

QU'EST-CE QU'UNE NORME JURIDIQUE ?

Eric MILLARD - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : La normativité) - janvier 2007

Professeur à l'Université Paris-Sud XI

Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074)

L'accent mis sur la norme pour caractériser le droit est relativement récent, quoique très généralisé; ce qui ne va pas sans générer quelques ambiguïtés. Ce sont les travaux de Kelsen qui ont popularisé le terme, même si dès le xix^e siècle l'usage a commencé à se répandre dans la théorie juridique allemande. Le recours au concept de « norme » dans la théorie kelsénienne¹ obéit à deux logiques: la première est de mobiliser un concept plus général que les concepts classiquement utilisés jusqu'alors comme celui de règle, ou celui de loi (particulièrement dans les traditions révolutionnaire puis républicaine françaises); la seconde est de permettre la constitution d'une théorie générale du droit positif reposant sur l'analyse du rapport entre diverses normes au sein d'un même système juridique.

Dans cette démarche, la présentation du droit comme ensemble ou ordonnancement de normes juridiques est cohérente, et l'interrogation sur ce qu'est une norme juridique apparaît à la fois comme centrale et paradoxale: centrale car elle définit ce qui est l'élément au cœur du phénomène juridique, et qui est nécessaire à sa compréhension (sans lui être suffisante)²; paradoxale parce que cette centralité devrait justement permettre la généralisation d'une conception partagée de la norme par les juristes (au minimum), et (dans l'idéal) par les destinataires de la norme, débouchant sur une utilisation relativement homogène du terme.

Pourtant, il semble bien que ce dernier se soit davantage propagé que la démarche cognitive qui en justifiait l'usage, rendant parfois peu lisible la référence à la normativité dans les discours sur le droit. Dans le même temps, les critiques adressées à la théorie kelsénienne ont produit des conceptions différentes de la norme³, ou ont écarté le recours à ce concept⁴, même si elles continuent à partager l'essentiel du projet positiviste.

Qu'est-ce qu'une norme juridique? demeure donc une question discutée. Si on la prenait dans sa dimension ontologique, il serait illusoire d'imaginer pouvoir y répondre. On peut cependant souligner quelques élémentaires conséquences que la référence à une norme juridique implique, et rechercher une exigence de cohérence minimale dans son usage: dire donc ce que désignerait une norme juridique pour une théorie qui se référerait à ce concept. Cette exigence dépend à la fois du concept

de norme de la science du droit (I), et des conditions permettant de dire de cette norme qu'elle est juridique (II).

I. Conception « juridique » de la norme

Une norme est souvent définie en première approche comme une référence ou un modèle: une « description » de ce qui devrait être, selon un point de vue déterminé; c'est-à-dire donc une certaine forme de prescription. Mais cette définition a priori séduisante, et qui est adaptée pour certains systèmes normatifs comme la morale, pose problème en ce qui concerne le droit: elle semble le réduire à un ensemble de prescriptions de conduite (voire à un ensemble de valeurs), négligeant la présence dans tout système juridique moderne de prescriptions d'un autre type, comme par exemple celles investissant des autorités à produire des nouvelles normes.

Pour pouvoir permettre de rendre compte de ce que sont les systèmes de droit positif, il faut dès lors que le concept de norme puisse être à la fois différencié d'autres concepts en usage dans les discours juridiques (A), et précisé en tant que concept de ces discours (B).

A. Le recours au terme de « norme » est inséparable d'une démarche de classification par différenciation de différents termes en usage dans le langage juridique. On l'a dit, dans la pensée kelsénienne notamment, ce terme vise d'abord à se substituer à celui de « règle » (1). Si paradoxalement c'est à l'égard de celui-ci que l'apport a été le moins visiblement suivi, d'autres distinctions rendues possibles se sont révélées fructueuses: la norme n'est ni un acte (2) ni un texte (3).

1) Un des apports évidents de la démarche positiviste est d'avoir permis la conceptualisation de normes à portée individuelle. En ce sens, les normes peuvent être pensées comme relevant de deux catégories (deux sous-ensembles): les normes à portée générale et les normes à portée individuelle.

Dans la tradition juridique, les normes à portée générale sont souvent désignées sous le nom de règles juridiques, et de nombreux auteurs considèrent qu'il faudrait concevoir les règles comme désignant cette seule catégorie de normes⁵. C'est aussi pour permettre la prise en compte de prescriptions qui ne sont pas des règles que Kelsen se réfère aux normes; c'est en négligeant cela qu'une partie de la doctrine juridique demeure réticente à l'idée de norme individuelle: en identifiant norme et règle au sens de prescriptions à portée générale.

D'un autre côté, certains auteurs comme Hart continuent, dans la tradition anglo-saxonne, à privilégier le terme de règle sur celui de norme: mais c'est en utilisant ce terme finalement dans le même sens que celui donné par Kelsen à celui de norme, car ces règles notamment peuvent avoir soit une portée générale soit une portée individuelle 6. À l'inverse, pour Dworkin par exemple, les règles ne sont pas assimilables aux normes: cette catégorie, plus vaste, comprendrait, au côté des règles, des principes 7.

Il importe peu de trancher entre ces divers usages qui soit font de la règle un synonyme de la norme, soit en font une catégorie des normes. Il ne s'agit après tout que de définitions proposées par des auteurs. Il reste qu'on ne peut être insensible à un élément: toutes ces définitions font toujours de la norme la catégorie générale des prescriptions juridiques, celle qui englobe toutes les autres catégories spécifiques. En tous ces sens donc, le droit est bien un ensemble de normes.

2) La norme n'est pas non plus un acte. La catégorie des normes ne s'identifie pas avec l'ensemble des actes juridiques: constitution, loi, jugement, contrat, règlement, etc. Et la hiérarchie des normes n'est pas une hiérarchie de ces actes. Bien sûr, la norme ne peut pas être détachée d'un acte; mais c'est en tant que l'acte participe de la procédure de production de la norme.

Là encore, la référence à l'idée de norme est consubstantielle à une approche positiviste du droit qui admet, au moins à titre minimal, la « loi de Hume »: toute norme est l'expression d'une volonté humaine. Cette volonté s'exprime par des actes, et comme on y reviendra, la norme juridique est le produit d'actes de volonté reconnus par le droit. Une loi est l'expression d'une volonté d'un organe législatif, un jugement d'un organe juridictionnel. Ces expressions produisent de manières diverses des normes. Mais ces expressions ne sont pas des normes.

Se référer à l'idée de norme permet ici de constituer un objet spécifique (c'est là tout l'enjeu de la théorie pure du droit), qui s'attache à la description de prescriptions « spécifiques » (les normes « juridiques »): de constituer donc une science juridique autonome (des autres sciences sociales notamment, et particulièrement des sciences politiques).

3) La norme n'est pas enfin un texte. Les actes juridiques modernes se présentent généralement sous la forme d'un ensemble de propositions linguistiques, qui peuvent être écrites ou orales (mais alors leur écriture est envisageable). Il est tentant d'assimiler la norme au texte, et c'est ce que fait assez fréquemment une partie de la doctrine et, pour d'autres raisons (pratiques), nombre de juristes en action (juges, conseils, etc.). Or c'est ici ignorer la distinction entre le texte et sa signification, et la prétention fait long feu, sinon du point de vue pratique (c'est alors une démarche de justification ou de revendication d'une décision d'attribution de signification), du moins du point de vue cognitif.

Tout texte est susceptible d'un certain nombre de significations, mais toutes ces significations ne sont pas des normes. La plupart des textes juridiques ne sont pas rédigés sous forme prescriptive, mais la norme est une prescription (ce qui exclut toute signification non prescriptive). D'un autre côté, plusieurs significations possibles d'un même texte peuvent être antinomiques. Il suffit de rappeler les problèmes qui ont surgi lorsqu'il fallut, sous la première cohabitation, comprendre la norme relative à la signature des ordonnances par le président de la République: l'article 13 de la Constitution, rédigé à l'indicatif (« Le président de la République signe... »), a été parfois interprété comme prescrivant une obligation de signature, et parfois comme attribuant un pouvoir de signer ou de ne pas signer; ce qui laisse pendante la question de savoir si l'on peut tirer de ce texte une norme, et qui peut tirer de ce texte une norme.

B. Il est donc cohérent de définir la norme comme « la signification d'un acte de volonté » 8: un acte par lequel quelqu'un veut que quelque chose « doit avoir lieu » 9. C'est donc une signification prescriptive d'un acte de volonté, et un usage cohérent du terme de norme devrait entraîner implicitement l'acceptation des conséquences d'une telle définition, ou être dépendant de cette acceptation.

Il y a alors une variété possible de contenus: la prescription peut consister en une autorisation, une permission, une habilitation, une interdiction, une obligation, etc.; on distinguera des normes de conduite (dite parfois normes primaires), de normes sur la production des normes (dites parfois normes secondaires, ou encore méta normes, et comportant notamment les normes relatives à l'identification d'autres normes, à leur modification, à leur sanction, à leur interprétation, etc.). Comme on l'a dit aussi, il y a une variété de portées: la prescription peut être à portée individuelle, collective ou générale; elle peut viser des personnes identifiées ou être impersonnelle.

Bien entendu, il faudra définir quelle volonté est pertinente, et quels actes sont concernés, mais c'est là la question de la caractérisation de la norme comme juridique (cf. infra, II).

Définir la norme comme signification soulève à son tour divers problèmes, d'inégale importance.

1) En premier lieu, il faut se demander si la signification est accessible par une opération intellectuelle de connaissance ou si, au contraire, cette signification résulte d'un second acte de volonté: l'attribution d'une signification (par le juge par exemple) à un autre acte de volonté (celle du Parlement ou du pouvoir constituant par exemple). C'est évidemment l'importante question de l'interprétation qui apparaît ici, question qui a donné lieu récemment encore en France à des échanges d'arguments aussi riches que vifs entre Otto Pfersmann et Michel Troper 10.

Pour le normativisme, dans la mesure au moins où l'acte de volonté ne s'exprime pas par des signes non linguistiques, il est possible, au moyen des méthodes de la linguistique appliquée, de déterminer les significations des textes juridiques: méthodes syntaxiques, sémantiques et systémiques. Il demeure que le normativisme lui-même reconnaît que cette interprétation scientifique ne peut pas rendre compte d'interprétations réelles: il constitue les normes comme objet d'études en soi, ensemble des significations correctes accessibles intellectuellement, indépendamment de leur effectivité. Partant, il renonce à envisager « l'application » des textes par des autorités réelles: l'interprétation authentique, qui peut ou bien retenir une et une seule des significations correctes du texte, ou retenir une signification du texte qui n'apparaît pas comme correcte.

À l'inverse, les démarches réalistes, modérées ou radicales, affirment toutes que la signification désignée par le concept de norme n'est pas accessible au moyen d'une opération intellectuelle. La seule signification normative pertinente résulte de l'interprétation authentique; avant cette interprétation, le texte est dépourvu de signification juridique: il est un énoncé, remplissant en premier lieu une fonction de directive pratico-morale. Décider de lui attribuer une signification prescriptive est aussi un acte de volonté.

2) Certains auteurs, relevant du réalisme modéré ¹¹, distinguent cependant des normes explicites, résultant du choix d'une signification dans le cadre de signification scientifiquement établi, de normes implicites, révélant que la norme réellement appliquée ne peut constituer l'interprétation d'un texte, soit qu'elle énonce un principe (non écrit), soit qu'elle attribue au texte une signification non correcte. Mais ces deux catégories de normes sont bien des normes dans le même sens de significations prescriptives résultant d'acte(s) de volonté.

3) Dès lors se pose évidemment la question du pouvoir normatif. Le « législateur » ne peut plus se résumer au seul auteur du texte: « Quiconque est investi de l'autorité absolue pour interpréter les lois écrites ou orales, celui-là est le véritable législateur, et non celui qui le premier a écrit ou proclamé ces lois; a fortiori, quiconque est investi de l'autorité absolue non seulement pour interpréter le droit, mais pour dire ce qu'est le droit, celui-là est le véritable législateur » ¹².

4) Enfin, il faut rappeler que si la norme est une signification d'un acte de volonté, elle résiste à tout traitement logique pour cette raison. Même la norme individuelle (la décision juridictionnelle par exemple), qui seule peut constituer la conclusion du soi-disant syllogisme juridictionnel (le « voleur » doit être puni, la loi adoptée doit être déclarée « non conforme », etc.) est encore une norme. Elle est encore le produit d'un acte de volonté de l'autorité d'application.

5) Pour autant, ce pouvoir de dire la norme n'est totalement libre que d'un point de vue théorique, et il serait possible de mettre en évidence des contraintes factuelles tenant au système juridique et/ou à l'argumentation et la justification 13.

II. Validité juridique de la norme

Qu'est-ce donc qu'une norme juridique? C'est une norme juridiquement valide.

Là encore, il faut revenir à la démarche de Kelsen, pour qui la validité est le mode d'existence spécifique des normes. Soit une norme est valide, soit elle n'est pas une norme (elle n'existe pas comme norme). Ross, pour sa part, retient qu'une norme est valide dès lors qu'elle est effectivement utilisée par une autorité juridique. Dans les deux cas, la validité va dépendre de l'intégration de la norme dans un système; plus exactement de sa production en conformité avec les exigences du système concerné. Chez Kelsen, ces exigences sont posées par d'autres normes du système.

1) Une norme est ainsi valide dès qu'elle a été posée conformément à une autre norme (sous-entendu: valide) du système. Une norme est juridique lorsque cette qualité lui est conférée par une autre norme du système. Mais elle n'est évidemment juridique que relativement à ce système 14.

2) Une norme juridique donnée se différencie ainsi de normes qui ne sont pas juridiques, soit parce qu'elles appartiennent à un système normatif non juridique (moral ou religieux par exemple), soit parce qu'elles appartiennent à un autre système juridique (donc parce qu'en dernière instance il n'est pas possible de trouver une norme unique qui fonderait leur validité commune).

3) Il est possible qu'une même signification prescriptive soit reconnue comme norme (valide) par deux systèmes différents (deux systèmes juridiques, ou un système juridique et un système non juridique, moral par exemple). Mais leur validité respective est interne à chacun des systèmes concernés. Une norme n'est pas juridique parce qu'elle est valide moralement ou religieusement, mais seulement parce qu'une autre norme juridique lui confère sa validité.

4) La validité juridique d'une signification prescriptive, donc son existence juridique comme norme, entraîne à son tour évidemment quelques conséquences, dont celles que les normes du système attachent à son respect ou à son non-respect (la sanction juridique au sens large).

5) Ce système de production de normes définit une hiérarchie des normes: une norme fondant la validité d'une autre norme lui sera dite « supérieure ». Cette hiérarchie est davantage construite que constatée 15.

6) Évidemment, dans tout système hiérarchisé, il existe un sommet: la norme suprême est celle qui fonde la validité de toutes les normes du système sans que sa propre validité puisse se fonder sur une norme du système. Apparaît une aporie bien connue: la norme suprême d'un système juridique ne peut être considérée comme valide, et dès lors elle ne pourrait fonder la validité des autres normes du système.

Il existe plusieurs réponses possibles à ce problème théorique. Pour Kelsen, il faut recourir à la fiction de la norme fondamentale; pour Hart, il existe une norme de reconnaissance ultime, constatable dans les faits (expression de l'idéologie normative), dont on supposera la validité; pour Bobbio cependant, on peut s'en tenir au fait que la constitution elle-même affirme sa validité, ce qui, par son effectivité, est suffisant à produire les effets recherchés.

La question est dès lors moins de savoir ce qu'est une norme (juridique), que de décider ce qu'est un ordre juridique, étant assumé que cet ordre est composé de normes 16.

1. Pour l'exposition classique de la théorie kelsénienne, qui a pourtant évolué dans le temps, v. Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit* (traduction française de la seconde édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann), Paris, LGDJ, 1999, 376 p.

2. Cf. (au-delà de ce que le titre pourrait laisser penser, il s'agit bien d'une réflexion sur la norme) De Bechillon (Denys), *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.

3. V. par ex., dans une littérature riche: Ross (Alf), *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, 188 p.; Alchourron (Carlos) & Bulygin (Eugenio), *Normative Systems*, New York/Vienne, Springer Verlag; La Torre (Massimo), *Norme, Istituzioni, Valori*, Rome, Laterza, 1999, 389 p.

4. Notamment Hart (HLA), *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2e éd., 2005 (particulièrement le post-scriptum, p. 276 et s.).

5. V. notamment Pfersmann (Otto), « Norme », in Alland (Denis) et Rials (Stéphane) (sous la dir. de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

6. Hart (HLA), *Le concept de droit*, op. cit.

7. Cf. Dworkin (Ronald), *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, 520 p.

8. Kelsen (Hans), *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 2-3.

9. *Idem.*

10. V. notamment leurs contributions à « *La théorie de l'interprétation* », *RFD const.*, 2002, n° 50.

11. Notamment Guastini (Riccardo), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milan, Giuffrè, 2004.

12. La phrase est attribuée à l'évêque Hoadly (1676-1761) par Gray (John Chipman), *The Nature and Sources of the Law*, New York, The MacMillan Cy, 2e éd., 1927, p. 102, que cite également Kelsen (Hans), *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 207.

13. Troper (Michel), Champeil-Desplats (Véronique) et Grzegorzczuk (Christophe) (sous la dir. de), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005.

14. Rapp. Cons. const., déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 (loi pour la confiance dans l'économie numérique) et n° 2004-505 DC du 19 nov. 2004 (traité établissant une Constitution pour l'Europe).

15. Troper (Michel), « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in Zoller (Elisabeth), *Marbury vs Madison, un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215-228.

16. Rapp. Millard (Éric), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, 136 p.