3628, 3629, 3630, 3631, 3632, 3633, 3634, 3635, 3636, 3637, 3638, 3639, 3640, 3641, 3642, 3643, 3644, 3645, 3646, 3647, 3648, 3649, 3650, 3651, 3652, 3653, 3654, 3655, 3656, 3657, 3658, 3659, 3660, 3661, 3662, 3663, 3664, 3665, 3666, 3667, 3668, 3669, 3670, 3671, 3672, 3673, 3674, 3675, 3676, 3677, 3678, 3679, 3680, 3681, 3682, 3683, 3684, 3685, 3686, 3687, 3688, 3689, 3690, 3691, 3692, 3693, 3694, 3695, 3696, 3697, 3698, 3699, 3700, 3701, 3702, 3703, 3704, 3705, 3706, 3707, 3708, 3709, 3710, 3711, 3712, 3713, 3714, 3715, 3716, 3717, 3718, 3719, 3720, 3721, 3722, 3723, 3724, 3725, 3726, 3727, 3728, 3729, 3730, 3731, 3732, 3733, 3734, 3735, 3736, 3737, 3738, 3739, 3740, 3741, 3742, 3743, 3744, 3745, 3746, 3747, 3748, 3749, 3750, 3751, 3752, 3753, 3754, 3755, 3756, 3757, 3758, 3759, 3760, 3761, 3762, 3763, 3764, 3765, 3766, 3767, 3768, 3769, 3770, 3771, 3772, 3773, 3774, 3775, 3776, 3777, 3778, 3779, 3780, 3781, 3782, 3783, 3784, 3785, 3786, 3787, 3788, 3789, 3790, 3791, 3792, 3793, 3794, 3795, 3796, 3797, 3798, 3799, 3800, 3801, 3802, 3803, 3804, 3805, 3806, 3807, 3808, 3809, 3810, 3811, 3812, 3813, 3814, 3815, 3816, 3817, 3818, 3819, 3820, 3821, 3822, 3823, 3824, 3825, 3826, 3827, 3828, 3829, 3830, 3831, 3832, 3833,

Pierre LASCOUMES, 1990 : Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques. *L'Année sociologique* (40) 1990.

Pierre MAZEAUD, 2006 : *La lettre de la justice administrative* (2006) 11.

Adolf MERKL, 1987 : Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto. *Il duplice volto del diritto*. Trad. ital. de Carmelo Geraci. Milano : Giuffrè.

Jacques MEUNIER, 1998 : *Le pouvoir du Conseil constitutionnel : Essai d'analyse stratégique*. Paris/Bruxelles : LGDJ-Montchrestien.

Léon NOEL, 1976 : *De Gaulle et les débuts de la V République*. 1958-1865. Paris : Plon.

Chaim PERELMAN, 1999 : *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris : Dalloz-Sirey.

Pierre ROSANVALLON, 1998 : *Le peuple introuvable*. Paris : Gallimard.

Dominique ROUSSEAU, 1997 : *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*. Paris : Descartes & Cie.

Alec STONE, 1992 : *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*. New York : Oxford University Press.

Michel TROPER, 1980 : *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris : LGDJ.

, 1994a : Justice constitutionnelle et démocratie. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris : PUF.

, 1994b : Réplique à Denys de Béchillon. *Revue de la recherche juridique* (1994) 1.

, 2001 : *La théorie du droit, le droit l'État*. Paris : PUF.

Guillaume TUSSEAU, 2006a : *Les normes d'habilitation*. Paris : Dalloz.

, 2006b : Sur une technique de fédéralisme coopératif : les délégations de compétence interparlementaires au Canada. *L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Eds. Pierre Brunet et al. Paris : Economica.

Lorenzo ZUCCA, 2006: Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA. Oxford : Oxford University Press.

*

Conseil Constitutionnel français (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>) :

, Décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982, « Blocage des prix et des revenus ».

—, Décision n°82-146 DC du 18 novembre 1982, « Quotas par sexe ».

—, Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987, « Conseil de la concurrence ».

, Décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, « Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école ».

—, Décision n°2006-533DC du 16 mars 2006, « Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ».

Conseil d'Etat français (<http://www.conseil-etat.fr/>) :

, CE, Ass., Canal, Robin et Godot, 19 octobre 1962, n° 58502.

Constitutions Françaises (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>) :

, Constitution de 1791.

, Constitution de 1958.

Legislation française (<http://www.legifrance.gouv.fr/>) :

, Loi du 7 janvier 1983.

Luca Parisoli*

Une approche volontariste du droit naturel et de la contradiction

Une façon de bâtir la notion de hiérarchie dans la pensée latine médiévale

L'analyse des juristes médiévaux nous montre comment la manipulation des contradictions déontiques *prima facie* est associée, dans l'argumentation interprétative, à la théorie de la légitimité de la hiérarchie normative, entendue non seulement comme instrument politique mais aussi et essentiellement comme un instrument de rationalité au sein d'une science juridique orientée vers une théologie politique. La notion de droit naturel telle quelle apparaît dans certains documents emblématiques dont le *Decretum* de Gratien du XII^e s., ne peut être réduite au modèle intellectualiste aristotélo-thomiste du XIII^e s. Il y a plusieurs façons de penser le droit naturel dans le monde médiéval chrétien et latin ; elles se maintiennent sur plusieurs siècles et l'une d'elles au moins a des points de contacts et de désaccord avec les traditions juives et musulmanes. Ces courants de pensée qui s'écartent du modèle intellectualiste aristotélo-thomiste peuvent être regroupés au sein d'une famille (au sens wittgensteinien) de modèles volontaristes : les contradictions déontiques peuvent être plus fortes que des contradictions *prima facie*, elles peuvent être d'authentiques contradictions renvoyant à un nouvel acte de volonté comme la seule façon d'éliminer la contradiction déontique. La théorie de Duns Scot peut être utilisée comme illustrant le problème d'une approche ontologique volontariste extrême.

Mots-clés : théorie de l'interprétation, contradiction déontique, légitimité et hiérarchie, droit naturel, histoire de la pensée médiévale, Jean Duns Scot

Si in volumine statutorum sunt duo statuta contraria
et potestas iuravit servare statuta, quod servabit
Albertus de Gandino, *Quaestiones Statutorum*, XIII

1 DELIMITATION DU DOMAINE DE RECHERCHE

Je me propose d'attirer votre attention sur la construction de la notion de droit proposée au Moyen Age par des auteurs qui vont bâtir ce qui va être le droit canonique. La date de référence est celle du recueil du moine Gratien, autour de 1140, qui intitule son ouvrage *La concordance des canons difformes*, ensuite trans-

* l.parisoli@libero.it | Professeur d'Histoire de la philosophie médiévale, Università della Calabria, Arcavacata di Rende (CS), Italie. Une autre version de cette contribution a été publiée dans Luca Parisoli (2008d : 124-141).

mis à l'historien par le titre *Decretum Gratiani*. Il ne s'agit pas simplement du droit de l'Eglise, à savoir du droit ecclésiastique, car l'enjeu ne se limite pas à celui d'une analyse des normes régissant la vie de l'Eglise catholique médiévale, mais celui de la compréhension d'une nouvelle notion de droit proposée en alternative à la notion de droit héritée par la tradition romaniste, redécouverte au début du XII^e siècle par l'École bolonaise. Je me place dans le sillage des analyses avancées par Harold J. Berman dans son ouvrage *Law and Revolution* (Cambridge Mass. 1983), qui a connu récemment une précieuse traduction en langue française (*Droit et Révolution*, Aix-en-Provence 2002) : je tire des analyses de Berman trois thèses principales, à savoir 1) le caractère alternatif de la construction canoniste à la conception romaniste du droit, donc la thèse que le droit canonique est bâti contre le (et non pas à la suite du) droit romain, 2) la notion du droit proposée par les canonistes a façonné la notion de droit consacrée dans la pensée moderne de l'Occident européen - en dépit des constructions historiographiques du XIX^e siècle et des nationalismes du XX^e siècle, et 3) la notion de hiérarchie normative est l'issue de cette construction canoniste qui transfère dans l'interprétation juridique un élément spécifique de la croyance dans un Dieu personnel transcendant - la hiérarchie des étants et des normes. Tout d'abord, la référence à Berman est pour moi une bonne raison pour me limiter au droit canonique : en effet, le Moyen Âge européen a connu des grandes familles de réflexion et d'analyse juridique. Tout en étant simpliste dans la catégorisation, il y a eu au moins une famille romaniste - le *revival* du droit romain impérial ; une famille juive - le français Rashi commente le Talmud ligne par ligne au XI^e siècle ; une famille islamique - à la même période Al-Razi élabore une théorie de l'interprétation normative ; une famille catholique - Gratien, nous l'avons dit, mais aussi le Pape Grégoire VII et ses *Dictatus Papae*.¹ Il n'est pas nécessaire d'être spécialistes de ces domaines historiques, vous pouvez bien imaginer que chacune de ces familles peut se différencier dans des écoles proposant des outils théoriques et méthodologiques différents, et pourtant il convient de les considérer *prima facie* comme des familles séparées, au moins par le contexte historique et culturelle de chacune d'entre elles. La tradition occidentale a fait de la conception romaniste du

1 Je veux proposer une périodisation, à l'instar d'Harold J. Berman, en vous offrant la date symbolique à partir de laquelle on peut parler de la réalité d'une pensée juridique occidentale qualifiée par des propriétés essentielles qui se conservent jusqu'à aujourd'hui. Il s'agit là, pour utiliser les mots de Berman, des racines de la tradition juridique Occidentale plongeant dans une radicale séparation du pouvoir ecclésiastique de l'autorité laïque et la formation à l'intérieur de l'Eglise catholique du premier système juridique Occidental. Cette date est l'année 1075, connaissant la rédaction d'un acte apparemment destiné à l'usage privé de son auteur, s. Grégoire VII, Pape protagoniste d'une lutte ferme contre l'Empire et d'un processus de réforme de l'Eglise romaine. Il s'agit des *Dictatus Papae* - les *Préceptes du Pape* - pouvant être considérés, pourvu que les très fines et pointues analyses de Berman soient persuasives au point de vaincre des idéologies adversaires (p.e., la théorie soviétique du droit), comme le contenu de l'agenda essentielle de la révolution d'un nouveau discours normatif incluant le droit, la politique et l'économie.

droit le modèle même du droit ; ainsi, quand nous disons « le droit musulman », nous tendons à penser à un objet proche du droit romain dans la tradition musulmane, tandis que certains peuvent prétendre qu'il n'y a pas un véritable objet droit musulman, car une fois que nous avons assimilé la définition du droit comme biunivoque avec les caractéristiques du droit romain il n'y a pas qu'un droit romaniste. Malheureusement, par cette voie il n'y a jamais du droit dans n'importe quelle civilisation dépourvue d'héritage romaniste ou d'hommage à l'idole romaniste. La constatation banale que la conception du droit musulman n'est pas conforme à celle romaniste nous impose d'éliminer le mot « droit » de notre compréhension de la civilisation islamique ; même discours pour le droit juif, et je crois qu'il n'y a non plus un droit chrétien à ces conditions là. Or, en essayant une démarche d'histoire des idées, je préfère assumer en tant que pré-supposé que l'objet du mot « droit » est la normativité, notion simple renvoyant à la prescription et à l'interdiction, au permis et à l'obligation : dans cette perspective, il y a une pluralité de phénoménologies juridiques dans le monde médiéval, et notamment les analyses de Berman nous montrent que le droit canonique, en dépit de certaines similarités avec l'héritage romaniste (et par ailleurs avec les traditions juives ou musulmanes), se propose en tant qu'alternative au droit romaniste. Il s'agit donc de comprendre comment au Moyen Âge il y a des familles d'approche à la normativité *prima facie* différentes, pouvant quand même partager des éléments communs, mais sans une suprématie *a priori* des éléments d'une tradition sur ceux d'une autre. Affirmer cette suprématie est toujours envisageable : ce n'est plus une démarche d'histoire des idées, il s'agirait d'une démarche de philosophie juridique tout court.

Une fois reconnu qu'il y a plusieurs familles de pensée juridiques médiévales (à leur tour caractérisées par une pluralité de sous-familles),² je choisis, d'une part par son importance dans l'histoire de la pensée juridique de l'Occident européen, d'autre part par compétence personnelle, de me consacrer à la famille du droit canonique, avec deux éléments essentiels : la résolution des contradictions *prima facie* et la hiérarchie normative, en suggérant aussi que la méthode canoniste ouvre une fenêtre sur un chantier encore plus que controversé que celui de la thèse historiographique de Berman, à savoir le chantier d'une pensée juridique paraconsistante, reconnaissant l'existence de contradictions vraies.³ La notion hébraïque de *teyku*, présente grosso modo 300 fois dans le Talmud de Babylone,⁴ nous offre l'intuition d'une contradiction ne pouvant être dépassée que par la position d'une nouvelle norme : cette notion est l'anticipation sémant-

2 Parisoli (2011 : 107-129); Parisoli (2008c : 217-231).

3 Parisoli (2006a : 763-773).

4 Jacobs 1981. Il y a des stratégies visant à banaliser la notion de 'teyku' en tant que 'question non résolue à l'état actuel', mais Jacobs montre de façon convaincante qu'il s'agit au contraire d'une 'question absolument non résolue', dont l'alternative A est vraie et l'alternative contraire non-A est vraie aussi.

tique qui peut nous aider dans la compréhension de la contradiction vraie, ce qu'on appelle aussi un dilemme moral ne pouvant pas être reconduit à vérité dans le cadre de la logique classique.

2 UNE AUTRE RÉFÉRENCE FONDATRICE : LE DROIT NATUREL EN TANT QUE HIÉRARCHIE DES VOLONTÉS

La notion de « ce qui a été posé ensemble dans la cité, selon quoi tous doivent vivre » (*Digestum*, 1, 3, 2, fragment grec de Marcianus) est au centre de la stratégie du droit civil romain, puis du droit romain médiéval. Il s'agit d'une conception technique du droit, paradoxalement alimentée même par le droit canonique. Ce développement permet d'inclure la Référence fondatrice au creux du système juridique, par une stratégie qui favorise sans surprise la dominance actuelle du juspositivisme et de toute attitude philosophique nominaliste. L'inclusion du fondement dans la sémantique du discours est la technique permettant une conception exclusivement formelle du métalangage : une fois que le fondement est bien caché au sein de la structure lexicale, on peut même avancer qu'il n'y a pas lieu de s'interroger sur le fondement, hiérarchique ou pas. Toute suspicion à l'égard du discours du droit naturel est une issue de ce refoulement de la Référence fondatrice : selon certains juristes, le discours juridique serait le plus parfait, supérieur même au formalisme de la mathématique. En effet, le logicien Kurt Gödel a démontré que la sémantique du discours mathématique ne peut être complète sans un appui extérieur au discours lui-même : or, son théorème connaît une popularité certaine, tandis que son réalisme métaphysique (à la manière de Platon) ne connaît pas du tout une popularité comparable. Pour ces juristes, en revanche, l'inutilité *a priori* de la référence au droit naturel (ou à toute norme extérieure au système juridique) est finalement le signe de l'autonomie sémantique du discours juridique. Je crois que l'outil essentiel (principal aussi, mais non pas le plus utilisé) par le droit canonique médiéval pour résoudre les contradictions *prima facie* est celui de montrer qu'au-delà du système juridique positif (créé par les hommes), il y a des normes qui sont nécessaires à la signification du système juridique. La contradiction est un danger pour la signification d'un système juridique : et en ce sens il ne s'agit pas de normes extra-juridiques (même si elles sont extérieures au système juridique positif) ; il s'agit de normes juridiques, il s'agit des normes du droit naturel - sphère de rationalité, peut-être, mais tout d'abord sphère de volonté normative.

Or, l'anthropologie chrétienne propose par la notion de personne une Référence fondatrice qui échappe aux manipulations formelles du discours juridique : la personne est tout d'abord un étant métaphysique, elle est associée à

un étant biologique (l'être humain), mais la personne ne se réduit pas à l'être humain. Les propriétés de la personne sont donc nécessaires : tandis que la dignité de l'être humain est une notion à degré - comme l'honneur, elle peut augmenter ou diminuer - la dignité de la personne est immuable - elle coexiste avec la personne, elle disparaît avec la personne. Tout en s'appuyant sur des fondements métaphysiques remontant à Platon, ce schéma était étranger à la civilisation sociale du monde romain. Il y a un caractère paradoxal de la science canoniste, car la tentative de se débarrasser de l'anthropologie païenne romaine a produit un assujettissement aux techniques formelles du discours juridique romain, capables de dénaturer toute référence au fondement anthropologique. Il s'agit de reconnaître les normes découlant de la nature humaine, tout en sachant que l'homme est une créature, non pas un créateur. La notion de *vitam decernere*, par sa référence nécessaire à la Référence fondatrice - le divin, s'oppose à la notion de *vitam instituere*. La morale, ou mieux un système de normes morales, a pour but d'opérer un choix (*decernere*) à l'intérieur de cet ordre de la nature : la pluralité des systèmes juridiques est absolument compatible avec la reconnaissance de cet ordre naturel. Les divergences concernant l'ensemble des normes du droit naturel, reproche maintes fois avancé par les juspositivistes contre les jusnaturalistes, sont en réalité des divergences concernant le système moral utilisé comme critère de sélection à l'intérieur de l'ordre naturel pour bâtir le système juridique positif. Mais ces divergences (la loi de l'Ancien Testament n'est pas identique à celle du Nouveau, le droit naturel de Pufendorf n'est pas conforme à celui de Wolff) sont toujours à l'intérieur d'une stratégie de *vitam decernere*, par opposition à la conventionnalité du *vitam instituere*. En effet, cette notion rencontre au Moyen Âge la stratégie alternative du droit canonique, qui opère une manifestation du fondement religieux par des textes comme *Duo sunt genera Christianorum* (C. 12, q. 1, c. 7). Ce fondement a été ensuite l'objet d'un refoulement par la civilisation juridique occidentale en vertu d'une transformation sémantique de la différence entre laïcs et religieux envisagée par ce texte :

il y a un genre de personne, consacré aux offices divins, à la contemplation et à la prière, qu'il convient d'éloigner de tout bruit du monde, car il s'agit des clercs, fidèles à Dieu, ou bien des convers /.../ choisis par hasard /.../ il y a les laïcs /.../ qui peuvent posséder des biens temporels, même au delà de l'usage /.../ ils peuvent se marier, cultiver la terre, juger dans les tribunaux, se défendre dans un litige, offrir de sacrifices sur l'autel, rendre les impôts, et ils peuvent ainsi se sauver, s'ils fuiront les vices et feront le bien.⁵

5 « Est autem unum genus, quod mancipatum divino officio, et deditum contemplationi et orationi, ab omni strepitu temporalium cessare convenit, ut sunt clerici, et Deo devoti, videlicet conversi /.../ id est, sorte electi /.../ ut sunt laici /.../ His licet temporalia possidere, sed non nisi ad usum /.../ His concessum est uxorem ducere, terram colere, inter virum et virum judicare, causas agere, oblationes super altari apponere, decimas reddere, et ita salvari poterunt, si vitia tamen beneficiendo evitaverint ».

L'objet du refoulement est notamment l'unité de la fin liant les deux genres d'êtres humains, à savoir le salut éternel : en dépit des différences dans la vie quotidienne, il y a cette unité téléologique. La mythologie de l'Etat national a prétendu remplacer cette référence naturelle (présente par ailleurs dans d'autres systèmes culturels, par exemple dans l'Islam, mais aussi dans toute forme de société non-conventionnaliste) par la déification de l'État.

Il y a ici deux grandes conceptions de l'anthropologie humaine et du système normatif qui vont instaurer une dialectique, indiquée par Harold Berman comme le moteur de la naissance de ce qu'on appelle le droit moderne. D'une part, la civilisation romaine a connu une conception du droit issue du phénomène religieux, le *fas* - au fur et à mesure elle s'est toujours plus laicisée, et une autre, le *jus*, associée à une religiosité de type « contractuel », où la dévotion populaire joue un rôle non-homogène par rapport à la religion d'État. Ainsi, le *jus* était censé régler la vie sociale par une stratégie autonome et déterminer les limites de la personne elle-même, trop souvent réduite à être un objet de fiction juridique. D'autre part, le droit canonique médiéval emprunte l'héritage formel du droit romain, sans pour autant en assumer les conceptions-clés : le fondement religieux du droit est un élément central de cette nouvelle conception du droit, où le naturalisme anthropologique d'origine aristotélicienne (non-romainiste) et le normativisme d'origine juive instaurent une dialectique incessante. L'un privilégie la recherche des bonnes raisons dans l'ordre naturel pour soutenir une certaine norme ; l'autre considère que la volonté divine est une bonne raison pour une certaine norme. Il y a là la dialectique de la théorie du droit jusqu'à aujourd'hui : d'une part, ceux qui admettent l'interprétation des faits, de l'ordre de la nature ; d'autre part, ceux qui admettent l'interprétation des énoncés émanant de la source normative (en dernier ressort, Dieu - dans un système humain, le législateur). La Référence fondatrice inhérente à l'anthropologie humaine est commune aux deux approches : les uns l'attribuent au législateur, les autres l'attribuent au juge (qui était parfois la même personne physique). Mais il convient de souligner que la personne humaine ne peut être réduite à l'issue d'une fiction arbitraire : les notions de personne métaphysique (*imago Dei*) et de personne naturelle (*ordo creationis*) sont les bornes apposées contre toute dérive formaliste.

3 HARMONISER LES TEXTES NORMATIFS

Gratien avait en face un problème qu'il faut essayer de bien comprendre : en l'absence de toute codification consciente, les normes régissant la vie de l'Église catholique étaient dispersées dans une pluralité de sources, dont on ne pouvait identifier un ensemble spécifique en l'absence de tout critère univoque d'identification. Il y avait des recueils l'ayant précédé, par exemple celui d'Ive

de Chartres (1095, ensuite le *Panormia* en 1096)⁶ ou de Burchard de Worms (1012), mais il s'agissait d'ouvrages dépourvus d'une autorité ou *apriori* (habilitation normative) ou *aposteriori* (reconnaissance d'une force tranchante). Même Gratien, dont par ailleurs nous ne connaissons pas de détails de la vie et de l'action scientifique, n'agissait pas par un mandat normatif de la part de l'autorité ecclésiastique ou de toute autre autorité : son recueil, simplement, aura la reconnaissance de la part de l'unanimité de ses lecteurs d'une autorité normative *ex post*, tout en étant conscients du fait qu'il ne s'agissait pas de normes promulguées, mais en revanche de normes reconnues.

Avant d'essayer de comprendre les éventuelles raisons du succès de Gratien, il faut comprendre que sa tâche n'était pas identique à celle d'un rabbin contemporain commentant le *Talmud* ou la *Torah* ; elle n'était non plus comparable à celle d'un docteur de la loi islamique (*shari'a*). Un rabbin était conscient de manipuler un texte avec un caractère normatif bien déterminé : le *Talmud* est composé de *mishvot*, paragraphes dont l'ensemble représente la Parole de Dieu mise par écrit, et de *guemara*, les commentaires de la Scolastique juive des premiers siècles après la naissance du Christ. Dans la *guemara* il pouvait déjà trouver élaborée une puissante théorie de l'interprétation, mais il ne pouvait absolument pas confondre le niveau normatif entre une *mishna*, placée au niveau suprême étant la Parole de Dieu, et la *guemara*, placée au niveau inférieur de la hiérarchie étant paroles des hommes. Le rabbin du XI^e siècle était en face d'une théorie hiérarchique bien structurée, qu'il pouvait toujours nuancer ou contester, mais qui était partie du patrimoine de la culture juive. Le docteur de la loi islamique était en face d'un texte, celui du *Coran*, encore plus exclusif que tout autre texte sacré : le *Coran* n'était pas simplement la Parole de Dieu, ce texte était la seule Parole de Dieu à défaut de la soi-disant perversion de cette Parole opérée par les Chrétiens et les Juifs. Un chrétien pouvait considérer les *Évangiles* comme Parole de Dieu, un juif pouvait considérer la *Torah* comme Parole de Dieu, et le deuxième ne reconnaissait pas aux *Évangiles* le même statut, tandis que le premier ne reconnaissait pas au *Talmud* le même statut. Or, le docteur islamique qualifiait son texte sacré par une sacralité qui était dénégaration de la valeur normative de tout autre texte : si l'*Évangile* était accomplissement de la Loi Ancienne pour un chrétien, le *Coran* était remplacement absolu de toute Parole de Dieu par un musulman. Il s'ensuit une valorisation du texte qui peut prendre allure de fétichisme : si le juif pouvait considérer que la Parole de Dieu (par excellence, le Décalogue) était cédée aux hommes pour la faire vivre à la recherche de la vie, pour le musulman la Parole de Dieu était toujours à Lui. Dans ce climat, les docteurs de la loi islamiques élaborent une théorie de la hiérarchie

⁶ Cet ouvrage s'ouvre par un paragraphe intitulé *De consonantia canonum*, donc Gratien n'a pas bâti son entreprise dans le vide conceptuel.

des volontés posant la loi, manifestant au XI^e siècle l'avis majoritaire que toute analyse utilitariste de la loi (à savoir, les bonnes raisons de la loi) est fausse.⁷

Aujourd'hui les penseurs musulmans ont la tendance même à nier la pleine réalité du phénomène de l'abrogation dans la *shari'a* ; en revanche, au Moyen Âge ils avaient développé une théorie de l'abrogation normative, en tant qu'outil pour rendre compte d'apparentes contradictions *prima facie*,⁸ même avant la révolution introduite par Al-Ghazali en acceptant l'outil de la logique aristotélicienne remplaçant, au moins en partie, l'ancien système de signes et définitions inspiré par la logique stoïque.⁹ Mosé Maimonides pouvait détailler les critères de l'interprétation normative, et il faisait de l'interprétation dans sa Mishné Torah : son adversaire posthume Mosé Nachman se montrait plus méfiant à l'égard de la tradition grecque, proposant une approche plus traditionaliste à l'interprétation par son commentaire au Pentateuque.¹⁰ En face de Gratien il n'y avait rien de comparable : le droit romain était découvert depuis bien peu d'années à Bologne, mais ce n'était pas l'objet de sa démarche. La Bible n'avait pas le statut du Coran (même si la Loi Nouvelle était synonyme de la loi tout court pour certains, comme c'était le cas d'Abélard), et il n'y avait pas dans les textes chrétiens quelque chose de comparable au Talmud. Gratien cherche de composer un recueil où les normes régissant la vie de l'Église catholique puissent s'harmoniser, la Bible étant une source parmi les autres : il n'y a pas une source exclusive et autorisée où retrouver les normes de l'Église, ce n'est pas la Bible, ce n'est pas l'activité des évêques et des papes. Gratien puise dans la Bible ; surtout, en tant qu'arguments renforçant la norme canonique, il puise dans les actes, normatifs et pas (lettres, ...), des responsables de la vie de l'Église et dans les canons des conciles ; enfin, il puise notamment dans le grand réservoir des Pères de l'Église. La concordance des canons de l'Église est tout d'abord une concordance doctrinaire : des cas concrets problématiques sont abordés (en latin, *causa*), mais la démarche de composition des divergences s'appuie tout d'abord sur les paroles d'auteurs chrétiens dont l'autorité est reconnue par l'Église catholique. La notion de Magistère se dessine ainsi par une différence sensible d'avec la *guemara* du Talmud ; tandis que la *guemara* se greffe directement sur la Parole de Dieu, le Magistère se propose aussi comme parfaitement conforme à la Parole de Dieu, mais il se développe par une forme non-codifiée d'interprétation du texte sacré. À l'état du *Décret* de Gratien, le droit canon fait partie du Magistère de l'Église, il est conforme à la Parole de Dieu, il est

7 Cf. Kholeif (1984 : 156).

8 Brunschvig (1970 : 10). Concernant l'importance essentielle des critères logiques pour un musulman étant donné le statut exceptionnel du *Coran*, dans le même recueil van Ess (1970 : 21 ; et 44 pour l'importance exclusive de la volonté dans la force d'une norme).

9 van Ess (1970 : 47).

10 Cf. la traduction en langue anglaise, Ramban 1971-1976, 5 volumes. Par exemple, le commentaire à l'ordre de sacrifier Isaac, *Genesis*, p. 275-279.

capable d'évacuer les apparentes contradictions dans les paroles des hommes de l'Église catholique, mais il ne se développe pas (comme en revanche le font la *guemara* ou le *kalam*) par une forme rhétorique de lien très étroite avec la Parole de Dieu. En d'autres termes, la construction par Gratien du droit canon demande dès le début, plus ou moins explicitement, un homme pouvant prendre le rôle de Législateur suprême à la place de Dieu : même si cette théorie doit se développer grâce aux théoriciens de la toute-puissance législative, cet homme ne peut qu'être le vicaire du Christ, Incarnation humaine de Dieu. Cet homme est le Pape, une figure *prima facie* absent dans les deux autres religions : chez Gratien il n'y a pas encore une théorie du rôle du Pape en tant que producteur principale des normes canoniques, mais il y a déjà très clairement affichée la suprématie normative du chef suprême du Siège apostolique. Notamment, le Pape tranche en matière d'interprétation, comme l'affiche l'un des premiers commentateurs du texte de Gratien, en posant la différence entre la *ratio recte vivendi* (la détermination de la norme de vie) d'un côté 'magistrale', à savoir déterminée par les maîtres de l'Eglise, et 'authentique', déterminée par le Pape, en reprenant de façon explicite un adjectif tiré du droit laïque.¹¹ Chez Gratien la source de production d'une norme n'est pas encore un guide sûr pour établir la norme s'imposant à une autre en cas de désaccord : il s'agit d'un développement dont tous les éléments sont présents, mais l'outil majeur pour composer une contrariété entre canons, à défaut de l'efficacité des stratégies interprétatives montrant qu'il n'y a pas en réalité de contrariété (les canons parlent des choses différentes, ils s'appliquent dans des territoires différents, ...), est le droit naturel, avec la précision de le considérer en comparaison à l'argument contemporain du recours aux principes généraux du système juridique.¹² Mais il convient tout d'abord d'analyser la structure formelle de la méthode favorisant l'interprétation capable d'évacuer les contradictions apparentes, car cette méthode a une portée générale très importante, comme le remarque Berman, pour s'adresser ensuite au rôle résiduel du droit naturel comme sphère normative hiérarchiquement supra-ordonnée au droit humain étant par définition « posé », à savoir droit positif.¹³ Je dis 'résiduel' car la sphère supra-ordonnée du droit naturel ne peut être que la dernière ressource, car il faut épuiser tous les arguments envisageables avant d'avoir recours au droit naturel : Gratien veut bâtir un corps de lois de l'Eglise, ce corps se veut unitaire et cohérent, le droit naturel n'est appelé qu'à résoudre les contradictions faisant résistance à tout effort de conciliation interprétative.

11 *Summa Elegantius in iure divino* (après 1169), Vienne MS lat. 2125, f. 11r.

12 Kuttner 1960, ensuite Kuttner 1980.

13 Ce n'est pas une conception exclusive des canonistes, mais je crois que les canonistes ont travaillé à leur consécration dans la civilisation juridique médiévale : ainsi, de Gandino (1901 : 159) que la législation civique contraire au droit naturel n'est pas valable, car « iura naturalia sunt immutabilia » (Institutiones, 2, 11), tandis qu'elle s'impose au droit civil.

Tout d'abord, l'émergence des contradictions apparentes est favorisée par l'intention de réunir les normes de l'Église dans un ensemble unitaire : Gratien ne suit pas un critère général par matière, la matière n'est qu'un critère de sous-division de la deuxième partie de son ouvrage, les *Causae*. La première partie est répartie en 101 'distinctions', dont celles de 1 à 20 concernent la nature des sources du droit et leurs relations :¹⁴ nous avons là la théorie de la hiérarchie des normes. La deuxième partie est répartie en 36 cas d'espèces généraux analysés avec beaucoup des précisions, par l'exposé de différents avis : nous avons là la mise à l'œuvre des critères de résolution des contradictions. L'apologie théorique du droit naturel est dans la partie doctrinaire, les distinctions de 1 à 20, mais il faudrait y inclure aussi les distinctions de 21 à 25, posant la suprématie du Pape. Je veux souligner qu'il s'agit d'une apologie théorique et doctrinaire, car dans la deuxième partie, celle consacrée aux cas d'espèces généraux, la résolution des contradictions est notamment confiée à d'autres outils d'interprétation normative. Berman prend l'exemple de la dist. 37 : d'une part, il y a une pluralité d'autorités (conciles, pères de l'Église, cas historiques de l'Église, ...) disant que les prêtres ne doivent pas lire la littérature mondaine (celle des gentils) ; mais une autre pluralité affirme le contraire. Afin de résoudre la question, il souligne un décret d'un concile (c. 1 *Episcopus gentilium*, Carthage IV, a. 398, chap. 16) où il n'y pas d'interdit en ce qui concerne les livres des hérétiques, livres qui doivent au contraire être lus, il remarque lui-même (ante c. 9), avec une grande attention pour le combattre - post c. 7 *Legimus de* : en effet le livre de Daniel, 1, témoigne de la connaissance de la part de Moïse et de Daniel de la science des Egyptiens, et aussi le livre de l'Exode, 3, 22, témoigne de l'ordre divin de dépouiller les Egyptiens des leurs biens, dont les biens de la connaissance ; les trois Mages ont été lu par Rabanus Maurus comme les trois parties de la philosophie ; Cassiodore a fait l'éloge de la rhétorique ancienne ; et le suivant c. 8 *Turbat acumen* tiré de s. Bède le Vénérable (in lib. II *Regum*, c. 9) consacre la référence à Moïse et dénie toute interdiction pour les ministres de l'Église. Il affirme aussi (ante c. 9 *Legimus aliqua*) que ce qui semble être interdit dans la littérature mondaine est notamment le plaisir tiré du fait seul de la lecture en dépit de la nature de la signification du texte, et non pas la lecture en soi du texte, notamment étant associée à une conscience critique - par exemple, le c. 2 *Sacerdotes Dei* interdit de lire « les comédies en omettant les Evangiles », le c. 4 *Vino inebriantur* est une mise en garde contre la compréhension de la Bible par la science mondaine -, et non pas l'usage avisé en direction de l'érudition sacrée. Ainsi on peut comprendre s. Ambroise, c. 9 *Legimus aliqua* « ne negligantur ; legimus, ne ignoremus ; legimus, non ut teneamus, sed ut repudiemus », s. Jérôme, c. 10 *Si quis artem* et c. 11 *Qui de mensa* - reprenant l'exemple de Daniel et Moïse, et le Pape Clément I, c. 14 *Relatum est nobis* (lettre pontifi-

14 Gaudemet (1951 : 5-31), ensuite Gaudemet 1980.

cale). Finalement, par une reconstruction de la signification valable (ante c. 16 Non omnis ignorans), il a bati une troisième position, capable de montrer qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre les deux ensembles d'autorités, sous la condition de les comprendre à la lumière de leur vraie signification (pas de permission sans nuances, pas d'interdiction sans nuances). Tous les canons exposés prohibent la même chose, à savoir la négligence technique des ministres, *l'imperitia* qui mène à l'ignorance. Il peut se relier ainsi à la suivante dist. 38, s'ouvrant par un canon du Concile Toletène IV (a. 633, chap. 24), c. 1 Ignorantia mater, soulignant comment l'ignorance est le plus grand danger pour les ministres ; par cette distinction Gratien n'opère pas une synthèse entre les autorités divergentes, car en réalité les canons 12-16 se bornent à souligner que « le vices moraux doivent être réprimés avec plus de force que les vice des connaissance » (ante c. 12 Sedulo monendi).

Le cas de la « juste guerre » est résolu sans avoir recours au droit naturel, ni à une hiérarchie des normes, même si le texte évangélique penche pour une solution radicale. Les mots de Gratien arrivent après une séquence impressionnante d'autorités :

C. 23, q. IV, post c. 54 Mali sunt, « vindicta est inferenda non amore ipsius vindictae, sed zelo justitiae ; non ut odium exerceatur, sed ut pravitas corrigatur » - la vengeance doit être accomplie sans haine, sous le signe de la justice, et non pas en se complaisant de sa propre réaction ; q. V, post c. 49 Remittuntur peccata, « aliquando per legitimam potestatem gerentes, aliquando per populo divino jussu excitato, mali pro peccatis suis non solum flagellantur, sed etiam rite perduntur » - la réaction au mal concerne le titulaire du pouvoir légitime, et non pas ceux qui sont scandalisés du mal, car la vengeance arbitraire est à son tour un mal ; q. VI, post c. 4 Jam vero, « si bonum, ad quod mali coguntur, semper inviti tolerarent, et numquam voluntarii servirent, inutiliter cogerentur ad illud. Sed quia humanae naturae est et ea, quae in desuetudinem ducuntur, abhorrere et consueta magna custodia diligere, flagellis tribulationum mali sunt cohibenda a malo, et provocandi ad bonum, ut, dum timore poenae malum in desuetudinem ducitur, abhorreatur, bonum vero ex consuetudinem dulcescat » - conduire les créatures vers le bien ne peut se passer de l'adhésion volontaire des créatures, mais dans la nature humaine le penchant vers le bien doit être favori par des impulsions contraires au penchant instinctif vers le mal.

La même stratégie de la reformulation sémantique est présente dans la question de la célébration par un hérétique d'un sacrement (C. 1, q. I) ; il convient d'éviter la célébration par un hérétique (c. 28 Fertur simoniaca, lettre de l'évêque Grégoire), mais les qualités morales d'un ministre ne préjugent pas l'effet de la grace (c. 30 Si justus fuerit, s. Augustin, mais aussi du même Augustin les c. 31-39). A ce point, Gratien pose la différence entre un sacrement nécessaire au salut et ne pouvant pas être réitéré - le baptême (c. 46, Dedit baptismus, s. Augustin), par exemple, et un sacrement attribuant une qualité normative, une *dignitas* (ante c. 40 Si qui clerici). Le premier ensemble est toujours valide - ici opère un principe de droit naturel, la nécessité s'impose aux règles posi-

tives, mais de façon implicite (le baptême est une nécessité en soi) - sous condition de respecter un critère minimum d'identification du sacrement lui-même ; le deuxième ensemble n'opère valablement que sous conditions de procédures (administrées par la personne habilitée de la façon due) et ensuite limitatives des évolutions de lieu, de temps, de successive promotion hiérarchique. La question du critère minimal revient à plusieurs reprises, mais elle peut être facilement comprise avec la théorie des conditions minimales pour une tentative d'action. Si l'hérétique baptise au nom de l'Esprit Saint, il s'agit d'un baptême valide, car on peut dire qu'il y a eu un baptême (même si l'hérétique est un ministre indigne qu'il faudrait éviter) ; si le ministre catholique baptise en nom de Satan, le baptême n'est pas valide, car il n'y a pas de baptême (peu importe l'autorité légitime du ministre). Gratien se borne à parler d'hérétique violant le caractère minimal du baptême (ante c. 52 Si qui confugerit), à savoir les Ariens et le Sabelliens : il peut conclure (ante c. 98 Per Esaïam, s. Augustin) que les sacrements administrés par des apostates et des hérétiques sont vrais en soi, mais l'effet émanant de la communauté dans l'Eglise romaine leur fait défaut. L'harmonisation des contradictions est dans la compréhension des procédures humaines, et non pas dans l'appel au droit naturel.

Mais le droit naturel est la véritable force du droit canonique, car il devient cette sphère absolument juridique, mieux encore normative au même titre que la sphère morale, dont la force est issue de la volonté divine et non pas d'une générique réflexion rationnelle des hommes. Nous ne pouvons pas retrouver chez Gratien un processus déjà accompli, mais chez lui nous retrouvons les éléments préalables pour une conception du droit naturel qui va au-delà de la vague signification dans la civilisation juridique romaine, où Cicéron est beaucoup plus attiré par le droit naturel que la plus grande partie des jurisconsultes. Dans la première partie du *Decretum*, Gratien analyse différentes espèces de loi (la loi divine, la loi naturelle, la loi humaine - dont sont éléments en tant que loi positive la loi ecclésiastique et la loi des empereurs, mais il y a aussi la loi humaine coutumière) et leurs relations. Notamment, la hiérarchie entre ces sources est établie :

- 1) *Loi divine* (émanant de la volonté divine, manifestée par la Révélation) : elle est le sommet de la hiérarchie. La question philosophique concernant la mutabilité de la loi divine est étrangère à Gratien, mais elle est cruciale pour la question du dilemme morale. Aucune norme ne peut être gagnante sur la loi divine, toute norme s'incline devant la loi divine. Mais Gratien a recours aux définitions de saint Isidore de Séville, grand producteur de collages lexicaux et sémantiques, qui ne peuvent produire aucune théorie cohérente (cf. dist. 1, c. 1 Omnes leges ; c. 7 Jus naturale) : pour Gratien il s'agit de puiser dans l'héritage du monde occidental, mais ses petits commentaires sont la véritable source du droit canon. Ainsi, ante c. 1, il affirme l'équivalence entre

le droit naturel et l'ensemble de l'Ancien Testament et des Évangiles (« jus naturale est quod in lege et Evangelio continetur »), passage qu'il faut comprendre comme affirmant la naturalité du droit divin. Par ailleurs, le droit naturel ne se limite pas au droit divin, car - dist. 7, ante c. 1 Quo iure - Gratien se doit de préciser que le droit naturel est différent de la coutume et de la loi positive : précision banale en ce qui concerne le droit divin, essentielle en ce qui concerne le droit naturel qui n'est pas divin.¹⁵

- 2) *Loi naturelle* (conforme à la volonté divine et découverte par les raisons et consciences humaines) : ici Gratien n'est pas tranchant, car ses autorités sont liées à l'héritage, juridique et culturel, romain. D'une part, la loi naturelle est subordonnée à la loi divine, d'autre part le droit naturel est loi divine : on peut interpréter que sans Dieu, il n'y a pas de droit naturel, ou bien que le droit naturel peut être compris même sans recours à l'illumination divine. Encore une fois, Gratien ne se soucie pas de questions philosophiques : l'école franciscaine va soutenir une théorie du droit naturel proche du volontarisme de la tradition juive de Salomon ibn Gabirol et de Moïse Nachman ; l'école thomiste va soutenir une théorie du droit naturel proche à l'aristotélisme et à l'héritage romain (je ne dis pas à l'héritage des juristes romains, car il s'agit d'une théorie trop mince).
- 3) *Loi humaine positive* (posée par l'homme, peu importe s'il s'agit de l'homme laïque ou de l'homme d'église) : elle s'incline toujours face au droit naturel (« dignitate vero » - par hiérarchie, dist. 8, ante c. 2 Quae contra mores), *ipso facto* au droit divin. Mais la loi ecclésiastique s'impose toujours à la loi laïque (dist. 10, ante c. 1 Lege imperatorum).
- 4) *Loi humaine coutumière* (absence de sujet l'ayant posé, mais reconnue par dispositions des assujettis) : elle s'incline face au droit naturel (toujours - dist. 8, post c. 9 Si solus) et au droit positif (sous condition). Ce qui est important, étant donné que les critères de subordination de la loi coutumière au droit positif sont assez compliqués et en évolution depuis Gratien, réside dans la négation de la valeur absolue de la coutume, état juridique devenant standard au XII^e siècle.

Un point fondamental est le rapport entre hiérarchie et interprétation. A la dist. 20, ante c. 1 De libellis, Gratien déclare que les affirmations des Pères de l'Église (saint Augustin, saint Jérôme, etc.) concernant les Écritures doivent être préférées à d'autres normes du droit de l'Église, comme les canons des Conciles ou des Papes. Mais il y a une différence essentielle entre la compréhension du texte sacré et la décision concernant un cas d'espèce : en ce dernier cas, il ne suffit pas la science de l'auteur, il faut posséder le pouvoir nécessaire. L'appui

¹⁵ Je crois que Kuttner (1976 : 93-118) montre, par une analyse ponctuelle des premiers commentateurs du *Décret*, comment la référence à la communauté de biens envisagée par Platon est une simple référence au monde classique, et non pas à sa doctrine.

biblique est le passage de Mat., 16, 18 : la décision d'un Pape, même si elle est apparemment moins éclairante que l'esprit évangélique d'un passage de Saint Augustin, s'impose à tout passage d'un Père de l'Église. Ce passage, en revanche, s'impose tout d'abord dans la compréhension non-normative des Écritures. Dans un sens, la rationalité de la norme, ou sa conformité intellectuelle aux Évangiles, n'est pas en relation proportionnelle à la hiérarchie normative : la norme découle de l'habilitation à la produire, la compréhension du texte sacré de l'illumination de l'Esprit Saint. Le Siège apostolique possède la clef de l'interprétation normative des Écritures (comme le dit le dist. 21, c. 3 *Quamvis universae*, la primauté de l'Église de Rome a été instituée par Jésus Christ, et non par les hommes) : elle peut dire ce qui est conforme aux Écritures. Les théologiens possèdent la clef de la compréhension non-normative des écritures : ils peuvent discuter de la signification, non pas de la vérité normative. L'histoire du droit canon est là.

Le c. 1 affirme la primauté des normes émanant du Pape, le c. 3 *De quibus causis* affirme la hiérarchie suivante, à comprendre avec les précisions de Gratien : tout d'abord il faut puiser dans la Bible, ensuite dans les canons du Siège apostolique, enfin dans l'histoire de l'Église catholique et de ses théologiens, pour terminer, en dernier recours, aux mots des saints.

4 THÉORIE VOLONTARISTE DE LA NORME ET POSSIBILITÉ DE LA CONTRADICTION VRAIE

Pendant l'âge d'or de la Scolastique médiévale, les philosophes franciscains se dégagent assez rapidement de l'influence aristotélicienne. Cette influence devient en revanche le matériau manipulé par l'école thomiste à la recherche d'une philosophie chrétienne harmonisée avec l'héritage du Philosophe.

Une expression symbolique de la portée de la notion de primauté de la volonté est manifeste chez saint Gauthier de Bruges, contemporain de saint Bonaventure et de l'intellectualiste Godefroid de Fontaines : la volonté est telle que, en présence de A et B, tout en sachant que A est meilleur de B, et que C est pire que A et B, elle choisit C. Il n'est pas question de nier à l'intellect tout rôle dans la délibération humaine : il s'agit tout simplement d'un rôle auxiliaire, comme une lucarne éclairant la route nocturne d'un pèlerin. Les informations de cette lucarne ne sont jamais contraignantes pour le pèlerin (évidemment, une fois que le précipice est bien vu, on s'y jette en le choisissant). Il convient de souligner que cette approche, avec des nuances, est commune à chaque philosophe de l'école franciscaine : certains, comme Pierre de Jean Olivi, vont développer des analyses phénoménologiques de l'esprit humain pour renforcer ce

pouvoir décisif de la volonté ; d'autres, comme Duns Scot, vont bâtir tout un système philosophique sur la primauté de la volonté en tant qu'axiome.¹⁶

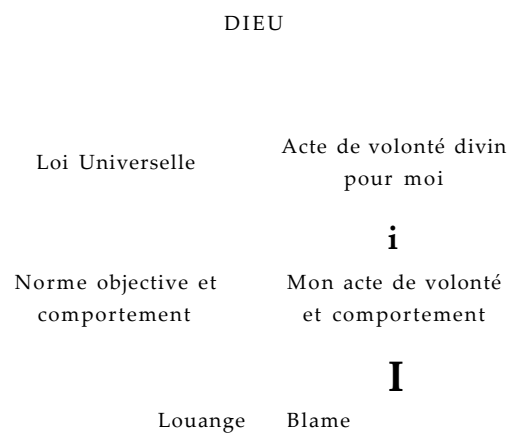
Je veux souligner les éléments essentiels de la stratégie scotienne. Comme l'école de Knuuttila et l'école de de Vos l'ont bien montré, Scot abandonne une conception diachronique de la contingence, en faveur d'une conception synchronique. Le caractère contingent d'un état de choses est dans la nature contingent de la modalité causale l'ayant produit : Dieu a *contingenter* créé le monde et la contingence est dans le monde, l'homme agit *contingenter* et contribue à la contingence dans le monde. Il y a une différence entre la volonté divine et celle humaine : Dieu peut, par un meme et unique acte de volonté, vouloir A et non-A (mais par l'acte de création du monde actuel il a réalisé des états des choses soumis au principe de bivalence), tandis que l'homme par un meme et unique acte peut vouloir B, mais non non-B. Or, tout en assurant cette limitation à charge de la volonté humaine, la liberté de l'homme est déliée de toute indication contraignante provenant de l'intellect. Scot reprend et fait sienne une classification conceptuelle déjà présente chez ses confrères l'ayant précédé. Il s'agit de la différence entre liberté morale, libre arbitre, liberté métaphysique : cette troisième espèce de liberté, liée à la nature meme de la personne métaphysique, assure la liberté absolue de l'agent moral, tandis que la liberté morale (paulienne) est reliée au bien, et le libre arbitre est relié aux capacités de choix intellectuel (les enfants n'ont pas de libre arbitre, les aliénés l'ont perdu). L'espace infini de la liberté de la volonté est renforcé par le refus radical du principe aristotélicien selon lequel « in quantum simul natu est, nihil patitur ipsum a se ipso » (*Metaphysica*, IX, 1, 1046 a 12-16) : la perfection métaphysique veut qu'une chose puisse être son propre principe d'action, la volonté est parfaite, donc elle est principe d'action à elle-meme (mais en général le principe aristotélicien est faux). Et Scot peut conclure : « intellectu ostendente aliquid, voluntas potest illud non velle » (*Quaestiones Metaphysicorum*, IX, q. 14, 126). La finalité ne peut nullement déterminer le choix par la volonté (*Ordinatio*, I, d. 1, p. 2, q. 2, 82-158, ex q. 4 ; *Opus oxoniense*, IV, d. 49, q. 9-10) : l'*appetitus* naturel est soigneusement différencié de l'*appetitus* libre, seul à caractériser la liberté de la volonté. La volonté produit la contingence, donc elle est par définition libre.

J'ai déjà abordé la question du volontarisme de l'école franciscaine, en tant que thèse affirmant que le fondement ontologique de la norme ne réside que dans la volonté.¹⁷ Chez Scot, l'affirmation de la liberté absolue de la volonté conduit naturellement à une éthique normative, pas nécessairement à une *divine-command theory* comme chez Ockham ou André de Neufchateau, mais

16 Parisoli (2006b : 1523-1535).

17 Parisoli (2008a : 395-427). La partie finale de cet article fait référence à *Xacceptance model* de Peter Suber (1990a ; 1990b), une théorie de l'impossibilité d'une immutabilité absolue d'une norme donnée dans un système juridique, Parisoli (2008a : 424-426).

certainement une éthique marquée par la hiérarchie des sources normatives et l'obéissance des assujettis.¹⁸ Il convient de remarquer comment l'acceptation d'actes moralement indifférents s'intègre dans un refus du principe de bivalence dans le domaine moral, et on pourrait aussi parler d'un refus général de la logique classique de la part de Scot. Dans ce contexte, les critères ultimes de la sanction d'une action ne coïncident pas avec la norme objective, voulue par Dieu, et ainsi le choix humain ne peut être soumis à l'intellect. Il y a un jeu apparemment contradictoire entre la volonté fondant une norme objective (Dieu ou homme-législateur) et la volonté exigeant la conformité de la volonté de l'assujetti à ce qu'elle veut pour lui (Dieu ou homme-juge).



La délibération rationnelle voit son espace rétrécir à cause de cette dialectique, dont il convient d'explorer la portée logique : plus généralement, les émotions et les passions, aspects de la nature humaine après la Chute, ne peuvent jouer un rôle important dans une éthique franciscaine. A cause de sa nature profondément théologique, l'éthique de Scot ne néglige pas ces émotions et passions, mais elle les confie à une autre branche de la réflexion humaine, la pastorale de la *cura animarum* - finalement, une pratique raisonnée de la morale et non pas une théorie de la morale pratique. Or, elle ne peut qu'être comprise dans le cadre de la transmission de la foi : les recueils de sermons de frères mineurs sont nombreux et riches d'exemples détaillés de la vie quotidienne, mais en tant que sermons dans un contexte pastoral, ils ne produisent pas une théorie éthique. Le droit canonique, en tant qu'alternative au droit romain, connaît la même finalité de transmission de la foi, produisant une pratique raisonnée du droit, mais aussi une théorie du droit.

18 Parisoli (2008b : 35-59).

En ce sens, une transposition des analyses scotiennes dans le monde contemporain nous amène à considérer que sa théorie éthique demande une séparation assez nette entre la machine normative et les cas d'espèces concrets. La rigidité de la norme objective se marie à la souplesse du choix dans un cas spécifique : c'est une façon de conceptualiser une attitude ancienne du christianisme (taxée d'hypocrisie par ses critiques), mais c'est aussi une façon de réduire la notion de délibération rationnelle à la marge de la théorie éthique.

Bibliographie

Harold J. BERMAN, 1983 : *Law and Revolution. The Formation of the Western Thought*. Cambridge (Mass.) : Harvard University Press.

Robert BRUNSCHVIG, 1970: *Logic and Law in Classical Islam. Logic in Classical Islamic Culture*. Ed. G. E. von Grunebaum. Wiesbaden : Harrassowitz.

Albertus de GANDINO, 1901 : *Quaestiones Statutorum*. In : *Scripta Anecdota Glossatorum*. III. Bologna.

Jean GAUDEMET, 1951 : La doctrine des sources dans le Décret de Gratien. *Revue de droit canonique* 1 (1951). 5-31.

, 1980 : *La formation du droit canonique médiéval*. London : Variorum reprints.

Louis JACOBS, 1981 : *Teyku. The Unsolved Problem in Babylonian Talmud*. London : Cornwall Books.

Fatallah KHOLEIF, 1984 : *A Study on Fakhr Al-Din Al-Razi and his Controversies in Transoxiana*. 2e éd. Beirut : Dar El-Machreq.

Stephen KUTTNER, 1960 : *Harmony from Dissonance. An Interpretation of Medieval Canon Law*. Latrobe (Pa.) : Archabbey Press.

, 1976 : Gratian and Plato. *Church and Government in the Middle Ages*. Eds. Christopher N. L. Brook, David E. Luscombe, Geoffrey H. Martin, Dorothy Owen. Cambridge : Cambridge University Press.

, 1980 : *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*. London : Variorum.

Luca PARISOLI, 2006a : Le dépassement de la logique classique et les paradoxes des normes fondamentales. *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*. Eds. Denys de Béchillon, Pierre Brunet, Véronique Champeil-Desplats, Eric Millard. Paris : Economica.

, 2006b : Volontarisme normatif et liberté subjective chez Jean Duns Scot. *Intellect et imagination dans la Philosophie Médiévale/Intellect and Imagination in Medieval Philosophy/Intellecto e imaginafão na Filosofia Medieval*. Eds. Maria C. Pacheco & José F. Meirinhos. Turnhout : Brepols. III.

, 2008a : Oggetti e norme: ontologia e volontà nella lettura paraconsistente di Giovanni Duns Scoto. *Giovanni Duns Scoto. Studi e ricerche nel VII Centenario della sua morte*. Ed. Martin N. Carbajo. Roma : Antonianum. I.

, 2008b : Ragioni morali in Giovanni Duns Scoto per una scelta paraconsistente: come vivere in un mondo con contraddizioni vere e valori oggettivi. *Scintilla* 5 (2008). 35-59.

, 2008c : L'empire du droit au Moyen-Age et les empires occidentaux. *Le Délitement des Empires*. Ed. René-Marc Pille. Nanterre : Presses Universitaires de Paris 10.

, 2008d : Antinomie et hiérarchie dans la philosophie du droit médiévale. De la dissonance des normes à l'émergence de la hiérarchie. *Medieval Sophia. Studi e ricerche sui saperi medievali* 3 (2008). 124-141.

, 2011 : Pensare la normatività: l'eredità classica e le specificità medievali della civiltà dell'interpretazione. *L'antichità classica nel pensiero medievale*. Ed. Alessandro Palazzo. Turnhout : Brepols.

Nachmanides RAMBAN, 1971 : *Commentary On The Torah. Genesis*. New York : Shilo.

, 1973 : *Commentary On The Torah. Exodus*. New York : Shilo.

, 1974 : *Commentary On The Torah. Leviticus*. New York : Shilo.

, 1975 : *Commentary On The Torah. Numbers*. New York : Shilo.

, 1976 : *Commentary On The Torah. Deuteronomy*. New York : Shilo.

Peter SUBER, 1990a : *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*. New York : Peter Lang Publishing.

, 1990b : The Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law. *Stanford Literature Review* 7 (1990) 1-2. 53-78.

Summa Elegantius in iure divino (après 1169). Vienne MS lat. 2125.

Josef VAN ESS, 1970 : The Logical Structure of Islamic Theology. *Logic in Classical Islamic Culture*. Ed. G. E. von Grunebaum. Wiesbaden : Harrassowitz.

Francesco Di Donato*

La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime

Le contrôle de constitutionnalité, dont la magistrature parlementaire de l'Ancien Régime revendiquait le plein droit, n'était pas fondé uniquement sur les lois fondamentales du royaume, mais sur l'ensemble des principes (« les maximes ») tirés de la « Tradition ». Cette dernière était composée en premier lieu par le droit divin et le droit naturel, c'est-à-dire par des systèmes juridiques qui nécessitaient, tous les deux, une interprétation juridictionnelle « sapientiale ». Cette activité interprétative était « révélatrice » d'un corpus de valeurs métaphysiques à laquelle seule la *Scientia Juris* des magistrats pouvait puiser. Mais dans la sphère de la Tradition juridique rentraient aussi le « dépôt légal », c'est-à-dire l'ensemble de toutes les lois, même des lois ainsi dites « ordinaires », c'est-à-dire celles qui avaient été produites par la simple manifestation de volonté souveraine d'un roi prédécesseur « car tel avait été son plaisir » (formulation moderne de la maxime de droit romain : « *quidquid principi placuit legis habet vigorem* »). Ainsi la juridiction parlementaire donnait lieu à un jugement de constitutionnalité qui était normalement exercé de manière très flexible par le corps de la magistrature, dépendant des circonstances et des intérêts politiques momentanés des situations juridiques qu'elle voulait protéger. La hiérarchie des normes était ainsi un formidable instrument de protection de cet ordre juridique dont les *legum doctores* se sentaient les tuteurs. Elle était, donc, directement liée au gouvernement politique des juges.

Mots clés : hiérarchie des normes, Ancien Régime, cours de justice, magistrats, Parlements, contrôle de constitutionnalité, royauté

1 QUESTION FONDAMENTALE ET ENJEU POLITICO-HISTORIOGRAPHIQUE

Y a-t-il une hiérarchie des normes dans l'Ancien Régime ? Cette question historiographique, qui ne se prête guère à une mésentente,¹ revêt la plus grande importance. Elle n'est pas rhétorique du tout, ni oisive, ni purement érudite, car de la réponse que l'on décide d'y donner dépend toute l'interprétation de l'ordre juridique et de la structure de la société avant la Révolution.

Par conséquent elle pourrait nous aider à expliquer beaucoup de choses sur la chute du vieil ordre et sur le bouleversement révolutionnaire, qui ouvre la porte à un nouveau système, à une nouvelle manière de concevoir le rapport entre droit et société, c'est-à-dire à une vision du monde qui est encore dans

* frdido@alice.it | Professeur d'Histoire des Institutions Politiques à l'Université de Naples "Parthenope" (Italie).

1 Dans le sens entendu et très finement expliqué par Rancière 1995.

une large mesure la notre aujourd'hui. Il s'agit donc d'une problématique qui est fondamentale tant sur le plan historiographique que sur le plan de l'actualité politique tout-court.

Lenjeu historiographique posé par cette question de fond (peut-on parler d'une véritable hiérarchie des sources dans l'ordre juridique de l'État moderne, c'est-à-dire entre les XV^e et XVIII^e siècles et pour certains aspects même avant?) concerne en premier lieu l'idée que l'on se fait de l'« État absolu », de sa légitimation, de ses structures institutionnelles et de leur fonctionnement, de leurs rapports avec le corps social, de leurs origines et de leur développement.² En un mot, il s'agit d'aborder la reconstruction historique avec une méthode réaliste, ne visant pas uniquement les aspects juridiques formels, voire purement normatifs, mais focalisant l'attention sur les « relations effectives » (selon la célèbre expression de Roland Mousnier).³

Cela permet, entre autres, de vérifier constamment la fa[^]on concrète dont les normes se réalisent dans la réalité des comportements individuels et sociaux et, en sens contraire, de comprendre plus aisément le fondement social du droit et de l'ordre juridique qui s'instaure dans une société. Ce processus en double sens est ce que les historiens appellent solidarités verticales.⁴ Et il faut mettre bien au clair dès maintenant que, dans la mesure où il y a une relation très stricte entre cette « verticalité » sociale et la hiérarchie du système juridique, il est indispensable de connaître la première pour bien comprendre la deuxième.

En outre, la réponse à cette même question détermine quelques implications elles aussi importantes, sur la comparaison que l'on peut faire - qu'il est toujours utile de faire - entre passé et présent, c'est-à-dire entre des sociétés qui se situent sur des niveaux chronologiques et typologiques différents. Cela pourrait nous aider, à la fois, à expliquer pourquoi un changement s'est produit dans l'organisation du système politique et juridique, à quels besoins réels et profonds du corps social ce changement a répondu, ce qu'il voulait effectivement réaliser, pourquoi les énergies mentales et physiques ont été à un certain moment drai-

2 D'après la plus récente, approfondie et bien au courant historiographie médiéviste, le processus de formation de l'État moderne doit être anticipé au moins de deux siècles par rapport à la vision traditionnelle. L'État moderne est vu ainsi comme un organisme évolutif dont la structure embryonnaire se forme au cours de la période médiévale. Cette thèse avait été déjà formulée, dans ses grandes lignes, par Strayer 1970 et savamment reprise, avec une très fine analyse sémantique comparée, par Tenenti 1987. Pour l'historiographie fran[^]aise, cf. Krynen 1993 ; Rigaudière 2003. On ne peut pas se passer, sur cet argument si important, du monumental effort mené par plusieurs spécialistes coordonné par J.-Ph.Genet dans le cadre d'une importante A.T.P. du C.N.R.S., intitulée *Genèse de l'État moderne*, et qui a donné lieu à un grand nombre de publications très importantes: cf. Genet-Le Mené 1987 ; Genet 1990 ; Coulet-Genet 1990 ; Blockmans-Genet 1993 ; Reinhard 1996 ; Bonney 1996 ; Coleman 1996 ; Blicke 1998 ; Contamine 1998 ; Padoa Schioppa 2000 ; Ellenius 2001.

3 Cfr. Mousnier 1970a et (2002 : 5, 7 et 153).

4 Cfr. Mousnier 1970a et (2002 : 5, 7 et 153).

nées vers l'irrésistible intérêt à la mutation. Cela pour dire que cette perspective méthodologique peut nous aider à formuler un schéma d'interprétation sur les motivations profondes pour lesquelles se produit le passage d'un monde à un autre, d'un système de valeurs à un autre, d'un ordre juridique et institutionnel à un autre.

Il y a un niveau de compréhension de la réalité historique (et pas seulement historique) qui reste interdit à une explication entièrement fondée sur la discontinuité, sur le passage brusque d'un système socio-politique à un autre. Le fétichisme de la coupure et de la discontinuité en histoire a fait son temps (et a produit bien des dommages !). Dans l'intelligence d'un phénomène historique il faut toujours se demander (car aucune société n'est complètement indépendante de celle qui l'a immédiatement précédée et aussi de celles qui remontent encore plus en arrière dans le temps) :⁵ qu'est-ce qui a été sauvé, malgré la rupture ?

Cette question croise aussi notre problème spécifique : est-ce que la hiérarchie des normes fait partie des choses qui ont été sauvées et, à la limite, mieux structurées, après le clivage révolutionnaire et dans l'organisation juridique, politique et sociale qui s'en est suivie ? Du point de vue de l'organisation des sources du droit, malgré les évidentes différences que l'on pourrait observer, le système de l'Ancien Régime, s'il est bien étudié et correctement interprété, peut-il être considéré comme une 'structure-mère', dont le développement a fait évoluer les choses dans le sens que nous connaissons de nos jours ?

La thèse que j'essaie de démontrer ici est fondée sur l'argument principal que le principe de la hiérarchie des normes, tel que nous le concevons aujourd'hui, était appliqué aussi dans l'Ancien Régime. Certes, personne ne nie que les conditions socioculturelles étaient à l'époque bien différentes des sociétés contemporaines, quoiqu'il s'agisse, si l'on regarde de plus près, plus de formes et de rites que de substance. Chacun peut se convaincre aisément que contrairement aux apparences - c'est-à-dire si l'on n'en reste qu'à la mythologie, à la vitrine idéologique mise en place (comme dans tout régime politique d'ailleurs, chacun a la sienne) par les doctrines absolutistes ou, en contraste par rapport à elles, par les doctrines révolutionnaires - c'était proprement sur ce principe-pivot de la hiérarchie normative qu'était fondée toute l'architecture juridique, politique et institutionnelle de l'État absolu.

Toute la question assume un sens très différent par rapport à ce que nous sommes habitués à penser (sur la base de la reconstruction historiographique traditionnelle), dans la mesure où on va procéder à une sérieuse déconstruction de l'image du roi absolu comme d'un monarque tout-court, réellement *legibus solutus* c'est-à-dire délié de toute loi, un souverain qui agit en dehors d'un ordre

5 Cf. Hadot (2006 : 59 et 65).

juridique et prend ses décisions - que l'on considère donc comme les seules lois du royaume - sans contraintes d'aucun genre. La réalité est bien différente de ce cadre que la lecture traditionnelle nous a transmis.⁶ L'ordre juridique de la société que la *Weltanschauung* révolutionnaire a polémiquement décrit sous l'étiquette d'« Ancien Régime » était beaucoup plus complexe que le schéma centré sur l'identification totale entre la *voluntas regis* et la *lex*. Le système de l'État absolu prévoyait toute une série de contraintes et d'articulations que l'on a résumées sous le terme de « constitution ».⁷

Or, il est évident que la gestion de cette « constitution » ne pouvait pas être confiée au même pouvoir que ce réseau de contraintes avait la tâche de contrôler et limiter. Les « théories des freins » (dont celle de Claude de Seyssel qui est à juste titre la plus célèbre), c'est-à-dire l'autolimitation du souverain, ne pouvaient donner lieu à aucune pratique efficace. Bien avant Montesquieu, la réflexion juridique « constitutionnelle » - émanant quasi exclusivement du milieu judiciaire parlementaire - avait élaboré un système de contrepoids centré sur la fonction jurisprudentielle. La *jurisdictio*, confiée à la magistrature, assumait ainsi progressivement un rôle politique central dans les équilibres socio-institutionnels de l'État absolu. Le fonctionnement du système constitutionnel de ce dernier fut l'objet d'un conflit permanent entre le pouvoir politique centré sur la figure du monarque (dans la réalité concrète, sur l'action de l'appareil ministériel) et le contre-pouvoir judiciaire, qui avait la prétention de réaliser un contrôle, à plusieurs niveaux, de la fonction législative et gouvernementale.⁸

Si l'on regarde les choses du point de vue exclusivement royaliste, on est tenté de conclure que l'idée même d'une hiérarchie normative était incompatible avec le schéma élémentaire « *rex est lex* », qui est à la base du processus de positivisation du droit et de la restriction de plus en plus marquée du droit coutumier non rédigé.⁹ La souveraineté absolue, dans la construction théorique du concept, ne pouvait qu'être fondée sur le principe de l'indivisibilité du pouvoir (selon la célèbre formule bodinienne) dont découlait le corollaire d'unicité de la loi. Le monopole du pouvoir législatif concentré dans les mains du roi - et seu-

6 Une véritable tradition historiographique décrit dans les détails le fonctionnement réel du système institutionnel de l'État absolu : Doucet 1948a et 1948b, Zeller 1948 ; Olivier-Martin 1948, 1988, 1997a, 1997b (qui était pourtant sur des positions idéologiques et historiographiques nettement conservatrices et peut-on dire philo-monarchique). Cette ligne d'interprétation avait déjà effrité le dogme de l'absolutisme entendu de la vieille manière. Ensuite, beaucoup de contributions ont définitivement démoli l'idée d'un absolutisme effectif et triomphant, en s'appuyant sur un grand nombre de données nouvelles : je ne citerai ici que Richet 1973 ; Mousnier 1974-1980 (le vrai champion de la démolition du paradigme absolutiste) ; et plus récemment Harouel et al. 1987 ; Sueur 1993 et 1994 ; Barbiche 1999 ; Saint-Bonnet & Sassier 2004.

7 Cf. Mousnier 2002. Plus récemment, voir aussi la très efficace mise au point de Vergne 2006.

8 J'ai développé cette thématique dans mon ouvrage récent : Di Donato 2003a.

9 Cf. Rigaudière 2004. Voir aussi Krynen-Rigaudière 1992.

lement du roi - était donc le pilier fondamental, voire le dogme insurmontable, de tout le système monarchique sur lequel insistait toute la doctrine politique élaborée par les partisans de la modernisation centrée sur le pouvoir du roi.

Identifiée avec la volonté du souverain, la loi royale était, selon cette doctrine, la seule source du droit positif et il n'y avait pas de place pour d'autres sources, ni subordonnées ni - à plus forte raison - concurrentielles ou supérieures. À l'âge moderne le droit romain dans les régions du midi et la coutume dans le nord avaient été progressivement absorbés dans le droit positif royal et ne pouvaient en aucun cas être considérés comme des domaines ou des ordres juridiques alternatifs au droit du roi.¹⁰

L'idée de hiérarchie entre normes de différents niveaux était donc niée à la racine. Elle contrastait avec les fondements ultimes du système monarchique absolu dans lequel la souveraineté du roi était légitimée par le droit divin. Ce dernier est par définition unique et suprême, car il provient de Dieu. Il ne pourrait donc point admettre de normes alternatives à celles que Lui-même édicte. Ainsi l'absolutisme contient dans son esprit fondateur une raison foncière qui visait à tout niveler et tout réduire au monopole suprême de la loi. Il n'y aurait donc apparemment aucun espace pour une hiérarchie des normes.

Dès le XVI^{ème} siècle Bodin avait tracé la ligne théorique définitive : celui qui a le pouvoir de faire loi a tout le pouvoir ; le roi est le seul sujet qui a le droit de produire le droit, donc c'est lui qui a tout le pouvoir. « Faire loi » est resté pour longtemps, même dans l'imaginaire collectif de la société de l'Ancien Régime, la prérogative principale et exclusive du souverain.¹¹ La volonté du roi - image vivante de celle de Dieu - étant la seule source du droit, la loi qui en dérivait était l'unique source des normes juridiques. Il n'y avait pas de hiérarchie possible, car celle-ci aurait présupposé plusieurs niveaux de production normative. Si la source de la production normative était au contraire unique, aucune hiérarchie n'était même clairement possible. Les deux modèles restent décidément antithétiques.

Et pourtant cette image du roi législateur unique et absolu - très utile sur le plan psychologique pour renforcer le lien social - ne correspondait point à la réalité effective de la vie politique et de l'ordre juridico-institutionnel et social de la monarchie absolue. « Faire loi » était, dès le Moyen Âge, un processus complexe dans lequel le roi ne rentrait que comme l'un des pouvoirs actifs.¹² On

10 Cf. Piano Mortari 1962, 1977, 1980, 1989, 1991 ; Guizzi 1969, *passim* et spécialement 27 ; plus récemment, Rousselet-Pimont (2005 : 501-505 : « L'assimilation de la coutume rédigée à la loi »).

11 Cf. Richet (1973 : 25-26 et 53). Sur l'argument « Bodin et la loi comme acte typique de la souveraineté », voir aussi Goyard-Fabre 1989 ; Quaglioni 1992 ; Franklin 1993 ; Beaud (1994 : 27-198) ; Zarka 1996 ; Spitz 1998.

12 Cf. les deux belles et récentes recherches de Petit-Renaud 2001 et de Rousselet-Pimont 2005.

s'aperçoit facilement que cette fonction demeure de plus en plus entrelacée avec la fonction de juger, de « dire le droit ». La *jurisdictio* des magistrats se qualifie bientôt comme une pièce essentielle du pouvoir de « condere leges » ; elle devient ainsi une véritable « sémantique du pouvoir politique ».¹³

Les juges allaient alors se considérer comme des vrais co-législateurs du royaume.¹⁴ Ils appuient cette prétention sur l'affirmation que la fonction de juger dérive d'une double représentation : le pouvoir juridictionnel est reconnu d'un côté par la volonté du souverain (mais cette « délégation » trouve sa source dans une volonté en quelque sorte obligée, car il ne peut pas administrer personnellement toute la justice dans un État si étendu),¹⁵ et, d'un autre côté, par communication divine directement adressée au jurisconsulte lui-même.¹⁶ Le juge devient ainsi un représentant immédiat de Dieu et par conséquent il va assumer naturellement la fonction de médiateur des volontés divines transférées dans le droit séculier, formellement prononcé par la bouche du roi. Ce dernier n'est alors dans ce schéma que l'ordinaire « canal par lequel Dieu transmet la fonction de juger aux hommes »¹⁷ par le biais de la science des juristes-magistrats.

Déjà au début du XIII^{ème} siècle s'affirme « l'idée d'une justice [qui est] souveraine » à cause de son « essence divine ».¹⁸ Et cette « divinité » de la justice rentre dans la vie du royaume à travers l'indispensable intermédiation du corps - qui est un véritable *corpus mysticum* - des « savants » inspire.¹⁹ Le droit se pose, alors, comme une véritable « exception » au savoir du prince.²⁰ Un savoir qui se veut de plus en plus indispensable pour penser et construire l'État ainsi que pour le gouverner.²¹ Dès le XIV^{ème}-XV^{ème} siècle le « rempart » de l'appareil d'État constitué par le « grand corps » de la magistrature parlementaire en robe acquiert son poids politique et institutionnel, progressivement plus puissant.²²

13 Costa 1969.

14 Sur cet argument je me permets de renvoyer le lecteur à mon livre Di Donato 2003a.

15 Cf., sur la « justice déléguée » ou, au contraire, « retenue », Sueur 1993 et (1994 : I, 144-145, 197, 229-232, 312 et 354-355 ; II, 162-181, 229, 246-268 et 278-279).

16 Cf. Renoux-Zagamé 2003 ; voir aussi, sur la relation atavique dans les sociétés indo-européennes entre droit et sacralité, Chiappini (2006 : 151-170), spécialement (pour ce qui concerne la « mobilisation des puissances divines au service de l'ordre juridique » et sur les « prêtres-magistrats » appelés à la gérer) dans le chap. I de la deuxième partie (« Le sacré à l'œuvre dans le droit »).

17 Rousselet-Pimont (2005 : 546).

18 Jacob (2001 : 36 et 71) : « L'idée que la fonction de juger est d'essence divine et que, de cette essence, elle tire une part directe de souveraineté, indépendamment de la délégation que lui en confère le chef politique, traverse l'histoire de la justice depuis le Moyen Âge ».

19 Cf. Arnaud 1977.

20 Cf. Krynen 2002.

21 Cf. Rigaudière 2003. Voir aussi Padoa-Schioppa 2000 et 2003.

22 Cf. Autrand 1981.

C'est à ce moment là que le magistrat commence à centrer son discours sur la valeur absolue et inattaquable de sa « conscience » sur lequel s'appuie le principe de la *libera existimatio*, le jugement « par intime conviction », c'est-à-dire un *forum* de sa sphère personnelle qui devient le « trou noir » incontrôlable et par conséquent insaisissable de sa décision.²³ La construction de l'État en France emprunte ce passage dialectique crucial du renforcement (qui est aussi théologique qu'institutionnel)²⁴ de la structure des offices judiciaires, avec la constitution d'un corps toujours plus autonome - grâce aussi à la vénalité des charges et à leur transmissibilité par héritage²⁵ - dont la volonté de participation politique ne tardera pas à se manifester.²⁶

2 HIÉRARCHIE DES NORMES ET GOUVERNEMENT DES JUGES

Dans cette transformation décisive de l'État moderne, les *legum doctores*, et notamment ceux qui étaient en charge de la juridiction suprême, procèdent à la construction d'un ordre juridique de fait dont le caractère essentiel était la structure hiérarchisée, tout en continuant à propager la doctrine monarchique absolutiste (qui leur était indispensable pour oter le risque de républicanisme²⁷ et pour éluder la responsabilité de l'appareil public). Celle-ci était en effet indispensable à l'exercice d'un contrôle de légalité constitutionnelle que les juristes des parlements pensaient comme instrument fondamental de participation à l'exercice de la souveraineté législative. Le but de cette opération complexe était clairement de limiter le pouvoir du souverain et de le situer à l'intérieur d'un réseau de contraintes juridiques dans lequel l'interprétation juridictionnelle pouvait jouer un rôle déterminant.²⁸

23 Cf. Carbasse-Depambour-Tarride 1999.

24 Ecole française de Rome 1991.

25 Cf. le volume classique de Mousnier 1971. Voir aussi, plus récemment, la perspective de Desimon 1990 et de Nagle 2008.

26 Cf. Richet 1973 ; Mousnier 1970a et 1974-1980.

27 Les juristes de l'Ancien Régime craignaient énormément l'instauration d'un régime républicain car, comme l'expérience en Europe - et notamment dans l'Italie du nord - le leur montrait, le pouvoir de la médiation patriarcale des *legum doctores* était pratiquement annulé. On peut en voir un exemple dans le journal du voyage italien de Montesquieu, notamment dans le jugement opposé qu'il porte sur les deux villes de Gênes (républicaine) et de Naples (monarchique-'absolutiste'). Contrairement à ses prémisses (il adresse des louanges à la beauté du paysage urbain génois et au contraire il juge négativement le désordre chaotique napolitain) il exprime un jugement défavorable sur le premier système et enthousiaste sur le deuxième. Je renvoie pour l'analyse plus détaillée de ces aspects à mon essai Di Donato 1998b.

28 Pour approfondir l'argument des « contraintes juridiques » sur le plan plus proprement théorique, voir le livre collectif dirigé par Troper et al. 2005. Troper, lui-même, applique dans le volume cette théorie à une situation historique bien déterminée, telle que la Constitution de

Il ne faut jamais oublier que dans la doctrine ainsi que dans l'action stratégique de la robe parlementaire il y avait ce double aspect : d'un côté les juristes proclamaient la nécessité de concilier souveraineté royale et juridiction ; mais d'un autre ils ne visaient à l'affirmation (cette fois-ci réellement 'absolue') de la loi interprétée par eux-mêmes qu'à travers les actes (pas nécessairement les actes officiels) du Parlement.²⁹ Ce dernier prétendait se mêler (l'expression que l'on trouve dans les sources historiques est précisément « s'immiscer ») des affaires de l'État et notamment dans la procédure de formation des actes législatifs. Puisque ce pouvoir était une prérogative exclusive du roi, car autrement on n'aurait plus parlé de monarchie, les rois étaient les premiers à déclarer leur indisponibilité à assumer directement le pouvoir législatif. Il fallait alors trouver un moyen de sauver le principe formel monarchique et le pouvoir substantiel de la magistrature. Cette contradiction fut résolue à travers l'idée d'un contrôle exercé par la magistrature parlementaire sur les actes du roi, voire de ses ministres, souvent considérés comme corrompus et peu fiables.

La hiérarchie des normes était donc directement liée à la naissance de ce contrôle de légalité que seuls les juristes pouvaient mettre en œuvre. L'enjeu était donc la légitimité du corps de la magistrature c'est-à-dire du pouvoir juridictionnel de participer activement à la vie de l'*establishment* de gouvernement et aux processus de décision politique, à commencer par la formation de la loi.

La doctrine juridique fut alors appelée à jouer son rôle. Voici donc fleurir les traités sur les « freins » (Claude de Seyssel, 1519), ou les théories sur le droit divin, sur la loi de nature et sur les lois fondamentales (Charles Loyseau, 1608), ou sur l'autorité du Parlement en matière de jurisprudence politique (Jean Montaigne, 1512 ; et plus tard, en 1617, La Roche Flavin).³⁰ Quelle que soit l'approche explicite ou non, le but de toute cette copieuse littérature juridique et politique à la fois est toujours le même : affirmer qu'il y a plusieurs sources du droit, que ces sources sont disposées selon une hiérarchie normative et que cette hiérarchie donne lieu *eo ipso* à un contrôle de conformité. Ce contrôle doit

l'an III (1795). Les juristes de l'Ancien Régime ont essayé de construire autour du roi et de son gouvernement (un système monarchique que, pour d'autres raisons, eux-mêmes aimaient définir 'absolu') ce réseau de contraintes pour produire une situation de droit et de fait dans laquelle, malgré le fait qu'il n'y avait pas « d'obligation (au sens technique de prescription) » et, à la limite, qu'il n'y avait pas du tout « de contraintes imposées », toutefois « la configuration du système juridique était telle qu'elle créait une situation objectivement contraignante ». Cette stratégie des juristes trouvait dans la hiérarchie normative un pivot fondamental. Par conséquent, on peut bien dire que, grâce notamment à ce système hiérarchisé des sources du droit, les choix du roi et de ses ministres étaient, selon la magistrature, souvent « limités, ou parfois inexistants » (Troper et al. 2005 : 42). C'est ainsi que les juristes des parlements ont pu créer des « maximes de droit public », telles que « le roi règne mais il ne gouverne pas », ou « le roi se trouve en France dans une heureuse impuissance ».

29 Cf. Di Donato (2003 : chap. II, §§ 25-26, 326-336).

30 Montaigne 1512 ; Seyssel 1519 ; Loyseau (1608 : II, §§ 1- 9) ; La Roche Flavin 1617.

être réalisé par le Parlement en tant que cour de justice suprême du royaume à laquelle Dieu, lui-même, a confié la tâche d'aider le pouvoir du souverain à demeurer dans le juste sillon de la légalité divine et naturelle et dans le respect des lois fondamentales du royaume.³¹

On met ainsi en place une échelle de valeurs normatives dont le résultat principal est d'affirmer que le pouvoir et l'autorité du roi ne sont légitimes que s'ils ne sont pas en conflit avec l'ordre juridique supérieur. Cet ordre est, justement, objectif, et du coup il est supérieur même au roi. La volonté de ce dernier doit donc s'y conformer et par conséquent on affirme que l'État est l'entité suprême, en tant qu'il incarne une valeur et un intérêt qui sont supérieurs à tout, monarque y compris, de même que les lois constitutionnelles sont supérieures aux lois ordinaires. Ces dernières, émanant du pouvoir législatif, ne pouvaient point abroger celles-là, ni les modifier, ni même les intégrer.³²

Le souverain et la monarchie étaient les instruments pour la réalisation de l'État. Ils n'étaient pas le but, mais le véhicule privilégié à travers lequel on assurait la vie civilisée et l'ordre politique et social voulu par Dieu lui-même. Il fallait donc une hiérarchie des sources normatives pour garantir la conformité du comportement du roi très chrétien et de ses décisions à cet ordre supérieur, divin et naturel qui formait l'essence ultime, la *Ratio* fondamentale de l'État.

Les magistrats et plus généralement les juristes pensaient que la justice ne pouvait être assurée que si « à l'occasion de chaque jugement » les juges mettaient « à exécution les lois qui exprim[aient] la volonté du Créateur ». Ainsi les arrêts étaient considérés par les jurisconsultes qui les tiraient des « commentaires de la loi divine ». Et la justice - disait-on - n'était que « la sœur de la religion et de la nature divine de la loi ».³³ L'*ordo juris* était, en somme, conçu par ses « juges-prêtres » comme une véritable « théocratie judiciaire ».³⁴

Ce principe de fond, que les juristes français ont depuis toujours considéré comme le noyau dur de l'ordre non seulement juridique mais providentiel du royaume de France, est énoncé de façon limpide dans une grande quantité de sources textuelles. Parmi les plus représentatives d'entre elles, il y a une fameuse harangue de l'un des plus célèbres magistrats de son temps, Achille de Harlay, premier président du Parlement de Paris, au lit de justice du 15-16 juin 1586. En parlant en présence du roi Henri III, il utilisa des mots qui, même pour nous, ne peuvent prêter à aucune équivoque :

31 Outre l'ouvrage classique de Lemaire 1907, cf. plus récemment Saguez-Lovisi 1984.

32 Cf. Mousnier (2002 : 133).

33 Sur l'identité divine de l'ordre juridique de l'Ancien Régime et sur les complexes problématiques déterminées (entre autres sur la mentalité et la *Weltanschauung* des juristes) par cette conception théologico-politique, cf. le très beau livre de Renoux-Zagamé 2003 (les citations dans le texte sont à la p. 175).

34 Renoux-Zagamé (2003 : 121-129).

Nous avons, Sire, deux sortes de loix, les unes sont les loix et ordonnances des rois, qui se peuvent changer selon la diversité des temps et des affaires ; les autres sont les ordonnances du royaume, qui sont immuables et inviolables, et par lesquelles vous êtes monté au thron royal, et à cette couronne été conservée par vos prédécesseurs jusques à vous. /.../ Celle là entre autres est une des plus saintes, et laquelle vos prédécesseurs ont plus religieusement gardée, de ne publier ni loi ni ordonnances qui ne fût vérifiée en cette compagnie. Ils ont estimé que violer cette loi, c'était aussi violer celle par laquelle ils sont faits rois. /.../ [Ain]si devez-vous observer les loix de l'Estat du royaume, qui ne peuvent estre violées sans révoquer en doute votre propre puissance et souveraineté.³⁵

De Harlay expose ici une vraie hiérarchie des sources du droit en vigueur dans le royaume. Les normes du niveau supérieur étaient inviolables et immuables. Il va de soi que dans son arrière-pensée c'était uniquement la *jurisdictio* du Parlement, magistrature suprême du royaume, qui avait la tâche de préciser, au fur et à mesure des situations qui se présentaient, l'ampleur de ces principes fondamentaux et leur application effective.

Ce pouvoir n'était pas délégué par le roi, mais dérivait directement du *munus* insufflé d'en Haut à chaque magistrat par le biais de la *Scientia juris* qui était justement, comme cela se retrouve dans le fragment d'Ulpien re^u dans le Digeste, considérée comme une science « des choses divines et humaines ».³⁶ C'est précisément par cette raison qu'il met en liaison la hiérarchie des normes, qui était un état de fait objectif, un *status quo* voulu par la nature divine et du coup non

35 Ce discours du président de Harlay a été interprété, par la quasi totalité des historiens qui s'en sont occupés, comme une défense acharnée de l'enregistrement parlementaire, négligeant ainsi, presque complètement, l'aspect - qui, à mon avis, est au contraire l'élément décisif - concernant la hiérarchie des sources du droit : cf. Lemaire (1907 : 148-149) ; Doucet (1948 a : 66) ; Richet (1973 : 27-28) ; Olivier Martin (1997a : 8). Soulignant comme, à propos du prétendu lit de justice du 15 ou 16 (la date est incertaine) juin 1586, la source primaire de toute historiographie ne sont pas les registres du Parlement (c'est-à-dire une source officielle et institutionnelle), mais « un recueil de discours préparés pour l'occasion et rassemblés par le conseiller au Parlement Guillaume du Vair (1560-1621), Sarah Hanley a avancé l'« hypothèse vraisemblable que ces discours de 1586 » furent ou « prononcés au cours d'une réunion du Conseil royal à laquelle participaient plusieurs parlementaires, dont le premier président » (ils ne constitueraient donc pas un lit de justice, lequel n'eut pas du tout lieu), ou mieux encore qu'ils ne furent « jamais prononcés » tout en restant « dans les papiers de Guillaume du Vair » qui les avait déjà transcrits à l'avance : Hanley (1991 : 211-212) ; cf. du Vair 1641. Quoi qu'il en soit, ce qui importe le plus est le fait que ces discours circulaient sous une forme ou sous une autre, plus ou moins officielle, et qu'ils constituaient le noyau dur de la vision politique et institutionnelle de la robe, formant un pilier de la *Weltanschauung* des juristes d'Ancien Régime. L'élément à mon avis fondamental qu'il faut saisir dans le discours du président de Harlay n'est pas la défense de l'enregistrement tout-court, comme *Leit-motiv* de la rhétorique robine, mais l'importance qu'il donne à la hiérarchie normative comme fondement de toute l'architecture des prérogatives parlementaires en matière de politique.

36 D. I. I. I. 2: « Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia » ; cf. aussi *Institutiones*, I. I. I. Le célèbre passage est l'objet d'un pointu commentaire de Kantorowicz (1957 : ch. IV, § 2, 119 de l'édition italienne consultée).

modifiable par la volonté humaine, avec la nécessité de donner une forme institutionnelle à l'application concrète de cette hiérarchie. Le contrôle parlementaire sur la législation royale - c'est-à-dire la vérification sur la compatibilité de la source de deuxième niveau avec la source supérieure - dont l'enregistrement constituait le pilier, n'était par conséquent que cette procédure, indispensable pour réaliser pleinement l'essence idéale du royaume et respecter la suprême *Voluntas* du Tout-Puissant.³⁷

Lexistence d'un « corps » ou système de normes que ni le pouvoir du roi ni, *a fortiori*, aucun autre pouvoir étranger à la souveraineté nationale ne pouvait modifier, représentait aux yeux des jurisconsultes et notamment des magistrats munis de *jurisdictio* la plus crédible garantie de la stabilité de l'ordre juridique et social de la France, État de droit et non monarchie arbitraire. Lexistence d'un *Parlement* et non d'une simple cour de justice était légitimée justement par ce fondement conceptuel : à côté d'un « corps » structuré de normes il fallait un « corps » institutionnel composé de sujets inspirés par la Science supérieure du droit qui étaient à même de réaliser un contrôle sur la législation royale et assurer qu'elle ne débord pas de ses limites naturelles établies par la loi divine, par le droit de nature et par les lois fondamentales.

Les juristes insistaient beaucoup sur ce point crucial. Ils en faisaient la vraie spécificité de la civilisation que l'État monarchique français prétendait représenter au plus haut niveau de perfection. Au delà de ces « saintes et sages règles » - disaient-ils - il n'y avait que la barbarie. C'est ce qu'affirmait, par exemple, Du Vair :

Nous estimons que les Etats sont les principaux et excellens ouvrages de Dieu, sans la conduite et providence duquel jamais les esprits de tant d'hommes desbordez et inclins à licence, ne se laisseroient assembler et estreindre soub le lien d'une seule loy et d'un seul prince.³⁸

Si nous voulions utiliser les catégories conceptuelles et par conséquent le langage du droit contemporain nous devrions en conclure que le discours du président de Harlay atteste, en somme, de l'existence d'une constitution rigide au plus haut degré, au point qu'elle ne pouvait être modifiée par aucun pouvoir, fût-ce même un pouvoir constituant. Celle qui régissait l'État absolu était, donc, une constitution impossible à modifier sur le plan formel. L'évolution du droit était alors assurée par d'autres voies et avec d'autres moyens (essentiellement à travers les *subtilitates* de l'interprétation réalisées par la jurisprudence parlementaire) qui n'étaient pas nécessairement institutionnalisées.³⁹ Il y a un « non-dit » - d'une importance fondamentale - dans le discours juridique (de l'Ancien Régime ainsi que de notre actualité) qui consiste essentiellement dans

37 Sur l'enregistrement, cf. Di Donato (2003a : 470-485).

38 Texte tiré des *Œuvres* de Du Vair (cf. Du Vair 1641) et cité par Lemaire (1907 : 143).

39 J'ai traité cet important problème dans mon essai : Di Donato 2007.

le présupposé qu'il n'y a aucun contrôle possible entre les sources normatives de différents niveaux en dehors d'un processus d'interprétation.⁴⁰

Le témoignage du président de Harlay n'est pas l'élucubration isolée d'un intellectuel radical ou d'un *outsider*; il est au contraire l'analyse méditée d'un homme de l'appareil d'État - au plus haut niveau - qui était (et se sentait) l'héritier d'une longue élaboration doctrinale à laquelle avaient participé, dans des proportions diverses, juristes, philosophes et politiques issus de traditions différentes et d'idéologies variées. La conception de fond exprimée par de Harlay était donc très représentative de l'humus idéologique qui caractérisait la vision du monde et le modèle de l'*ordo juris* conçu par les juristes. La formule de Harlay devint immédiatement un *topos* du discours juridique qui ne fut jamais plus abandonné jusqu'à la Révolution et même au-delà d'elle.

Dès lors les magistrats des parlements allaient la considérer comme « une maxime liée à la constitution de la monarchie, pratiquée dans tous ses âges ». Encore en mars 1768, en pleine bagarre entre Parlement et Couronne, on la retrouve fréquemment utilisée par les *robins*, dans de nombreux documents. Un texte exemplaire à cet égard est représenté par les « cahiers » parlementaires du conseiller Glandres de Brunville.⁴¹ Et, à plus forte raison, pendant les « troubles » de la « réforme » du chancelier Maupeou la formule-Harlay devint dans l'intention des *robins* opposants un rempart formidable contre le bouleversement mis en «uvre par le gouvernement. On la retrouve citée - avec quelques adaptations mais en réalité telle quelle - dans les célèbres *Principes avoués et défendus par nos pères* de Louis-Adrien Le Paige, l'avocat et bailli du Temple, *leader* de la robe parlementaire,⁴² qui la considère comme l'une des maximes fondamentales de la constitution du royaume l'« *une des plus saintes* et que vos prédécesseurs ont plus *religieusement gardée* ».⁴³

La distinction entre « lois fondamentales » et « lois ordinaires » forma, donc, un lieu commun de la littérature juridique et du langage typique des doctrines

40 Je renvoie, sur ce concept, aux ouvrages fondamentaux de Troper 1994, 1996, 1999, 2001 et 2003.

41 Bibliothèque du Sénat, *fonds Boissy d'Anglas*, vol. 803, f. 347r.

42 Cf. pour le profil de ce personnage, dont j'ai essayé de mettre en relief dans plusieurs ouvrages l'importance capitale pour l'entière politique du royaume (je ne renvoie ici qu'à Di Donato 2003a et 2003b), la très récente entrée homonyme rédigée par R. Scialom, dans le *Dictionnaire historique des juristes français* : Arabeyre-Halpérin-Krynen (2007 : 492-493).

43 Cfr. Le Paige (1771 : ff. 23-24) : « Nous avons, Sire, deux sortes de loix ; les unes sont les ordonnances des rois qui se peuvent changer selon la diversité des temps et des affaires ; les autres sont les ordonnances du royaume qui sont inviolables, par lesquelles vous êtes monté au trône royal, et cette couronne a été conservée par vos prédécesseurs jusqu'à vous ; celle-là entr'autres est une des plus saintes, et que vos prédécesseurs ont plus religieusement gardée, de ne publier ni loi, ni ordonnance qui ne fussent vérifiées ; ils ont estimé que violer cette loi, c'étoit aussi violer celle par laquelle ils sont fait rois, et donner occasion au peuple de mécroire de leur bonté » (les italiques sont dans le texte originel).

élaborées par les juristes. Bref, elle fut considérée comme une notion juridique qui ne pouvait pas être négligée dans toute analyse théorique ainsi que dans toute action politique. Ni Pasquier, ni Bodin, ni même Cardin Le Bret - qui ne furent certainement pas parmi les ardents défenseurs de la ligne stratégique de la robe - n'auraient plus remis en cause cette vision des choses.

3 LA HIÉRARCHIE NORMATIVE COMME INSTRUMENT TECHNIQUE DE LA POLITIQUE OCCULTE DU DROIT MENÉE PAR LA MAGISTRATURE

A l'opposé de ce que ces très nombreuses sources textuelles nous montrent si clairement, la doctrine juridique traditionnelle et l'historiographie du droit (qui se veut un support de celle-là et qui par conséquent a renoncé à son rôle critique) sont pour longtemps restées liées à l'idée qu'un « droit supérieur » - c'est-à-dire une hiérarchie des sources juridiques - serait en contradiction, encore au XVIII^{ème} siècle, avec « l'absolutisme de la loi, expression de la souveraineté » totale et indivisible du monarque.⁴⁴

L'idée de la loi comme véhicule unique de la simple *voluntas principis* serait donc en irréductible conflit avec l'idée de la hiérarchie normative. Les « lois du roi » (pour reprendre la formule devenue usuelle grâce au titre d'un livre justement fameux de François Olivier-Martin)⁴⁵ étaient les seules sources du droit dans l'État absolu. « *Quidquid principi placuit legis habet vigorem* » : il n'y avait que la volonté du roi qui pouvait être identifiée avec la volonté législative contenue dans la norme de droit. On accorde ainsi un très grand crédit à la formule qui clot (et qui légitime) les actes royaux : « Car tel est notre plaisir ». La simple manifestation de la volonté du souverain était considérée comme loi de l'État. Cela veut dire que la négation de l'existence d'une hiérarchie des normes dans le système juridique de la monarchie absolue était conceptuellement en liaison avec l'image du roi comme pivot de l'État.

On affirmait par cette voie une conception de la souveraineté entendue comme attribution réelle de la personne du roi. Le pouvoir souverain s'incarnait dans le corps du roi. Et le roi était l'État. Voilà la formule qui expliquerait la structure socio-politique de l'Ancien Régime et l'opposerait au régime constitutionnel inauguré par la Révolution.⁴⁶

44 Cf. Favoreu et al. (2003 : 237-238).

45 Cf. Olivier Martin 1997a.

46 Sur le concept de « souveraineté » il y a eu récemment une floraison d'essais qui ont remis en cause plusieurs idées reçues. On ne signalera ici que : Cazzaniga-Zarka 2001 ; Barberi 2002 ; Ferrajoli 2004 ; Quagliani 2004.

Dans l'Ancien Régime manqueraient, donc, selon cette vision traditionnelle, les présupposés essentiels d'une hiérarchie des sources du droit. Par conséquent, on ne veut/peut pas reconnaître l'existence d'un contrôle de constitutionnalité sur les lois du souverain. Et, de même, on ne reconnaît pas le rôle politique de la magistrature parlementaire. Les textes produits par la plume des juristes et notamment les documents de la juridiction des parlements (remontrances, arrêts, arrêts, arrêts de règlement) ne sont considérés que comme des vaines « protestations » sans effet provenant d'un milieu d'« enragés » qui n'ont, au delà des mots qu'ils prononcent, *flatus vocis*, aucune influence sur la vie politique et sur les affaires de l'État.

On se débarrasse vite du discours parlementaire en le réduisant à une « rhétorique » vide et plaintive.⁴⁷ On est arrivé à dévaloriser à tel point l'action politique des parlements que l'on a considéré leur groupe comme rien d'autre qu'« un parti évanescent » voué à fondre comme neige au soleil ; leur stratégie politique est vue comme une faillite destinée à produire tout au plus des victoires « à la Pyrrhus » ; leur discours politique et leurs doctrines juridiques tellement inconsistants qu'ils étaient totalement auto-référentiels : le Parlement « parle pour faire exister ce dont il parle ».⁴⁸

Est-ce que les choses peuvent réellement être interprétées ainsi ? Pouvons-nous accepter passivement cette vision des choses qui nous a été léguée par l'historiographie traditionnelle ? Sur la base de preuves textuelles écrasantes et de nouvelles recherches menées par plusieurs études qui se sont progressivement intensifiées à partir des années 1960 jusqu'à nos jours, suivies d'une réflexion historiographique plus mûre et pondérée, la réponse à cette question doit être à mon avis : décidément non. Partons des sources des contemporains (c'est toujours la meilleure méthode dans les disciplines historiques de laisser parler d'abord les protagonistes de la vie politique, juridique et institutionnelle de l'époque que l'on veut étudier et reconstruire). Après ce passage fondamental de reconnaissance des sources on passera à l'étude des principales formules doctrinales et on essaiera de découvrir ce qui se cache sous celles-ci.

Nous allons considérer, d'abord, un discours prononcé par le chancelier de France François Olivier au Parlement de Rouen en Octobre 1550.⁴⁹ Dans ce texte, le chancelier, juriste reconnu, identifie toutes les affaires d'État avec ce qui appartient « au public et à l'universel ».⁵⁰ Avec cette expression il entendait transférer le discours du plan historique et politique à une dimension juridique et métaphysique destinée à favoriser une vision charismatique et ésotérique du pouvoir fondé sur les « lumières » de la *Scientia juris*.

47 Cf. Levinger 1990.

48 Cf. Maire (1998 : 371, 396, 521).

49 Cf. *Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen...* (= BNF, inv. Lf-25. 127).

50 *Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen...* (= BNF, inv. Lf-25. 127).

La présence institutionnelle de la « Compagnie », c'est-à-dire de la magistrature parlementaire, avait garanti l'unité de la juridiction souveraine, le seul pouvoir de l'État légitimé à unir « les matieres d'Estat et les causes de iustice de grande importance ».⁵¹ La souveraineté juridictionnelle du Parlement était nécessaire pour mettre fin à l'incontrôlable prolifération des « oppinions [sic] en toutes matières, tant civiles que criminelles ».⁵² Cela pouvait avoir lieu sans ôter la liberté des suffrages des magistrats.

L'entrelacement des deux sphères - droit et politique - ne pouvait se réaliser qu'à condition de faire rentrer dans le processus de formation/application de la loi la magistrature parlementaire. Et comment cela aurait été possible sans créer une hiérarchie entre différents niveaux normatifs ? Établir une hiérarchie des normes était donc un passage logiquement propédeutique à une participation légitime du Parlement à la formation de la loi, sans que cela puisse être considéré comme un bouleversement du principe fondamental de la monarchie absolue, c'est-à-dire l'unicité et l'indivisibilité de la souveraineté dans la personne du roi. Par l'effet de la hiérarchie des normes, le Parlement pouvait rentrer dans le jeu politique à travers le contrôle préventif de la légalité des actes royaux, tout en respectant formellement la liberté du souverain de choisir la formule adoptée dans le texte de loi proposé au Parlement pour la vérification.

C'est en raison de cet aspect que la monarchie française - considérée comme une forme de gouvernement dans laquelle pouvait s'affermir un équilibre institutionnel de fait qui voyait la haute magistrature jouer un rôle important - est interprétée par le chancelier Olivier « comme [voie] moyenne entre deux [systèmes] », tous deux excessifs, de la république et de la tyrannie. Grâce à l'existence du Parlement, on réalisait en France un procès équilibré dans lequel on sauvegardait le droit de chaque juge d'exprimer librement, voire sans contrainte politique d'aucune sorte, sa « propre raison », mais en même temps on exigeait des garanties précises « pour cognoistre la preud'hommie des oppinans ».⁵³ Le Parlement était donc un pouvoir qui produisait « autant de liberté et de secret, qu'en homme de bien en peult désirer ».⁵⁴

Dans cette esquisse de la forme parfaite de l'État, les contrepoids à la puissance des magistrats ne manquaient pas. Comme ils avaient droit à la pleine autonomie dans leur jugement, ils devaient respecter « les ordonnances du Roi /.../ car faisant autrement serait plus tost une assemblée de gens facétieux que un légitime Sénat ».⁵⁵

51 *Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen...* (= BNF, inv. Lf-25. 127).

52 *Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen...* (= BNF, inv. Lf-25. 127) ; dans le texte « manieres », mais la faute de frappe est évidente.

53 *Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen...* (= BNF, inv. Lf-25. 127).

54 *Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen...* (= BNF, inv. Lf-25. 127).

55 *Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen...* (= BNF, inv. Lf-25. 127).

La préoccupation constante de maintenir l'équilibre entre les différents centres de l'autorité publique avait induit Olivier à concevoir une hiérarchie précise des sources juridiques. Au sommet de cette pyramide, outre naturellement le droit divin et les lois fondamentales, il voyait la « coutume » et un peu plus bas la « loy » et les « ordonnances du Roy », qui pouvaient être « extorquées par importunité et circonvension et contre la perpetuelle intantion [sic] du Roy ».⁵⁶ La *Scientia juris* des magistrats, se présentant comme un savoir impartial, avait toutefois pour tâche de préserver cet équilibre et de montrer d'abord au roi, mais aussi à tout le monde, les distorsions auxquelles une volonté souveraine arbitraire et sans freins pouvait parvenir.

Aux juges, toutefois, appartenait le devoir de formuler l'interprétation correcte et légitime de la volonté souveraine, car c'était la seule manière d'« acquiescer la conscience du Roy » et celle des magistrats eux-mêmes.⁵⁷ Mais, là aussi, il s'agissait d'une subtilité qui ne pouvait que très difficilement être utilisée pour acculer politiquement la magistrature. C'est vrai qu'en principe les juges ne pouvaient « jamais aller contre les termes [de la loi] et le sens évident quelle présentait, sous prétexte de l'interpréter ».⁵⁸ Mais c'est aussi vrai que les instruments très raffinés de la technique exégétique et l'habileté consommée des *sacerdotes juris* avaient régulièrement raison de toute volonté royale textuellement exprimée. Il n'y avait point de textes tellement clairs, des formulations tellement « évidentes » qui ne pouvaient être manipulés par l'interprétation des jurisconsultes.

Les robins opéraient, partant, sous le bouclier du principe de légalité. C'était l'incontestable force qu'ils réussissaient savamment à faire valoir sur l'échiquier politique et dans les relations institutionnelles complexes qu'ils entretenaient avec la couronne. Grace à la maîtrise de cette technique herméneutique savante et prudente, les *decisiones* parlementaires pouvaient aller jusqu'à contredire la volonté législative du souverain en la renversant justement et paradoxalement au nom du respect de la légalité. Regardons, à cet égard, le texte très clair des *Monumens précieux de la sagesse de nos rois*, allégué comme pièce justificative à l'une des plus célèbres remontrances de l'histoire parlementaire, celle du 9 avril 1753:

En refusant d'obéir à ces ordres irréguliers, les magistrats ne font que satisfaire aux ordonnances, qui sont les volontés constantes et immuables du souverain, et préférer entre deux ordres contraires celui que lui-même ordonne de préférer ; /.../ ils ne pourroient agir autrement sans être vraiment désobéissans au roi, infracteurs des ordonnances et parjures, sans trahir le bien public, l'ordre de la justice, leur conscience, et un serment qui leur est commun avec le prince. /.../ Il seroit absurde de regarder l'ob-

56 Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen... (= BNF, inv. Lf-25. 127).

57 Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen... (= BNF, inv. Lf-25. 127).

58 Cf. Olivier-Martin (1997a : 411).

servation de ces loix comme un combat entre le souverain et le magistrat ; celui-ci ne diminue rien de son respect, de sa soumission et de son attachement inviolable à son souverain, qui sont les attributs et l'essence même de la magistrature : en se refusant à une obéissance perfide, il obéit réellement d'une autre façon ; ce n'est point l'autorité qu'il combat, c'est l'importunité dont elle est assiégée ; lorsqu'il rend le Trône inaccessible à toute injustice, il remplit le vœu du législateur. Nos rois n'ont jamais cru en descendre, en y faisant monter la Justice ; ils se sont toujours fait gloire de la prendre pour compagne, *sedis assistricem*.⁵⁹

Il résulte donc, à l'évidence, que *les juristes utilisaient la hiérarchie normative comme l'instrument principal de la médiation patriarcale* c'est-à-dire comme le fondement du pouvoir politique intrinsèque à l'activité juridictionnelle.⁶⁰

La hiérarchie des normes était ainsi directement au service du gouvernement politique occulte des juges. Elle était le présupposé soit du discours doctrinal soit de l'action institutionnelle. Disposer d'une échelle hiérarchique de valeurs juridiques rendait beaucoup plus aisée la transformation du pouvoir juridictionnel en action politique, par le biais de la fonction d'interprétation. Cette velléité de conversion de la *jurisdictio* en puissance de gouvernement occulte était (et reste) la plus ancienne des prétendues prérogatives de la magistrature.⁶¹ Elle provenait de la conviction, déjà médiévale, qui était inculquée aux juristes dès la période de leur formation dans les écoles de droit, qu'à travers l'interprétation des textes normatifs le corps des *juris periti* pouvait construire un pouvoir scientifique inattaquable et invincible et surtout voué à jouer un rôle politique occulte et par conséquent sans responsabilité.⁶²

4 LA HIÉRARCHIE NORMATIVE COMME FONDEMENT INDISPENSABLE DU CONTROLE PARLEMENTAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Il est clair pourtant que, comme le principe hiérarchique des normes juridiques situait la loi du roi à un niveau bien inférieur au droit divin, à la loi de nature et aux lois fondamentales, elle impliquait aussi une hiérarchie des institutions judiciaires et politiques dans l'État absolu.⁶³ Mais cette hiérarchie effec-

59 Cf. *Monumens précieux de la sagesse de nos rois* (= BNF, F-25312-25313), « Avertissement », 5; cf. Di Donato (1996 : II, 567- 647 pour le commentaire de la remontrance, 647- 664 pour l'analyse détaillée des *Monumens précieux* et 1050-1051 pour le texte du document).

60 Sur la notion de « médiation patriarcale », je renvoie à mon essai Di Donato (2001: spéciale- ment 100-102) ; voir aussi Di Donato 2006.

61 Sur cette persistance de longue durée de l'esprit de gouvernement inhérent au corps de la magistrature, cf. Di Donato 2006.

62 Cf. Costa 1969 ; Ajello (1999 : spécialement 325) ; Di Donato 2001.

63 Cf. Mousnier 1974-1980.

tive n'était pas évidente ; elle était, pour ainsi dire, renversée par rapport à ce que la réalité apparente faisait voir et même *devait* faire voir.

La hiérarchie normative était une structuration de l'*ordo juris* que les juristes des parlements considéraient comme indispensable pour réaliser de fait la soumission du droit positif royal au droit jurisprudentiel créé par la *jurisdictio* du Parlement. Le véritable but caché de la magistrature, comme on lit dans un manuscrit du XVIII^{ème} siècle provenant de l'entourage du Grand Conseil, était de construire de façon occulte « une autorité au dessus de celle du roy même », ce qui, dans un système monarchique paraît une évidente « absurdité ».⁶⁴ Pour réaliser ce dessein, la hiérarchie des normes se révéla l'instrument le plus efficace.

4.1 La mise en place d'un paradoxe politique : la hiérarchie normative comme instrument parlementaire de la royauté collégiale

Dans la structure officielle de l'appareil institutionnel, dans l'ordre du discours structuré par les pouvoirs publics, dans la construction du mythe de la royauté et dans le rituel qui alimentait l'imaginaire collectif, le roi occupait évidemment, indiscutablement, la première place. Il était le chef suprême de l'État, le représentant direct de Dieu dans le royaume. Cette structure était indispensable, à plusieurs niveaux et pour plusieurs raisons, à la légitimation et au fonctionnement de l'État absolu. En premier lieu elle servait pour assurer une substantielle protection autour de l'action des fonctionnaires publics (aussi des ministres et des autres titulaires d'une fonction administrative que des hauts magistrats et des autres juges du royaume, ainsi que de tous ceux qui étaient titulaires de fonctions de judicature).

Grace à la primauté absolue du souverain et à son investiture par le droit divin, ils restaient tous à l'abri de toute responsabilité, car ils agissaient par délégation du roi et ce dernier ne répondait qu'à Dieu de ses actions. Tant qu'un officier ne contrevenait manifestement pas à un ordre du roi ou à une loi en vigueur - dans ce cas là on l'aurait accusé de « forfaiture », « haute trahison » ou « lèse-majesté » - il pouvait être tranquille : ni le roi, ni personne, n'aurait pu l'atteindre dans l'exercice de ses droits. Il était de fait inamovible.⁶⁵ Sa charge étant de sa propriété, on aurait considéré que le roi commettait une violation gravissime de l'un de ses devoirs les plus importants s'il avait entrepris de chasser de son office un officier qui n'aurait pas été préalablement condamné au terme d'un procès régulier.⁶⁶

64 *Recueil de Traittés* [sic] *de droit public. Différentes matières* ; t. V, f° 34 (= Bibliothèque du Sénat, ms. n. 21 [8932]) ; les f°s 5-70 de ce volume sont consacrés entièrement au « Grand Conseil ». Cf. Di Donato (2003a : 681-684).

65 Cf. Antoine 1994.

66 C'était là justement la motivation de l'agitation parlementaire au moment du célèbre épisode du magistrat Carré de Montgeron que Louis XV fit arrêter et emprisonner à la Bastille sans

C'est exactement cet argument, très fort et très présent dans le royaume, que les robins (appuyés en cela par beaucoup de monde, y compris des philosophes et hommes des Lumières qui, c'est le moins que l'on puisse dire, n'étaient pas vraiment parmi leurs amis les plus fidèles) brandirent contre le roi et le gouvernement à l'époque de la réforme du chancelier Maupeou en 1771 et à laquelle ils donnèrent le nom de « coup d'État ». Leur propagande efficace se fondait justement sur l'idée que le roi était voulu par Dieu pour protéger la liberté et la propriété des sujets. Le berger - on se servait alors de cette métaphore biblique - doit gouverner le troupeau, il ne peut ni l'écharper ni le dévorer.

Toute la structure des offices publics bénéficiait de cette forme d'immunité substantielle. Les ministres qui composaient les conseils privés,⁶⁷ avant tout le reste de l'appareil de l'État, en tant qu'émanation immédiate du roi, non seulement jouissaient d'une position de grand prestige, mais en même temps exerçaient le pouvoir gouvernemental par délégation du souverain dans une condition d'immunité politique presque totale, sauf le risque d'être limogés par le roi lui-même. Il n'y avait en effet que le roi qui pouvait décider de les supprimer. Le Parlement et les autres cours, qui se qualifiaient elles-mêmes de « souveraines », venaient, dans cette hiérarchie institutionnelle, juste après, dans une position un peu plus décalée. Elles étaient considérées, certes, comme des institutions tout de même de très haut niveau, mais en tout cas le roi les tenait bien clairement en-dessous des conseils privés et aussi du Grand Conseil.⁶⁸ Si l'on suit la doctrine des publicistes du XVI^e siècle, le roi était perçu et célébré comme l'image vivante du pouvoir de Dieu sur terre et il était le pivot de tout l'appareil de l'État.⁶⁹

Toutefois, si l'observateur d'aujourd'hui, extérieur à ce monde qui lui apparaît si différent du sien, a la patience d'aller au-delà des apparences, il ne tardera point à s'apercevoir que l'image publique de la monarchie, dont le cérémonial se fondait sur la primauté absolue de la figure du roi, ne correspondait pas tout à

procès, après avoir reçu directement des mains de ce téméraire robin le soir du 29 juillet 1737 dans le parc de Versailles le 'don' du fameux livre contenant la description de plusieurs miracles advenus sur le tombeau du diacre François Paris, emblème de l'opposition jansénisante du Parlement au gouvernement royal. Le récit détaillé de l'épisode et de ses suites politico-institutionnelles est dans des manuscrits conservés à la Bibliothèque du Sénat, au Palais du Luxembourg, *fonds Boissy d'Anglas* 799 [9260] : « Extrait des choses les plus importantes qui se sont passées au Parlement - 1719-1746 », par Guy Nouet, *fos.* 246r-v. et suiv. Sur cet argument, cf. Di Donato (2003a : 91-92).

⁶⁷ Cf. Mousnier 1947 et 1970b ; Antoine 1951, 1970, 1973 et 1975.

⁶⁸ Tel est aussi le schéma suivi sans hésitation par toute l'historiographie moderne des institutions, qui traite dans un rigoureux ordre hiérarchique Cf. Mousnier 1947, 1970b ; Antoine 1951, 1970, 1973, 1975 ; Hamscher 1987, 1989 ; Harouel et alii (1987 : 4h15-553) ; Barbiche (1999 : 117-311 et 335-358) ; Saint-Bonnet-Sassier (2004 : 200-227).

⁶⁹ Un exemple parmi les nombreuses sources disponibles : Bignon 1610. Pour des interprétations historiographiques suggestives, cf. Marin 1981 ; Boureau 2000 ; Mousnier (2002, spécialement 43-72, 110-181, en particulier 172-174 : « Le roi absolu comme image vivante du pouvoir »).

fait - et parfois pas du tout - à la dure réalité des relations politiques et institutionnelles. Le « métier de roi » était bien plus « dur » que le mythe de la royauté ne le laissait entendre.⁷⁰

On ne saurait compromettre ce schéma qui convenait particulièrement aux officiers, car il s'agissait d'un excellent instrument non seulement pour préserver leur responsabilité, mais aussi pour construire la centralité politique de l'appareil judiciaire, en profitant de la protection déterminée par l'image suprême de la royauté. En effet, les « légistes » (comme on les appelait au Moyen Âge), bientôt « hommes de robe », visaient à construire un pouvoir occulte qui, sous l'exaltation purement formelle du principe de l'« unicité de la souveraineté », comme l'a écrit Jacques Krynen utilisant une formule qui décrit synthétiquement et parfaitement la réalité effective, donnait lieu à une « royauté collégiale ».⁷¹

Le corps des juristes avait donc un intérêt formel à maintenir intacte, voire à intensifier, dans l'imaginaire collectif, cette idée de la puissance « absolue » du roi. En même temps, ils avaient, à l'opposé, un intérêt réel - et plus profond - à dégarnir le plus possible les pouvoirs du souverain pour les transférer dans - pour reprendre la belle expression utilisée dans un important traité au tout début du XVIII^{ème} siècle - « les prérogatives de la robe ».⁷²

Si l'on comprend le fonctionnement subtil de cette structure théorico-pratique sur laquelle le corps des juristes, et les institutions où ils opéraient en position d'hégémonie, édifiaient leur capacité d'influencer le cours des affaires publiques, tous les discours ainsi que les actions politiques du corps judiciaire - et plus généralement des « hommes de droit » - prennent sens et cohérence. On évite ainsi d'accorder le moindre crédit aux apparentes contradictions dans lesquelles on pourrait s'empêtrer (comme celle selon laquelle les hommes de robe sont des monarchistes avérés, des défenseurs acharnés du système socio-politique de l'État absolu,⁷³ mais en même temps ils n'agissent qu'en vue d'empêcher au roi de gouverner et parfois la violence de leur action arrive à donner

70 Cf. Antoine 1986.

71 Cf. Krynen 1993 ; Saint-Bonnet-Sassier (2004 : 208).

72 Cf. Bértaut de Fréauville 1701.

73 Parfois l'historiographie est tombée dans le piège du discours de robe et s'est limitée à souligner seulement l'aspect de la fidélité des juristes au pouvoir absolu sans le contrebalancer avec l'analyse de la pensée constitutionnelle élaborée par les milieux parlementaires et par l'examen des événements (la dure action des magistratures en opposition du pouvoir gouvernemental). Ainsi quelques historiens ont cru naïvement aux formules absolutistes des robins, en les prenant pour vraies sans réserve, tandis qu'il est évident que ses formules composent, au contraire, le raffiné et cynique réseau conceptuel d'un discours purement formel. Et en suivant cette erreur certains ont du dévaluer toute l'opposition des cours souveraines au gouvernement royal - notamment au XVIII^{ème} siècle - et considérer la querelle magistrature-couronne comme un discours faux. L'exemple le plus évident de cette interprétation excentrique du phénomène en question est le livre de Maire 1998.

l'impression qu'ils souhaitent même une suppression du souverain, comme le démontre, entre autres, l'affaire Damiens en 1757).⁷⁴

4.2 La hiérarchie des valeurs normatives dans les négociations politiques secrètes

L'instrument institutionnel que la magistrature utilisait pour convertir la juridiction parlementaire en participation politique à l'exercice de la souveraineté était le jugement constitutionnel. Cet acte de juridiction se réalisait à travers une structure procédurale complexe dans laquelle le Parlement faisait rentrer trois formes principales de « vérification » : 1. le *contrôle de légalité* : on soumettait la loi du roi à une analyse fondée sur son éventuel conflit avec les lois fondamentales ou avec des principes de droit divin ou naturel ; 2. le *contrôle d'opportunité* : on vérifiait l'existence des conditions externes (entendues *lato sensu*, donc politiques, sociales, économiques, culturelles, religieuses...) qui pouvaient favoriser ou au contraire gêner l'application correcte de la loi ; 3. le *contrôle d'équité* : on examinait un texte du point de vue de ses éventuelles contradictions internes et des fautes de logique qu'il pouvait contenir.

Naturellement cela était l'effet de multiples négociations souvent très dures qui se faisaient en secret, dans les cabinets des ministres à Versailles où les présidents des chambres parlementaires (spécialement des enquêtes) se rendaient le soir pour traiter en présence du chancelier et (plus rarement du roi lui-même) de plusieurs affaires directement avec eux. On ne saurait trouver nulle part dans les sources officielles les traces de ces procédures secrètes. Néanmoins elles existaient, mieux, elles n'étaient pas du tout exceptionnelles. C'était la normalité dans la vie politique et institutionnelle de l'État « absolu ».

Ces « conférences » versaillaises étaient régulièrement le vrai creuset de la législation. Les normes législatives de l'Ancien Régime étaient de fait le résultat ultime de pourparlers préventifs et souterrains, qui se déroulaient bien avant que le texte ne soit présenté au Parlement pour l'enregistrement et, à plus forte raison, bien avant que la loi ne soit promulguée comme acte unilatéral du souverain absolu.⁷⁵ La formule « car tel est notre plaisir » n'était que le sceau apposé à une préalable et très complexe procédure formelle et (surtout) informelle dans

⁷⁴ Cf. Van Kley 1984. Pour la thèse de l'implication des rois dans l'attentat de Louis XV, prouvée par des documents qui paraissent à mes yeux très clairs et sans malentendus possibles, cf. Di Donato (2003a : 372-379).

⁷⁵ Une étude spécifique et mise à jour, après celle réalisée par Petit-Renaud 2001 pour le Moyen Âge (argument sur lequel cf. le magistral recueil de Rigaudière (2003 : II^{ème} partie, 175-341) ; il manque encore, dans la littérature historiographique, des études sur ce même argument lors des siècles de l'Ancien Régime et il serait fort souhaitable quelle soit commencée. Beaucoup de documents utiles à cet égard se trouvent à la Bibliothèque (Annexes des Archives) du Sénat français, au Palais du Luxembourg, spécialement (mais pas uniquement) dans le fonds Boissy d'Anglas.

laquelle la phase de la négociation et de recherche d'un accord constituait la partie la plus importante. On peut bien dire, en empruntant pour cette perspective les mots que Spinoza avait utilisés pour le concept de « nature », qu'au delà de sa vitrine, l'absolutisme était réellement un système politique d'une « somptueuse complexité ».⁷⁶

L'historien qui ne se contente guère du dépouillement des sources officielles, s'amuse à relever comment le projet de loi que le roi et son gouvernement avaient présenté au Parlement pour obtenir l'enregistrement, se modifiait dans plusieurs cas au cours de la procédure et fléchissait dans un texte qui était visiblement le résultat du compromis obtenu par les deux délégations. Parfois ce compromis pouvait concerner aussi plusieurs lois. Si le Parlement céda sur l'une il pouvait gagner sur l'autre. Et le gouvernement de même.

Il est très clair alors que dans ces négociations chaque partie mettait en place (elle était même contrainte de le faire) une hiérarchie de valeurs. Cette hiérarchie était de fait imposée par la structure même des relations entre gouvernement et magistrature. Si l'on voulait maximiser les possibilités de succès, il fallait savoir préalablement à quoi on pouvait renoncer ou non. Dans la plupart des cas on arrivait à trouver un compromis. Lorsqu'on n'y arrivait pas, car les deux parties considéraient telle disposition de la loi comme un point auquel on ne pouvait pas renoncer, éclatait une crise politique et avec elle, bien souvent, une crise constitutionnelle.⁷⁷ Cela arriva par exemple en 1730-31, en 1753 au prétexte de l'affaire du refus des sacrements, en 1756, en 1766 à propos de l'affaire La Chalotais et, bien évidemment, en 1771 avec la réforme Maupeou.

Il va de soi que les trois formes de contrôle pouvaient aussi être cumulées. Le Parlement acquérait en ce cas un pouvoir très étendu, car il réussissait à pénétrer en profondeur dans le contenu de la loi et souvent à contraindre le gouvernement et le roi à modifier certaines dispositions ou à les formuler en un texte quand même différent. C'est surtout à travers la deuxième vérification (le contrôle d'opportunité qui appréciait les conditions « externes ») que la magistrature arrivait à jouir d'un immense pouvoir de contrôle. Les instruments, très raffinés, de la rhétorique robine, fruit de l'expérience séculaire que l'ordre du discours juridique avait construit, pouvaient réaliser tout résultat par assimilation ou par disjonction conceptuelles.

Les juristes maniaient la logique comme personne et savaient s'en servir pour démontrer leurs arguments avec une rigueur conceptuelle désarmante. Ainsi ils

⁷⁶ Je renvoie sur ce concept à mon essai: Di Donato (2002 : § 15, CXV-CXXVI).

⁷⁷ Le recours au lit de justice se rendait nécessaire dans des circonstances extraordinaires. Malgré la possibilité formelle d'utiliser ce puissant instrument de l'autorité royale les rois n'y parvenaient que mal volontiers car ils connaissaient très bien les conséquences que ce choix aurait impliquées dans les relations déjà tendues avec la magistrature. Voir sur l'argument, Hanley 1991 et Brown-Famiglietti 1994.

n'avaient guère de difficultés à procéder dans un raisonnement qui pouvait faire apparaître les contradictions d'une loi avec elle-même ou avec d'autres conditions externes là où il n'y en avaient pas. L'interprétation savante et sapientiale des *sacerdotes juris* était, donc, un instrument de pouvoir formidable et inattaquable. Tout discours sur la souveraineté dans l'État absolu devrait prendre en compte cette réalité qui paraît évidente à tous les habitués des archives judiciaires.⁷⁸

Les juristes les plus notoires, qui devinrent des *idola fori*, des personnages presque mythifiés dans l'histoire de la robe, ne manquèrent pas de courage pour dire ouvertement au roi que la vérification parlementaire n'était pas du tout un acte purement formel, mais au contraire quelle impliquait un véritable contrôle judiciaire sur la législation. Exemplaire à cet égard le « rappel » fait par le président de Harlay à Henri IV en 1605 : « Les édits - dit-il - sont envoyés au Parlement non seulement pour procéder à la vérification mais pour en délibérer selon les règles ordinaires de la Justice ».⁷⁹

4.3 Le paradoxe suprême : une hiérarchie entre normes de rang équivalent

L'existence d'un contrôle de constitutionnalité dans l'ordre juridique de l'Ancien Régime, contrôle dont il ne faudrait pas exagérer la portée,⁸⁰ est désormais reconnue par plusieurs spécialistes.⁸¹ L'inexistence d'un texte constitutionnel rédigé selon le style auquel nous sommes habitués aujourd'hui, c'est-à-dire le style inauguré par la « codification constitutionnelle » de la Révolution, n'était nullement un obstacle à ce type de jugement sur les lois du roi.

Comme on l'a vu, les parlements considéraient que la constitution du royaume était gravée dans les lois fondamentales, dans le droit divin et naturel et dans la Tradition juridique du royaume dont l'interprétation était réservée aux cours souveraines, c'est-à-dire en premier lieu à eux-mêmes, les seuls qui avaient droit d'atteindre au dépôt légal. Les délibérations de ces organes juridictionnels (sous n'importe quelle forme : arrêts, remontrances, arrêts de règlement)⁸² formaient à leur tour l'ensemble des principes appliqués qui constituaient pour les rois le noyau du droit français.⁸³

78 Parmi les nombreux ouvrages qui sont dernièrement parus sur l'argument de la souveraineté, je me limite à signaler ici Cazzaniga-Zarka 2001 et Quaglioni 2004.

79 Richet (1973 : 33).

80 Cf. Léca 1987.

81 Cf. Mestre 1992 ; Gojosso 1999, 2001 et 2002 ; Saint-Bonnet 2001. Récemment moi-même j'ai publié sur ce sujet un essai spécifique, en deux parties, auquel je renvoie : Di Donato 2004 et 2005 (voir la bibliographie citée *ibidem*).

82 Cf. Payen 1997 et 1999.

83 Cf. Di Donato (2003a : spécialement 466-470) (chap. III, § 13 : « Le contrôle de constitutionnalité : un instrument juridique de contrôle politique »).

On peut donc bien observer dans la « pratique du système »⁸⁴ que *c'était l'action de la haute magistrature qui faisait vivre et déterminait la hiérarchie entre des différentes sources normatives* à travers son contrôle exercé sur les actes législatifs du souverain et de ses Conseils privés. Il va de soi que la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité présupposait une hiérarchie des normes et par conséquent l'existence d'une constitution en vigueur dans l'État absolu.⁸⁵

Tout cela nous porte à conclure que le contrôle de constitutionnalité effectué par les parlements de l'Ancien Régime n'était pas uniquement centré sur le droit formel ; il présupposait une forme particulière de hiérarchie normative: *une hiérarchie qui pouvait se déterminer tantôt entre sources de différents niveaux, tantôt entre sources normatives de rang formel équivalent*. Ce concept est difficile à cerner dans un contexte juspositiviste - comme celui de la plupart des ordres juridiques d'aujourd'hui - où la hiérarchie normative présuppose nécessairement l'existence de sources de différents niveaux formels, comme, par exemple, la constitution et la loi « ordinaire ».

Souvent les rois, s'ils ne voulaient pas d'une loi présentée par le souverain au Parlement pour l'enregistrement, argumentaient que cet acte-là était en conflit avec d'autres lois déjà en vigueur, produites par les monarques précédents. En effet, sur un plan purement formel, il n'était point illégitime qu'un roi puisse abroger ou modifier un acte législatif d'un de ses prédécesseurs (la maxime tirée du droit romain : « *lex posterior derogat priori* », fut considérée comme toujours en vigueur et comme un critère efficace pour résoudre les antinomies), en pratique, en revanche, cela était fort déconseillé aux souverains.

Voilà un cas éclatant de contrainte juridique qui opérait dans l'effectivité des relations politiques. Un roi, étant investi de la divine *potestas*, ne pouvait pas être démenti avec tant d'éclat par l'un de ses successeurs sans que l'entier système ne reçoive un coup très violent et par conséquent très dangereux pour la stabilité socio-institutionnelle. L'ordre juridique et politique se légitimait par la croyance populaire et se fondait sur la confiance que le roi incarnait la Justice divine et qu'il ne pouvait pas se tromper quand il agissait comme représentant direct de Dieu.

Or, la législation était non seulement l'aspect révélateur de la souveraineté, mais surtout elle était sur le plan symbolique le pouvoir fondamental du roi, car dans la *forma mentis* de l'homme de l'Ancien Régime, Dieu seul est Législateur et le roi a reçu de Dieu la délégation directe (à travers le sacre et l'onction) de légiférer en son nom. « Faire loi » était en somme - dès le Moyen Âge -⁸⁶ la prérogative suprême dans le cadre de l'*ordo juris* fondé sur le droit divin. Par consé-

84 L'expression sort de la plume de Richet (1973 : 65 et s.).

85 Sur le concept de « constitution » dans l'État absolu, cf. Mousnier (2002, *passim*, et spécialement 110-129).

86 Cf. Petit-Renaud 2001.

quent cette prerogative devait nécessairement être liée à l'idée de « Justice ». Le roi est absolu « pour faire régner la justice ».⁸⁷ Un roi qui crée des normes injustes est inconcevable dans ce contexte là.

Cette idée constituait le présupposé de la stabilité politique, institutionnelle et sociale. Mais avant tout il s'agissait d'une valeur culturelle que la mentalité des juristes avait absorbé *ab imis fundamentis*. De cette perpétuité ils se considéraient les plus jaloux et rigoureux interprètes. Si aucun roi ne peut créer des choses ouvertement injustes, on ne peut non plus contredire frontalement cette volonté par l'expression d'une volonté législative opposée. Cette idée était nourrie par une vision théorique de fond qui innervait toute la mentalité sociale et politique de l'Ancien Régime. D'après la spéculation de Thomas d'Aquin, on en avait tiré une valeur éminemment aristotélicienne :

Ces considérations montrent avec évidence - avait écrit le philosophe de Stagire dans sa *Politique* - que des changements sont opportuns sont certaines lois et dans certains cas. Mais /.../ une grande circonspection paraître s'imposer dans ce domaine. Quand, en effet, l'avantage qu'on retire du changement apporté est de faible intérêt, et comme, en revanche, il est dangereux d'habituer les hommes à abroger les lois à la légère, mieux vaut manifestement fermer les yeux sur quelques erreurs des législateurs ou des magistrats, car le profit qu'on pourra retirer d'une modification de la loi sera loin de compenser le dommage qui sera causé par l'habitude de désobéir à ceux qui gouvernent. /.../ La loi n'a aucun pouvoir de contraindre à l'obéissance en dehors de la force de la coutume, et celle-ci ne s'établit qu'après un laps de temps considérable, de sorte que passer facilement des lois existantes à de nouvelles lois toutes différentes, c'est affaiblir l'autorité de la loi.⁸⁸

Le roi-législateur, tout en étant « souverain dans son royaume », ne peut donc créer des normes juridiques complètement à son gré. Il doit respecter tout un ensemble de bornes. La législation royale n'était donc pas du tout aussi absolument libre que ne le faisait croire la propagande absolutiste (et pourtant nécessaire) que les juristes, eux-mêmes, par convenance stratégique, contribuaient à alimenter.

Le pouvoir de produire des nouvelles normes juridiques était, au contraire, inséré dans une sphère prédéterminée de principes qui l'orientaient et le légitimaient en même temps. Ces principes n'étaient pas abstraits ; ils étaient plongés au fur et à mesure dans un contexte déterminé, par le biais de l'interprétation qui était aussi le fruit des « lumières » de la *Scientia Juris*. Les juges appliquaient les principes fondamentaux aux cas particuliers concrets et en tiraient des « maximes » qui éclaircissaient les mêmes principes juridiques. C'était un processus circulaire.

⁸⁷ Je renvoie sur ce point à mon essai : Di Donato (2002 : CXXIV).

⁸⁸ Aristote, *La Politique*, livre II, § 8, 1269a (« Examen de la constitution d'Hippodamos de Milet »). Sur l'influence de l'aristotélisme sur la pensée juridique, cf. Villey (2003 : 78-99, 149-176 et *passim*).

4.4 La juridiction comme fondement ultime de la supralégalité constitutionnelle

C'est à cause de cela que plusieurs auteurs entre le XVI^{ème} et le XVIII^{ème} siècles se sont montrés très soucieux de souligner et de démontrer que l'ordre juridique de la France monarchique-absolue était « complexe », ce qui signifiait en effet qu'il était fondé sur plusieurs sources et pas uniquement sur la loi du roi. L'un des témoignages parmi les plus clairs à cet égard est celui d'Étienne Pasquier, selon lequel le

droit commun de la France gist en quatre points ; aux ordonnances royaux, coutumes diverses des provinces, arrests généraux des cours souveraines, et en certaines propositions morales, que par long et ancien usage nous en tenons en foy et hommage du Romain.⁸⁹

Il faut souligner, dans ce passage si important et pour l'évolution du droit français moderne et pour son profond rapport avec le développement de l'État de droit, la place de source normative véritable accordée à la jurisprudence des cours de justice souveraines. Ces dernières se voyaient reconnaître la tâche (et par conséquent un véritable droit/pouvoir) de raccorder la législation royale avec les grands principes (expressément laissés dans un nombre et un contenu vagues) qui formaient le noyau dur du droit public constitutif, voire le droit constitutionnel, de l'État.

Cela confirme non seulement qu'il y avait un système structuré de sources du droit et que ce système était ordonné sur plusieurs niveaux hiérarchiquement disposés, mais aussi que toute cette hiérarchie tenait debout par création jurisprudentielle. C'est grâce à la *jurisdictio* des cours de justice, et notamment à la savante et sapientiale médiation des parlements, que la hiérarchie des normes se constituait et vivait.

La jurisprudence « souveraine » s'autoconstituait ainsi comme une véritable supralégalité constitutionnelle, car c'était elle qui établissait la légitimité d'une loi du roi sur la base de principes dont elle même se considérait dépositaire. Cette structure du droit enraciné dans l'activité jurisprudentielle était conçue par les juristes-magistrats comme l'instrument fondamental qui assurait le bicéphalisme du système politico-institutionnel.⁹⁰ Elle était donc destinée à coexister avec la construction du mythe de l'État absolu.⁹¹

C'est là le point le plus délicat de tout le système juridique et politico-institutionnel de la société d'Ancien Régime. Tout tenait autour de ce paradoxe que les principaux juristes tachaient de résoudre ou tout de même d'atténuer : il fallait

⁸⁹ Pasquier 1560-1567. Cf. Richet (1973 : 29).

⁹⁰ Le bicéphalisme du système politico-institutionnel français fut bien noté par Mme d'Épinay, cf. *infra* note 160.

⁹¹ Pour la construction théorique du « mythe de l'État », les pages classiques de Cassirer 1993 restent suggestives.

sauvegarder l'abstraite liberté législative du souverain (en l'absence de laquelle on n'aurait plus eu un système absolutiste, mais républicain, ce que les juristes craignaient comme le feu craint l'eau) sans toutefois ébrécher l'*auctoritas* de la *Traditio* centrée sur le concept de « constitution du royaume », ce qui permettait aux jurisconsultes, à travers la savante manipulation interprétative, de s'attribuer la réelle - quoique occulte - puissance de légiférer.

Pour obtenir ce résultat il fallait revêtir le pouvoir législatif que la *jurisdictio* parlementaire revendiquait des apparences du contrôle des actes normatifs produits par le roi. La magistrature niait vouloir (et même pouvoir) posséder une portion du pouvoir législatif. Par la bouche de Montesquieu elle parvint à déclarer que le pouvoir judiciaire n'était qu'une « puissance nulle ».⁹²

Sur le plan formel « faire loi » était une prérogative exclusive du seul roi. Mais, en même temps, le souverain n'étant pas un despote, il devait respecter dans sa législation « certains principes » - ces « propositions » dont parlait Pasquier - qui composaient la « constitution du royaume », il fallait alors soumettre les actes normatifs que le souverain lui-même produisait à une vérification qui pouvait établir s'ils étaient compatibles avec ce « corps monumental » de valeurs et de « maximes » explicitant la Tradition constitutionnelle du royaume.

4.5 La loi prisonnière de la loi

La législation devait, en somme, être inspirée par le double critère du respect des normes de niveau supérieur et de la cohérence nomothétique. Elle ne pouvait pas facilement - ni, en tout cas, ouvertement - dévier de la voie, du *lirium*, tracée par la Providence divine.

La déviation au-delà de cette *recta via* aurait été considérée justement dans cette optique comme un *de-lirium*,⁹³ comme un saut dans le vide, bref comme une folie. Il y avait - par admission explicite de plusieurs rois eux-mêmes - « une contrainte rendant les souverains prisonniers de leur propre législation ».⁹⁴ Il fallait, donc, inventer une formule qui permit de concilier l'envers et l'endroit de la médaille. Pour la stratégie des juristes il était indispensable de faire coexister la monarchie absolue et le constitutionnalisme juridictionnel qui trouvait son rempart dans le Parlement.⁹⁵

92 Cf. Cayla-Renoux-Zagaté 2001.

93 Sur ce concept voir Bodei 2000.

94 Richet (1973 : 28). Tout le monde pensait à l'époque que « le roi de France, à la différence d'un Sultan de Turquie, doit respecter sa propre loi ». Henry IV et Louis XIV, pour ne citer que deux exemples parmi les plus significatifs, reconnurent ce principe de fond. Le premier affirma péremptoirement : « La première loi du souverain est de les observer toutes » ; le second (quoique plus vague) aussi : « La parfaite félicité d'un royaume est qu'un prince soit obéi de ses sujets et que le prince obéisse à la loi ».

95 Je crois avoir démontré cette interprétation historiographique par plusieurs textes, surtout du XVIII^e siècle, publiés dans mon étude monographique: Di Donato 2003a.

Si la juridiction devait être le complément nécessaire de la loi, au sens où la loi n'existait que par le biais de son interprétation-application, il fallait par cohérence logique affirmer que la loi elle-même ne pouvait pas violer d'autres lois déjà interprétées par la jurisprudence. Le Parlement affirmait que son action interprétative était véritablement partie prenante du processus législatif permanent et que cette activité était au service du roi. La magistrature était le rempart de la législation royale et c'était grâce à elle que les rois pouvaient légiférer de façon cohérente et non pas de façon anarchique et capricieuse. Comme le roi « ne mourrait jamais »⁹⁶ - car il y avait une ligne de continuité dans la succession - cette limite posée à l'activité législative ne pouvait uniquement concerner la personne physique de tel ou tel roi, mais elle concernait « le roi » en tant qu'institution principale du royaume. Par conséquent, dans la doctrine parlementaire, la personne singulière d'un roi pouvait changer très peu de choses à la législation consolidée laquelle faisait désormais partie de l'ordre juridique du royaume, de sa « Tradition ».

Ce problème était d'ailleurs bien connu des juristes et des théoriciens du droit dès les XV^e - XVI^e siècles. Parfaitement conscient de cette difficulté intrinsèque au système, Jean Bodin, dont la culture d'« humaniste possédant des connaissances encyclopédiques »⁹⁷ peut être considérée à juste titre comme un extraordinaire croisement de traditions juridiques et de cultures politiques, avait créé la formule devenue célèbre de la confirmation « par souffrance » qui était en effet une litote conceptuelle: au lieu d'affirmer qu'un roi pouvait donner la forme de loi à tout ce qu'il voulait, sans tenir compte du fait que les nouvelles normes pouvaient être en conflit avec des normes précédentes, il soutint que tout le droit précédent restait en vigueur « par souffrance », c'est-à-dire par consentement tacite, du nouveau roi.⁹⁸ Tant que ce dernier n'intervenait pas avec une volonté abrogative explicite, en déclarant supprimées les normes déjà existantes, elles continuaient d'être en vigueur.

Cette ruse conceptuelle était fort opportune car elle servait à éviter que le royaume ne tombe dans l'« anarchie » et l'« arbitraire ». L'« artifice » juridique était conçu en vue d'empêcher qu'« un héritier léger, ou rieur », ou plus simplement un nouveau roi avec un esprit « réformateur » puisse, en montant sur le trône, annuler « le travail législatif de ses prédécesseurs ».⁹⁹ Par conséquent s'il voulait casser une loi, le roi était obligé de manifester une volonté claire et directe d'abroger chaque norme qu'il jugeait incompatible avec son projet de gouvernement.

96 Cf. Giesey 1987a.

97 Cf. Richet (1973 : 45).

98 Cf. Richet (1973 : 29).

99 Cf. Richet (1973 : 28).

Mais cette volonté abrogative était rarement formulée en des termes si explicites. Le roi n'avait aucun intérêt à apparaître en destructeur de l'ordre juridique consolidé. Au contraire l'image qu'il tenait à diffuser de lui-même était celle du bon père, doux, tempérant, sage ; et aussi celle, biblique, du berger qui fait paître le troupeau des moutons et le protège de l'agression des loups. Dans les deux cas, le concept de fond qu'il aimait (et devait) transmettre à ses sujets était le même : « Je suis celui qui est appelé par la volonté de Dieu à conserver le royaume dans ses traditions ». Comme la « fidélité » était « la sève vitale du corps politique », chaque sujet était « fidèle » à quelqu'un d'autre ; le roi était tenu d'être « fidèle au royaume ».¹⁰⁰ Contrairement à notre habitus mental contemporain, le changement assumait une valeur négative dans la mentalité de l'homme de l'Ancien Régime, tandis que les concepts de stabilité et de répétition étaient considérés hautement positifs.¹⁰¹

C'est pour cela que l'abrogation ne figurait pas à plein titre au nombre des concepts juridiques fondamentaux. Les juristes ne lui accordaient pas une place importante ni dans leur formation ni dans l'activité pratique. Dans le milieu juridique - et dans les Écoles de droit - on préférait plutôt utiliser le concept de « désuétude » des lois. Et l'on comprend aisément pourquoi. Une loi désuète n'était pas, pour autant, comme la loi abrogée, une loi complètement éliminée du corpus des lois du royaume. Sur le plan formel elle restait toujours dans l'ordre juridique. Cela voulait dire en pratique quelle était prête à être réappliquée le cas échéant, lorsqu'un organe judiciaire trouvait convenable de recourir à cet escamotage pour sortir d'une difficulté processuelle. La désuétude était, pour ainsi dire, la retraite de la norme, tandis que l'abrogation était sa disparition définitive. La constatation de la désuétude d'une norme était, à l'instar de l'application d'une loi, une affaire réservée à l'appréciation d'une cour de justice. Cette évaluation étant éminemment technique, la magistrature pouvait l'exercer en totale liberté. C'était un pouvoir totalement discrétionnaire. Et, à bien y regarder, c'était en cela une entité très liée à la hiérarchie des normes. Une loi désuète pouvait en effet rentrer à l'improviste dans le jeu, comme un coup de théâtre, bouleversant ainsi la hiérarchie traditionnelle et exerçant un poids dans un jugement (qui pouvait être aussi un jugement de constitutionnalité porté sur une autre loi). Comme il pouvait y avoir différents degrés de désuétude, il était très facile, même pour un interprète à peine avisé, de faire valoir un argument en faveur de la reviviscence d'une ou plusieurs normes (partiellement) désuètes. En somme : l'abrogation soustrayait son pouvoir à l'activité d'interprétation, tandis que la désuétude l'augmentait.

100 Cf. Mousnier (2002 : 58-60).

101 Mousnier (2002 : *passim*, spécialement dans le cadre des chapitres IV de la I^{ère} partie ; I, II et III de la II^{ème} partie ; I de la III^{ème} partie).

C'est la raison pour laquelle un ouvrage comme le *Legum abrogatarum et inusitatarum tractatus* de Philibert Bugnyon, publié pour la première fois en 1563, fut regardé à son début avec méfiance de la part du corps juridique et jugé par les juristes-magistrats comme étant généralement dangereux pour l'équilibre politico-institutionnel établi dans l'État absolu.¹⁰² Ce n'est pas par hasard que son auteur paya son insolente inventivité par une carrière médiocre et sa marginalisation. On ne pouvait lui pardonner la hardiesse d'avoir présenté, dans un cadre ordonné et systématique, toutes les « lois abrogées » et surtout celles qui étaient tombées en désuétude, c'est-à-dire celles que l'on voulait faire oublier sans recourir à la procédure claire et nette de l'abrogation. Ainsi il ne parvint jamais à rentrer dans une magistrature de rang supérieur et ne put non plus assumer un office d'une certaine importance. Tout ce qu'il obtint - consolation bien maigre pour un homme aussi talentueux que lui - fut une simple fonction d'« avocat du roi » dans une modeste et inoffensive élection de province.¹⁰³

Cet exemple nous suggère une réflexion sur la résistance du milieu de robe à mettre en évidence l'abrogation des lois. Le mécanisme privilégié pour se défaire d'une loi était plutôt celui de la laisser tomber aux oubliettes. Tout simplement les cours de justice ne l'appliquaient plus ou ne relevaient pas son inapplication par d'autres organes de l'État ou par les sujets. Cette pratique judiciaire visait à favoriser la diffusion de l'idée que l'ordre juridique était parfait et qu'il n'y avait pas de changements et à plus forte raison de bouleversements à faire. En matière de droit, l'ontologisme - voire la stabilité providentielle du système juridique et institutionnel - devait régner en maître.

Gardiens de cette volonté de conservation, les magistrats, notamment ceux des parlements, se sentaient investis de la tâche de veiller sur les comportements du roi et de contrôler l'effectivité de ses propos, qui avaient été assumés avec le serment prêté pendant la cérémonie du sacre.¹⁰⁴ Ils utilisaient l'enregistrement parlementaire - qu'ils considéraient bien évidemment comme « la plus essentielle des lois fondamentales » - comme l'instrument juridictionnel de ce contrôle politique sur la couronne et sur l'activité législative de son gouvernement. Ils s'appuyaient, comme on l'a remarqué plus haut, sur l'idée aristotéli-

102 Cf. Bugnyon 1702. Ce *Traité* eut quatre éditions (trois en français et une en latin) entre 1563 et 1578 et fut actualisé à plusieurs reprises (entre autres par un célèbre juriste comme Pierre Guésnois ; cette édition fut publiée chez Veuve G. Chaudière, Paris 1602). La dernière et plus complète édition fut celle « apud Petrum de Dobbeleer, Bruxellis 1702 ».

103 Ph. Bugnyon a vécu entre 1530 et 1590 : docteur ès droit à Avignon, avocat en la sénéchaussée siège présidial de Lyon et Parlement de Dombes, il fut reçu ensuite comme conseiller du roi et son avocat en l'élection de Lyon et pays maconnais. La fortune du *Traité* fut décidément posthume et certainement elle ne regarda guère la haute magistrature. Je renvoie sur cet argument intéressant concernant le faible intérêt porté sur les lois abrogées et inusitées par le corps parlementaire, à un travail de recherche que j'ai en cours et qui sera prochainement publié.

104 Cf. Giesey 1961, 1987b, 2004.

cienne selon laquelle, en général, le changement législatif était un mal en soi, indépendamment de la qualité des contenus normatifs.¹⁰⁵

La stabilité était une valeur absolue, car elle était une conséquence directe de la structure ontologique de l'État, qui était considérée immédiatement comme descendant du *Verbum* et de la *Veritas*. Ces valeurs étaient absolues, uniques et parfaites. Elles n'étaient point susceptibles d'amélioration. Dans une organisation sociale comme celle de l'Ancien Régime, qui était fondée sur l'idée de *continuitas*, c'est-à-dire sur la dérivation *ab eterno* et sur la perpétuation *per externum* de mœurs et de pratiques considérés comme universels,¹⁰⁶ le changement aurait comporté en soi-même un bouleversement stupéfiant dans les *esprits*. Si ce changement avait concerné les aspects constitutifs, voire les fondements du système, ce que les juristes appelaient « mutations constitutionnelles » ou selon le lexique aristotélicien l'« *essentia rerum* », il aurait porté inévitablement un « *vulnus* », une blessure inguérissable au corps social et à l'ordre juridique et politique, avec une érosion irréversible de la légitimation du pouvoir et de l'autorité royale et, par conséquent, de l'entier appareil de l'État qui dépendait d'elle.

Face à une nouvelle loi, les *robins* étaient donc très méfiants et agissaient avec beaucoup de circonspection, en trouvant pendant la procédure de vérification mille « *subtilitates* », mille ergoteries pour démontrer que telle loi était contraire à d'autres lois sages, produites par de précédents rois et désormais consolidées dans l'ordre juridique et dans la conscience publique. Il suffisait de relever cette incompatibilité pour avoir de leur part un argument très puissant vis-à-vis de la couronne.

4.6 La hiérarchie des normes comme épée de Damoclès suspendue sur la tête du roi

En effet il y avait dans ce jeu de langage technique un sous-entendu politique terrible : l'action des *robins* vis-à-vis de la couronne sous-entendait une menace permanente et larvée de dénoncer ouvertement - comme ils aimaient le répéter - aux « peuples gouvernés » la perversion du comportement tenu par le gouvernement ministériel, en faisant attention, dans un premier temps, à le dissocier de la personne sacrée du roi, considéré piégé ou dupé par ses ministres corrompus.¹⁰⁷ Ce thème constitue un *leitmotiv* dans les sources parlementaires.

¹⁰⁵ Cf. *supra* note 85.

¹⁰⁶ Cf. Mousnier 2002, *ad indicem* (voix « valori »).

¹⁰⁷ Cette dissociation ne fut plus respectée après la réforme Maupeou, lorsque la magistrature lança une offensive sans précédents contre la personne du roi, assimilée à ses ministres corrompus. Selon Darnton 1997 cette désacralisation du roi fut le *turning point* pour conduire au *breakdown* de l'État absolu et ouvrir les esprits à l'idée de la Révolution. Sur cet important argument, voir aussi l'étude très intéressante et bien conduite de Merrick 1990.

Il n'est donc pas du tout rare de tomber sur des passages, comme celui-ci, où l'on souligne volontiers

de quelle différence il est pour un souverain de ne prêter son autorité qu'aux lois, ou de la prêter seulement aux volontés arbitraires d'un ministre. Dans le premier cas /.../ c'est le roi qui gouverne lui-même d'une manière équitable par le secours des lois; dans le second, c'est le ministre qui règne d'une façon bizarre sous le nom du roi.¹⁰⁸

Dans cette stratégie de communication qui ne s'adressait pas à *leestablishment* institutionnel mais directement à l'opinion publique, la magistrature ne se servait pas du style soutenu utilisé dans ses actes judiciaires officiels, mais du langage, beaucoup plus efficace et compréhensible par les sujets (même ceux qui ne savaient pas lire) des images fixées dans les gravures.¹⁰⁹ De cette manière, la magistrature réalisait un subtil et « permanent chantage » vis-à-vis du roi et de son gouvernement.¹¹⁰

Le milieu parlementaire disposait à cet égard d'une formidable organisation, une redoutable machine de propagande, très efficace, dans laquelle travaillaient imprimeurs, graveurs, colporteurs, écrivains- « journalistes » et dont les magistrats savaient se servir au moment opportun et avec un cynisme impitoyable. Quand ils disaient et même criaient à tout le monde que « le roi règne, mais il ne gouverne pas », ils entendaient exactement exprimer ce concept-là : le souverain ne doit pas toucher à l'ordre juridique établi et consolidé par la Tradition dont les dépositaires sont les juristes-magistrats. Les seuls changements admis ne pouvaient qu'être ceux qui concernaient (toujours avec le langage d'Aristote) les « accidents », c'est-à-dire les matières qui n'étaient pas « constitutionnelles ».¹¹¹

Or, comme ces matières « constitutionnelles » n'étaient pas fixées avec précision, mais étaient volontairement maintenues dans un certain flou, le Parlement pouvait en l'occurrence étendre ou restreindre leur portée selon un calcul

108 BPR, LP 539=33, f° 16. Le document sort de la plume de Le Paige lui-même.

109 Cf. la très belle thèse de Wachenheim 2004 et aussi ses articles Wachenheim 1998, 2001a, 2001b, 2005 et 2005-2006. Quelques témoignages concernant ce sujet aussi dans Gouzi 2007.

110 Cf. Di Donato (2003a : 440-452).

111 C'est précisément cette caractéristique qui a fait que Mousnier (2002 : 118-123 et 130-133), ait pu définir la constitution de l'État absolu comme une « constitution rigide » quoique productive d'effets flexibles; le droit public et ses lois fondamentales étaient considérés comme inscrits dans la « Nation française » elle-même et « gravés dans le noyau plus profond du sentiment national ». Au point que l'on pensait « qu'en elle se cachait la nature instinctive des Français ». Par conséquent, il fallait que « cette loi s'impose au roi lui-même ». Non seulement il n'avait pas le pouvoir de la modifier, mais aussi « son pouvoir et son autorité dépendaient de cette Loi ». Mousnier en concluait avec une logique strictement conséquentialiste que « la loi fondamentale est donc supérieure au roi » et c'est là la raison pour laquelle « l'État est une entité supérieure au monarque lui-même ». Les lois constitutionnelles sont « antérieures aux lois ordinaires et prévalent sur elles et sur le pouvoir législatif qui ne peut les abroger, ni les modifier, ni les intégrer ».

dicté par sa convenance politique momentanée.¹¹² Et souvent il savait utiliser ces amples marges de pouvoir interprétatif - qu'il s'arrogeait et défendait avec acharnement - en en faisant un instrument de chantage politique, une arme pour négocier plusieurs avantages avec le roi et les ministres.

Dans les « conférences » de Versailles où les robins étaient régulièrement convoqués - comme on l'a vu - pour discuter les arrangements à apporter à une ou plusieurs lois, ils savaient faire peser le réseau de contraintes que l'interprétation juridictionnelle avait construit autour de la loi. Ces contraintes pouvaient être tout à fait juridiques, mais, si elles ne l'étaient pas, l'habileté des robins réussissait à les faire rentrer tout de même dans le cadre du droit, en les rattachant ainsi à la *jurisdictio* parlementaire. Les *legum doctores* mettaient alors en œuvre la hiérarchie des normes, qui opérait dans cette phase secrète du processus législatif de façon beaucoup plus efficace que si elle avait été proclamée sur le plan formel.

Tout se tenait quand même sur la base d'une formidable cohérence formelle. Et cette cohérence était destinée à couvrir le fonctionnement effectif du système.¹¹³ L'image du roi identifié avec la loi jouait un rôle très puissant dans l'imaginaire collectif : *rex est lex animata, nomos empsukos*. Mais pour les juristes, qui profitaient de la nature technique du droit, la loi avait une structure (formelle et substantielle) autonome ; elle était un fragment d'une dimension ontique universelle. Elle était insérée dans un *ordo juris* dont les sources étaient disposées en échelle hiérarchique selon le dessein axiologique conçu par le Créateur.

Il appartenait aux magistrats, par le biais de l'interprétation juridictionnelle, d'insérer la loi ou, au contraire, de l'expulser - par incompatibilité - dans cet ordre suprême. La loi qui, après l'évaluation du Parlement, était jugée incompatible avec ces fondements constitutionnels de l'État, n'était pas une loi. Elle était annulée préventivement, c'est-à-dire avant quelle puisse entrer en vigueur.¹¹⁴ Et

112 Cf. Duverger (1987 : 28-31).

113 C'est la raison pour laquelle une histoire formaliste du droit et des institutions n'est pas utile pour comprendre le fonctionnement réel du système juridique et politique à une époque déterminée.

114 Plusieurs auteurs manifestent des doutes quant au fait que le jugement des parlements sur les lois du roi absolu puisse être considéré comme un véritable jugement de constitutionnalité (entre autres la voix très importante de M. Troper). Récemment Rotelli (2008 : 66 et 132) s'oppose à cet argument en vertu de la constatation que la procédure de contrôle intervenait dans le cours du procédé législatif et donc au moment où la loi n'était pas encore telle. Mais il est aisé d'objecter que le jugement de constitutionnalité des parlements d'Ancien Régime doit être classé dans la typologie des jugements de constitutionnalité *preventis*, c'est-à-dire délibéré avant que la loi ne rentre en vigueur. Dans ces cas-là le jugement de constitutionnalité devient en effet une partie du procédé législatif. On évite ainsi l'inconvénient technique, dont plusieurs constitutionnalistes contemporains (notamment italiens) se plaignent, de permettre à une loi que l'on soupçonne d'être inconstitutionnelle d'entrer tout de même en

souvent les remarques d'« inconstitutionnalité » étaient formulées par les robins déjà dans la phase préventive des négociations occultes avec les ministres.

On peut alors aisément conclure que *la hiérarchie des normes opérait déjà avant le contrôle formel de légalité qui se déroulait pendant la procédure de vérification*. Quand l'acte législatif était soumis par le procureur général à l'assemblée des chambres du Parlement pour que le Parlement délibère sur l'enregistrement,¹¹⁵ il avait souvent été déjà discuté dans les « conférences » secrètes ou du moins était-il connu à travers des canaux diplomatiques réservés qui restèrent presque toujours très actifs. Parfois, au contraire - surtout quand le roi et le gouvernement décidaient de tenter un *Blitzkrieg* contre le Parlement, c'est-à-dire une opération très rapide dans l'espoir de profiter d'un effet de surprise - la magistrature n'était point informée des délibérations que le gouvernement adoptait ; mais il s'agissait des cas qui donnaient lieu aux conflits les plus acharnés entre le Parlement et la Couronne. C'est justement pour éviter ou limiter fortement ces cas que la magistrature parlementaire organisa un réseau d'espionnage à l'intérieur des Conseils privés.¹¹⁶

Dans ce contrôle législatif, les magistrats du Parlement faisaient rentrer non seulement la comparaison technique entre normes juridiques de différents niveaux, mais aussi (voire principalement) des facteurs que le positiviste d'aujourd'hui aurait tendance à qualifier d'éléments métajuridiques : le *poids* de la *tradition* et les valeurs de la société dans sa complexité, naturellement appréciées selon l'interprétation des robins eux-mêmes.

vigueur et de produire ses effets juridiques au moins pour un certain temps. Le système de contrôle préventif français est un héritage clair du système en vigueur dans l'Ancien Régime, en ce qu'il prévoit justement que la prononciation du Conseil Constitutionnel intervienne avant la promulgation de la loi. Personne ne peut douter qu'il s'agit là d'un véritable jugement de constitutionnalité. Il faut en outre observer que le jugement de constitutionnalité des parlements d'Ancien Régime pouvait se réaliser aussi *après* l'entrée en vigueur d'une loi du roi, aussi, voire surtout, quand il avait été approuvé en lit de justice. A la première occasion processuelle dans laquelle cette loi devait être appliquée, les parlements refusaient de l'appliquer au motif qu'il s'agissait d'un texte contraire à la constitution du royaume (cf. Di Donato (2003a : 490-495)), parce qu'il avait été approuvé en violation des lois fondamentales qui prescrivaient les règles du procédé législatif, ou de même parce qu'il violait le contenu substantiel des lois fondamentales ou de lois « ordinaires » réitérées par d'autres souverains prédécesseurs et du coup qui s'étaient consolidées dans le *corpus* du droit français (« gravé dans notre droit » est l'expression textuelle que l'on retrouve dans les sources). On peut dire, donc, que le premier grief concernait le plan de la constitutionnalité procédurale ou formelle (hiérarchie dynamique) ; le deuxième était normatif ou substantiel (hiérarchie statique).

115 Sur le rôle du procureur général au sein du Parlement dans les arrêts de règlement et dans la procédure de l'enregistrement, voir la monumentale étude de Payen 1997 et 1999.

116 Le cas le plus épatant est celui de Louis-Adrien Le Paige, *leader* du parti parlementaire qui réussissait à connaître, peut-on dire en temps réel, les décisions des Conseils privés et à avoir aussi la liste des ministres qui avaient voté pour ou contre la délibération : cf. Di Donato 2003a, *passim*.

De ce point de vue, le contrôle sur la légitimité d'une nouvelle loi se fondait non seulement sur la comparaison entre lois ordinaires et lois fondamentales, mais plus largement entre lois ordinaires et *ordo juris* considéré dans sa totalité.¹¹⁷ Cela signifiait que le jugement de constitutionnalité effectué par les parlements tendait à nuancer les distinctions hiérarchiques rigides entre lois fondamentales et lois ordinaires, car ces dernières pouvaient elles aussi se voir conférer - à travers la consolidation de la *Traditio* - le poids des lois constitutionnelles.

Cette « assimilation » - le terme est d'Olivier-Martin¹¹⁸ - entre les deux types de lois augmentait à l'excès le rayon d'action de la *jurisdictio* parlementaire et qualifiait le pouvoir de la magistrature comme le pouvoir de fait suprême de l'État. Les rois devenaient aussi les interprètes exclusifs de la *Traditio* et pouvaient, avec les instruments analogiques et analytiques très sophistiqués dont ils disposaient, en adapter le contenu aux situations les plus différentes, en couvrant la quasi-totalité des faits juridiques susceptibles d'avoir des implications politiques.¹¹⁹

4.7 La hiérarchie des normes comme présupposé indispensable pour « donner une existence juridique aux volontés du souverain » cristallisées dans la loi

Aux yeux des magistrats de l'Ancien Régime cette osmose entre le droit formel et la mentalité sociale assurée à travers la charnière de l'interprétation jurisprudentielle paraissait une vérité tellement évidente qu'ils la considéraient comme « naturelle ».

Le droit était (et devait être) l'expression la plus élevée de l'ordre cosmique. Il assurait la reproduction dans l'organisation de la société de l'ordre universel de la nature voulu par Dieu. L'État « de droit » était le seul organisme qui pouvait donc assurer cette liaison entre la sphère religieuse et la sphère humaine. Le droit dans cette mentalité était divin et *par conséquent* humain. L'harmonie entre la *Veritas* métaphysique et la *Ratio* mondaine, ou autrement dit entre le *Verbum* et la *Res (publica)* était assurée par cette charnière fondamentale, l'*ordo juris*, dont les interprètes autorisés, les juges, étaient les uniques agents. Un roi sans droit n'était qu'un tyran. Et un État sans magistrature n'aurait eu aucune garantie de pouvoir rester longtemps dans la civilisation.¹²⁰ Cette dernière était

117 Cf. Di Donato (2004 : *passim* ; et 2005 : spécialement 77-82).

118 À propos de l'« assimilation des lois ordinaires aux lois fondamentales », Olivier-Martin (1988 : ch. I, 24-52), soulignait l'« astuce » de la magistrature qui parlait « des lois, tout simplement, et non plus des lois constitutives » (Olivier-Martin 1988 : 29).

119 Pour le développement de cette interprétation je renvoie à mes essais : Di Donato 2004, 2005 et 2007.

120 Sur ce concept classique de la culture occidentale, aujourd'hui soumis à une pénétrante analyse critique (voir à ce sujet Binoche 2005 et 2007), cf. les ouvrages classiques de Braudel 1993 et Elias 1973 et l'essai, très précis de Starobinski 1989.

véhiculée par le droit et du coup s'avérait inséparable de celui-ci. Si l'État monarchique était donc par excellence l'instrument capable de rendre la société « civilisée », cela était notamment le fait de la magistrature qui faisait respecter le droit et se posait en lien privilégié entre ciel et terre.

Cette vision panjuridique du monde est illustrée de façon exemplaire dans un passage d'une importance capitale tiré d'un manuscrit rédigé autour de 1754-55 par Charles-François-Henri de Revol, alors conseiller puis (à partir de 1758) président-à-mortier au Parlement de Paris.¹²¹ Cet important magistrat insistait sur le fait qu'il fallait « faire sentir combien les formes dont le Parlement est le gardien sont au moins aussi essentielles pour le monarque que pour les sujets ». C'était à ses yeux un « dogme politique » qui faisait naître « la nécessité de le faire paraître dans toute sa force » en lui donnant le « plus grand degré d'évidence ».

De cette constatation de départ dérivait une ontologie des valeurs politiques du royaume qui faisait une avec les formes juridiques dont le Parlement était le maître. Ainsi ces formes étaient « les plus essentielles et les plus précieuses [sic] » colonnes de l'État et par conséquent le jugement politique du Parlement, qui consistait symboliquement dans l'apposition de son « sceau » aux textes normatifs présentés par le roi et ses ministres, était indispensable « pour donner une existence juridique aux volontés du souverain » consignées dans divers instruments, comme édits, déclarations, arrêts du Conseil ». ¹²² Sans l'accord du Parlement, la volonté du roi, fondement de la loi, n'existait même pas, et sa manifestation restait *tamquam non esset*.

L'évaluation portée sur les lois de la part de la magistrature parlementaire appartenait donc à une typologie de jugement tout à fait particulière. C'était en effet un jugement qui était fondé sur des points de repère complètement hétérogènes, et par conséquent incontrôlables car ils ne pouvaient être fixés comme objets spécifiques et pour ainsi dire 'visibles'. Il s'approchait de l'arbitraire. C'est à travers ce processus, d'ailleurs, que dans l'expérience juridique de toute l'Europe médiévale et moderne « l'intrinsèque ambiguïté des sources du droit /.../ et leur célébrée, solide, extrinsèque objectivité » a été « l'instrument primaire de la médiation sociale menée par le pouvoir juridique ».¹²³

121 Cf. Bluche (1986 : 221-222, 271, 273-274 et 386).

122 Bibliothèque de la Société de Port-Royal (BPR), *fonds Le Paige*, vol. n. 534, pièce n. 33. L'expression sort de la plume de Revol (qui, rappelons-le, était parmi les disciples les plus étroits de Louis-Adrien Le Paige), mais elle est ouvertement empruntée à l'ouvrage plus représentatif de l'avocat, les célèbres *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement; sur le droit des Pairs, et sur les lois fondamentales du Royaume*, 2 vols., aux dépens de la Compagnie, Amsterdam [mais en réalité imprimées dans la typographie clandestine de Le Paige implantée dans l'enclos du Temple à Paris] : I, 1753; II, 1754 (= BNF, LD-4.2563; BPR, LP 534=29 et LP 2133- 2135): cf. Di Donato (2003a : 454).

123 Ajello (1990 : 8).

Ainsi les « contrôleurs-vigilants » jugeaient sans appel si une loi du roi violait des principes supérieurs qu'eux-mêmes établissaient et considéraient sacrés et intangibles. C'était donc le pouvoir juridictionnel qui faisait exister la hiérarchie des normes. Celle-ci n'existait pas objectivement, en dehors de l'action de la magistrature.

Dans les moments de crise politique (par exemple au cours du XVIII^{ème} siècle pendant le règne de Louis XV), ces doctrines émergeaient avec force et donnaient lieu à de véritables guerres de pamphlets. Ce que les magistrats remarquaient avec insistance étaient que la loi que le Parlement examinait ne rentrait pas en vigueur tant qu'elle n'était pas enregistrée. Au moment où le roi la signait, elle n'était pas encore - selon la doctrine parlementaire - une véritable loi, mais était seulement un simple « projet de loi » que le roi présentait au Parlement pour en obtenir la pleine légitimation. Le principe constitutionnel de l'enregistrement donnait lieu à une procédure nécessaire qu'aucun roi n'avait jamais osé remettre en cause. Louis XIV, lui-même, n'avait que déplacé le droit de remontrance après l'enregistrement, mais il n'avait pas pu le supprimer tout-court.¹²⁴

De cette continuité institutionnelle, qui avait résisté même dans les moments les plus difficiles de l'histoire de l'État,¹²⁵ les robins déduisaient que l'ordre juridique de l'État s'imposait aux rois eux-mêmes et qu'il était fondé sur une échelle hiérarchique de normes dont la haute magistrature était la seule garante. C'était justement cette affirmation de l'existence de la hiérarchie des normes qui faisait ressentir aux robins la légitimité de s'opposer, avec l'entêtement dont ils étaient capables, à toute tentative de rendre le pouvoir du roi effectivement « absolu ». Pour les parlements, il devait au contraire rester un pouvoir symbolique. Ils accusaient immédiatement de « tyrannie » et de « despotisme »¹²⁶ toute tentative de lui conférer de l'effectivité. Plusieurs rois - et le jeune Louis XV notamment - furent terrorisés par ces mots et par la crainte de pouvoir être accusés de gouverner comme des « tyrans ». Ils ne voulaient pas être despotes. Ils voulaient être rois.¹²⁷

124 Pour un profil synthétique et efficace du débat historiographique sur la tentative échouée de Louis XIV de changer la constitution du royaume, cf. *Un débat à plusieurs voix sur le concept d'« absolutisme »* (Mousnier 2002 : 99-109) avec la participation, entre autres, de Méthivier, Reinach, Lajusan, Bluche, Esmonin, Hyslop, de Berthier, Lévy, Lefebvre, Gadrat, Soboul. Ce débat eut lieu le 6 novembre 1955 au siège de la « Société d'Histoire Moderne » à Paris.

125 La rhétorique robine arriva à peindre ces moments recourant à l'image biblique de la « traversée dans le désert » du peuple de Dieu en marche vers la Terre Promise : cf. Di Donato (2003a : 158-171) ; Di Donato (2003c : 101-122).

126 Une ample réflexion sur cet argument, centrale dans l'histoire des doctrines politiques et juridiques, a été récemment proposée par plusieurs auteurs rassemblés par Felice (2001-2002).

127 Cf., pour l'époque de Louis le-Bien-aimé, les ouvrages d'Antoine 1986 ; 1989. Voir aussi Bluche 2000.

Pour être roi et non pas tyran, il fallait avant tout respecter la hiérarchie des normes. La volonté du roi était, en effet, le fondement de la loi. Mais la loi ne pouvait pas être hors la loi. Les juristes savaient d'ailleurs jouer de cet aspect psychologique avec subtilité et beaucoup de nuances dans leurs rapports, souvent tendus, avec le souverain. Au XVIII^{ème} siècle, pendant les troubles les plus acharnés engendrés par la lutte parlementaire,¹²⁸ des concepts tels que « despotisme », « constitution », « contrôle parlementaire sur les lois du roi » - ce qui impliquait l'existence d'une véritable hiérarchie des normes - furent utilisés comme des entités théoriques et politiques liées entre elles.¹²⁹ Une grande quantité de sources pourraient être citées pour montrer l'existence concrète de cette pyramide hiérarchique qui renvoie directement à la façon d'être - à la fois doctrinale, stratégique et psychologique - de la robe parlementaire.¹³⁰

Une seule mérite d'être reproduite ici qui paraît particulièrement probante. Dans une longue « dissertation » manuscrite rédigée en 1771 (en pleine mise en place de la réforme Maupeou) « pour les princes du sang », Louis-Adrien Le Paige,¹³¹ le leader et idéologue du 'parti' parlementaire, soutient que le fondement constitutionnel du royaume est fondé sur le corpus normatif tiré par la « Tradition ». Il cite plusieurs formules de Bossuet et de Massillon. Suivons-le attentivement dans sa défense longue et passionnée de la « spécificité juridique de l'État français », expression qui signifie pour lui tout simplement un État gouverné et contrôlé par la « juridiction des magistrats en robe ».

De ce rôle décisif de la jurisprudence parlementaire dans le cadre de la structure originaire de l'État (le Parlement est pour lui « aussi ancien que la monarchie elle-même ») il fait dériver la nécessité d'un contrôle de constitutionnalité sur les lois du roi en l'appuyant, bien évidemment, sur l'idée d'une hiérarchie des normes dans l'ordre juridique du royaume :¹³²

Gardés - écrit-il - les ancien[n]es maximes sur les quel[l]es la monarchie a été fondée et soutenüe /.../ des son origine par l'ordre de la divine providence, la meilleur constitution d'État qui soit possible, et la plus conforme a cel[l]et que Dieu même a établie. On doit donc s'attacher à la forme du gouvernement établie. Il doit demeurer dans l'état auquel un longtems a accoutumé le peuple. On doit le suivre com[m]e un ordre divin, parce que Dieu est un Dieu de paix qui veut la tranquillité des choses humaines. Ainsi il est très véritable, Sire, que vous êtes un monarque dépendant de Dieu seul.

128 Outre aux livres désormais classiques de Diaz 1962 et de Alatri 1977, je me limite ici à rappeler, quelques ouvrages plus récents : Rogister 1995 ; Swann 1995 ; Van Kley 2002 ; Vergne 2006. Un éventail bibliographique sur l'argument dans mon livre : Di Donato (2003a : 821-861).

129 Cf. Schmale 1987 ; 1990.

130 Je renvoie le lecteur intéressé par ces nombreuses sources à patienter dans l'attente d'un ouvrage en deux tomes que je suis en train de rédiger sur l'histoire du conflit entre magistrature et politique.

131 Cf. plus haut, note 42.

132 Cf. plus haut, note 43.

Mais il est très véritable aussi que vous etes un monarque lié par des lois fondamentales, et que vous devés garder les ancien[n]es maximes de votre monarchie. C'est-à-dire que vous n'etes point un monarque qui puisse s'assimiler aux monarques d'Asie, mais un monarque fran[^]ois. Vous n'etes point un sultan, mais un roi de France. Et c'est, Sire, ce qui fait l'ap[p]ui inébranlable de votre throne. Car ces monarques d'Asie sont souvent renversés /.../ tot ou tard. Il est de meme incontestable que vous tenés votre autorité de Dieu: c'est par le rang de primogeniture où il vous a fait naître, qu'il vous l'a conférée. Cet[t]et autorité vient de Dieu. Tous vos sujets le recon[n]oissent. Mais quel[l]et autorité Dieu vous-a-t-il don[n]ée? Cel[l]et d'un monarque. Et de quel[l]et nature de monarchie? Ce n'est pas cel[l]et d'un monarque d'Asie ni d'un sultan. C'est cel[l]et d'un monarque fran[^]ois, assujeti par conséquent à la constitution de la monarchie fran[^]oise. Vous ne pouvés donc, Sire, changer ni altérer cet[t]et constitution fran[^]oise sans dénaturer l'autorité que vous tenés de Dieu. La changer, ce seret [sic.] exiger de la soumission d'un peuple plus que ce que les loix permet[t]ent aux rois d'en exiger, c'est n'etre plus ses pères et ses protecteurs, mais ses ennemis et ses op[p]resseurs: c'est ne plus régner sur ses sujets, c'est les subjuguier.¹³³

Hiérarchie des normes, droit divin-naturel, tradition, civilisation : voilà les ingrédients fondamentaux de la thèse parlementaire. Tout le problème historiographique qui concerne le chercheur intéressé de reconstruire le fonctionnement effectif du système juridique, politique et institutionnel de l'Ancien Régime consiste à savoir si et dans quelle mesure la magistrature réussissait à traduire en pratique ses propos ou si, au contraire, il ne s'agissait que d'un programme idéologique et politique purement théorique, destiné à rester dans la sphère des *desiderata* qui, par définition, n'arrivent jamais à se réaliser.

5 LA CONSTRUCTION D'UNE STRATÉGIE DU DISCOURS JURIDIQUE VISANT À LA MISE EN PLACE D'UNE HIÉRARCHIE NORMATIVE STATIQUE ET DYNAMIQUE ANTE LITERAM

Dans la procédure devaluation complexe que la magistrature parlementaire mettait en place pour exercer le controle de constitutionnalité, les lois fondamentales restaient, certes, le point de repère majeur, l'instrument le plus pénétrant dont les robins disposaient.

Dans les doctrines qui visaient à donner un fondement de légitimité à ce type de jugement sur les lois du roi il n'est évidemment pas facile de repérer une théorie claire qui traite d'une hiérarchie normative allant au-delà des lois fondamentales. Les théoriciens philo-parlementaires savaient parfaitement que la mise en place d'un discours trop manifeste concernant une juridiction prati-

133 BPR, LP 569=75. Ce passage est tiré d'un « projet de mémoire ou let[t]re au roi » rédigé par Le Paige sur commission des princes du sang et qui « n'a pas eu lieu, quoiqu'arreté et convenu par les princes ».

quement sans limites aurait rencontré une opposition très dure de la part de la couronne et de ses partisans. Les robins étaient bien conscients que cela aurait été un mouvement à effet contraire.

Par conséquent l'historien qui veut développer une analyse profonde du phénomène en question doit être attentif à ne pas absorber intégralement le discours parlementaire en le prenant à la lettre sans rien trier, mais il doit apprendre à fouiller en-dessous de la surface pour savoir lire entre les lignes et dépister les significations réelles qui se cachent sous des formules apparemment ordinaires et sous les déclarations de principe. Ainsi il faut déceler le vrai sens - souvent polysémique - des concepts que ces théories constitutionnelles illustrent avec une admirable emphase. Cette opération s'avèrerait impossible sans une constante attention à la situation politique réelle qui se détermine au moment de la rédaction du texte, c'est-à-dire sans considérer les relations effectives qui déterminent la production du discours.¹³⁴

La construction théorique de la doctrine parlementaire insiste presque entièrement sur l'importance des lois fondamentales.¹³⁵ Mais ce n'est qu'une partie de la stratégie discursive et politique du milieu de robe. En effet la perception de la chose demande beaucoup de subtilité : il s'agit de saisir la différence entre, d'une part, l'évaluation d'un contraste d'une loi du roi avec un principe de droit naturel ou divin ou encore avec les lois fondamentales et, d'autre part, l'évaluation d'un contraste d'une loi du roi avec une autre loi ou d'autres lois 'ordinaires' mais munies désormais d'une sorte de force supplémentaire qui dérivait de leur durée, c'est-à-dire de l'acquisition d'un caractère 'traditionnel'.

Cette différence était au fondement d'un principe toujours clair tantot aux juristes théoriciens tantot aux magistrats qui avaient la tâche de procéder à l'éviction d'une norme jugée inconstitutionnelle. Mais cela n'était vrai que sur le plan théorique. Dans la pratique du système politico-judiciaire la différence entre ces deux situations était beaucoup moins nette, car normalement la magistrature décidait d'abord qu'une loi méritait d'être annulée et seulement après elle cherchait l'argument juridique formel qui aurait justifié la décision. Et si l'argument réel se fondait sur la violation non pas d'une loi fondamentale mais d'une autre loi 'ordinaire' que le Parlement considérait supérieure, le résultat n'aurait pas changé pour autant : la nouvelle loi du roi n'aurait tout de même pas été enregistrée.

Plusieurs possibilités s'ouvraient donc aux juges parlementaires. Si la loi du roi était en conflit direct et manifeste avec une ou plusieurs des lois fondamentales, alors le Parlement procédait à une « annulation » directe en se refusant simplement à enregistrer l'acte royal et en le renvoyant au roi avec des remontrances dans lesquelles il donnait toutes ses explications et ses arguments. Par

134 Voir plus haut note 3.

135 Cf. Lemaire 1907; Cocatre-Zilgien (1963, spécialement 62-69) ; Lovisi-Saguez 1983.

exemple, le Parlement n'aurait jamais pu enregistrer l'avènement au trône d'une femme ou d'un hérétique, ou permettre l'aliénation vénale du domaine royal par pure manifestation de volonté du monarque ou par son intention de « vendre » un territoire pour augmenter le budget de l'État.

Mais il en était de même pour les tentatives de modifier la procédure de l'enregistrement. Le Paige l'explique clairement, en utilisant un argument qui pourrait être défini, avec un langage kelsénien *ex ante*, de relatif à la « hiérarchie dynamique » des normes juridiques. Cet argument lepaigien concerne les *itineraria* du processus législatif. La procédure établie pour créer une nouvelle loi était fixée par d'autres lois. Ces dernières ne pouvaient, donc, qu'être de rang supérieur. Ainsi, attaquer l'institut de l'enregistrement, pivot de la procédure, signifiait « attaquer les lois qui l'ordonnent ainsi », ¹³⁶

Le Paige trace ici une sorte de théorie constitutionnelle de l'ordre juridique dont l'existence dépendait non seulement de la présence de lois ordonnées selon une échelle hiérarchique (on est là face à une véritable « hiérarchie statique » *ante litteram* des normes juridiques), ¹³⁷ mais aussi de l'existence d'un pouvoir juridictionnel mis dans les conditions d'assurer le respect des procédures de formation de l'acte législatif (ce qui serait qualifié aujourd'hui de « hiérarchie dynamique »). ¹³⁸

Des institutions comme la vérification et l'enregistrement impliquaient donc l'existence non seulement d'une hiérarchie statique, mais aussi d'une hiérarchie dynamique des sources du droit, car elles réglaient la procédure de formation des lois. Vérification et enregistrement étaient, en d'autres termes, des instruments de contrôle par lesquels les rois pouvaient formuler un jugement sur une loi du roi, conçue comme un acte juridique formel que l'on reconnaissait puisqu'il était réalisé dans le respect de procédures établies à l'avance.

Grace à la « hiérarchie statique » le Parlement procédait à l'examen du contenu normatif des textes délibérés par le gouvernement royal, tandis que grace à la « hiérarchie dynamique » il arrivait à se prononcer sur la question préalable qui consistait à savoir si le nouvel acte pouvait être considéré légitimement comme une « loi » de l'État au regard du processus de formation avec lequel il avait été créé.

Les rois ont toujours insisté sur ce point qu'ils considéraient comme un pilier fondamental du droit public non seulement français mais « universel et absolu ». ¹³⁹ Une loi - disaient-ils - créée en violation des normes qui établissaient comment il fallait créer les lois, ne peut absolument pas être considérée comme

¹³⁶ BPR, LP 580-ter=207.

¹³⁷ Sur cet argument, cf. Troper (1998: 154-164).

¹³⁸ Troper 1994.

¹³⁹ BPR, LP 539=179.

valide dans aucun ordre juridique. S'appuyant sur ce présupposé logique, les *legum doctores* affirmaient que la « constitution du royaume » prescrivait que la procédure de la vérification parlementaire des actes royaux devait être considérée comme « essentielle » dans la procédure législative. Par conséquent, une loi non enregistrée ne pouvait pas être considérée comme une « loi » car elle avait été créée en violation de la procédure prévue par le « droit public de la Nation ». Ce droit public contenait donc des règles juridiques qui devaient être assimilées entièrement aux lois fondamentales.

Il en était de même - cela va presque sans dire - pour la loi enregistrée dans un « lit de justice ». Selon la thèse parlementaire, tous les organes munis de juridiction devaient refuser d'appliquer une loi enregistrée en lit de justice car elle était ouvertement inconstitutionnelle pour motif de violation de la procédure prévue pour l'approbation d'une loi.¹⁴⁰ Le Paige souligna à plusieurs reprises cet aspect et invita tous les parlements à considérer « non valablement enregistrés » et par conséquent « non venus » tous les actes royaux (« édits, déclarations etc. ») qui avaient été « transcrits forcément » en lit de justice.¹⁴¹ « Un lit de j[ustice] - dit-il - ne finit rien » et « les choses ne sont pas plus avancées qu'auparavant ».¹⁴² Cela signifiait que « dans le ressort du Parl[ement] les juges inférieurs refuseront d'enregistrer les édits com[m]e n'étant pas enregistrés au Parl[ement] ».¹⁴³ Et la même chose aurait dû advenir « de la part des autres parl[ements] ».¹⁴⁴

Le lit de justice déterminait un terrible *vulnus* constitutionnel porté à la « Tradition » et au juste ordre des choses établi par la Providence divine pour le « salut » de l'État. La volonté du souverain imposée brutalement dans le lit de justice violait gravement les droits des sujets. Ce geste devait donc être considéré comme un acte de « puissance arbitraire » qui replongeait le royaume dans le stade de pré-civilisation dans lequel on n'avait pas encore instauré l'ordre juridique. Responsable de transgresser ostensiblement les normes constitutionnelles du royaume, le lit de justice était comparé à un « acte de barbarie » qui déterminait une très forte et dangereuse « alarme [dans] le public ».¹⁴⁵ Contraindre les magistrats à manifester leur consentement à l'enregistrement signifiait violer

140 Le Paige 1753-1754 ; 1754b ; 1755 et surtout 1756.

141 BPR, LP 558=72. Cette « notule » manuscrite paraît en marge de la copie imprimée d'une « déclaration du roi concernant le cadastre général, la liquidation et le remboursement des dettes de l'État, donnée à Versailles le 21 novembre 1763 ».

142 BPR, LP 539=179 : « Billet de moi à monsieur le prince de Conti. 25 aout 1756 ». Des documents comme celui-ci et celui qui a été cité dans la note précédente sont à mon avis d'une exceptionnelle valeur historiographique, car ils condensent toute l'idéologie de la robe d'Ancien Régime et contribuent à expliquer des aspects obscurs concernant les origines du conflit entre magistrature et pouvoir politique.

143 BPR, LP 539=179 : « Billet de moi à monsieur le prince de Conti. 25 aout 1756 ».

144 BPR, LP 539=179 : « Billet de moi à monsieur le prince de Conti. 25 aout 1756 ».

145 BPR, LP 539=179 : « Billet de moi à monsieur le prince de Conti. 25 aout 1756 ».

ouvertement le droit public du royaume. Il fallait pour autant « protester contre tout ce qui s'est fait au lit de j[ustice] com[m]e contraire aux loix du r[oi] ». ¹⁴⁶

Cette ligne théorique, constamment défendue, était naturellement vouée à se renforcer pendant la réforme Maupeou. Le 27 avril 1771, par exemple, Le Paige écrivait, dans un commentaire envoyé à son disciple de Murard, magistrat au Parlement de Paris ¹⁴⁷ :

Je ne me reconilie p[oint] avec ces transcriptions forcées. Elles reclament contr'elles mêmes. Le Roi a l'exécution dans sa main par la force. Mais il a contre lui la légalité; et ces transcriptions sont touj[ours] illégales. ¹⁴⁸

La pratique instaurée par le gouvernement déracinait du droit public du royaume des conventions coutumières invétérées :

Je suis toujours arrêté - continuait l'avocat - sur cet enregist[r]ement d'emblée, qui est illégal et dérisoire s'il est fait sans délibération, et pis qu'illégal s'il est fait contre le résultat de la délibération [négative]. ¹⁴⁹

C'était une conclusion soutenue à son avis par toute la majeure doctrine juridique fran[^]aïse :

Nos auteurs disent que la loi est affichée par là pour mauvaise; quelle est décrédité chez les peuples ; et que tot ou tard le prince l'abandon[n]e. Il n'est donc pas possibles de tenir cette manière ni pour légale ni pour légitime. ¹⁵⁰

La seule exception admissible au principe de légalité était l'état de nécessité, qui pour sa nature devait être strictement limité à un événement exceptionnel et imprévu : « Qu'on viole les formes légales quand le salut public qui est la loi suprême l'exige ». Dans ce cas là, en effet, « la loi est violée, mais son infraction est causée par les circonstances ». Toutefois « il faut cet[t]e nécessité du salut public; et cet[t]e nécessité ne peut être que rare ». ¹⁵¹ Presque un mois après il revint sur l'argument avec une vigueur encore plus forte :

Il n'y a q[ue] ces transcriptions illégales. Mais je désirerois qu'on fit voir: 1° que l'enregistrement délibéré est une des formes publiq[ues] de l'Etat sagement établies; 2° que toute loi non délibéré, peut être bon[n]e, mais q[ue] les formes publ[iques] n'y sont pas gardées; ce que les Rois ont recon[n]u, même sous le c[ardinal] de Richelieu; 3° que les loix publiées après cet[t]e délibération, mais contre le résultat de la délibér[ation] peuvent encore être bon[n]es, les parl[ements] pouvant se tromper; mais que les formes publiq[ues] ne sont pas moins blessées; 4° q[ue] le Roi non seulement a certainement

146 BPR, LP 539=179 : « Billet de moi à monsieur le prince de Conti. 25 aout 1756 ».

147 Alexandre-Francois de Murard fut conseiller au Parlement de Paris en 1738 et président-à-mortier depuis 1758. Il était, avec de Revol et le président Durey de Meynières, parmi les robins les plus étroitement liés à Le Paige : cf. Bluche (1986 : 188, 195, 221-222).

148 BPR, LP 42, f° 431.

149 BPR, LP 42, f°s 431-432.

150 BPR, LP 42, f° 432.

151 BPR, LP 42, f° 432.

le pouvoir par la force de passer outre, mais que dans le cas où le salut public l'exige et où le secret d'Etat ne lui permet pas d'exposer ses raisons, ce dont lui seul est juge, il en a très réellement le droit; mais qu'il n'y a que le succès qui puisse faire cesser aux yeux de la nation les précautions que ces voies d'autorité inspirent aux peuples contre la loi, et vérifier ce cas d'exception; que ces précautions sont touj[ours] fâcheuses, et ces voies par conséquent touj[ours] dangereuses; que ces voies justes alors ne sont qu'un exception légitime à une règle très sage; que ces exceptions ne peuvent etre que très rares, et qu'il est de l'intérêt de l'Etat et du Throne qu'elles soient en effet très rares /.../ L'enregistrement sup[p]ose un examen; et agir ou sans examen ou contre le resultat de cet examen, c'est agir contre l'âme et la let[t]re du sage établissement sauf le cas du salut public qui est la loi des loix, mais qui ne peut etre que rare, et que le succès seul justifie.¹⁵²

Agir différemment, comme le prétendait la couronne, signifiait réduire « l'enregistrement » à rien de plus qu'« une vaine formalité, /.../ un acte stérile qui /.../ n'ajoute à la Loi que l'appareil d'une publicité quelle peut acquérir par tant d'autres moyens ». Bref, l'enregistrement ne serait devenu « qu'un vain simulacre qu'a laissé subsister la tolérance de nos Rois, et qui doit tomber à l'instant où il leur plaira de l'ordonner ».¹⁵³

152 BPR, LP 42, f° 433.

153 Bibliothèque du Sénat, *fonds Boissy d'Anglas*, vol. 805, f° 157r. Olivier-Martin 1988, chap. I, voyait dans cette prétention de l'« enregistrement libre » une tentative de « modification grave apportée à la constitution de la monarchie » (Olivier-Martin 1988 : 28). Toutefois, il admettait aussi que l'on pouvait parler d'exécution de la « loi du roi par elle-meme » seulement jusqu'aux XIII^e et XIV^e siècles, c'est-à-dire « tant que la pratique de l'enregistrement ne s'est pas implantée » (Olivier-Martin 1988 : 24). Ensuite « le roi s'est incliné devant l'obstination des cours » et il leur a régulièrement soumis la « vérification de toutes ses lois générales », jusqu'à devenir « impuissant » puisque « son autorité de législateur est désormais subordonnée à la décision d'une cour composée de ses officiers » (Olivier-Martin 1988 : 28). C'est pour cela que l'on a du mal à comprendre le sens de la conviction du meme auteur suivant laquelle ce ne serait seulement qu'après 1750 que les cours auraient commencé à utiliser leur prérogative d'enregistrer les actes royaux comme un pouvoir « menaçant pour l'autorité du roi » (Olivier-Martin 1988 : 25). La description diachronique que lui-même fournit du phénomène donne plutôt l'impression de se trouver face à une crise structurelle, à un conflit permanent dans le creux de l'État monarchique-absolu, un conflit qui se développe au fur et à mesure de l'expansion des fonctions publiques et de la croissance de l'appareil d'État. Peut-être que l'explication est à chercher dans l'idéologie du grand historien-juriste : meme s'il observait que la « pratique de l'enregistrement » conduisait le système dans la direction d'une augmentation nette du pouvoir politique de la magistrature, sa foi 'monarchiste' lui imposait l'impératif éthico-politique de sauver quand meme le fondement essentiel de l'« autorité du souverain ». Et il est encore intéressant d'observer la contorsion logique de sa description pour sauver le « principe » quoiqu'il ne s'avère point dans la réalité historique : « La loi - écrivait-il -, enregistrée d'autorité, était tout de meme obligatoire. Sans doute certaines cours s'obstinaient à ne pas appliquer, dans des cas concrets, une loi enregistrée d'autorité; la loi, ou du moins certaines de ses dispositions, pouvait tomber en désuétude; mais le roi avait des moyens de faire appliquer la loi, en cassant dans son Conseil l'arrêt qui la violait. Pour ne pas prolonger la querelle, le roi pouvait fermer les yeux. Mais le principe subsistait. Le roi avait le dernier mot et son autorité, dont il n'usait pas à tout propos, restait sauve » (Olivier-Martin 1988 : 27). Sur le meme argument, voir aussi Olivier-Martin (1997a : 210-224, 290-

Que l'enregistrement entraîne une hiérarchie dynamique (en plus de celle statique) des normes juridiques ne paraît donc pas douteux. Il est néanmoins important de relever que les deux hiérarchies normatives - tant la statique que la dynamique - attribuaient à la magistrature un énorme pouvoir d'intervention sur les actes législatifs et gouvernementaux. Et c'est en premier lieu pour cette raison que les juristes de l'Ancien Régime considéraient l'ordre juridique selon une disposition hiérarchisée.

Un problème plus grave se posait lorsque la loi du roi ne violait visiblement aucun principe des lois fondamentales. Et pourtant le Parlement, s'il la considérait « incommode », la déclarait aussi illégitime, car, disait-il, elle violait tout de même des principes « de rang constitutionnel ». Il y avait là plusieurs sous-cas possibles qui sont tout-à-fait intéressants pour observer comment la hiérarchie des normes opérait concrètement. Ou bien la loi, tout en ne violant pas directement les lois fondamentales, se prêtait toutefois à une interprétation selon laquelle son application arrivait à produire un effet juridique en conflit avec des principes constitutionnels ; ou bien la loi, tout en ne violant pas directement les lois fondamentales, contrastait avec d'autres lois qui avaient consolidé quelques principes juridiques, politiques, conventionnels ou sociaux que la magistrature appréciait comme aussi « fondamentaux » que les lois fondamentales elles-mêmes ; ou bien encore, la loi, tout en ne violant pas directement les lois fondamentales ni aucune autre loi précédente, affirmait toutefois simplement des principes « nouveaux » qui étaient, en tant que tels, très mal vus, car « faire nouveauté » était considéré dans la vision du monde dominante de l'Ancien Régime - une vision dont les juristes se considéraient être les gardiens-vigilants - comme un mal en soi.

Il est fort probable que, dans un cas pareil, la construction du discours parlementaire - que l'on aurait bien sûr déversé dans des épaisses remontrances - ne se fonde pas ouvertement sur la remarque d'incompatibilité avec une loi précédente (ce qui aurait violé ouvertement le principe de fond de la monarchie absolue selon lequel la volonté du roi fait la loi et par conséquent que la volonté législative d'un roi pouvait déroger ou abroger une loi précédente), mais quelle se structure autour d'un revêtement conceptuel apparemment beaucoup plus complexe, dans lequel on mettait en place tout l'arsenal argumentatif dont la technique juridique et la savante rhétorique des exégètes du droit étaient capables.

Le Parlement pouvait arriver jusqu'à recourir au stratagème de s'autosaisir pour étendre, à travers une extension analogique, son pouvoir d'intervention.

358 et spécialement 223) où il affirme sans nuances que tout compte fait « la souveraineté reste intacte ». L'historiographie juridique a depuis fait quelques progrès interprétatifs : sur l'évolution de l'enregistrement dans la pratique institutionnelle, cf. Vilar-Berrogain (1958 : spécialement 13-28), et plus récemment Gojoso 2002 ; Renoux-Zagamé (2003 : 212-43).

C'est ainsi qu'il réussissait à soulever une question de constitutionnalité à partir d'une cause particulière. Il devenait dans ces cas là le *judex a quo* de soi-même. Dans d'autres cas, il pouvait évoquer la cause si elle était pendante devant un autre tribunal, lorsqu'on relevait quelle pouvait contenir un germe susceptible d'entraîner une question constitutionnelle ou qui pouvait revêtir une importance politique.

La jurisprudence devenait ainsi, dans la conception parlementaire du droit et de l'État, le fondement ontique de l'ordre juridique. Le Parlement n'appliquait la loi qu'à partir du moment où il en reformulait les énoncés tantôt à travers la tentative d'influencer la formulation textuelle originaire tantôt à travers son interprétation successive dans l'expérience processuelle. « Appliquer » et « créer » du droit voulait dire la même chose. Lorsqu'il exerçait ce pouvoir le Parlement effectuait contextuellement deux différentes opérations : d'un côté il réalisait le contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire une vérification concernant la correspondance des normes de niveau inférieur à d'autres considérées de niveau supérieur (ces dernières n'étant pas écrites offraient à l'exégète une marge pratiquement illimitée d'interprétation/création); d'un autre côté il participait activement (quoique sous les apparences du jugement *ex post*) à la fonction nomothétique.

La doctrine de droit public de l'avocat Le Paige, certainement la plus élaborée de l'État monarchique absolu et qui s'intéresse le plus à la hiérarchie des normes, établit une étroite relation entre lois fondamentales et ordre juridique, voire entre *jurisdictio* et *Respublica*. Pour lui, ces termes étaient fortement entrelacés et il y avait entre eux un rapport de réciprocité. Pour Le Paige il n'y a pas d'« État » sans « droit » et il ne peut y avoir aucun « droit » qui ne soit hiérarchiquement ordonné sur la base de l'activité interprétative de la magistrature.

Pour appliquer la loi, voire pour la faire exister dans la réalité et pas uniquement dans la forme juridique, la manifestation de volonté d'un souverain et les délibérations de son Conseil ne suffisaient pas. Il fallait la *jurisdictio* du Parlement. La fonction de *jus dicere* ne pouvait point se réduire à la simple « application » de normes préexistantes. La *jurisdictio* ne pouvait pas être séparée des normes juridiques. Elle ne les appliquait pas. Elle les créait. Elle en constituait l'essence. Juger ne signifiait pas déclarer le contenu d'un texte qui existait déjà. Juger signifiait *produire* le vrai sens de l'énoncé textuel. La norme n'était donc pas du tout dans la volonté du roi, mais dans l'interprétation du Parlement au moment où il l'appliquait.

C'était la conviction profondément enracinée de Le Paige qui insista toute sa vie dans la défense de cette conception apparemment technique de l'ordre juridique mais qui impliquait en réalité une vision politique *lato sensu* du monde. Héraut de l'idéologie typique du juriconsulte de l'Ancien Régime et héritier d'une très longue tradition, l'avocat pensait, comme l'avait dit La Roche Flavin,

que « les parlements n'ont pas été seulement établis pour le jugement des causes et procès entre parties privées ; mais ils ont été aussi destinés aux affaires publiques ». ¹⁵⁴ De même Le Paige prêchait pour que le « jugement [du Parlement], ferme, solide, décisif dans les affaires » puisse s'élargir jusqu'« aux vues de la politique ». ¹⁵⁵ Ainsi pouvait-il affirmer que « la juridiction du Parlement était universelle pour toutes les matières » ¹⁵⁶ et que, dès le Moyen Âge, cette puissance juridictionnelle avait été considérée par les rois eux-mêmes comme « une marque essentielle de souveraineté ». ¹⁵⁷

6 CONCLUSION : LA HIÉRARCHIE DES NORMES PILIER DE L'ÉTAT ABSOLU DANS LA CONCEPTION DE LA ROBE

La hiérarchie des normes - et avant tout celle qui fondait la « hiérarchie dynamique » des normes juridiques, en prescrivant le droit de vérification du Parlement sur tous les actes législatifs du souverain - était donc le fondement premier de l'État absolu. Ce dernier était tout de même un État de droit. Et le droit produisait ses règles, mais il était aussi producteur de règles pour produire les règles. Le droit qui dictait les règles pour produire les règles était le droit de la Tradition. Et cette Tradition était constitutive de l'ordre juridique. Elle était « constitutionnelle ».

L'enregistrement parlementaire des lois du roi représentait, dans cette conception, le pivot de toute l'organisation des pouvoirs, l'institution « qui sert de rempart à toutes les autres », ¹⁵⁸ le vrai noyau du système. Aucune hiérarchie de normes - ni statique, ni dynamique - n'aurait pu exister sans un pouvoir *ad hoc* destiné à la faire vivre dans les rapports juridiques (et politiques) concrets. Tous les fils du système politique et institutionnel convergeaient dans la *jurisdictio* du Parlement. C'était cet organe qui faisait vivre et opérait la hiérarchie des normes ; et celle-ci faisait vivre son pouvoir, permettant la conversion de la juridiction en participation à la décision politique.

La théorie juridique de l'État, élaborée dans le milieu parlementaire et exaltée par l'élan que réussit à lui donner l'avocat Le Paige, se tenait dans une indissoluble corrélation entre « loi » et « juridiction ». En définitive, on pensait qu'il n'y avait pas d'État sans droit ; qu'il n'y avait pas de droit sans juridiction ; qu'il n'y avait pas juridiction sans magistrature ; et qu'il n'y avait pas de magistrature

¹⁵⁴ Cf. Cocatre-Zilgien (1963 : 67).

¹⁵⁵ Le Paige (1755 : 201-202).

¹⁵⁶ Le Paige (1753-1754, II : 216).

¹⁵⁷ Le Paige (1753-1754, II : 231).

¹⁵⁸ BPR, LP 539=33, f° 16.

sans un corps institutionnalisé de juristes autonomes par rapport au pouvoir politique du souverain.

Cette conception d'une logique rigoureuse comportait le risque d'un anéantissement de l'État monarchique absolu, dont le principe était l'unité de la souveraineté. Mais les robins étaient trop rusés pour tomber dans le piège. Ils se gardaient bien d'affirmer ouvertement la volonté de puissance politique de la magistrature. Ils ne voulaient point la responsabilité directe du pouvoir. Ils avaient besoin de la facade de la structure monarchique-absolue. Ils agissaient donc avec des instruments occultes.

C'est la raison pour laquelle la hiérarchie des normes, le principal de ces instruments d'action, était destinée à rester cachée et on ne la retrouvera jamais tant qu'on la cherchera là où elle ne pouvait point se trouver. Le pouvoir de la robe était lui aussi caché.¹⁵⁹ Il préférait jouer la discrétion et laisser le système, comme le comprit génialement Mme d'Épinay, dans une permanente oscillation, suspendu au doute sur qui vraiment exerçait le pouvoir :

Il est certain que depuis l'établissement de la monarchie française, cette discussion d'autorité, ou plutôt de pouvoir, existe entre le roi et le parlement. Cette indécision même fait partie de la constitution monarchique; car si on décide la question en faveur du roi, toutes les conséquences qui en résultent le rendent absolument despote. Si on la décide en faveur du Parlement, le roi à peu de chose près, n'a pas plus d'autorité, que le roi d'Angleterre ; ainsi, de manière ou d'autre, en décidant la question, on change la constitution de l'État.¹⁶⁰

Mais l'idée très aigüe de cette femme de talent, qui savait observer la réalité bien au-delà de la surface et qui ne se laissait pas éblouir par les étincelantes escarmouches des pamphlétaires qui soutenaient l'une ou l'autre faction, n'était pas trop suivie. La plupart des partisans de la thèse royaliste restaient liés de façon entêtée à l'objection classique que l'on adressait à la thèse parlementaire. C'est Le Paige lui-même qui saisit l'occasion et résume l'argument des adversaires :

Avant de finir, il est bon, Monsieur, que je vous fasse part d'une belle objection que j'enten[d]s faire par des gens qui se creent fort importan[t]s. Si le roi, disent-ils, ne

159 Voir mon essai Di Donato 2001. Ce caractère occulte fut d'ailleurs la vraie raison de l'incompatibilité idéologique (au-delà des possibles alliances ou des accords partiels ou encore des ententes sous table qui sans doute se vérifièrent) entre les juristes et les philosophes des Lumières, et cela explique aussi pourquoi le premier acte de la Révolution fut l'abolition radicale des vieux parlements : cf. Carré 1912.

160 Lettre envoyée à Ferdinando Galiani le 11 avril 1771 : cf. *Mémoires et correspondance de Mme d'Épinay*, 3 vols., ed. Brunet, Paris 1818, t. III, lettre XII, 392-393 ; dans ce texte, cité par Carcassonne (1927 : 456-457), Mme d'Épinay tisse les louanges de l'ambiguïté du droit public français et voit en celle-ci la vraie vertu de la constitution du royaume.

peut pas changer la forme et les loix de l'Etat, il y a donc en France deux autorités, dont l'une peut s'opposer à l'autre. Voilà le grand champ de bataille.¹⁶¹

La réponse de Le Paige à l'épineuse question de la « diarchie » constitue un petit chef d'œuvre de l'esprit de finesse typique - dirait-on avec une expression weberienne presque « idéal-typique » - de l'idéologie juridique d'Ancien Régime et semble ainsi la meilleure façon de prendre congé des patients lecteurs, en les laissant réfléchir sur cet éternel conflit - dont la hiérarchie des normes constituait l'instrument privilégié dans les mains de l'une des deux parties, les juristes - entre les deux corps du *Léviathan* :

Le roi étant toujours obligé d'être juste, et pouvant être souvent surpris, il est nécessaire qu'il y ait dans l'Etat des ministres de la justice qui soient chargés de la lui représenter, et spécialement obligés de ne point se prêter à faire paraître juste ce qui ne le sera pas. Si le roi ne veut pas les écouter, alors il soumet l'autorité de la justice à celle de la force: s'il se rend à leurs représentations, il soumet l'autorité de la force à celle de la justice. Dans l'un et dans l'autre cas, c'est toujours le roi qui décide et qui agit; comme c'est toujours nous mêmes qui agissons, soit que nous soumettions la raison aux passions, ou les passions à la raison.¹⁶²

Bibliographie

Raffaele AJELLO, 1990 : Alle origini del diritto moderno: legittimazione et consenso. *Formalismo medievale e moderno*. Naples : Jovene.

—, 1999: *L'esperienza critica del diritto. Lineamenti storici*. Vol I: *Le radici medievali dell'attualità*. Naples : Jovene.

Paolo ALATRI, 1977 : *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*. Rome-Bari: Laterza.

Michel ANTOINE, 1951 : Les comités de ministres sous le règne de Louis XV. *Revue historique de droit français et étranger* XXVIII (1951). 193-230.

—, 1970 : *Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV*. Genève-Paris : Droz.

—, 1973 : *Le Conseil royal des finances au XVIII^e siècle*. Genève : Droz.

—, 1975 : *L'entourage des ministres aux XVII^e et XVIII^e siècles. Origines et histoire des cabinets des ministres en France*. Michele Antoine et al. Genève : Droz. 15- 21.

—, 1986 : *Le dur métier de Roi - Études sur la civilisation politique de la France d'Ancien Régime*. Paris : PUF.

—, 1989 : *Louis XV*. Paris : Fayard.

—, 1994 : *Corruption et inamovibilité des juges sous Louis XV - Un exemple bordelais (1713). Justice et justiciables - Mélanges Henri Vidal*. Montpellier : Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion de Montpellier. 239-252.

Patrick ARABEYRE, Jean-Louis HALPÉRIN, Jacques KRYNEN (Eds.), 2007 : *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*. Paris : PUF.

André-Jean ARNAUD, 1977 : Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique. *Archives de Philosophie du droit* (1972). Réédité dans: André-Jean Arnaud: *Le droit trahi par la philosophie*. Rouen : Bibliothèque du Centre d'Étude des Systèmes politiques et juridiques.

Françoise AUTRAND, 1981 : *Naissance d'un grand corps de l'État - Les gens du Parlement de Paris 1345- 1454*. Paris : Publications de la Sorbonne.

161 BPR, LP 539=33, f° 17.
162 BPR, LP 539=33, f°s 17- 18.

Maria Stella BARBERI, 2002 : *Mysterium e Ministerium - Figure della sovranità*. Turin : Giappichelli.

Bernard BARBICHE, 1999 : *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne. XVI^e-XVIII^e siècle*. Paris : PUF.

Olivier BEAUD, 1994 : *La puissance de l'État*. Paris : PUF (coll. « Léviathan »).

Francois BERTAUT DE FRÉAUVILLE, 1701 : *Les prérogatives de la robe*. Paris : J. Le Febvre.

Hiérome (ou meme Jérôme) BIGNON, 1610 : *De l'excellence des Roys et du Royaume de France*. Paris : chez Hiérosme Drouart.

Bertrand BINOCHE, 2005 (Ed.) : *Les équivoques de la civilisation*. Seyssel : Champ Vallon.

, 2007 : *La raison sans l'histoire*. Paris : PUF.

Peter BLICKLE (Ed.), 1998 : *Résistance, représentation et communauté - Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e- XVIII^e siècle*. Paris : PUF.

Wim BLOCKMANS & Jean-Philippe GENET (Eds.), 1993 : *Visions sur le développement des États européens. Théories et historiographies de l'État moderne*. Rome : Editions de l'École française de Rome.

Francois BLUCHE, 1986 : *Les magistrats du Parlement de Paris au XVIII^e siècle (1715-1771)*. Paris : Economica.

—, 2000 : *Louis XV*. Paris : Perrin.

Remo BODEL, 2000 : *Le logiche del delirio - Ragione, affetti, follia*. Rome-Bari : Laterza.

Richard BONNEY (Ed.), 1996 : *Systèmes économiques et finances publiques - Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e- XVIII^e siècle*. Paris : PUF.

Alain BOUREAU, 2000 : *Le simple corps du roi. L'impossible sacralité des souverains français - XV^e- XVIII^e siècle*. Paris : Les éditions de Paris.

Fernand BRAUDEL, 1993 : *Grammaire des civilisations* [1963]. Paris : Flammarion (coll« champs histoire »).

Elizabeth A. R. BROWN & Richard C. FAMILIETTI, 1994 : *The "Lit of justice": semantics, ceremonial, and the Parlement of Paris, 1300-1600*. Sigmaringen : J. Thorbecke.

Philibert BUGNYON, 1702 : *Legum abrogatarum et inusitatarum tractatus* [Traité des loix abrogées et inusitées en toutes les cours ... du royaume de France, 1563], apud Petrum de Dobbeleer, Bruxellis.

Jean-Marie CARBASSE & Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE (Eds.), 1999 : *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris : PUF.

Ely CARCASSONNE, 1927 : *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII^e siècle*. Paris : PUF.

Henri CARRÉ, 1912 : *La fin des parlements (1788-1790)*. Paris : Hachette.

Ernst CASSIRER, 1993 : *The Myth of the State*. Oxford : Oxford University Press.

Olivier CAYLA & Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ (Eds.), 2001 : *l'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?* Paris : LGDJ.

Gian Mario CAZZANIGA & Yves-Charles ZARKA (Eds.), 2001 : *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*. 2 vols. Pise-Paris : ETS-Vrin.

Philippe CHIAPPINI, 2006 : *Le droit et le sacré*. Paris : Dalloz.

André COCATRE-ZILGIEN, 1963 : *Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique prérévolutionnaire. Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Lille*. 29-154.

Janet COLEMAN (Ed.), 1996: *L'individu dans la théorie politique et dans la pratique - Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e- XVIII^e siècle*. Paris : PUF.

Philippe CONTAMINE (Ed.), 1998 : *Guerre et concurrence entre les États européens du XIV^e au XVIII^e siècle - Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e- XVIII^e siècle*. Paris : PUF.

Pietro COSTA, 1969 : *Iurisdicctio - Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milan: Giuffrè.

Noel COULET & Jean-Philippe GENET (Eds.), 1990 : *l'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*. Paris : Éditions du CNRS.

Robert DARNTON, 1997 : *Libri prohibiti - Pornografia, satira e utopia all'origine della Rivoluzione francese*. Milano : Mondadori. Trad. italienne du *The Forbidden Best-Sellers of Pre-Revolutionary France*. New York : Norton, 1995.

Robert DESCIMON, 1990 : *Modernité et archaïsme de l'État monarchique: le Parlement de Paris saisi par la vénalité (XVI^e siècle). L'État moderne: genèse bilans et perspectives*. Ed. Jean-Philippe Genet. Paris : Éditions du CNRS. 147-161.

, 1992 : *Les fonctions de la métaphore du mariage politique du Roi et de la République - France, XV^e- XVIII^e siècles. Annales E.S.C.* (1992) 6. 1127-1147.

Furio DIAZ, 1962 : *Filosofia e politica nel Settecento francese*. Turin : Einaudi.

Francesco DI DONATO, 1996 : *Esperienza e ideologia ministeriale nella crisi dell'ancien régime - Niccolò Fraggianni tra diritto, istituzioni e politica*. 2 vols. Naples : Jovene.

, 1997 : *Constitutionnalisme et idéologie de robe - L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably. Annales* (1997) 4. 821-852.

- , 1998 : Un costituzionalismo di antico regime? Prospettive socio-istituzionali di storia giuridica comparata. *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*. Denise Richet. Rome-Bari : Laterza. VII- L.
- , 1998b : Genova e Napoli - Immagini dell'ideologia togata nel confronto tra due modelli socioistituzionali. *Genova, 1746: una città di antico regime tra guerra e rivolta*. Eds. Carlo Bitossi & Claudio Paolucci. Genova ; Archivio di Stato di Genova - Quaderni Franzoniani. 727-788.
- , 2001 : La puissance cachée de la robe - L'idéologie du juriconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique. *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?* Eds. Olivier Cayla & Marie-France Renoux-Zagamé. 89-116.
- , 2002 : Critica della ragione virtuosa - Roland Mousnier : la civiltà giuridica dello Stato assoluto. *La costituzione nello Stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*. Roland Mousnie. Naples : ESI. XV-CXXXII.
- , 2003 : *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi - Costituzionalismo e assolutismo nellesperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*. Naples : ESI.
- , 2003b : Le concept de « représentation » dans la doctrine juridico-politique de Louis-Adrien Le Paige. *Le concept de représentation dans la pensée politique: actes du Colloque d'Aix-en-Provence, Mai 2002 - AFHIP XV*. Aix-en-Provence : PUAM. 53-73.
- , 2003c : Giuristi e storia dello Stato: il conflitto magistratura-potere politico nella Francia del Settecento. *Storia Amministrazione Costituzione. Annale ISAP* (2003) 11. Bologna: Il Mulino. 73-122.
- , 2004 : Il giudizio di costituzionalità nella Francia dell'ancien régime: una storia politico-istituzionale. I. I fondamenti teorico-pratici. *Giornale di Storia Costituzionale I* (2004) 7. 147-165.
- , 2005 : Il giudizio di costituzionalità nella Francia dell'ancien régime: una storia politico-istituzionale. II. Le dinamiche della prassi. *Giornale di Storia Costituzionale I* (2005) 9. 65-86.
- , 2006 : De la médiation patriarcale à la médiation bureaucratique. Considération sur le « gouvernement des juges ». *L'architecture du droit - Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*. Eds. Pierre Brunet et al. Paris : Economica. 387-406.
- , 2007 : La revisione costituzionale in una prospettiva storico-istituzionale - Il problema del mutamento giuridico in relazione al mutamento sociale e culturale. *La revisione costituzionale e i suoi limiti - Fra teoria costituzionale diritto interno esperienze straniere*. Eds. Silvio Gambino & Guerino D'Ignazio. Milan: Giuffrè. 555-578.
- Roger DOUCET, 1948a : *Les institutions de la France au XVI^e siècle*. t. I, *Les cadres géographiques. Les institutions centrales et locales*. Paris : A. e J. Picard.
- , 1948b : *Les institutions de la France au XVI^e siècle*. t. II. *La seigneurie. Les services publics. Les institutions ecclésiastiques*. Paris : A. e J. Picard.
- Guillaume DU VAIR, 1641 : *duvres*. S. Cramoisy Paris 1641 (rist. anast. Slatkine, Genève 1970).
- Maurice DUVERGER, 1987 : *Les constitutions de la France*. Paris : PUF.
- École Française de Rome, 1991 : Théologie et droit. Théologie et Droit dans la science politique de l'État moderne. Actes de la table ronde de Rome (12-14 novembre 1987). Roma : École Française de Rome (Collection de l'École Française de Rome, 147).
- Norbert ELIAS, 1973 : *Über den Prozess der Zivilisation*. Frankfurt am Main : Suhrkamp.
- Allan ELLENJUS (Ed.), 2001 : *Iconographie, propagande et légitimation - Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e- XVIII^e siècle*. Paris : PUF.
- Louis FAVOREU (et al.), 2003 : *Droit constitutionnel*. Paris : Dalloz.
- Domenico FELICE (Ed.), 2001-2002 : *Dispotismo - Genesi e sviluppi di un concetto filosofico-politico*. 2 vols. Naples : Liguori.
- Luigi FERRAJOLI, 2004 : *La sovranità nel mondo moderno - Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma-Bari : Laterza.
- Julian H. FRANKLIN, 1993 : *Jean Bodin and the rise of absolutist theory*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Gian Mario CAZZANIGA & Yves-Charles ZARKA (Eds.), 2001 : *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine. Actes des Colloques* (Pisa 1-3 ju. 2000 e Paris 2-4 nov. 2000). 2 vol. Pise-Paris : ETS-Vrin.
- Jean-Philippe GENET (Ed.), 1990 : *L'État moderne: genèse bilans et perspectives. Actes du Colloque tenu à Paris* (19-20 sett. 1989). Paris : Éditions du CNRS.
- Jean-Philippe GENET & Michel LE MENÉ (Eds.), 1987 : *Genèse de l'État moderne - Prélèvement et Redistribution. Actes du colloque de Fontevraud 1984*. Paris : Éditions du CNRS.
- Ralph GIESEY, 1961 : The Juristic Basis of Dynastic Right to the French Throne. *Transactions of the American Philosophical Society* 51 (1961) 5. 3-47.
- 1987a : *Le roi ne meurt jamais* : les obseques royales dans la France de la Renaissance. Paris : Flammarion.

1987b : *Cérémonial et puissance souveraine. France XVe- XVIIe*. Paris : Colin.
2004 : *Rulership in France, 15th- 17th centuries*. Aldershot : Ashgate Variorum.

Éric GOJOSSO, 1999 : Le controle de l'activité normative royale à la veille de la Révolution : l'opinion de Mercier de la Rivière. *Revue de la Recherche Juridique* (1999) 1. 237-250.

, 2001 : Le controle de constitutionnalité des lois dans quelques écrits monarchistes de la période révolutionnaire. *La constitution dans la pensée politique. Actes du Colloque de Bastia (7-8 septembre 2000)*. Aix-en-Provence : PUAM. 229-243.

, 2002 : Le controle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIIIème siècle : une autre approche. *Giornale di Storia Costituzionale*. 2 (2002) 4. 145-154.

Christine GOUZI, 2007 : *L'Art et le jansénisme au XVIIIe siècle*. Paris : Nolin.

Simone GOYARD-FABRE, 1989 : *Jean Bodin et le droit de la République*. Paris : PUF.

Vincenzo GUIZZI, 1969 : Il diritto comune in Francia nel XVIII secolo. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'histoire du droit XXXVII* (1969). 1-46.

Pierre HADOT, 2006 : *Éloge de la philosophie antique*. Paris : Éditions Allia.

Albert N. HAMSCHER, 1987 : The Conseil Privé and the Parlements in the Age of Louis XIV: A Study in French Absolutism. *Transactions of the American Philosophical Society* 77 (1987) 2.

, 1989 : L'héritage de la Fronde: les Conseils du Roi et l'autorité judiciaire des Parlements pendant le règne personnel de Louis XIV. *La Fronde en question. Actes du Dix-huitième Colloque du Centre Méridional de Rencontres sur le XVIIe siècle*. Eds. Roger Duchène & Pierre Ronzeaud. Aix-en-Provence : Publications de l'Université de Provence.

Sarah HANLEY, 1991 : *Le « Lit de Justice » des Rois de France - l'idéologie constitutionnelle dans la légende, le rituel et le discours*. Trad. André Charpentier. Paris : Aubier.

Jean-Louis HAROUEL, Jean BARBEY, Eric BOURNAZEL & Jacqueline THIBAUT-PAYEN, 1987 : *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*. Paris : PUF.

Robert JACOB, 1996 (Ed.) : Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes - Études d'histoire comparée. *Actes du colloque international* (Paris 16-18 set. 1993). Paris : LGDJ.

, 2001 : Judicium et le jugement. L'acte de juger dans l'histoire du lexique. *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?* Eds. Olivier

Cayla & Marie-France Renoux-Zagamé. Paris : LGDJ. 35-71.

Ernst Hartwig KANTOROWICZ, 1989 : *The Kings two Bodies - A Study in Medieval Political Theology* (1957). Princeton : Princeton University Press.

Jacques KRYNEN, 1993 : *L'empire du roi - Idées et croyances politiques en France. XIIIe- XVe siècle*. Paris : Gallimard.

, 2000 : Qu'est-ce qu'un Parlement qui représente le roi? *Excerptiones iuris: Studies in Honor of André Gouron*. Eds. Laurent Mayali & Bernard Durand. Berkeley : The Robbins Collection (Studies in Comparative Legal History). 353-366.

, 2001 : Une assimilation fondamentale: le Parlement 'Sénat de France'. *A Ennio Cortese*. Eds. Italo Birocchi & Domenico Maffei. Rome : Il Cigno. 208-223.

, 2002 : Le droit : une exception aux savoirs du prince. *Le savoir du Prince. Du Moyen Age aux Lumières*. Ed. Ran Halévi. Paris : Fayard. 51-67.

Jacques KRYNEN & Albert RIGAUDIÈRE (Eds.), 1992 : *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XIe- XVe siècles)*. Bordeaux : Presses Univ. De Bordeaux.

Bernard DE LA ROCHE FLAVIN, 1617 : *Treize livres des parlements de France, es quels est amplement traite de leur origine et institution, et des presidents, conseillers, gens du roi, greffiers, secretaires, huissiers et autres officiers*. Millanges, Bourdeaus 1617 (= BNF, LF25-1).

Antoine LÉCA, 1987 : Les grandes étapes du controle de constitutionnalité des lois dans la pensée politique européenne d'Aristote à Kelsen. *Revue de la Recherche juridique* (1987) 3. 957-979.

André LEMAIRE, 1907 : *Les lois fondamentales de la monarchie françaises, d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*. Paris : Fontemoing.

Louis-Adrien LE PAIGE, 1753-1754 : *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement; sur le droit des Pairs, et sur les loix fondamentales du Royaume*. 2 vols. aux dépens de la Compagnie, Amsterdam [mais Paris] rispett. I, 1753; II, 1754 (= BNF, LD-4. 2563; BPR, LP 534=29 et LP 2133-2135).

, 1754b : *Lettre apologetique, critique et politique sur l'Affaire du Parlement*. s. l. [Paris] 1754 (= BPR, Lett. 329).

, 1755 : *Principes sur le gouvernement monarchique*. Londres : chez Jean Nourse.

, 1756 : *Lettre sur les lits de justice*. s.l.n.d. [Paris 1756].

---, 1771 : *Principes avoués et défendus par nos pères. Institutions que nous sommes dans l'immense impuissance de changer*. Lit de justice de

- 1770 et édit de février 1771, s.l.n.d. [mais Paris, Enclos du Temple 1771] : Bibliothèque de la Société de Port-Royal, LP 815=1 (in 12°). Autre exemplaire des *Principes*: BNF, LB38-1202.
- Matthew LEVINGER, 1990 : La rhétorique protestataire du parlement de rouen (1753-1763). *Annales E.S.C.* (1990) 3. 589-613.
- Charles LOYSEAU, 1608 : *Traité des seigneuries*. Paris : chez Abel L'Angelier.
- Claire LOVISI-SAGUEZ, 1983 : *Les lois fondamentales au XVIII^e siècle - Recherches sur la loi de dévolution de la couronne*. Paris : PUF.
- Catherine Laurence MAIRE, 1998 : *De la cause de Dieu à la cause de la Nation - Le jansénisme au XVIII^e siècle*. Paris : Gallimard.
- Louis MARIN, 1981 : *Le portrait du roi*. Paris : Les éditions de Minuit.
- Jeffrey W. MERRICK, 1990 : *The Desacralization of the Monarchy in the Eighteenth Century*. Baton Rouge/London : Louisiana State University Press.
- Jean-Louis MESTRE, 1992 : L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les « Maximes du Droit public fran^{çais} » (1775). *L'Europe et l'État. Actes du Colloque de Toulouse* (1-13 apr. 1991). Aix-en-Provence : PUAM. 21-36.
- Jean MONTAIGNE, 1512 : *Tractatus celebris de auctoritate et prominentia sacri magni consilii et parlamentorum regni Franciae*. Parisiis 1512 (= BNF, RES-LF22-1).
- Roland MOUSNIER, 1947 : *Le Conseil du Roi de la mort de Henri IV au gouvernement personnel de Louis XIV. Etudes d'histoire moderne et contemporaine* (1947) 1. Réimpression in: *La plume, la faucille et le marteau - Institutions et société en France du Moyen Age à la Révolution*. Roland Mousnier. Paris : PUF.
- , 1970a : *La plume, la faucille et le marteau - Institutions et société en France du Moyen Age à la Révolution*. Paris : PUF.
- , 1970b : *Le Conseil du Roi de Louis XIII à la Révolution*. Paris : PUF.
- , 1971 : *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*. Paris : PUF.
- , 1974-1980: *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*. 2 vols., I. Société et État. II. Les organes de l'État et la société. Paris : PUF.
- , 2002: *La costituzione nello Stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*. Naples : ESI.
- Jean NAGLE, 2008 : *Un orgueil français. La vénalité des offices sous l'Ancien Régime*. Paris : Odile Jacob.
- Fran^{çois} OLIVIER-MARTIN, 1948 : *Histoire du droit français des origines à la Révolution*. Paris : Domat Montchrestien.
- , 1988 : *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*. Paris : Éditions Loysel.
- , 1997a : *Les lois du Roi*. Paris : LGDJ.
- , 1997b : *L'absolutisme français*. Paris : LGDJ.
- Antonio PADOA SCHIOPPA (Ed.), 2000 : *Justice et législation - Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e- XVIII^e siècle*. Paris : PUF.
- , 2003 : Il ruolo del diritto nella genesi dello Stato moderno: modelli, strumenti, principi. *Studi di Storia del Diritto* (vol. II). Milan : Giuffrè. 25-77.
- Étienne PASQUIER, 1560-1567 : *Des recherches de la France*. Editio princeps chez V. Sertenas, Paris 1560 (pour le livre I) ; et chez P. Trepperel, Orléans 1567 (pour le livre II). [Les principales et successives éditions de cette œuvre sont (toutes imprimées à Paris) respectivement chez: P. L'Huillier, 1569; C. Micard, 1571; G. Robinot, 1581; L. Sonnius, 1607 e 1621; O. de Varennes, 1633; P. Ménard, 1643; G. de Luynes 1665 ; enfin, dans les ^{œuvres}, aux dépens de la Compagnie, Amsterdam 1723, 2 vols. in folio].
- Philippe PAYEN, 1997 : *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle - Dimension et doctrine*. Paris : PUF.
- , 1999 : *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Paris : PUF.
- Vincenzo PIANO MORTARI, 1962 : *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*. Milan : Giuffrè.
- , 1977 : La formazione storica del diritto moderno francese: dottrina e giurisprudenza del secolo XVI. *La formazione storica del diritto moderno in Europa: atti del Terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*. Vol. I. Firenze : Olschki. 195-219. Réimpression in: *Itinera juris - Studi di storia giuridica dell'Età moderna*. Naples: Jovene, 1991.
- , 1980 : Tradizione romanistica e tradizione giuridica europea nella Francia del secolo XVI. *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea*. Perugia : Libreria universitaria editrice. 67-78. Réimpression in: *Itinera juris - Studi di storia giuridica dell'Età moderna*. Naples: Jovene, 1991.
- , 1989 : L'ordo juris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI. *Clio - Rivista trimestrale di studi storici* (1989). 245-267. Réimpression in: *Itinera juris - Studi di storia giuridica dell'Età moderna*. Naples: Jovene, 1991.
- , 1991 : *Itinera juris - Studi di storia giuridica dell'Età moderna*. Naples: Jovene.
- Sophie PETIT-RENAUD, 2001: « Faire loi » au Royaume de France. *De Philippe VI à Charles V (1328- 1380)*. Paris : De Boccard.

Diego QUAGLIONI, 1992 : *I limiti della sovranità: il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'eta moderna*. Padoue : CEDAM.
 , 2004 : *La sovranità*. Rome-Bari : Laterza.

Jacques RANCIÈRE, 1995 : *La Méésentente - Politique et philosophie*. Paris : Galilée.

Wolfgang REINHARD (Ed.), 1996 : *Les élites du pouvoir et la construction de l'État en Europe - Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle*. Paris : PUF.

Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, 2003 : *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*. Paris : PUF (coll. « Léviathan »).

Denis RICHET, 1973 : *La France moderne: l'esprit des institutions*. Paris : Flammarion.

Albert RIGAUDIÈRE, 1994 : *Histoire du droit et des institutions*. Paris : Éditions C. D.

, 2003 : *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Age. XIII^e- XV siècle*. Paris : Comité pour l'Histoire économique et financière de la France.

, 2004 : *Un reve royal fran^aais: l'unification du droit. Académie des Inscriptions et des Belles-Lettres. Comptes rendus des séances de l'année 2004*. Paris : De Boccard.

John M. G. ROGISTER, 1995 : *Louis XV and the 'Parlement' of Paris, 1737- 1755*. Cambridge : Cambridge University Press.

Ettore ROTELLI, 2008 : *Le costituzioni di democrazia. Testi 1689- 1850*. Bologne : Il Mulino.

Anne ROUSSELET-PIMONT, 2005 : *Le chancelier et la loi au XVI^e siècle. D'après l'œuvre d'Antoine Duprat de Guillaume Poyet et de Michel de l'Hospital*. Paris : De Boccard.

Claire SAGUEZ-LOVISI, 1984 : *Les Lois fondamentales au XVIII^e siècle: recherches sur la loi de dévolution de la couronne*. Paris : PUF.

Fran^ois SAINT-BONNET, 2001 : *Le Parlement, juge constitutionnel (XVI^e- XVIII^e) siècle. Droits* (2001) 34. 177- 97.

Francois SAINT-BONNET & Yves SASSIER, 2004 : *Histoire des institutions avant 1789*. Paris : Montchrestien.

Wolfgang SCHMALE, 1987 : *Les parlements et le terme de constitution au XVIII^e siècle en France : une introduction. Il pensiero politico* XX (1987) 3. 415-424.

, 1990 : *Du droit d'Ancien Régime aux droits de l'homme: la continuité et la rupture. Il pensiero politico* XXIII (1990) 1. 108-116.

Claude de SEYSSSEL, 1519 : *La Grant' Monarchie de France*. Paris : Regnault Chauldiere.

Jean-Fabien SPITZ, 1998 : *Bodin et la souveraineté*. Paris : PUF.

Jean STAROBINSKI, 1989 : *Le mot « civilisation ». Le Temps de la Réflexion* (1983) 4. Réimpression

in: *Le remède dans le mal. Critique et légitimation de l'artifice à l'âge des Lumières*. Paris : Gallimard.

Joseph Reese STRAYER, 1970 : *On the Medieval Origins of the Modern State*. Princeton: Princeton University Press.

Philippe SUEUR, 1993 : *Histoire du droit public frangais. XV^e- XVIII^e siècle. La genèse de l'État contemporain. 1 / La constitution monarchique. 2. ed*. Paris : PUF.

, 1994 : *Histoire du droit public frangais. XV^e-XVIII^e siècle. La genèse de l'État contemporain. 2 / Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime. 2. ed*. Paris: PUF.

Julian SWANN, 1995 : *Politics and the 'Parlement' of Paris under Louis XV, 1754- 1774*. Cambridge : Cambridge Univ. Press.

Alberto TENENTI, 1987 : *Stato: un'idea, una logica - Dal comune italiano all'assolutismo francese*. Bologna : Il Mulino.

Michel TROPER, 1994 : *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris : PUF.

, 1996 : *La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto. Ragion pratica* (1996) 6. 65-75.

, 1998 : *Per una teoria giuridica dello Stato*. Naples : Guida (Strumenti e ricerche). Trad. italienne de Troper 1994.

, 1999 : *Una teoria realista dell'interpretazione. Materiali per una storia della cultura giuridica* XXIX (1999) 2. 473-493.

, 2001 : *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris : PUF.

, 2003 : *La philosophie du droit*. Paris : PUF (coll. « Que sais-je »)

, 2005 : *Théorie des contraintes juridiques*. Eds. Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczk. Paris : LGDJ.

Dale Kenneth VAN KLEY, 1984: *The Damiens Affair and the Unraveling of the Ancien Régime, 1750-1770*. Princeton : Princeton University Press.

, 2002 : *Les origines religieuses de la Révolution frangaise. 1560- 1791*. Trad. Alain Speiss. Paris : Seuil.

Arnaud VERGNE, 2006 : *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750- 1789)*. Paris : De Boccard.

Gabrielle VILAR-BERROGAIN, 1958 : *Guide des recherches dans les fonds d'enregistrement sous l'Ancien Régime*. Paris : Imprimerie Nationale.

Michel VILLEY, 2003 : *La formation de la pensée juridique moderne [1961-1964]*. Paris : PUF (Coll. « Léviathan »).

Pierre WACHENHEIM, 1998 : *L'image de Louis XV à travers l'estampe séditieuse et satirique. Imaginaire et métier artistique à Paris sous l'Ancien Régime*. Ed. Daniel Rabreau. Paris/

- Bordeaux : *Annales du Centre Ledoux*. t. II. 87-102.
- , 2001a : Le thème du crible dans l'estampe - Les avatars d'une composition satirique récurrente. *Dix-Huitième Siècle* (2001) 33. 457-480.
- , 2001b : Un héros éphémère sous le règne de Louis XV - L'abbé Chauvelin, ou portrait du sapajou en Grand Homme. *L'Art et les normes sociales au XVIII^e siècle*. Eds. Thomas W. Gaehtgens et al. Paris : Centre Allemand d'Histoire de l'Art, MSH.
- , 2004 : *Art et politique, langage pictural et sédition dans l'estampe sous le règne de Louis XV*. Thèse in 2 vol. soutenue sous la direction de Daniel Rabreau. Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, UFR d'Histoire de l'art et d'archéologie.
- , 2005 : Un exemple de revendication identitaire au XVIII^e siècle : le recueil Godonnesche ou l'histoire métallique du Parlement. *Identités, appartenances, revendications identitaires (XVI^e-XVIII^e siècles)*. Eds. Marc Belissa et al. Paris : Nolin. 163-190.
- , 2006 : L'iconographie polémique des parlementaires sous le règne de Louis XV. *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique* (2006) 25-26. 7-70.
- Yves-Charles ZARKA (Ed.), 1996 : *Jean Bodin : nature, histoire, droit et politique*. Paris : PUF.
- Gaston ZELLER, 1948 : *Les institutions de la France au XVI^e siècle* (1987). 2. ed. Paris: PUF.
- *
- Manuscrits et fonds d'archives. Bibliothèque du Sénat :
- Extrait des choses les plus importantes qui se sont passées au Parlement - 1719-1746, par Guy Nouet, f^{os}. 246r-v. et suiv. (= Bibliothèque du Sénat, au Palais du Luxembourg, *fonds Boissy d'Anglas* 799 [9260]).
 - *Recueil de Traittés* [sic] *de droit public. Différentes matières* ; t. V, f^o 34 (= Bibliothèque du Sénat, *ms.* n. 21 [8932]).
- Manuscrits et fonds d'archives. Bibliothèque nationale de France :
- Monumens précieux de la sagesse de nos rois (= BNF, F-25312-25313).
 - Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen par Noble Homme et saige, Messire Francois Olivier, Chevalier, Chancelier de France, le Roy present, Tenant audict lieu son Siege Royal de Iustice, le huitiesme iour d'Octobre, 1550, Rouen 1551 (= BNF, inv. Lf-25. 127).

Synopsis

Stanley L. Paulson

How Merkl's *Stufenbaulehre* informs Kelsen's concept of law

SLOV. | *Kaj nam Merklova Stufenbaulehre pove o Kelsnovem pojmu prava.* Več je razlogov, zaradi katerih se zdi, da Kelsen v svoji teoriji uporablja dva nasprotujoča si pojma prava, od katerih se prvi zanaša na prisilo, drugi pa odraža postopek ustvarjanja prava. A to ni tako, saj sta oba pojma dejansko združena v enotnem pojmu prava. Tako smo soočeni z dvema vidikoma, združenima v enem samem pojmu prava, ki odraža tako postopek kot prisilo. Pri takšnem pristopu sta *Stufenbaulehre* in konceptualni aparat, ki ga je mogoče potegniti iz nje, ključna za naše razumevanje Kelsnovega pojma prava.

Ključne besede: hierarhija norm, dinamično načelo, statično načelo, *Stufenbautheorie*, Hart, Kelsen, Merkl

ENG. | For many reasons, it seems that Kelsen's legal theory uses two competing concepts of law, one turning on coercion, the later concept reflecting the process of law creation. But this is not the case. Actually the two concepts are incorporated into a single concept of law. Here we are faced with two points of view which are combined in a single concept of law that reflects both process and coercion. In such an enterprise, the *Stufenbaulehre* and the conceptual machinery that can be drawn from it is central to our understanding of Kelsen's concept of law.

Keywords: hierarchy of norms, dynamic principle, static principle, *Stufenbautheorie*, Hart, Kelsen, Merkl

Summary: 1. Introduction. — 2. Kelsen's Earlier Concept of Law: Coercion. — 2.1. *Coercion as Differentia Specifica of the Formal Category of Norm.* — 2.2. *Coercion as Empirical Criterion of the Law.* — 2.3. *Coercion as a Proper Part of the Reconstructed Legal Norm.* — 2.4. *Coercion vis-à-vis Kelsen's Doctrine of the Identity of State and Law.* — 3. Kelsen's Later Concept of Law: Law Creation. — 4. The Complete Legal Norm and the Ramified Concept of Law. — 5. The Objective Law and the "Ideal Linguistic Form" of the Legal Norm. — 6. Supplanting the Directive Function of the Law.

Stanley L. Paulson is William Gardiner Hammond Professor of Law Emeritus and Professor of Philosophy at the Washington University. | Address: Juristisches Seminar, Leibniz Straße 6, D-24118 Kiel, Germany. E-mail: spaulson@law.uni-kiel.de

*Synopsis***Riccardo Guastini*****Lex superior***

Pour une théorie des hiérarchies normatives

SLOV. | Lex superior. *Za nauk o normativnih hierarhijah*. Po kratkem pregledu obstoječega pravoslovnega spisa o hierarhiji norm znotraj nekega danega pravnega reda, avtor uvede štiri pojme hierarhije: (i) formalna hierarhija obstaja med normami, ki urejajo ustvarjanje prava, na eni strani, in pravom, ki je ustvarjeno v skladu s temi normami; (ii) materialna hierarhija obstaja med dvema normama, kadar neka tretja postavljena norma prepoveduje eni od prvih dveh, da bi bila z drugo v nasprotju; (iii) logična hierarhija obstaja, kadar se ena norma nanaša na drugo z ravni metajezika; (iv) aksiološka hierarhija je odvisna od neke vrednostne sodbe razlagalcev, ki eni od dveh norm pripisujejo višjo vrednost kot drugi. Avtor nato uporabi uveden pojmovni aparat za razjasnitev pojmov veljavnosti in meta-norme, pa tudi načela *lex superior derogat inferiori*. Končno pa, na podlagi omenjenega razlikovanja, avtor obravnava vprašanje samoomejitev zakonodajalca in pravno ureditev ustavnih sprememb.

Ključne besede: normativna hierarhija, veljavnost, meta-norma, *lex superior*, samoomejitve zakonodajalca, ustavna revizija

ENG. | Lex superior. *For a Theory of Normative Hierarchies*. After the author has given a brief literature review about hierarchy of norms in a legal order, he distinguishes four concepts of hierarchy: (i) the formal hierarchy exists between norms ruling law's creation and the law created on the basis of and in conformity with these norms; (ii) the material hierarchy exists between two norms when any contradiction between them is positively forbidden by a third norm; (iii) the logical hierarchy exists between two norms when one refers to the other from a metalinguistic level; (iv) the axiological hierarchy depends on the value judgment by which superiority is given to one norm over the other. Then such a conceptual apparatus is used in order to clarify the concept of validity, that of meta-norm, and also the status of the maxim *lex superior derogat inferiori*. Finally, on the basis of such distinctions, two issues are examined: the legislator's self-imposed constraints and the legal arrangements governing constitutional amendments.

Keywords: normative hierarchy, validity, meta-norm, *lex superior*, legislator's self-imposed constraints, constitutional revision

Summary: 1. Elements of a Meta-Theory. — 2. Four Types of Hierarchical Relations. — 3. Normative Hierarchies and Validity. — 4. On the Principle: *lex superior derogat inferiori*. — 5. On the Concept of Meta-Norm. — 6. Applications (I): Self-Imposed Constraints by Legislator? — 7. Applications (II): Legal Regime of the Constitutional Revision Laws (the Italian Case).

Riccardo Guastini is a Professor of Law at the University of Genoa and Director of its *Dipartimento di cultura giuridica Giovanni Tarello*. | Address: Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Via Balbi 30, 16126 Genova, Italy. E-mail: guastini@unige.it

*Synopsis***Rafael Encinas de Munagorri****Droit international privé et hiérarchie des normes**

Observations sur une rencontre

SLOV. | *Mednarodno zasebno pravo in hierarhija norm.* Tradicionalni odgovori na kolizijo zakonov in kolizijo pristojnosti so se oblikovali neodvisno od pojma hierarhije pravnih norm. Še več, nekateri specialisti mednarodnega zasebnega prava so mnenja, da bi bila na tem področju uporaba omenjenega pojma neprimerna. To mnenje je ideološko pogojeno. Hierarhija pravnih norm je pojem, ki nam daje pomemben uvid pri razumevanju zgodovinskih, teoretičnih in epistemoloških razsežnosti mednarodnega zasebnega prava.

Ključne besede: kolizija zakonov, mednarodno zasebno pravo, univerzalizem, pravni red, pravna znanost, Kelsen

ENG. | *International Private Law and Hierarchy of Norms. Some remarks on their relations.* Traditional methods of solving conflicts of laws and conflict of jurisdictions have been shaped without the idea of the hierarchy of norms. Moreover, some specialists of international private law consider that the very idea of hierarchy of norms is inappropriate within their field. This opinion reflects an ideological point of view. Hierarchy of norms is interesting in order to understand historical, theoretical and epistemological dimensions of international private law.

Keywords: conflicts of laws, international private law, universalism, legal order, legal science, Kelsen

Summary: 1. Historical Dimensions. — 1.1. *Hierarchy of Norms and Centralisation of International Private Law.* — 1.2. *Hierarchy of Norms and Conceptions of International Private Law.* — 2. Theoretical Dimensions. — 2.1. *Hierarchy of Norms and Plurality of Legal Orders.* — 2.2. *Hierarchy of Norms and Supremacy of a Legal Order.* — 3. Epistemological Dimensions. — 3.1. *Hierarchy of Norms and the Power of Lawyers.* — 3.2. *Hierarchy of Norms and Scientific Knowledge.*

Rafael Encinas de Munagorri is a Professor at the University of Nantes and a member of *Droit et changement social*, UMR-CNRS 6297. | Address: Chemin la Censive du Tertre BP 81307, 44313 Nantes Cedex 3, France. E-mail: rafael.munagorri@univ-nantes.fr

Synopsis

Guillaume Tusseau

Sur le métalangage du comparatiste

De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste

SLOV. | *O metajeziku primerjalnih pravnikov. Od stremljenja za nevtralnostjo k pragmatistični zavzetosti.* Ob preučevanju različnih oblik ustavnosodne presoje delujejo primerjalnopravniki navadno v miselnem okviru, ki ga določa nasprotje med evropskim in ameriškim modelom ustavnega sodstva. Vendar je s teoretskega, empiričnega in političnega gledišča to ločnico nemogoče ubraniti in jo moramo zato zamenjati. V splošni teoriji znanosti se kot osrednje vodilo pri oblikovanju znanstvenih pojmov ponuja konvencionalizem. Naše izbire morajo biti po njem takšne, da pripeljejo do nevtralnega in celovitega primerjalnega metajezika. Tu pa imamo dve težavi. Gnoseološki ugovor raziskovalca sili, da natančno opredeli svoje razumevanje odnosa med pojmi in »resničnostjo«, ki naj bi se je ti dotikali. Poleg tega pa bi bilo ambiciji, da oblikujemo univerzalni metajezik, mogoče ugovarjali tudi zaradi etnocentrizma. Soočenje s tema dvema težavama nas končno vodi k takšnemu pristopu, ki se približuje pragmatističnemu, zaznamujeta pa ga vztrajanje na relativnosti in kontekstualni koristnosti pojmovnih izbir znotraj vztrajnega in prevprašujočega raziskovanja.

Ključne besede: pravni pojmi, primerjalno pravo (metodologija), ustavna presoja, ameriški pragmatizem, sodna praksa

ENG. | *On the Metalanguage of a Comparativist. From Neutrality to Pragmatist Engagement.* One of the most common frameworks among comparativists for the study of the various forms of constitutional review rests on the opposition between a European and an American model of constitutional justice. From theoretical, empirical and political viewpoints, such a proposition cannot be defended, and must be replaced by another. In the general theory of sciences, conventionalism is the major guide for the elaboration of scientific concepts. Choices must be made so as to devise a neutral and comprehensive comparative metalanguage. Nevertheless, a gnoseological objection compels one to give details as to one's conception of the relationship between the concepts and the "reality" they are supposed to deal with. Moreover, if it were not for additional elements, the ambition to establish a universal metalanguage could be objected to on grounds of ethnocentrism. By facing these two difficulties, one is led to adopt an approach which becomes closer to a pragmatist one, insisting on the relativity and contextual usefulness of conceptual choices, within a continued and defeasible enquiry.

Keywords: legal concepts, comparative law (methodology), constitutional review, American pragmatism, jurisprudence

Summary: 1. Introduction. — 2. Conventionalism in the General Theory of Sciences. — 3. Towards a Neutral and Comprehensive Metalanguage of Comparativists. — 3.1. *The Adopted Perspective.* — 3.2. *Four Fundamental Methodological Recommendations.* — 3.2.1. *The Rigor of Classification.* — 3.2.2. *Conceptual Decisionism.* — 3.2.3. *Initial Descriptivism.* — 3.2.4. *Universalism.* — 4. A Pragmatist Reorientation. — 4.1. *The Gnoseological Objection.* — 4.2. *The Objection of Ethnocentrism.* — 5. Conclusion.

Guillaume Tusseau is a Professor of public law at Sciences-Po and a junior member of the Institut universitaire de France. | Address: École de Droit. 13 rue de l'Université. 75007 Paris, France. E-mail: guillaume.tusseau@sciences-po.org

*Synopsis***Massimo La Torre****The Hierarchical Model and H. L. A. Hart's Concept of Law**

SLOV. | *Hierarhični model in Hartov pojem prava.* Pravo običajno povezujemo s prakso ukazovanja in hierarhičnostjo. Zdi se, da bi pravno pravilo moralo nemudoma vzpostaviti razmerje nadrejenosti in podrejenosti. Takšnemu hierarhičnemu in avtoritarnemu razumevanju prava pa je mogoče oporekati, ko enkrat fenomenologijo pravila preučujemo s pogledom od znotraj, tj. z vidika tistih, za katere lahko rečemo, da pravilo »uporabljajo« in mu niso »podrejeni«. V prakso usmerjen pristop bi tako lahko pravni teoriji odprl bolj liberalno, in manj ozkogledno ter ideološko pot. Kot v tem članku zatrjuje avtor, je to tudi program oziroma obljuba, ki jo najdemo v Herberta Harta temeljnem delu *Koncept prava*. Članek to obljubo osvetljuje, ne da bi se skušal izogniti slepim pegam Hartove naracije in argumentativne strategije.

Ključne besede: mednarodno pravo, pravila prava, pravilo o pripoznanju, imperativizem, normativizem, realizem, pogled od znotraj

ENG. | Law is traditionally related to the practice of command and hierarchy. It seems that a legal rule should immediately establish a relation between a superior and an inferior. This hierarchical and authoritarian view might however be challenged once the phenomenology of the rule is considered from the internal point of view, that is, from the stance of those that can be said to "use" rather than to "suffer" the rules themselves. A practice oriented approach could in this way open a more liberal, and also somehow less parochial and ideological, road for legal theory. This is - it is argued in the paper - the programme, or better, the promise we can find in Herbert Hart's main work, *The Concept of Law*. The article tries to render this promise more transparent, without nonetheless eschewing the blind sides of its narrative and argumentative strategy.

Keywords: international law, rules of law, rule of recognition, imperativism, normativism, realism, internal point of view

Massimo La Torre is a Professor in Philosophy of Law at the Law School of Magna Graecia University in Catanzaro (Italy) and at the Hull University Law School (United Kingdom). | Address: Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro, Viale Europa, Loc. Germaneto, 88100, Italy. E-mail: mlatorre@unicz.it

*Synopsis***Eric Millard****La hiérarchie des normes**

Une critique sur un fondement empiriste

SLOV. | *Hierarhija norm. Empiristična kritika.* Ta razprava ponuja nekaj argumentov za empiristično kritiko hierarhije norm, tj. za namene pravoslovja kot (zgolj) opisujoče in razlagalne dejavnosti. Hierarhija norm pomeni hkrati predmet znanstvenega proučevanja in teorijo, ki ta predmet oblikuje. Empirističen pristop pa terja najprej preoblikovanje nekaterih pojmov in osnovno utemeljitev možnosti razvijanja empirističnega pravoslovja. Temu je namenjen prvi del razprave. Njen drugi del nato ponudi takšno opredelitev pojma hierarhije norm, do katere lahko vodi empirističen pristop. Z njenimi merili je (normativistično) teorijo o hierarhiji norm, kakršno je predlagal Kelsen, mogoče oceniti kot politično teorijo, ki svojega predmeta ne opisuje, ampak ga oblikuje z namenom vzpostavitve nekaterih omejitev.

Ključne besede: hierarhija norm, pravni realizem, normativizem, pravne omejitve, Hart, Kelsen, Ross, Troper

ENG. | *Hierarchy of Norms. An Empiricist Critique.* This paper aims to propose some arguments for a critique of the hierarchy of norms on an empiristic ground, i.e. for the need of a legal science conceived as a (merely) descriptive and explanatory activity. The hierarchy of norms is both an object for legal science, and a theory elaborating this object. An empiricist approach needs first to reformulate some concepts and to provide a basic justification for the possibility of an empiricist legal science. From this starting point, this text will propose a new formulation of the concept of hierarchy of norms and will evaluate the (normativist) theory of the hierarchy of norms (as stated by Kelsen) as a political theory that does not describe its object, but elaborates it as a constraint.

Keywords: hierarchy of norms, legal realism, normativism, legal constraints, Hart, Kelsen, Ross, Troper

Summary: 1. Some Conceptions of the Hierarchy of Norms. — 2. Some Precisions for an Empiricist Critique of these Conceptions. — 2.1. *Empirical Facts. Knowable and Verifiable.* — 2.2. *Two Questions About the Norm.* — 2.3. *Observations on Regularity.* — 3. About a Critique of Hart. — 4. An Empiricist Conception of the Hierarchy of Norms. — 5. Prescriptive Dimension of the Theory of Hierarchy of Norms. — 6. Theory of Hierarchy of Norms as a Constraint.

Eric Millard is a Professor at the University of Paris Ouest Nanterre La Défense. *Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074).* Co-director of the Doctoral school of law and political sciences. | Address: Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Bâtiment F, 4^e étage, Bureau F 407, 200 avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex, France. E-mail: eric.millard@u-paris10.fr

*Synopsis***Raphael Paour****Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes**

SLOV. | *Pravne omejitve hierarhije norm.* Sta oblast, ki jo izvaja neki organ, in hierarhična raven njegovih norm povezana? Na podlagi realističnega nauka o pravnem razlaganju bi lahko trdili ravno nasprotno. Če velja - kot izhaja iz tega nauka -, da je razlagalec tisti, ki pravemu določilu pripiše njegov pravni pomen, potem imajo državni uradniki, ki uveljavljajo javne politike, večjo moč kot zakonodajalec, ki te politike ubeseduje in sprejema. Avtor tega članka trdi, da bi bil tak sklep vendarle napačen, saj se ponavadi tisti, ki splošna in abstraktna pravna besedila oblikujejo, lahko zanesejo na sredstva, ki omogočajo omejevanje razlagalcev na uveljavljanje njihovih izvornih preferenc. Takšna sredstva omejevanja najdemo tudi v miselni predstavi, da je pravo skup hierarhično urejenih norm. Da bi lahko ugotovili, v katerih primerih je hierarhična raven neke norme resnično povezana z oblastjo njenega avtorja, moramo identificirati omenjena sredstva omejevanja in oceniti njihovo učinkovitost.

Ključne besede: statična hierarhija, dinamična hierarhija, omogočujoča pravila, pravne omejitve, sodni nadzor, Kelsen, Troper

ENG. | *The Legal Constraints of the Hierarchy of Norms.* Is there a correlation between the power exercised by a legal entity and the rank of its norms? The realist theory of interpretation could be taken to suggest the contrary. If, as such theory demonstrates, the interpreter of a legal statement establishes its meaning, then the government officials that apply public policies should have more power than the legislator who determines these policies. The author of this article, however, argues that such a conclusion would be wrong, for the organs that create abstract and general legal statements can usually rely on resources which enable them to constrain those who interpret and apply them to take their preferences into consideration. The idea that law is a set of hierarchised norms offers such resources. These ought to be identified and their efficiency evaluated if we are to determine in which cases there is indeed a correlation between the rank of a norm and the power exercised by its author.

Keywords: static hierarchy, dynamic hierarchy, enabling rules, legal constraints, judicial review, Kelsen, Troper

Summary: 1. The Static Hierarchy's Constraints. — 1.1. *Some Inadequate Constraints.* — 1.1.1. *The Constraint's Mechanism.* — 1.1.2. *The Constraint's Scope.* — 1.1.2.1. *The Situation of the Author of a Legal Statement.* — 1.1.2.2. *The Situation of the Interpreter of a Legal Statement.* — 1.2. *Legal Deficiencies Compensated.* — 1.2.1. *The Control of Interpretations.* — 1.2.1.1. *Intensity and Depth of the Control.* — 1.2.1.2. *The Faculty to Start the Control Alone.* — 1.2.2. *The Control on Interpreters.* — 1.2.2.1. *Direct Control.* — 1.2.2.2. *Indirect Control.* — 2. Constraints of Dynamic Hierarchy. — 2.1. *The Organ's Empowerment Control.* — 2.1.1. *The Indirect Self-Empowerment.* — 2.1.2. *The Ordinary Empowerment.* — 2.2. *The Empowerment of an Ideologically Close Organ.*

Raphael Paour is a PhD student at the University of Paris Ouest Nanterre La Défense. *Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074).* | Address: Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Bâtiment F, 200 avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex, France. E-mail: raphael@paour.com

Synopsis

Luca Parisoli

Une approche volontariste du droit naturel
et de la contradiction

Une façon de bâtir la notion de hiérarchie dans
la pensée latine médiévale

SLOV. | Voluntarističen pogled na naravno pravo in na protislovja. Način izgradnje pojma hierarhije v latinski srednjeveški misli. Dela srednjeveških pravnikov kažejo, kako je v razlagalni argumentaciji manipulacija deontičnih protislovij *prima facie* povezana s teorijo legitimnosti hierarhije norm, razumljene ne zgolj kot politično, ampak predvsem kot racionalno orodje pravne znanosti usmerjene k politični teologiji. Pojma naravnega prava v simbolnih dokumentih, kot je Gracijanov *Decretum* iz 12. stoletja, ni mogoče zvesti na kasnejši aristotelovsko-tomistični intelektualistični model (13. stoletje): v latinskem krščanskem srednjeveškem svetu obstaja več kot le en način mišljenja o naravnem pravu in vsaj en od teh načinov kaže določene skupne točke in skladnosti z judovsko in muslimansko tradicijo. O alternativah aristotelovsko-tomističnemu modelu lahko govorimo kot o družini voluntarističnih modelov (v wittgensteinovskem pomenu): deontična protislovja so lahko močnejša od protislovij *prima facie*; lahko gre za resnična protislovja, ki kot edini način za odpravo deontičnega protislovja terjajo novo voljno dejanje. Kot primer ekstremnega voluntarističnega ontološkega pristopa lahko vzamemo Duns Scotusovo teorijo.

Ključne besede: nauk o razlaganju, deontična protislovja, legitimnost in hierarhija, naravno pravo, zgodovina srednjeveških idej, John Duns Scotus

ENG. | A Voluntarist Approach to Natural Law and Contradiction. A Way to Build the Concept of Hierarchy in Medieval Latin Thought. The analysis of medieval jurists shows us how the manipulation of deontic *prima facie* contradictions is associated in interpretative argumentation to a theory of the legitimacy of the normative hierarchy, understood not only as a political tool, but essentially as a rational tool in a legal science directed toward a political theology. The notion of natural law in emblematical documents such *Decretum* of Gratian, dated XII. century, cannot be reduced to the posterior Aristotelian-Thomistic intellectualist model (XIII. century): there is more than one way to think about natural law in Christian Latin medieval world, these ways are present along many centuries, and there is at least one of this different ways showing some points of contact and dissonance with the Jewish and Muslim traditions. We can speak about the alternatives to the Aristotelian-Thomistic intellectualist model as the voluntarist model families (in a Wittgenstein's meaning): deontic contradictions may be stronger than *prima facie* contradictions, they may be genuine contradictions calling for a new act of will as the only way to eliminate the deontic contradiction. Duns Scotus' theory can be used to illustrate the issues of extreme voluntaristic ontological approach.

Keywords: theory of interpretation, deontic contradiction, legitimacy and hierarchy, natural law, history of medieval ideas, John Duns Scotus

Summary: 1. Delimitation of the Research Area. — 2. Another Fundamental Reference: Natural Law as a Hierarchy of Wills. — 3. Harmonizing the Normative Texts. — 4. A Voluntarist Theory of Norm and the Possibility of Genuine Contradictions.

Lucas Parisoli is a Professor of History of Medieval Philosophy at the Università della Calabria, Arcavacata di Rende (CS), Italy. | Address: Dipartimento di Studi Umanistici, Cubo 18C, Università della Calabria, 87036 Arcavacata di Rende (CS), Italia. E-mail: l.parisoli@libero.it

Synopsis

Francesco Di Donato

La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime

SLOV. | *Hierarhija norm v pravni, družbeni in institucionalni ureditvi Starega režima.* Presoja ustavnosti, do katere si je v Starem režimu parlamentarno sodstvo lastilo polno in izključno pravico, je bila utemeljena ne le na temeljnih zakonih francoskega kraljestva, temveč tudi na sklopu načel (fran. *les maximes*), izhajajočih iz »Izročila«. To Izročilo sta tvorila predvsem božanski in naravni zakon, tj. pravna sistema, ki zahtevata »modrostno« sodno razlago. Ta razlagalna dejavnost je dajala uvid v množico metafizičnih vrednot, ki jih je sposobna razumeti le sodniška *Scientia Juris*. Pravno Izročilo pa je obenem tvoril tudi *dépot légal*, tj. celota vseh zakonov, vključno z »navadnimi« zakoni, ki so posledica običajnega izraza suverene volje prejšnjega kralja - *car tel avait été son plaisir* (gre za sodobno ubeseditev rimskega reka *quidquid principi placuit legis habet vigorem*). Iz parlamentarne pristojnosti se je tako razvila presoja ustavnosti, ki jo je sodništvo navadno izvrševalo zelo gibko, tj. odvisno od okoliščin in trenutnih političnih interesov v pravnih položajih, ki jih je želelo zaščititi. Hierarhija norm je bila tako pomemben instrument za zaščito pravnega reda, katerega varuhi so bili po lastnem prepričanju *legum doctores*. Hierarhija norm je bila na ta način neposredno povezana s politično vladavino sodnikov.

Ključne besede: hierarhija norm, *Ancien Régime*, sodišča, sodniki, parlamenti, presoja ustavnosti, kraljestvo

ENG. | *The Hierarchy of Norms in the Juridical, Social and Institutional Order of the Ancient Regime.* The judicial review, to which the Ancient Regime's parliamentary judiciary claimed full and unique right, was not only founded on the fundamental laws of the French kingdom, but also on a set of principles ("les maximes") drawn from the "Tradition". This "Tradition" was first of all composed of the divine law and the natural law, that is of legal systems both of which needed a judicial 'sapiencial' interpretation. This interpretative activity provided revealing insight into the body of metaphysical values that only the magistrates' *Scientia Juris* was able to draw on. However, the legal Tradition also included the "dépot légal", i.e., the totality of all laws, including, so to say, 'ordinary' laws, that is to say statutes created as a result of the simple manifestation of the sovereign will of an earlier King "car tel avait été son plaisir" (modern formulation of the Roman expression: *quidquid principi placuit legis habet vigorem*). Thus, parliamentary jurisdiction used to give rise to judicial review that was usually exercised very flexibly by the Judiciary, i.e. depending on the circumstances and momentary political interests of the legal situations it wanted to protect. Thus, the hierarchy of norms was a remarkable instrument for protecting this legal order whose tutors were, according to their own opinion, *legum doctores*. And so the hierarchy of norms was directly connected with the political government of judges.

Keywords: hierarchy of norms, Ancient Régime, Courts of justice, magistrates, parliaments, judicial review, royalty

Summary: 1. Fundamental Question and Politico-Historiographical Issue. — 2. Hierarchy of Norms and Government of Judges. — 3. Normative Hierarchy as a Technical Instrument of the Occult Politics of Law Pursued by the Judiciary. — 4. Normative Hierarchy as an Indispensable Basis of the Judicial Review by

the Parliament. — 5. Construction of a Legal Discourse Strategy Setting up a Normative Statics' and Dynamics' *ante litteram* Hierarchy. — 6. Conclusion: the Hierarchy of Norms as the Pillar of the Absolute State in the Judge's Conception.

Francesco Di Donato is Professor of History of Political Institutions at the University of Naples "Parthenope". | Address: Viale Atlantici, 14/A, 82100 Benevento, Italy. E-mail: frdido@alice.it

