



HAL
open science

**L'échelle de juridicité: un outil pour mesurer le droit et
fonder une théorie syncrétique (seconde partie:
application)**

Boris Barraud

► **To cite this version:**

Boris Barraud. L'échelle de juridicité: un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (seconde partie: application). Archives de philosophie du droit, 2014, La famille en mutation, 57, pp.503-550. hal-01367533

HAL Id: hal-01367533

<https://amu.hal.science/hal-01367533>

Submitted on 16 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (seconde partie : application) », *Archives de philosophie du droit* 2014, p. 503 s.

manuscrit de l'auteur



L'objet de la présente contribution n'est certainement pas révolutionnaire puisqu'il s'agit de l'éternelle – et insoluble – question de la définition du droit. En revanche, les choix théoriques et épistémologiques opérés sont, eux, parfaitement innovants et audacieux. Il est proposé, en effet, de répondre à ladite question en adoptant une posture syncrétique et scientifique, c'est-à-dire en considérant comme valables toutes les thèses actuellement significatives et en cherchant à les dépasser afin d'établir « la » théorie du droit, loin de tout arbitraire ou subjectivisme. Ces présupposés, les critères de la juridicité ainsi que le fonctionnement de l'échelle de mesure de la force juridique ont été détaillés au sein de la première partie, publiée dans la précédente livraison des *Archives de Philosophie du Droit*.

Sont proposées, en cette seconde partie, quelques premières applications de l'échelle de juridicité témoignant du pluralisme qualitatif empreignant le droit. Les résultats sont traités au moyen de représentations graphiques, ce qui assure une perception novatrice, moderne, intuitive et ludique des règles socio-juridiques. En outre, la juridicité est mise en perspective avec la normativité, laquelle rend compte de l'efficacité des règles d'un point de vue sociologique (en se concentrant uniquement sur leur effectivité matérielle et symbolique, donc sur leur appréhension par leurs destinataires).

Mots clé : Théorie juridique - science juridique - validité - sanction - efficacité - effectivité - normativité - pluralisme juridique

A TOOL TO MEASURE THE LAW? (2nd PART: APPLICATION)

Law definition - legal theory - legal science - validity - penalty - efficiency - effectiveness - legal pluralism

The object of the present contribution is not certainly revolutionary because it is about the eternal question of the definition of Law. However, the operated theoretical and epistemological choices are perfectly innovative and audacious. Indeed, it is suggested answering to this question by adopting a syncretic posture, by considering as valid all the significant theses and by trying to overtake them to establish "the" theory of Law.

In this second part, some applications are proposed. They testify of the qualitative pluralism printing the Law. The results are treated by means of graphic representations, what assures an unusual but modern and intuitive perception of the rules. Besides, the Law is put in perspective with the notion of efficiency of the rules (by concentrating only on their material and symbolic effectiveness).

À l'instar de tout accessoire scientifique, l'échelle de juridicité – présentée au sein de la précédente livraison des *Archives de Philosophie du Droit* – ne présente d'intérêt qu'à condition d'être pratiquée, c'est-à-dire appliquée à des règles concrètes, loin des cas d'école, des suppositions, de la stipulation et de la spéculation. C'est alors que son pouvoir révélateur s'affirme pleinement. Avant de pénétrer dans l'antre des règles socio-juridiques – dont le pluralisme qualitatif va se révéler au grand jour, à des années-lumière des thèses manichéennes, monotypistes ou monomorphistes –, doit être rappelé qu'une fois l'outil adopté, il devient impératif de se soumettre, sans autre forme de procès, aux résultats qu'il fournit, de ne jamais les discuter ni, évidemment, chercher à les falsifier. Si les paradigmes excessivement ouverts à la subjectivité ne trouvent guère leur place au moment de prendre acte de la réalité de la définition du droit, ils doivent tout autant être chassés de la conscience de l'observateur lorsque ce dernier s'apprête à appréhender la réalité juridique d'une règle quelle qu'elle soit.

Des règles supportées par la Constitution jusqu'aux règles de bienséance, toutes les normes sociales – et même, au-delà, toutes les normes – peuvent voir leur force juridique mesurée. L'application de l'échelle de mesure de la juridicité à un échantillon représentatif de règles permettra la mise en lumière de l'essence plurielle qui empreint le droit (chap. 2). Toutefois, ce n'est pas là le seul enseignement que cet instrument permet de tirer. Dans beaucoup d'études et nombre de matières, y recourir peut s'avérer extraordinairement éclairant (chap. 1).

Chapitre 1 — Les différents usages de l'échelle de juridicité

Les emplois envisageables de l'échelle de juridicité sont assurément nombreux, dépassant largement les seuls questionnements théoriques. Dans tous les domaines internes au droit ou côtoyant le droit, il peut être fructueux de connaître la force juridique des règles objet des travaux. Néanmoins, il est une étude pour laquelle l'échelle ne sera d'aucun secours : celle consistant à spécifier la ligne de démarcation séparant droit et non-droit. Entre les règles à juridicité pleine (⑩) et les règles à juridicité nulle (①) résident la plupart des règles. Celles-ci possèdent donc une juridicité partielle (de ② à ⑨), sans qu'il soit possible de savoir, à moins de recourir à un libre-arbitre mal venu, à partir de quel échelon une règle bascule dans le fief du « vrai » droit.

Il est indubitable que l'échelle de juridicité est en premier lieu un outil théorico-scientifique à destination des hommes de doctrine et des étudiants qui analysent les règles de l'extérieur et cherchent à comprendre leur réalité et leur actualité (I). Cependant, les hommes de lois (parlementaires) et les hommes de cours (juges et avocats) trouveront quelques arguments peut-être décisifs après application de cette grille de lecture (II).

I. — Un outil théorique

Disposer d'un instrument de mesure de la juridicité est d'autant plus utile que d'aucuns prennent acte de l'entrée du droit dans une ère « postmoderne »¹, laquelle est synonyme de profonds bouleversements qu'il s'agit d'être en mesure de percevoir (A). L'une des premières manifestations de cette mutation serait l'avènement d'un véritable pluralisme des sources de règles juridiques² (B).

A. — Un outil pour repenser le droit à l'ère de la « postmodernité » de la pensée juridique

Pour espérer pouvoir accéder à la scientificité, une matière doit se dévoiler tel « un ensemble de connaissances ordonnées »³. En ce sens, nul doute que l'échelle de juridicité participe d'un mouvement d'ordonnement des bagages cognitifs relatifs au droit. Combinée à l'échelle de normativité, elle contribue à « la conjugaison, la conjonction, voire la fusion des divers savoirs concernant la société »⁴ que d'aucuns appellent chaudement afin de « féconder les approches »⁵. Pareil processus serait d'autant plus impératif qu'il semble que « la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique [...], se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée que d'axiomes *a priori* »⁶. Même prise isolément, l'échelle de juridicité permet une approche plurielle mais ordonnée du droit dès lors qu'elle consiste en la combinaison des différentes thèses actuellement en vigueur à son sujet. Elle assure le dépassement des antagonismes qui depuis toujours animent la théorie du droit autour de la question *du* critère de la juridicité et, partant, de *la* définition du droit. Accepter que les critères constitutifs du phénomène juridique actuellement significatifs soient multiples doit libérer la voie à une vision progressiste – le droit par degrés –, à une évolution positive de la pensée juridique. Quels que soient les certitudes, les évidences, les aprioris et l'idéologie

¹ Cf. not. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, coll. « Droit et société », 2008 ; D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », in E. SERVERIN, A. BERTHOUD, dir., *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et société civile*, L'Harmattan, 2000, pp. 69 s. ; B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n° 10, 1988, pp. 403 s. ; P. MAISANI, F. WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n° 27, 1994, pp. 443 s.

² Il faut rappeler que la thèse du pluralisme juridique est parfaitement indépendante de la théorie syncrétique du droit. La première correspond à l'observation empirique d'une multiplicité de foyers de règles juridiques simultanément applicables en un système. La seconde se situe à un niveau supérieur puisqu'elle désigne une intention épistémologique particulière. Ensuite, il est certain que l'acceptation de la théorie syncrétique favorise largement la perception du pluralisme juridique.

³ A. LALANDE, « Science », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », 2010.

⁴ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Préface », *Droit et société*, n° 1, 1985, p. 11.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 14.

qui l'animent *ab initio*, l'observateur se plaçant dans le cadre d'analyse ici proposé et le respectant scrupuleusement aboutira à des conclusions objectives et scientifiques.

Avec l'échelle de juridicité, ne sont plus distinguées uniquement les règles absolument juridiques et les règles aucunement juridiques. La grille de lecture est éminemment plus fine puisqu'elle reconnaît huit degrés d'intensité juridique. Or, à l'heure de la complexification croissante et accélérée du monde, nombre de régimes normatifs attirent les règles à juridicité forte et traquent les règles à juridicité moyenne ou faible, tandis que d'autres consentent à ce que les règles à juridicité moyenne ou faible débordent et supplantent les règles à juridicité forte, souvent dans une optique pragmatiste. Par suite, il revient à chacun de préférer n'étudier que les règles fortement juridiques ou de se lancer dans un exposé comparatif intégrant toutes les règles au moins moyennement juridiques, cela à l'aune de leur normativité concomitante.

Seules des lunettes appropriées laissent entrevoir combien l'État concurrencé a succédé à l'État souverain, combien le droit suit et subit l'évaporation des sociétés, laquelle est marquée par « les interdépendances, les discontinuités, les interactions, l'instabilité [et] l'imprévisibilité »¹. Aussi est-ce certainement à propos des règles d'origine étatique que les leçons à tirer peuvent être les plus symptomatiques. Il s'agirait de mesurer la part prise par le droit et, surtout, par le droit public dans la recomposition des cadres socio-culturels ; de s'interroger quant à la position centrale de l'État dans la régulation des multiples activités des membres du corps social mondial. Hier, « réduisant les autres acteurs au rang de figurants, il récitait un grand texte d'auteur, celui de la raison d'État souveraine qui semblait n'avoir été écrit que pour lui »². Mais s'il s'avérait, aujourd'hui, que les règles étatiques perdent, devant des mouvements et des groupes qui ignorent les frontières et l'idée de souveraineté, une part de leur force juridique, cela signifierait qu'est en train de se produire une « révolution juridique », ce qui ne serait pas le moindre des enseignements.

Au sein d'un « village global » où le droit public omnipotent a laissé place à une étrange « gouvernance »³, il semble que les seconds couteaux normatifs aient affuté leurs lames et soient entrés en nombre sur le grand marché du droit, où ils lassèrent le monopole étatique. Dès lors que les règles de droit surgissent de partout, à tout moment et en tous sens, les pierres angulaires de l'édifice juridico-étatique classique s'effritent dangereusement, risquant d'emporter l'effondrement du monument dans son ensemble. En ces circonstances, il serait peu judicieux de la part de qui étudie le droit de continuer obstinément à n'avoir d'égard que pour les seules règles d'origine publique.

Il est impérieux, désormais, d'inclure au cœur de tout projet lié au phénomène juridique les règles qui revêtent une normativité forte. À l'inverse, il paraît ubuesque de se borner à affirmer, sans s'autoriser davantage de hauteur de vue, que « c'est l'État qui crée le droit »⁴. Un ouvrage ouvert et objectif doit « prendre les droits au sérieux »⁵, ne pas négliger les caractères intrasystémiques de validité tout en faisant justice à la réalité des régulations sociales *extra*,

¹ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n° 3, 1998, p. 671.

² F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 125.

³ Cf. J.-Ch. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, 3^e éd., La découverte, coll. « Repères », 2010 ; D. MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 315.

⁵ Réf. au titre de l'ouvrage de R. DWORKIN, *op. cit.*

supra, *para* ou *trans* juridiques. Quelques précurseurs adoptent déjà pareille posture « postmoderne » et, par exemple, ont été placées, en annexe d'un manuel de « droit de la communication numérique »¹, la « nétiquette »² et les « conditions générales d'utilisation de Firefox, Yahoo !, Gmail, Facebook et Canablog », lesquelles sont reproduites intégralement ; tandis que le « tableau des lois applicables » ne vient qu'ensuite et est contenu en une maigre page.

Par suite, certains ont relevé l'existence d'une véritable mécanique dialectique droit/fait : « la règle de droit assume, oriente, canalise ou contrarie le fait ; [lequel], à son tour, [la] confirme, complète ou contrarie »³. D'une part, l'effectivité est devenue un indice essentiel de la juridicité. D'autre part – et surtout –, les règles sociales à normativité forte, même si leur juridicité est moyenne ou faible, sont bien celles qui présentent le plus grand intérêt pratique. Reste alors à espérer que la juridicité rattrape la normativité, spécialement par l'intégration de ces règles au sein de l'ordre juridique. Et puis, peuvent émerger, sans se voir affublés du statut officiel de droit, des phénomènes institutionnels satisfaisant en partie aux critères de la juridicité. Si ces phénomènes ne peuvent espérer engendrer des règles à la juridicité pleine, ils sont parfaitement légitimes à revendiquer le droit à l'étiquette « droit ».

Parce qu'elles permettent la mise en lumière de ces profonds bouleversements, les échelles de juridicité et de normativité se révèlent en tant qu'instruments très utiles, si ce n'est indispensables. Il ne saurait y avoir de réponse qu'à condition qu'une question soit posée. Un souffle entraînant ou, au contraire, orageux pourrait très vite souffler dans les voiles de ceux qui – pirates ou corsaires – soutiennent que le droit, entré dans une ère « postmoderne », est désormais réseautisé, négocié, pluriel, complexe, hétérogène, plastique, dispersé, mobile. Soit la houle muera en déferlante, soit elle s'assoupira. L'essentiel est que seule l'objectivité guide les travaux. Différents concepts naissants pourraient être aisément confirmés ou infirmés ; par exemple ceux de « polycentricité »⁴, d'« internormativité »⁵, de « cosmopolitisme », de « gouvernance globale », de « transgouvernementalisme » ou encore de « souveraineté collective »⁶.

L'heure n'est certainement pas à l'assimilation du droit à l'ensemble des règles sociales. Le phénomène juridique relève d'un particularisme solidement établi et qui ne saurait s'estomper aussi soudainement, quand bien même *ubi societas ubi jus*. Si les régulations sociales faiblement juridiques gagnent du terrain, ce déplacement des forces est déjà la conséquence d'une « crise du droit » avant que d'être celle d'une quelconque « rupture ». La juridicité est une qualité qui évolue perpétuellement mais lentement, jamais brutalement ; aussi serait-il incorrect de conclure à une subrogation du droit privé au droit

¹ J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. « Manuel », 2011, pp. 335 s.

² Il s'agit d'un code de bonne conduite en ligne rédigé par les internautes à l'intention des internautes.

³ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 8^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2009, n° 463.

⁴ La « polycentricité » désignerait le fait que « l'État n'est pas au centre de toute la vie juridique, et [que] tout droit n'est pas nécessairement un système hiérarchisé de normes, de type pyramidal » (A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2^e éd., LGDJ, coll. « Droit et société », 2004, p. 281).

⁵ L'« internormativité » peut être sommairement caractérisée comme un processus d'échanges et d'emprunts entre ordres juridiques qui tendent vers l'homogénéisation.

⁶ Sur ces concepts fleurissants, cf. K. BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal, 2008, spéc. pp. 631 s. et 747 s.

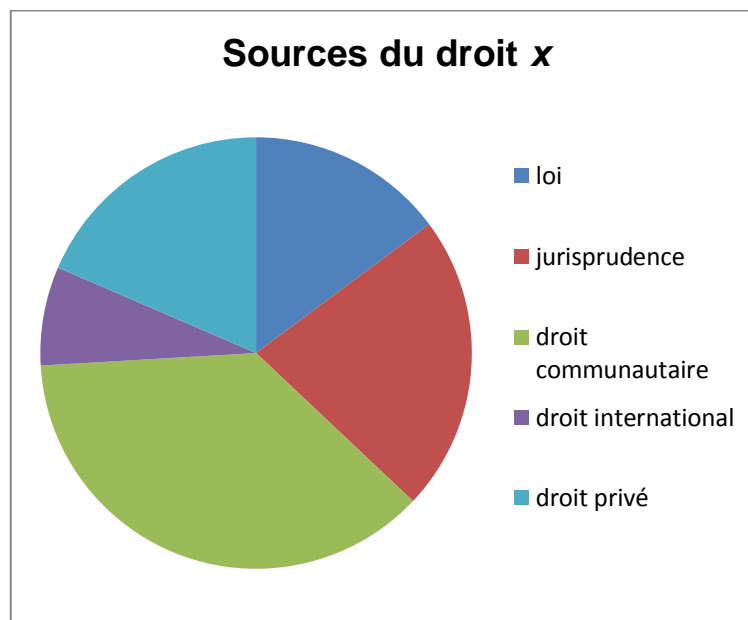
public. Ce qui peut être plus sûrement identifié, c'est un recul du droit au profit d'autres formes de régulation sociale. L'autonomie du droit non seulement demeure mais doit demeurer. Et il serait dangereux à plus d'un titre que le lien historique droit-État soit rompu.

B. — Un outil pour approfondir la thèse du pluralisme juridique

D'aucuns perçoivent, avec le XXI^e siècle, l'avènement d'un pluralisme entendu au sens fort, soit un pluralisme d'« interactions » (coexistence de plusieurs ordres juridiques simultanément en vigueur à l'égard des mêmes personnes) et non plus de « juxtaposition » (coexistence de plusieurs ordres juridiques indifférents les uns aux autres)¹. L'échelle de juridicité pourrait ainsi servir à l'affinement de la théorie des sources du droit². Il s'agirait spécialement de noter la coexistence de sources formelles, réelles et idéales susceptibles de produire des règles à la force juridique variable. Et, à côté des foyers classiques – ou officiels – de juridicité, il conviendrait d'intégrer toute la « création sombre du droit »³.

Encore, pourraient être dissociés *pluralisme qualitatif* et *pluralisme quantitatif*. Pour rendre compte de ce dernier, il faudrait, tout d'abord, recenser toutes les règles significatives issues de chaque puits de droit, une règle significative se définissant comme une règle appliquée concrètement et régulièrement. Ensuite, ce pluralisme quantitatif serait à présenter sous une forme graphique.

Par exemple, les sources d'un droit *x* pourraient être figurées de la manière suivante :



¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, op. cit., p. 316.

² Cf. L. FONTAINE, « Le pluralisme comme théorie des normes », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 127 s.

³ F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 209.

Le pluralisme qualitatif étant ici étranger, il ne s'agirait pas d'inférer de l'étude que les règles d'origine privée portent la même force juridique que les règles légales, mais seulement qu'elles occupent, en pratique, autant de place quantitativement, en termes de nombres de normes.

Évidemment, cette sommaire présentation du pluralisme quantitatif n'est guère suffisante et il faudrait préciser substantiellement ses implications. Mais l'échelle de juridicité ne concerne que le pluralisme qualitatif et il n'est pas lieu de poursuivre plus avant sur ce point.

Reste que la vision graduelle du droit qu'induit l'approche syncrétique possède vraisemblablement quelque avenir parmi la théorie et l'épistémologie juridique. La capacité de l'échelle de juridicité à retranscrire, mieux que tout autre instrument, les dynamiques et la complexité qui marquent le droit à l'heure de son entrée dans une époque « postmoderne » est un atout décisif. Peut-être même les praticiens peuvent-ils y dénicher l'une ou l'autre utilité.

II. — Un outil pratique

S'il est vrai qu'« il arrive aux juristes de faire du droit sans savoir le droit qu'ils font »¹, alors ce sont bien tous les rouages de la machine juridique que l'échelle de juridicité est susceptible de concerner. Le droit est, avant toute autre chose, une question concrète ; d'ailleurs une théorie n'a de sens qu'à condition de se mettre à la disposition de la pratique. Le phénomène juridique s'apparente à une réalité « complexe [...] qui consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères »². Partant, c'est aussi aux tribunaux, aux fonctionnaires et aux particuliers que le présent instrument de mesure s'adresse. Les observations permises par son utilisation peuvent s'avérer pertinentes – et même source d'influence – pour la création (A) et l'application (B) des règles juridiques.

A. — Un outil au service du législateur

Alors que les dispositions législatives sont de plus en plus contraintes à une certaine forme de performance et de réussite, l'échelle de juridicité permet l'appréciation de la force juridique des règles établies par le Parlement tant dans le temps que dans l'espace. Le caractère juridique évolue au fil des mois, généralement dans le sens d'un affaiblissement ; il arrive également qu'il varie au gré des territoires. Or sans doute les règles législatives dont la juridicité n'est pas ou plus forte doivent-elles être abrogées ou, du moins, retravaillées. La force symbolique de la loi en dépend.

¹ R. ARON, cité par J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2001, p. 211.

² H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 138.

En outre, certains constats contemporains – tel celui qui compare le droit actuel aux « montres molles de Salvador Dali »¹ – doivent conduire les pouvoirs publics à redéfinir le droit, à repenser leur droit. Ainsi, lorsqu'est souligné combien « l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté [...] ; la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme [...] ; les frontières du fait et du droit se brouillent ; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi [...]) ; les systèmes juridiques [...] s'enchevêtrent ; la justice, [...] s'appréhende en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables »² ; il n'est plus admissible de perpétuer les modes de production des règles publiques du XX^e siècle.

À l'heure de l'internet et des réseaux qui « bouleversent le droit »³, de la souveraineté qui se « fragmente »⁴, le diptyque échelle de juridicité-échelle de normativité a vocation à mener vers un plus haut niveau de pragmatisme du législateur, lequel ne doit certainement plus jeter uniquement un regard dogmatiste sur le droit. Le temps où ce dernier tirait sa force de lui-même est révolu. La puissance législative doit s'enquérir de la réalisation sociale des règles instituées, car c'est désormais « l'état des pratiques sociales [qui] fonde la législation, [alors que] la légitimité devient un problème de consensus »⁵. Le but premier de toute législation est depuis toujours de produire les effets escomptés, ce qui se mesure à travers l'efficacité et l'effectivité. En n'ayant d'égard que pour la juridicité des règles qu'il édicte, le législateur pourrait en oublier un temps l'adage *jus ex facto oritur*, selon lequel le droit naîtrait des faits. Toute règle juridique, normalement, est la descendante en lignée directe du contrat social et repose sur un mandat des citoyens. Les parlementaires doivent donc prêter une oreille attentive aux sentiments qui animent les destinataires de leurs productions législatives, en particulier le sentiment d'obligatorité. À une époque où il est de plus en plus aisé d'échapper à la loi, il devient impératif que le pouvoir législatif entre dans une logique de dialogue avec les destinataires et récepteurs des normes législatives.

De plus, il est avéré que « l'État n'a ni le temps, ni la volonté d'élaborer tout le droit nécessaire à la satisfaction des besoins de chacun »⁶. Partant, le Parlement – à condition qu'il les cautionne – doit s'appropriier les règles dont il constate que leur normativité est forte. Il lui incombe de les incorporer au sein de l'ordre juridique afin de leur permettre d'allier la juridicité à cette normativité préexistante. La loi étant « l'instrument principal du contrôle social »⁷, l'enjeu est décisif pour l'État et, plus encore, pour la société.

Enfin, au-delà du législateur, toute source de règles sociales doit avoir à l'esprit que plus la proportion de règles faiblement ou moyennement juridiques devient importante, plus

¹ M.-C. SMOUTS, « La coopération internationale : de la coexistence à la gouvernance mondiale », in *Les nouvelles relations internationales, pratiques et théories*, Dalloz, 1998, p. 108.

² F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 14.

³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les bouleversements du droit par Internet », in J.-M. CHEVALIER et alii, *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000, p. 37.

⁴ A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation...*, *op. cit.*, p. 283.

⁵ P. LASCOUMES, E. SERVERIN, « Théorie et pratique de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 128.

⁶ S. GUINCHARD, « La procédure mondiale modélisée : le projet de l'*American Law Institute* et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile », *D.*, 2003, p. 2184.

⁷ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 155.

le risque qu'elles soient inopérantes et de voir le désordre s'installer grandit. L'objectif doit être clairement placardé sur le fronton de toutes les « maisons du droit »¹ : lutter contre les règles à juridicité insuffisante, faire en sorte de se rapprocher d'un monde juridique idéal dans lequel il ne se trouverait que des règles à juridicité pleine.

Les organes et personnes concernés par l'application de règles eux aussi peuvent découvrir quelques usages opportuns à faire de l'échelle de juridicité.

B. — Un outil à disposition du juge et de l'avocat

Plus encore que le théoricien extérieur aux joutes juridiques, le praticien doit éviter, par une rigidité ou un simplisme intellectuel excessif, de forcer les réalités. Même les juges et les avocats, qui pourtant sont les mieux accommodés au fait du droit, opposent trop hâtivement fait et droit. La mission essentielle du droit sera toujours de régir des faits ; si bien que la mise en perspective de la juridicité et de la normativité ne peut qu'être un accessoire très révélateur et un guide décisif pour la décision.

Surtout, il ne serait pas inutile, lorsqu'il hésite entre la mise en œuvre de deux règles antagonistes – et si l'équité ne lui vient pas ou peu en aide –, que le juge recherche le degré de force juridique de chacune des règles en concurrence. Ensuite, il retiendrait évidemment celle dont la juridicité est la plus élevée. La mission du juge étant d'appliquer le droit, il serait difficilement compréhensible qu'il retienne une règle moyennement juridique au détriment d'une règle à la juridicité forte. Quant à l'avocat, sa tâche consiste, classiquement, à prédire quelles seront les règles que les tribunaux manieront et quelles seront celles qui seront écartées. Aussi l'échelle de juridicité lui permettra-t-elle d'obtenir nombre d'indices sans nul doute déterminants.

Nonobstant pareils indéniables intérêts de l'échelle de juridicité, le droit demeure une science inexacte, tandis que le critère de l'application implique que le juge participe de la juridicité de la règle dans une mesure non négligeable. Dès lors, ce dernier conservera toujours – et c'est heureux – une marge de manœuvre suffisante pour pouvoir – il faut y revenir – adapter le droit au fait, le manipuler jusqu'à parvenir à ses fins.

Le bénéfice, finalement, est majeur pour tous les juristes. En effet, si la cadence du droit n'est guère la résultante de leurs seules actions, ils supportent néanmoins une responsabilité de chef d'orchestre puisqu'il leur incombe de rendre audibles aux oreilles moins aguerries les dynamiques originales qui se déploient. En aidant les responsables politiques à identifier les problématiques cardinales qui s'offrent à eux, ils contribuent indirectement à l'éclosion des solutions justes et congruentes. Or, semble-t-il, tous les légistes ne sont pas réalistes. Aujourd'hui comme hier, un certain nombre de « juristes attardés qui se refusent à voir l'évolution du droit »² côtoient les « juristes qui ne savent parler d'une institution que pour en signaler l'évolution, qui prônent toute innovation comme un progrès, qui oublient la valeur de tout ce qui demeure pour louer ce qui advient et demandent que l'évolution du droit s'accélère sans justifier d'ailleurs le motif de ce

¹ Réf. à J. CARBONNIER, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », précité.

² G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 10.

changement de vitesse »¹. Il faut gager que l'avènement d'une théorie syncrétique du droit contribuera à la communion de ces esprits juridiques pour l'instant par trop dispersés.

Mieux que d'interminables dissertations, quelques exemples savamment choisis – afin de constituer un « échantillon représentatif de règles » – souligneront combien les possibilités ouvertes par l'emploi des échelles de juridicité et de normativité, quelles que soit la matière et les règles étudiées, sont infinies.

Chapitre 2 — Les premières applications de l'échelle de juridicité

Il n'est pas rare qu'un ouvrage de théorie juridique pêche par manque d'illustrations, ce qui porte préjudice à la précision et à l'univocité de la description de l'objet étudié. Aussi, après avoir présenté l'intérêt de l'échelle de juridicité, sa méthode d'utilisation et ses différents critères constitutifs, le présent essai ne serait-il pas complet sans quelques premières applications concrètes. Avant d'ainsi « pratiquer » la mesure du droit, il convient cependant de rappeler que seules des règles peuvent être analysées ; jamais leurs enveloppes formelles, jamais les actes juridiques qui les portent ne le peuvent. Il ne serait donc pas correct d'évoquer, par exemple, la « juridicité de la loi » ; il faut plutôt se référer à la « juridicité des *règles de la loi* ».

L'échelle de juridicité se souhaitant *explicite, maniable, fiable et ludique*, les résultats seront présentés de manière ordonnée et systématique, en particulier en recourant à un graphique-type assurant une représentation visuelle, intuitive et directe de l'intensité juridique des règles. Les trois critères les plus abstraits occuperont la partie haute dudit graphique (valeur, validité et, dans une moindre mesure, qualité) ; les trois critères les plus pragmatiques en occuperont la partie basse (efficacité, application et, dans une moindre mesure, sanction). Il sera de la sorte possible de percevoir aisément le fait qu'une règle est équilibrée ou bien penche en direction de l'un ou l'autre pôle.

Les différentes règles retenues en tant qu'exemples – sortes de « règles-cobayes » – proviendront des quarante foyers de normativité suivants :

- la Constitution (n° 1) ;
- la loi (n° 2) ;
- la jurisprudence (n° 3) ;
- le principe fondamental reconnu par les lois de la République (n° 4) ;
- le droit de la collectivité territoriale (n° 5) ;
- le droit de l'État fédéré (n° 6) ;
- la *common law* (n° 7) ;
- le droit de l'Union européenne (n° 8) ;
- la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (n° 9) ;

¹ *Ibid.*

- le droit international (n° 10) ;
- le règlement (n° 11) ;
- la circulaire et la directive (n° 12) ;
- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (n° 13) ;
- le droit de l'autorité administrative indépendante (n° 14) ;
- l'accord collectif (n° 15) ;
- le règlement intérieur (n° 16) ;
- le contrat (n° 17) ;
- la coutume (n° 18) ;
- l'usage (n° 19) ;
- la doctrine (n° 20) ;
- l'adage (n° 21) ;
- le droit transnational (n° 22) ;
- la charte et le code de bonne conduite privés (n° 23) ;
- le droit local (n° 24) ;
- la morale (n° 25) ;
- le droit religieux (n° 26) ;
- la règle de bienséance (n° 27) ;
- la loi mafieuse (n° 28) ;
- la règle du groupe (n° 29) ;
- la règle de la tribu (n° 30) ;
- le droit nazi (n° 31) ;
- le droit médiéval (n° 32) ;
- la loi du talion (n° 33) ;
- la norme technique (n° 34) ;
- la règle de grammaire (n° 35) ;
- la règle du jeu (n° 36) ;
- la règle de l'art (n° 37) ;
- la loi économique (n° 38) ;
- la loi physique (n° 39) ;
- l'habitude (n° 40).

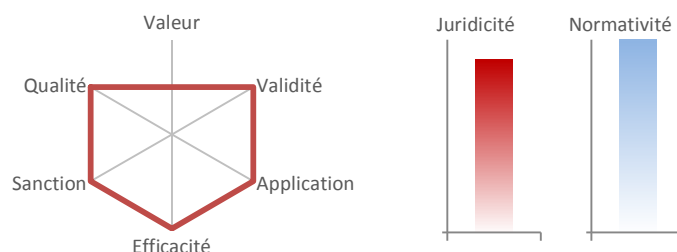
N° 1. — LA CONSTITUTION

➤ ex. 1. L'article 34

• *Règle étudiée* : « La loi fixe les règles concernant : - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; - la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; - l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures [...] ».

• *Niveau de juridicité* : ⑨ (très forte)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



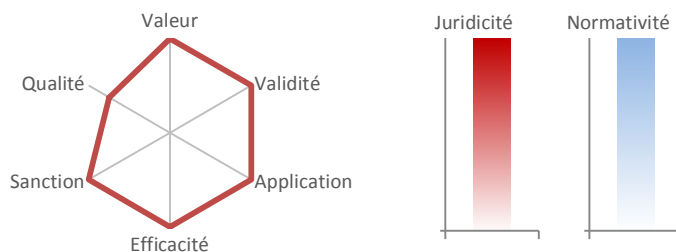
• *Explication* : Cette règle est neutre axiologiquement. Elle encadre les prérogatives des représentants de la nation, ce qui est légitime au vu des précédents historiques et de l'objectif de bon fonctionnement des institutions de l'État. — Elle est valide tant formellement que matériellement dans l'ordre juridique étatique. — Il s'agit d'une règle procédurale qui satisfait parfaitement aux exigences qualitatives. — L'ordre juridique comporte des règles sanctionnant son non-respect et cette sanction est, aujourd'hui, effective. — Le conseil constitutionnel applique systématiquement cette règle dès lors qu'il lui est demandé d'assurer le respect des domaines de la loi et du règlement. — Cette règle procédurale est donc pleinement efficace.

• *Note* : Il semble tout à fait naturel qu'une pareille règle possède une juridicité très forte. Toutefois, avant la révision constitutionnelle de 1974 (qui a étendu la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel à 60 députés ou sénateurs), l'effectivité de la sanction et l'efficacité étaient faibles puisque le Conseil n'était saisi que de la constitutionnalité de quelques textes. Aujourd'hui, cette disposition est bien l'une des plus fortes juridiquement de l'ordre étatique.

➤ ex. 2. Le préambule

• *Règle étudiée* : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 » (al. 1^{er}).

- Niveau de juridicité : ⑩ (absolue)
- Détail : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 3/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



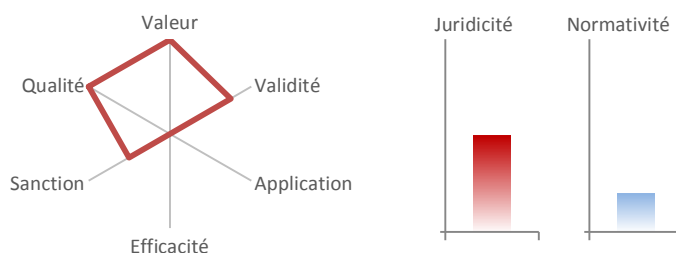
• *Explication* : Cette règle intègre dans l'ordre juridique un ensemble de règles tendant à consacrer les droits et libertés fondamentaux des citoyens. Sa valeur est donc très élevée. — Elle est entièrement valide tant formellement que matériellement dans l'ordre juridique de l'État. — Il s'agit d'une règle procédurale. L'emploi de l'expression « proclame son attachement » porte atteinte à sa qualité car elle introduit un manque de transparence quant à l'effet réellement recherché. — Le non-respect de cette règle est, aujourd'hui, sanctionné. — Le Conseil constitutionnel la mobilise systématiquement. — En conséquence, cette règle procédurale est, désormais, pleinement efficace.

• *Note* : Cette règle revêt une juridicité absolue. Il ne paraît pas illogique que le préambule de la Constitution, texte suprême de l'ordre juridique national, supporte une pareille disposition. Toutefois, avant la décision de Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, la force juridique de celle-ci était certainement plus faible. Notamment, son efficacité et l'effectivité de la sanction n'étaient que partiellement assurées. Aujourd'hui, les textes de loi sont quasi-systématiquement déférés au Conseil constitutionnel afin qu'il juge de leur conformité à la Constitution mais aussi à son préambule et, partant, à l'ensemble du bloc de constitutionnalité.

➤ *ex. 3. L'article 11 (une disposition non encore applicable)*

• *Règle étudiée* : « Un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenu par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales » (al. 6, entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à son application).

- Niveau de juridicité : ⑤ (moyenne-faible)
- Détail : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 0/4



- *Explication* : La valeur de cette règle est très forte puisqu'elle a pour objet de permettre à la nation souveraine à la fois de proposer des lois et de décider de leur sort. — La présente disposition est valide matériellement dans l'ordre juridique étatique. En revanche, elle n'est pas entièrement valide formellement car manquent les textes nécessaires à son entrée en vigueur. — Elle est à la fois une règle procédurale et une règle attributive. Elle remplit toutes les conditions qualitatives nécessaires à la juridicité. — La sanction de son non-respect est prévue dans l'ordre juridique, mais elle est pour l'heure forcément inefficace. — Aucune autorité exécutive n'applique pour l'instant cette règle. — Elle est donc totalement inefficace.

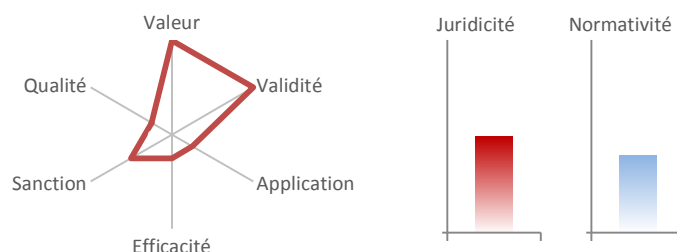
- *Note* : Une règle non applicable ne peut certainement pas atteindre un degré élevé de juridicité. La fin du droit est de se voir réalisé concrètement. La représentation graphique de la règle montre qu'elle a une existence abstraite mais qu'elle est quasi-insignifiante du point de vue des critères les plus concrets. Un droit théorique n'a guère d'avenir par rapport à un droit pragmatique. La présente règle pourra atteindre un niveau élevé de juridicité lorsque les lois et lois organiques nécessaires à son entrée en vigueur auront été édictées.

➤ *ex. 4. L'article 87 (une disposition proclamatoire)*

- *Règle étudiée* : « La République participe au développement de la solidarité et de la coopération entre les États et les peuples ayant le français en partage ».

- *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 1/4 ; sanction : 2/4 ; application : 1/4 ; efficacité : 1/4



- *Explication* : La valeur de cette règle est forte car elle vise les principes de « solidarité » et de « coopération » entre les peuples. — Sa validité est entière formellement comme matériellement. — Il s'agit d'une règle de comportement à destination de l'État. Mais elle n'est ni obligatoire, ni suffisamment précise et intelligible. — Partant, son non-respect ne peut pas être sanctionné même s'il est prévu la possibilité d'une sanction comme pour toute règle constitutionnelle. — Les autorités exécutives la mobilisent rarement. — Seulement symbolique, son efficacité est faible. Elle n'a d'ailleurs pas d'objectif clairement établi.

- *Note* : La représentation graphique de cette règle proclamatoire montre combien elle est importante au sens des critères abstraits, alors qu'elle présente peu d'intérêt aux yeux des critères plus pragmatiques. Le résultat est une juridicité moyenne-faible. Le droit ne peut pas se passer de sanction, d'efficacité et d'application concrètes. Dès lors que la

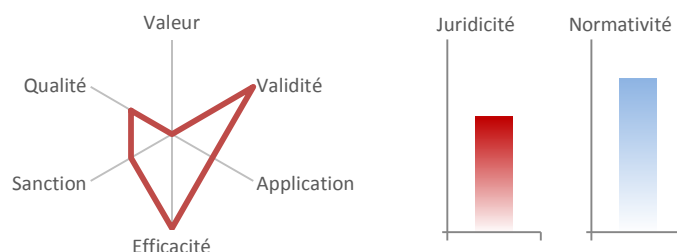
normativité d'une règle est faible, celle-ci ne peut guère aspirer à atteindre un haut degré de juridicité.

➤ *ex. 5. L'article 16 (les pleins pouvoirs du Président de la République)*

• *Règle étudiée* : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances » (al. 1^{er}).

• *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; efficacité : 4/4



• *Explication* : Cette disposition est contraire aux principes politiques supérieurs de séparation des pouvoirs et de démocratie. — Elle est valide formellement dans l'ordre juridique étatique. Elle l'est également matériellement car elle appartient à la Constitution, texte supérieur fixant les valeurs et principes à respecter par toutes les règles de l'ordre juridique. — Il s'agit d'une règle procédurale générale et impersonnelle. Toutefois, les conditions fixées à la possibilité de recourir à cette disposition sont trop imprécises, ouvrant la voie à l'arbitraire. — La sanction du non-respect de cette règle est prévue dans l'ordre juridique. Cette sanction n'est cependant pas effective. — Cette règle n'a été appliquée par les pouvoirs exécutifs qu'à une seule reprise. — Elle est néanmoins parfaitement efficace puisque destinée à n'être utilisée qu'en cas de crise extrême.

• *Note* : L'article 16 est une sorte d'objet constitutionnel non identifié. En particulier, la compatibilité des « pleins pouvoirs » avec l'idée d'État de droit n'est pas assurée¹. Dans ces conditions, bien que parfaitement valide, la règle qu'il porte ne revêt qu'une juridicité moyenne. Sa faible valeur porte un grave préjudice à sa qualité juridique.

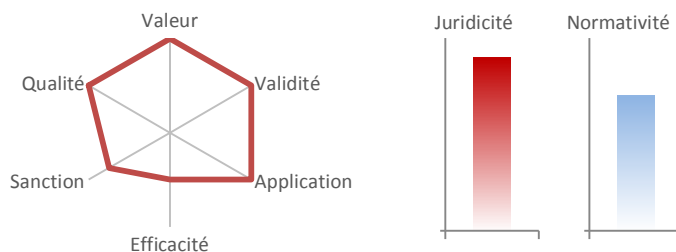
N° 2. — LA LOI

➤ *ex. 1. L'article 221-1 du Code pénal (relatif au meurtre)*

• *Règle étudiée* : « Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle ».

¹ Cf. S. PLATON, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'État de droit contemporain ? », *RFDC*, HS, juin 2008, pp. 97-116.

- Niveau de juridicité : ⑨ (très forte)
- Détail : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 2/4



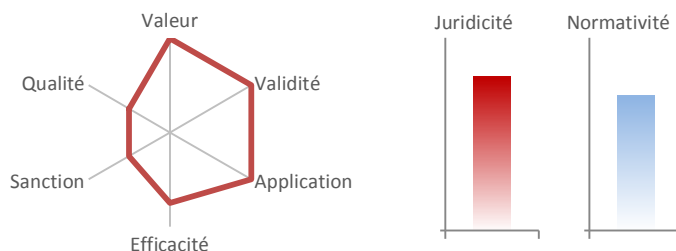
• *Explication* : Cette règle est forte du point de vue axiologique puisqu'elle vise à assurer la paix sociale. — Elle est valide dans l'ordre juridique étatique formellement et matériellement. — Elle est une règle de comportement obligatoire générale et impersonnelle. Elle est claire et intelligible. Si elle oblige à déduire que « le meurtre est interdit », cet effort cognitif est à la portée de tout citoyen. — Cette disposition prévoit en elle-même la sanction de quiconque ne la respecterait pas. Cette sanction est de nature pénale. Son effectivité est mitigée ; de nombreux meurtriers ne sont pas sanctionnés. — Les juges appliquent systématiquement cette règle lorsqu'elle doit l'être. — L'efficacité de cette disposition est moyenne. Symboliquement, elle est très forte, mais de nombreux meurtres sont commis et il n'est pas garanti qu'elle ait permis une baisse sensible du nombre de meurtres.

• *Note* : Une telle règle ne possède pas une juridicité absolue car lui manque la forte normativité sans laquelle une règle perd beaucoup de sa raison d'être. En revanche, du point de vue des critères les plus abstraits, la représentation graphique montre combien elle est l'archétype de la règle de droit.

➤ *ex. 2. L'article 1134 du Code civil*

• *Règle étudiée* : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (al. 1^{er}).

- Niveau de juridicité : ⑧ (forte)
- Détail : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 2/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 3/4



- *Explication* : Cette disposition, parce qu'elle oblige à respecter ses engagements auprès d'autrui, implique les idéaux de justice et de paix sociale. — Elle est valide formellement et matériellement dans l'ordre juridique étatique. — Il s'agit d'une règle de comportement générale et impersonnelle. Elle pêche toutefois par manque d'intelligibilité du point de vue de ses destinataires qui sont tous les citoyens. — Une sanction civile accompagne cette règle dans l'ordre juridique. Cette sanction n'est pas parfaitement effective. De nombreux contractants n'honorant pas leurs engagements ne sont pas sanctionnés. — Les juges appliquent systématiquement cet article dans les espèces qui s'y prêtent. — L'effectivité et donc l'efficacité de cette règle sont fortes. Il se trouve néanmoins un nombre élevé de contrats non respectés.

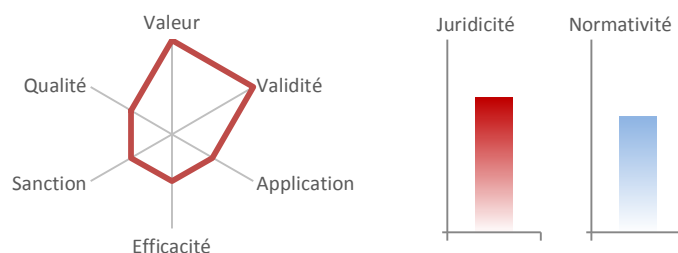
- *Note* : *A priori*, une règle contenue dans un article tel que l'article 1134 du Code civil devrait avoir une juridicité absolue. Pourtant, celle-ci est seulement forte. Certainement, comme les sanctions civiles sont moins fortes juridiquement que les sanctions pénales qui visent la protection de la société dans son ensemble, les règles de droit civil sont-elles, en général, moins fortes juridiquement que les règles de droit pénal. Leur vocation est en effet d'être plus souples, plus adaptables, plus pratiques pour leurs « utilisateurs » ; tandis que les règles pénales, au nom de l'ordre public, se doivent de viser la juridicité la plus absolue.

➤ *ex. 3. Le principe de précaution*

- *Règle étudiée* : « L'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable » (art. L. 110-1-II-1° du Code de l'environnement).

- *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; efficacité : 2/4



- *Explication* : Cette règle poursuit l'objectif supérieur de protection de l'environnement. — Elle est valide tant formellement que matériellement dans l'ordre juridique étatique. — Il s'agit d'une règle procédurale générale et impersonnelle. Les concepts qu'elle emploie sont trop imprécis (« coût économiquement acceptable, « mesures proportionnées »). — La violation du principe de précaution peut être sanctionnée, d'autant plus que ce dernier a valeur constitutionnelle. Néanmoins, elle l'est rarement. — Les tribunaux appliquent de façon mitigée cette règle et il existe des jurisprudences antagonistes. — Son efficacité est moyenne. Elle est très effective symboliquement mais beaucoup moins en faits.

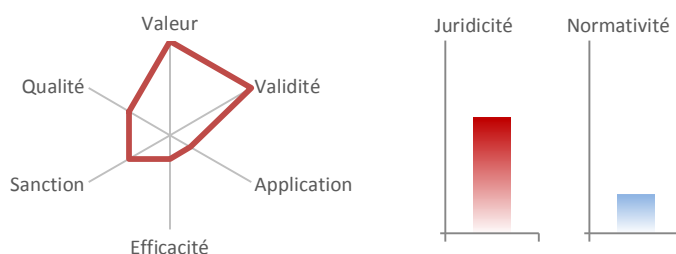
• *Note* : La valeur juridique du principe de précaution est une question qui, depuis une dizaine d'années, agite la doctrine¹. Bien que consacré par la loi, sa juridicité n'est que moyenne-forte. La représentation graphique montre qu'il éprouve des difficultés au moment de son application, sans doute car par trop imprécis. Les tergiversations jurisprudentielles², notamment, l'empêchent d'atteindre un plus haut degré de force juridique.

➤ *ex. 4. L'article 1587 du Code civil (une disposition supplétive de volonté et désuète)*

• *Règle étudiée* : « À l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ».

• *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 2/4 ; application : 1/4 ; efficacité : 1/4



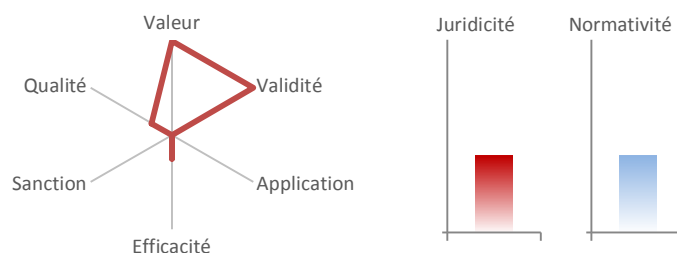
• *Explication* : Cette règle apparaît neutre du point de vue des valeurs. — Elle est entièrement valide tant formellement que matériellement dans l'ordre juridique étatique. — Il s'agit d'une règle de comportement générale, impersonnelle, claire et intelligible. Toutefois, elle est supplétive de volonté, ce qui nuit fortement à sa qualité. — L'ordre juridique prévoit la sanction (civile) de son non-respect. Cette sanction est peu effective. — Les juges n'appliquent que rarement cette règle. — Son efficacité est actuellement faible.

• *Note* : Malgré ses caractères supplétif de volonté et désuet, cette disposition parvient tout de même à atteindre un niveau moyen de juridicité. Elle profite de la présence des critères abstraits que sont la validité et la valeur. La représentation graphique montre qu'elle n'a, en revanche, quasiment aucune existence dans le pan concret de la juridicité. La question d'une éventuelle désuétude de la loi, soit sa disparition du fait de son inapplication, n'est, selon le droit positif, qu'une analyse factuelle car aucune règle de l'ordre juridique ne prévoit la disparition juridique de la loi du fait de sa disparition de fait. Cela n'empêche guère, et c'est heureux, une baisse du niveau de juridicité. Tant qu'elle n'est pas abrogée, la loi demeure en « vigueur », mais il faut insister sur les guillemets.

¹ Par exemple, parmi une littérature fournie, cf. F. DEMICHEL, « Le droit malade de la peste : les ravages du principe de précaution », *RGDM*, n° 37, déc. 2010, pp. 303-319 ; F. EWALD, « La construction du régime juridique du principe de précaution », *D.*, n° 22, 2007, pp. 1548-1551.

² Cf. Ch. NOVILLE, « La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution », *D.*, n° 22, 2007, pp. 1515-1518.

- *ex. 5. Une règle de « droit mou »*
 - *Règle étudiée* : « La famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles se fonde la société. C'est sur elle que repose l'avenir de la nation. À ce titre, la politique familiale doit être globale » (loi du 25 juil. 1994 relative à la famille, art. 1^{er}).
 - *Niveau de juridicité* : ④ (faible)
 - *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 1/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 1/4

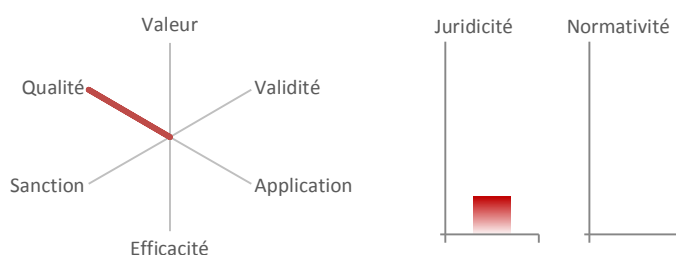


- *Explication* : Cette disposition est importante au plan de la légitimité axiologique. Elle concerne la valeur famille, laquelle prend place au panthéon des valeurs. — Elle est parfaitement valide tant formellement que matériellement dans l'ordre juridique étatique. — Elle n'est ni une règle de comportement obligatoire, ni une règle procédurale, ni une règle attributive. De plus, bien que générale et impersonnelle, elle est par trop imprécise. — Il n'est pas prévu de sanction en cas de violation de cette règle, ce qui ne saurait guère se produire. — Les organes exécutifs de l'ordre juridique ne la mobilisent pas. — Elle possède une effectivité symbolique moyenne et une effectivité concrète faible.

- *Note* : La question de la juridicité du « droit mou », « droit souple » ou « soft law » est actuellement une des sources les plus prolifiques de débats¹. La présente règle possède une normativité comme une juridicité faibles, ce qui illustre le peu d'intérêt qu'il faudrait en réalité concéder à cette forme de règles. Lorsque soit la juridicité, soit la normativité est forte, il est temps de s'interroger. Lorsque ces deux caractères sont faibles, il n'est même pas assuré qu'il s'agisse réellement d'une règle.

- *ex. 6. L'interdiction du port du pantalon aux femmes (une loi caduque)*
 - *Règle étudiée* : « Toute femme désirant s'habiller en homme doit se présenter à la Préfecture de police pour en obtenir l'autorisation. [...] Cette autorisation ne peut être donnée qu'au vu d'un certificat d'un officier de santé » (« loi » du 26 brumaire an IX de la République (17 nov. 1799)).
 - *Niveau de juridicité* : ② (très faible)
 - *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 0/4

¹ Par exemple, P. DEUMIER et alii, *Le droit souple*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.



• *Explication* : Cette règle est contraire au principe d'égalité. — Elle n'est pas valide matériellement car la Constitution consacre l'égalité en droit des femmes et des hommes. Elle n'est pas non plus valide formellement puisque des révolutions se sont produites depuis l'adoption de ce dispositif et rien dans le droit positif ne renvoie à pareil texte ancien. — Cette règle est une règle de comportement obligatoire générale et impersonnelle. Elle est également claire et intelligible à ses destinataires. — Aucune sanction n'est prévue par l'ordre juridique en cas d'infraction à cette disposition. — Les organes exécutifs, les tribunaux en particulier, ne l'appliquent, actuellement, jamais. — Son efficacité, à l'heure d'aujourd'hui, est nulle.

• *Note* : Il s'agit ici d'un cas d'école. Le terme « loi » doit être compris au sens large puisque le texte en cause est, en réalité, une ordonnance du préfet de police de Paris. Il ne s'appliquait que dans 81 communes du département de la Seine. Par ailleurs, il faut relever, en guise d'anecdote, que deux circulaires de 1892 et 1909 sont venues assouplir cette règle en tolérant le port du pantalon « si la femme tient par la main un guidon de bicyclette ou les rênes d'un cheval ».

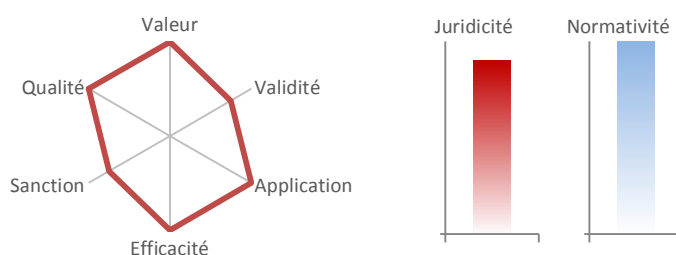
N° 3. — LA JURISPRUDENCE

➤ *ex. 1. Un principe général du droit*

• *Règle étudiée* : « Le commerce et l'industrie sont libres » (Conseil d'État, ass., 22 juin 1951, *Daudignac*).

• *Niveau de juridicité* : ⑨ (très forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



• *Explication* : Cette règle est une concrétisation de l'idéal de liberté. — Elle est valide matériellement dans l'ordre juridique étatique. Formellement, elle n'est pas valide

dans l'ordre juridique étatique officiel puisque celui-ci défend aux juges d'être une source de règles de droit générales. Elle est valide dans un ordre juridique public implicite, ce qui ne permet pas de remplir le critère de la validité pleinement. — Il s'agit d'une règle attributive générale et impersonnelle. Elle est parfaitement claire et intelligible. Le fait qu'une liberté soit une simple possibilité d'agir ne retire ici pas sa qualité à la règle car celle-ci vient après un contexte de droit dans lequel il était possible de poser des barrières au commerce et à l'industrie. C'est aussi une règle de comportement obligatoire s'imposant aux pouvoirs publics. — L'ordre juridique public implicite prévoit la sanction de qui ne respecte pas ce principe général du droit et cette sanction est effective. — Les juges administratifs appliquent cette règle à chaque fois que l'occasion leur en est donnée. — Aujourd'hui, les destinataires de cette règle, qui sont les pouvoirs publics, la respectent pleinement. Les exceptions sont « exceptionnelles ».

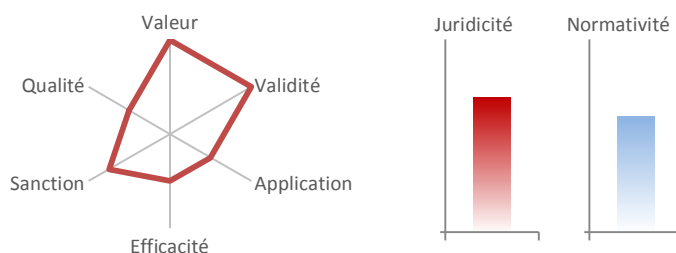
• *Note* : Les révolutionnaires de 1789 se sont méfiés des tribunaux et leur ont refusé tout pouvoir de création juridique. Avec la séparation des pouvoirs, les prérogatives législatives ne doivent appartenir qu'au Parlement, lequel traduit la volonté générale. Selon la loi des 16 et 24 août 1790, « les tribunaux ne peuvent prendre, directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif à peine de forfaiture ». Et, aujourd'hui, l'article 5 du Code civil défend aux juges de « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Pourtant, malgré cette prohibition expresse des arrêts de règlement, il est indéniable que la jurisprudence est une source de droit, et une source importante de droit. Seulement, elle forme un ordre normatif particulier au sein de l'ordre juridique étatique général, ce qui n'empêche aucunement le présent PGD de posséder une juridicité très forte.

➤ *ex. 2. Un objectif à valeur constitutionnelle*

• *Règle étudiée* : « L'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi [...] impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » (Conseil constitutionnel, décision n° 2006-540 DC du 27 juil. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*).

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 3/4 ; application : 2/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : Cette règle est forte d'un point de vue axiologique car elle tend à favoriser les principes démocratiques et à repousser tout risque d'arbitraire. — Elle est valide matériellement dans l'ordre juridique étatique. Elle l'est également formellement car

le Conseil constitutionnel la dégage des articles 4, 5, 6 et 26 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Or l'ordre juridique confie audit Conseil la mission d'assurer le respect de ce texte par le législateur. — Cette règle est une règle procédurale générale et impersonnelle. Paradoxalement, le caractère par trop général de sa formulation la rend imprécise car il est délicat de distinguer entre formule équivoque et formule non équivoque. — L'ordre juridique prévoit la sanction du non-respect de cette règle. Cette sanction, prononcée par le Conseil constitutionnel, est moyennement effective. — Le Conseil constitutionnel applique ce principe en opportunité, sans que cela soit systématique. — Pareille règle n'est qu'à demi efficace, notamment parce qu'elle est peu précise.

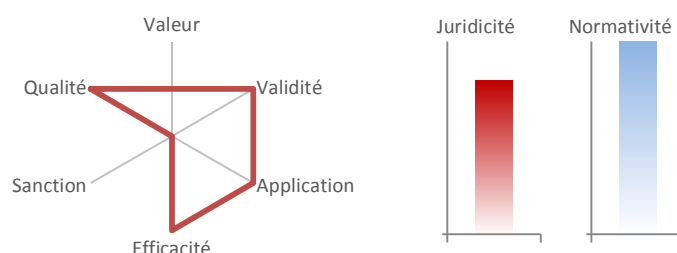
• *Note* : Comme l'illustre parfaitement sa représentation graphique, cet objectif à valeur constitutionnelle manque de réalisme¹. Sans doute est-ce le propre de toute règle de cette nature, ce qui justifie l'emploi du terme « objectif ».

➤ *ex. 3. Une jurisprudence du Conseil constitutionnel*

• *Règle étudiée* : « Le Conseil constitutionnel est incompétent pour contrôler la conformité d'une loi par rapport à un traité » (décision n° 75-54 DC du 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*).

• *Niveau de juridicité* : ③ (forte)

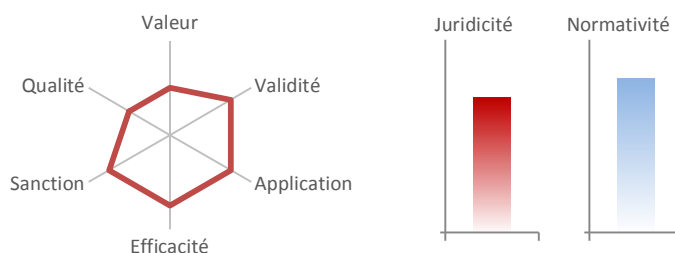
• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



• *Explication* : Cette disposition est neutre axiologiquement. — Elle est valide formellement et matériellement dans l'ordre juridique étatique. Elle l'est formellement car les règles procédurales de cet ordre confient au Conseil constitutionnel la mission d'assurer le respect de la Constitution. Or il déduit la présente règle de l'article 61 de ce texte. — Il s'agit d'une règle procédurale générale et impersonnelle, précise et intelligible à son destinataire qui est le Conseil constitutionnel lui-même. — Il revient au Conseil de sanctionner le non-respect de cette règle dont il est destinataire. Ce conflit d'intérêts porte atteinte au critère de la sanction. — Le Conseil applique indéfectiblement cette règle. — Elle est donc pleinement efficace.

¹ Cf. P. JAN, « Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes, seulement », *LPA*, n° 193, 26 sept. 2002, pp. 15-19.

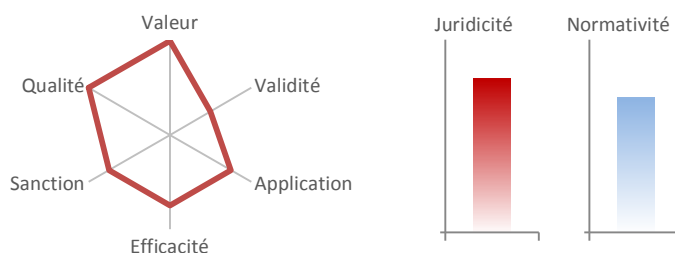
- *ex. 4. Une jurisprudence du Conseil d'État*
 - *Règle étudiée* : « Les annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir n'ont pas, automatiquement, un effet rétroactif » (Conseil d'État, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*).
 - *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)
 - *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 3/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4



- *Explication* : Cette règle, bien que poursuivant un objectif de sécurité juridique, ne porte pas de valeur supérieure particulière. — Elle est valide matériellement dans l'ordre juridique étatique. En revanche, elle ne l'est pas formellement. Elle appartient à un ordre normatif propre au droit administratif et proche de l'idée de *common law*. — Elle est une règle procédurale générale et impersonnelle. Toutefois, elle manque de clarté et de précision car il paraît délicat de savoir quels sont les cas dans lesquels la rétroactivité ne doit pas jouer et sur quels indices il faut se baser pour statuer. — L'ordre juridique propre au droit administratif prévoit une sanction en cas de non-respect de cette règle. Cette sanction est effective. — Les autorités exécutives l'appliquent, mais avec quelques hésitations imputables à son manque de précision. — Elle n'est donc pas pleinement efficace.

- *Note* : Le droit administratif prouve qu'il est difficile de ne retenir qu'une définition purement normativiste du phénomène juridique. En effet, dans sa version jurisprudentielle, ce droit ne serait alors composé que de règles non juridiques. Il existerait ainsi un ensemble de règles applicables aux activités et personnes publiques qui ne serait en aucune façon du droit. Le « droit » administratif aurait une existence de fait mais pas une existence juridique officielle, ce qui n'est pas acceptable.

- *ex. 5. Une jurisprudence de la Cour de cassation*
 - *Règle étudiée* : « Le respect de la vie privée s'impose à l'auteur d'une œuvre de fiction » (civ. 1^{ère}, 9 juil. 2003).
 - *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)
 - *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4



- *Explication* : Cette règle poursuit l'objectif supérieur de protection de l'individu et de sa vie privée. — Elle est valide matériellement dans l'ordre juridique étatique. Elle ne l'est en revanche pas formellement car la Cour de cassation ne dispose pas de la possibilité de créer des règles générales. Or cette interprétation de l'article 9 du Code civil l'outrepasse largement. La jurisprudence de la Cour de cassation forme un ordre normatif particulier semi-développé. — Il s'agit d'une règle de comportement obligatoire générale et impersonnelle, précise et intelligible à ses destinataires. — L'ordre juridique prévoit la sanction pénale de l'atteinte à la vie privée. En revanche, cette sanction est imparfaitement effective car de nombreuses infractions ne sont pas l'objet de sanctions. — Les tribunaux suivent largement cette interprétation, sans que cela soit exactement systématique. — Cette règle est, de tant à autre, violée. Un certain nombre de fictions ne respectent pas le droit au respect de la vie privée.

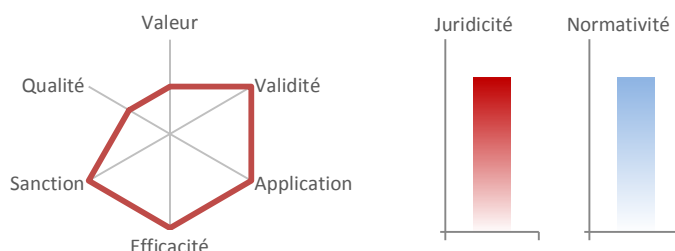
- *Note* : Le législateur ne saurait prévoir tous les cas de figure et, partant, toutes les règles de droit nécessaires à la régulation de la société. Dès lors, il est important que les juges disposent d'un pouvoir créateur de règles et que ces règles, comme celle ici étudiée, possèdent une juridicité forte.

➤ *ex. 6. Une condamnation quelconque par un tribunal*

- *Règle étudiée* : « M. X est condamné à x euros de dommages et intérêts ainsi qu'aux dépens ».

- *Niveau de juridicité* : ③ (forte)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



- *Explication* : Cette règle est parfaitement neutre d'un point de vue axiologique. — Elle est entièrement valide formellement et matériellement dans l'ordre juridique étatique. — Il s'agit d'une règle de comportement pour une partie et d'une règle attributive pour l'autre. Ces règles sont précises mais ni générales, ni impersonnelles. — Le non-respect de

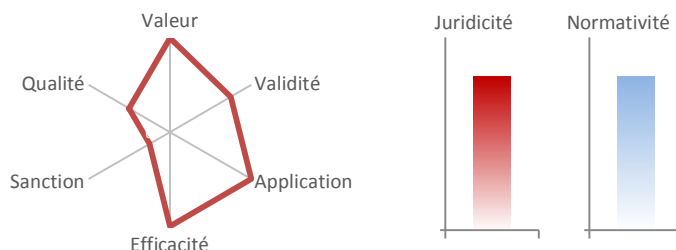
cette règle est passible d'une sanction. Dans les cas similaires, cette sanction est le plus souvent effective. — Les autorités exécutives font appliquer cette condamnation, même si elle ne doit l'être qu'une seule fois. — M. X paye les dommages et intérêts ; la règle est donc efficace.

➤ *ex. 7. Une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

• *Règle étudiée* : « La Cour condamne la France [car] l'accusé n'a pas disposé de garanties suffisantes lui permettant de comprendre le verdict prononcé à son encontre » (arrêt du 10 janv. 2013, *Agnelet c/ France*).

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 1/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



• *Explication* : Cette règle est forte axiologiquement car elle implique le droit à un procès équitable. — Elle est valide formellement et matériellement dans l'ordre normatif conventionnel, lequel atteint un niveau élevé de développement. — Si cette règle implique le fait que l'institution du jury populaire n'est pas conforme à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en tant que telle elle est une règle attributive qui n'est ni générale, ni impersonnelle. — Le système de sanction en cas de non-respect de cette règle (soit si l'État l'ignorait) est insuffisant. — Les autorités exécutives, tant conventionnelles qu'étatiques appliquent cette règle individuelle. — Son efficacité est donc totale.

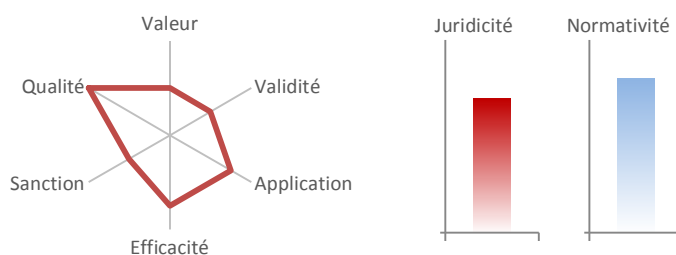
• *Note* : C'est ici la règle individuelle attributive qui est étudiée. La Cour européenne des droits de l'homme produit également des règles de comportement ou procédurales générales mais implicites dont le degré de juridicité est sans doute moindre. En l'occurrence, peut être déduite la règle selon laquelle « toute décision de justice en matière criminelle doit être précisément motivée ».

➤ *ex. 8. Une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*

• *Règle étudiée* : « Le droit du traité ne pourrait, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même » (Cour de justice des communautés européennes, arrêt du 15 juil. 1964, *Costa c/ ENEL*).

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Cette règle est neutre axiologiquement. — Elle est valide matériellement dans l'ordre juridique unioniste comme étatique car le premier est intégré dans le second. En revanche, elle n'est pas valide formellement car ces ordres juridiques ne prévoient pas la possibilité pour des organes juridictionnels de créer des règles générales. — Il s'agit d'une règle procédurale générale, impersonnelle, claire et précise. — En cas de non-respect de cette règle par ses destinataires (les États), la CJUE peut les sanctionner. Néanmoins cette sanction est inefficace. — Les organes exécutifs étatiques ne font pas tous application de cette règle. Les organes exécutifs de l'Union européenne, en revanche, le font. — Elle est donc fortement efficace, sans l'être totalement.

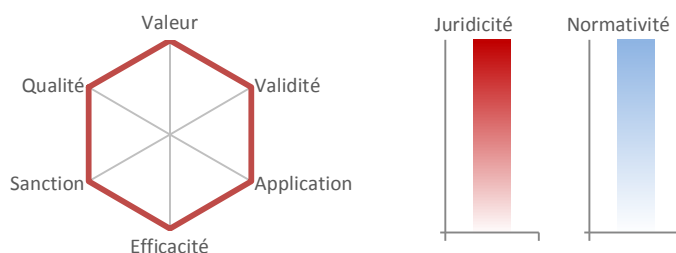
N° 4. — LE PRINCIPE FONDAMENTAL RECONNU PAR LES LOIS DE LA RÉPUBLIQUE

➤ *ex. 1. La liberté d'association*

• *Règle étudiée* : « Chacun est libre de créer, d'adhérer ou de refuser d'adhérer à une association ».

• *Niveau de juridicité* : ⑩ (absolue)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



• *Explication* : Cette règle est une application de l'idéal de liberté. — Elle est parfaitement valide dans l'ordre juridique étatique, tant formellement que matériellement. En effet, elle est consacrée par la loi du 1^{er} juillet 1901 à laquelle renvoie implicitement le préambule de la Constitution de 1946 à travers l'expression « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Or ledit préambule fait actuellement partie du droit positif de l'État puisque le préambule de la Constitution de 1958 y fait référence. Le

Conseil constitutionnel a confirmé (sans rien créer) le fait que le préambule de la Constitution appartient à l'ordre juridique (décision du 16 juil. 1971). — Cette règle est une simple faculté. Toutefois elle vient modifier un contexte juridique antérieur dans lequel cette faculté pouvait être entravée. De plus, cette règle est générale et impersonnelle, claire et intelligible. Elle répond donc à toutes les exigences qualitatives. — L'ordre juridique comporte une règle sanctionnant le non-respect de cette liberté (qui peut intervenir par le fait des pouvoirs publics). Cette sanction est effectivement appliquée (censure de la loi). — Les organes exécutifs ont toujours appliqué cette règle lorsqu'y était porté atteinte (décision du 16 juil. 1971 du Conseil constitutionnel). — Elle est donc parfaitement efficace.

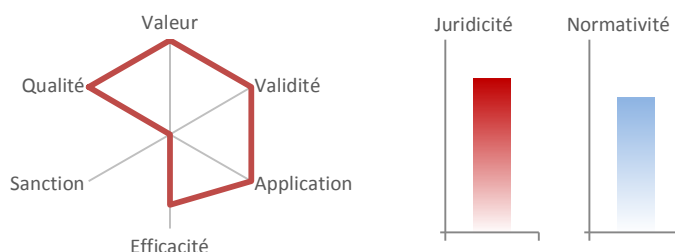
N° 5. — LE DROIT DE LA COLLECTIVITÉ TERRITORIALE

➤ ex. 1. Une allocation de solidarité

• *Règle étudiée* : « Le Département des Bouches-du-Rhône accorde aux familles résidant dans le Département et sous conditions de ressources, une allocation forfaitaire et unique en vue de réduire les frais d'inscription de leurs enfants à un séjour en colonie de vacances » (Direction enfance-famille du Conseil général des Bouches-du-Rhône, mai 2012).

• *Niveau de juridicité* : ③ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



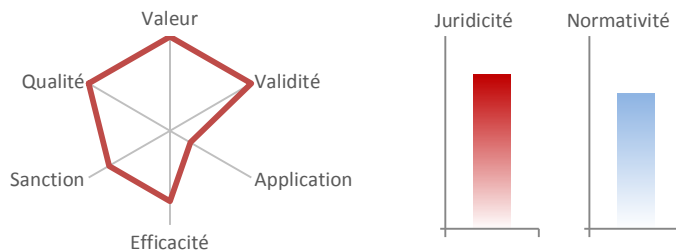
• *Explication* : Cette règle implique les valeurs supérieures de solidarité et d'égalité. — Elle est parfaitement valide dans l'ordre normatif de la collectivité territoriale, lequel intègre l'ordre étatique et est ainsi parfaitement développé juridiquement. — Il s'agit d'une règle attributive. Elle est générale, impersonnelle, claire et intelligible. — Il n'est pas prévu de sanction en cas de non-respect de cette règle. — L'administration l'applique sans restriction. — Son efficacité n'est pas complète car de nombreuses personnes ne profitent pas de cette allocation de solidarité alors qu'elles y ont droit.

N° 6. — LE DROIT DE L'ÉTAT FÉDÉRÉ

➤ ex. 1. Une loi de l'État de Californie

• *Règle étudiée* : « La production et la vente de tout produit résultant du gavage forcé d'un animal est interdite » (loi de 2004 du Parlement de Californie).

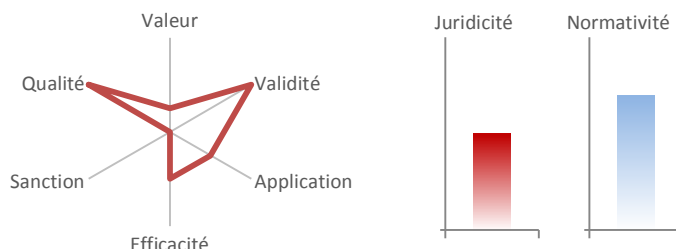
- Niveau de juridicité : ③ (forte)
- Détail : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 1/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Cette règle est conforme à l'objectif transcendant de protection des êtres vivants contre toutes formes de souffrance et de maltraitance. — Elle est pleinement valide, matériellement et formellement, dans l'ordre juridique de l'État de Californie. — Il s'agit d'une règle de comportement obligatoire générale et impersonnelle. Elle est claire et intelligible. — Des sanctions sont prévues en cas de non-respect de cette règle. Néanmoins, beaucoup de contrevenants ne sont pas sanctionnés. — Pour l'heure, rares sont les organes exécutifs à avoir mis en œuvre cette disposition qui vient d'entrer en vigueur. — Beaucoup de producteurs et vendeurs se conforment à cette interdiction. Cependant, un certain nombre la contournent. Symboliquement, son effectivité est moyenne.

N° 7. — LA COMMON LAW

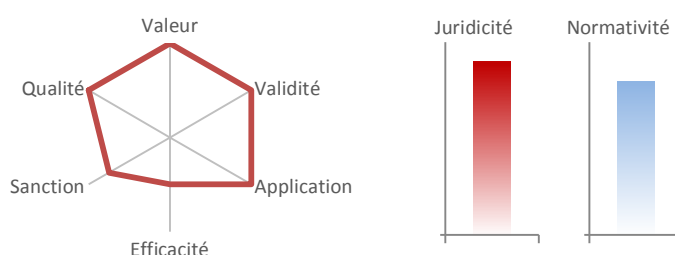
- *ex. 1. La Constitution coutumière du Royaume-Uni*
 - Règle étudiée : « Le Premier ministre peut dissoudre la Chambre des communes » (règle coutumière non codifiée).
 - Niveau de juridicité : ⑤ (moyenne-faible)
 - Détail : valeur : 1/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 2/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : Cette règle porte atteinte à l'idéal politique de séparation des pouvoirs. Sa valeur ne doit cependant pas être considérée comme nulle. — Elle est parfaitement valide dans l'ordre juridique du Royaume-Uni, lequel est basé sur un système de *common law*. — Elle présente toutes les qualités juridiques exigées. Elle est une règle attributive et procédurale dans le même temps. — L'ordre juridique ne prévoit pas de sanction en cas de

non-respect de cette règle. Cependant, par essence, une telle règle ne saurait être violée. — Cette règle est rarement mise en œuvre par le Premier ministre britannique. — Son efficacité est donc moyenne.

- *ex. 2. Une règle de common law typique*
 - *Règle étudiée* : « Le meurtre est illégal » (ancienne et constante jurisprudence de la *Court of Appeal of England and Wales*).
 - *Niveau de juridicité* : ⑨ (très forte)
 - *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : Cette règle est conforme à l'idéal de justice et de paix sociale. — Elle est parfaitement valide dans l'ordre étatique du Royaume-Uni. Celui-ci est autant développé juridiquement que l'ordre juridique d'un pays de droit d'inspiration romano-germanique. — Cette règle est une règle de comportement obligatoire générale et impersonnelle. Elle est claire et intelligible. — L'ordre juridique prévoit la sanction du non-respect de cette règle. Toutefois, celle-ci n'est pas pleinement effective. — Les magistrats suivent systématiquement cette règle dès lors qu'ils se trouvent confrontés à un meurtre. — Elle n'est que moyennement efficace. En effet, elle n'empêche pas de nombreux meurtres et il n'est pas certain que le nombre total des homicides serait beaucoup plus élevé si elle n'existait pas.

N° 8. — LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

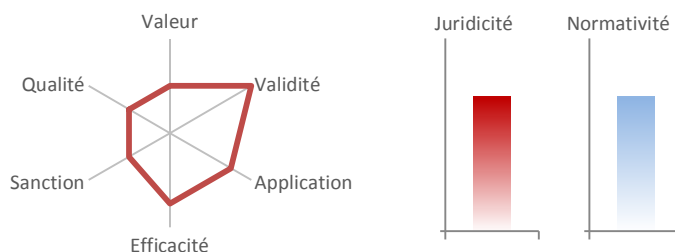
- *ex. 1. Une directive européenne*
 - *Règle étudiée* : « Il convient d'éliminer les obstacles à la liberté d'établissement des prestataires dans les États membres et à la libre circulation des services entre États membres et de garantir aux destinataires et aux prestataires la sécurité juridique nécessaire à l'exercice effectif de ces deux libertés fondamentales du traité » (Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006, relative aux services dans le marché intérieur (Journal officiel L 376 du 27 déc. 2006), art. 5).
 - *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)
 - *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 3/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4

➤ *ex. 3. Un règlement européen*

• *Règle étudiée* : « Le présent règlement ne devrait pas s'appliquer aux questions ayant trait aux régimes matrimoniaux, y compris les conventions matrimoniales que connaissent certains systèmes juridiques, dès lors que celles-ci ne traitent pas de questions successorales, ni aux régimes patrimoniaux applicables aux relations réputées avoir des effets comparables à ceux du mariage » (Règlement n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juil. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, art. 12).

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 2/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Cette disposition est neutre axiologiquement. — Elle est valide dans l'ordre normatif européen. Mais elle est également valide tant formellement que matériellement dans l'ordre national. — Il s'agit d'une règle de comportement obligatoire. Elle est générale et impersonnelle. En revanche, l'utilisation de l'expression « ne pas devoir s'appliquer » nuit à sa qualité. Et elle est difficilement intelligible à ses destinataires qui sont les citoyens de l'Union européenne. — Le système de sanction en cas de non-respect de cette règle est imparfait et moyennement effectif. — Les organes exécutifs européens en font pleinement application. Mais les organes exécutifs nationaux s'en écartent. — L'efficacité de cette règle est forte mais certainement pas pleine.

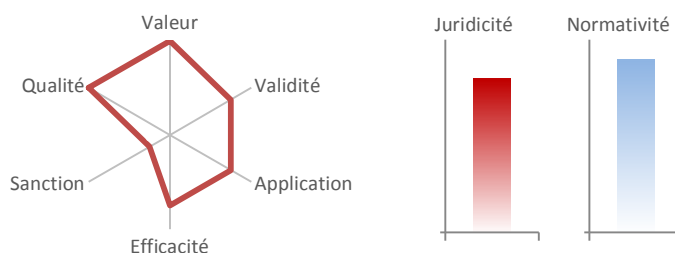
N° 9. — LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

➤ *ex. 1. L'article 6-1 (le droit à un procès équitable)*

• *Règle étudiée* : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ».

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Cette règle est une concrétisation de l'idéal de justice. — Elle est valide formellement et matériellement dans un ordre normatif très élaboré mais non étatique. Cet ordre est interétatique. — La règle est une règle attributive (pour les citoyens) et une règle de comportement obligatoire (pour les États). Elle est générale, impersonnelle, claire et intelligible. — L'ordre normatif en question comporte un organe juridictionnel sanctionnant le non-respect de cet article 6. Néanmoins, un certain nombre d'infractions ne lui sont pas soumises et ne sont donc pas sanctionnées. — Dès lors qu'elle en a l'occasion, la Cour européenne des droits de l'homme applique le droit à un procès équitable. — La plupart des destinataires de cette règle (les États membres) la respectent. Néanmoins, il se trouve quelques exceptions notables.

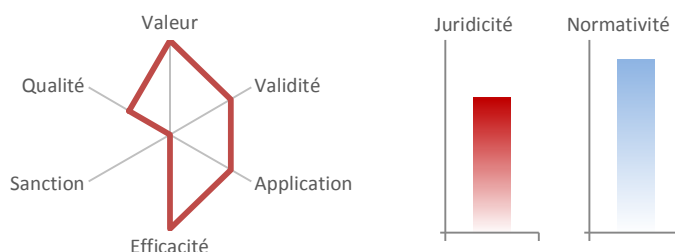
N° 10. — LE DROIT INTERNATIONAL

➤ ex. 1. La Charte des Nations unies

• *Règle étudiée* : « Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales » (art. 39).

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 4/4

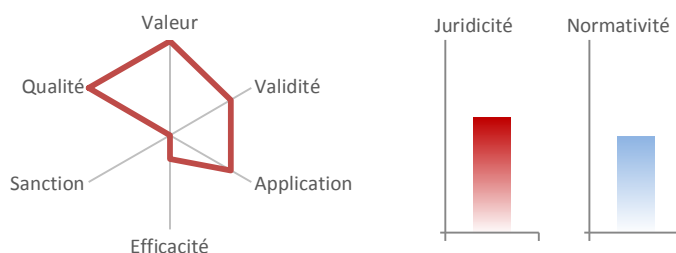


• *Explication* : Cette règle vise l'objectif transcendant de maintien de la paix entre les peuples. — Elle est valide dans un ordre normatif supra-étatique dont le niveau de développement est important. — Elle est une règle procédurale générale et impersonnelle. Elle pêche par manque de précision, laissant ouverte la possibilité de décisions arbitraires de la part du Conseil de sécurité. — Il n'est pas prévu de sanction en cas de non-respect de

cette règle par son destinataire (le Conseil de sécurité). — Le Conseil de sécurité applique cette règle effectivement. — Elle est donc parfaitement efficace.

➤ *ex. 2. La Déclaration universelle des droits de l'homme*

- *Règle étudiée* : « Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé » (art. 9).
- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)
- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 1/4

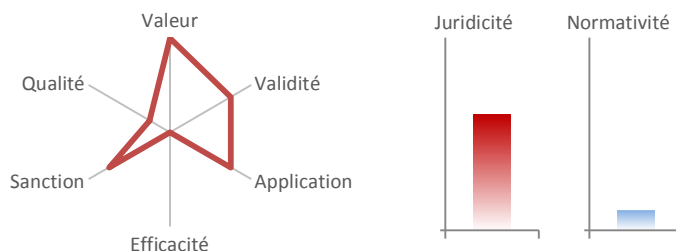


• *Explication* : Cette règle est conforme à l'idéal de justice et de respect de l'Homme. — Elle est valide formellement et matériellement dans l'ordre normatif des Nations unies, lequel est relativement développé juridiquement. — Cette règle est à la fois attributive (pour les citoyens des États membres) et une règle de comportement obligatoire (pour les États membres). Elle est générale, impersonnelle, précise et intelligible. — Son non-respect par les États n'est jamais sanctionné. — Les organes exécutifs des Nations unies l'invoquent lorsque l'occasion leur en est donnée. — L'efficacité de cette règle est faible bien que son effectivité symbolique soit importante. De nombreux États l'ignorent, l'empêchant d'atteindre son objectif.

➤ *ex. 3. Une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU*

• *Règle étudiée* : « [Le Conseil] invite les groupes rebelles maliens à rompre tout lien avec les organisations terroristes, notamment AQMI et les groupes qui leur sont affiliés » (Résolution n° 2071 du 20 déc. 2012).

- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)
- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 1/4 ; sanction : 3/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 0/4



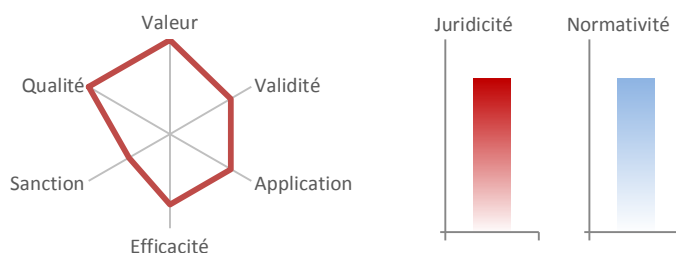
- *Explication* : Cette disposition poursuit l'objectif légitime de paix et de sécurité dans le monde. — Elle est parfaitement valide dans l'ordre normatif onusien, formellement et matériellement. Cet ordre normatif est relativement développé juridiquement. — Cette règle est une règle de comportement. Elle n'est pas générale et impersonnelle mais est claire et intelligible. L'emploi du verbe « inviter » porte atteinte à sa qualité. — L'ordre onusien prévoit une sanction en cas de non-respect de cette règle. Cette sanction, l'intervention armée, est effectivement appliquée. — Les organes exécutifs de l'ONU mettent en œuvre effectivement cette règle. — Cependant, elle n'est nullement respectée par ses destinataires qui la jugent illégitime.

➤ *ex. 4. L'Organisation mondiale du commerce*

- *Règle étudiée* : « Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes » (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, art. 1^{er}, al. 1).

- *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4



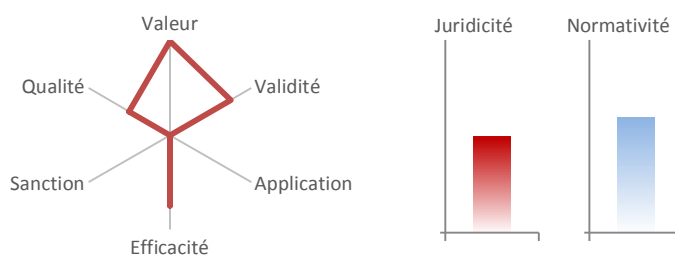
- *Explication* : Cette règle implique le principe de liberté du commerce et, à travers lui, l'objectif supérieur de paix dans le monde et entre les peuples. — Elle est valide au sein de l'ordre normatif formé par l'organisation mondiale du commerce, lequel est interétatique et fortement développé. — Il s'agit d'une règle de comportement et d'une règle attributive à la fois. Elle remplit toutes les conditions qualitatives. — Des sanctions sont prévues en cas de non-respect de cette règle. L'effectivité du prononcé de ces sanctions est mitigée. — L'OMC comporte un organe de règlement des différends qui applique effectivement cette règle. — Cette dernière est respectée par ses destinataires (les États membres). Néanmoins, il existe des conflits dans de nombreux domaines.

➤ *ex. 5. Le Protocole de Kyoto*

- *Règle étudiée* : « Chacune des parties applique et/ou élabore plus avant des politiques et des mesures, en fonction de sa situation nationale, par exemple : accroissement de l'efficacité énergétique dans les secteurs pertinents de l'économie nationale (Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, art. 2-a-i).

- *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Cette disposition est très importante au sens des valeurs. En effet, suivant l'idéal de développement durable, elle vise le respect des générations futures. Plus simplement, elle a pour ambition la protection de la nature. — Elle est valide formellement et matériellement dans l'ordre normatif des Nations unies, lequel atteint un niveau de développement élevé. — Cette règle est une règle de comportement obligatoire à destination des États. Elle est générale et impersonnelle puisqu'elle vise tout État partie. En revanche, elle est insuffisamment précise. — Nulle sanction n'est prévue en cas de contravention à cette règle. — Il n'y a aucun organe d'application qui la met en œuvre. — Si son effectivité symbolique est très importante, son effectivité factuelle est moyenne. Une part des États parties tente de la respecter, une autre s'en détache.

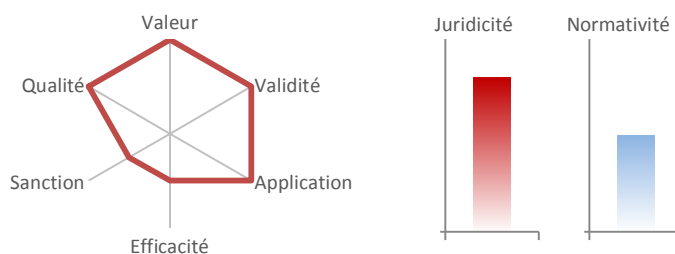
N° 11. — LE RÈGLEMENT

➤ ex. 1. Le Code de la route

• *Règle étudiée* : « Hors agglomération, la vitesse des véhicules est limitée à : 1° 130 km/h sur les autoroutes ; 2° 110 km/h sur les routes à deux chaussées séparées par un terre-plein central ; 3° 90 km/h sur les autres routes » (art. R. 413-2-I).

• *Niveau de juridicité* : ③ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : Cette règle poursuit l'objectif légitime de sécurité et de cohabitation pacifique entre les citoyens. — Elle est entièrement valide, tant matériellement que formellement, au sein de l'ordre juridique étatique. — Elle est une règle de comportement obligatoire générale, impersonnelle, claire et intelligible. — La sanction de son non-respect

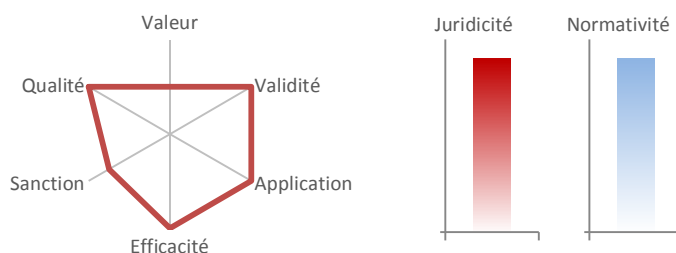
existe, mais elle est très peu effective. Cette sanction est pénale. — Les tribunaux appliquent cette règle sans restriction. — Son efficacité est mitigée. L'effectivité, tant matérielle que symbolique est moyenne ; de nombreux conducteurs ne respectent pas les limitations de vitesse.

➤ *ex. 2. Un décret*

- *Règle étudiée* : « L'exonération de cotisations prévue à l'article 4 de la loi du 25 juillet 1994 susvisée est applicable, sous réserve des exclusions mentionnées au même article, aux entreprises exerçant une ou plusieurs activités suivantes au sens de la Nomenclature des activités françaises approuvée par le décret du 2 octobre 1992 susvisé : 1° Agriculture ; 2° Pêche, y compris aquaculture ; 3° Industrie, hôtellerie et restauration, presse, production audiovisuelle [...] » (Décret n° 95-215 du 27 fév. 1995 relatif à l'exonération de certaines cotisations patronales de sécurité sociale dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et pris pour l'application des articles 4 et 5 de la loi n° 94-638 du 25 juil. 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte).

- *Niveau de juridicité* : ⑨ (très forte)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



- *Explication* : Cette disposition est neutre axiologiquement. — Elle est valide formellement et matériellement dans l'ordre juridique étatique. — Il s'agit d'une règle de conduite obligatoire générale et impersonnelle. Qu'elle ne s'applique que dans certains territoires porte néanmoins une légère atteinte à son caractère général. La règle est aussi précise et intelligible. — L'ordre juridique sanctionne le non-respect de cette règle pas ses destinataires qui sont des organes administratifs. Cette sanction est effective mais elle n'est pas pénale. — Les organes administratifs appliquent effectivement cette règle. — Son efficacité est totale.

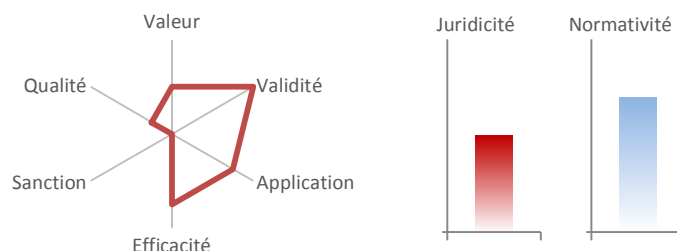
N° 12. — LA CIRCULAIRE ADMINISTRATIVE

➤ *ex. 1. Un objectif fixé aux préfets*

- *Règle étudiée* : « L'objectif sera de sortir d'une approche reposant sur une liste fermée de nombreuses actions prédéfinies au niveau national, pour laisser plus de place aux initiatives de terrain s'inscrivant dans les thématiques prioritaires précitées » (Ministère de

l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, Orientations pour la mise en œuvre de la politique publique de l'alimentation sur la période 2013-2017, 16 janv. 2013).

- Niveau de juridicité : ⑤ (moyenne-faible)
- Détail : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 1/4 ; sanction : 0/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4

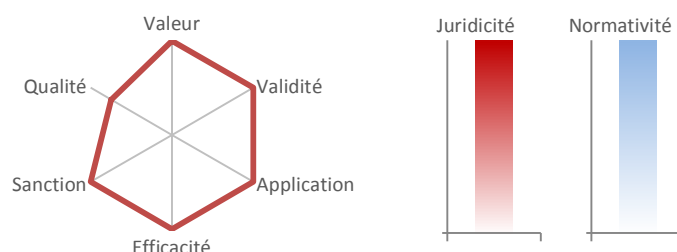


• *Explication* : Cette règle est neutre du point de vue des valeurs. — Elle est pleinement valide dans l'ordre juridique étatique, tant matériellement que formellement. — Elle ne consiste ni en une règle de comportement obligatoire, ni en une règle procédurale, ni en une règle attributive. Aussi manque-t-elle de précision, même si elle est intelligible à ses destinataires (les préfets) et générale. — Il s'agit de simples objectifs dont le non-respect n'est pas sanctionné. — Les destinataires sont des organes exécutifs de l'ordre étatique. Ils mettent en œuvre ces objectifs sans en faire une priorité absolue. — L'efficacité dépend ici de l'application et est donc forte.

N° 13. — LA DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN

➤ *ex. 1. L'article premier*

- Règle étudiée : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».
- Niveau de juridicité : ⑩ (absolue)
- Détail : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 3/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



• *Explication* : Cet article réalise l'idéal de justice sociale et d'égalité. — Il est parfaitement valide dans l'ordre juridique étatique puisque le Préambule de la Constitution de 1958 y renvoie. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs confirmé par sa décision du 16 juillet 1971. — Il s'agit d'une règle attributive générale et impersonnelle. Elle est claire

mais manque (dans une certaine mesure) de précision. — L'ordre juridique sanctionne le non-respect de cette règle. Actuellement, cette sanction est parfaitement effective. — Les autorités exécutives l'ont toujours appliquée sans restriction aucune. — Ses destinataires (les pouvoirs publics) la respectent indéfectiblement.

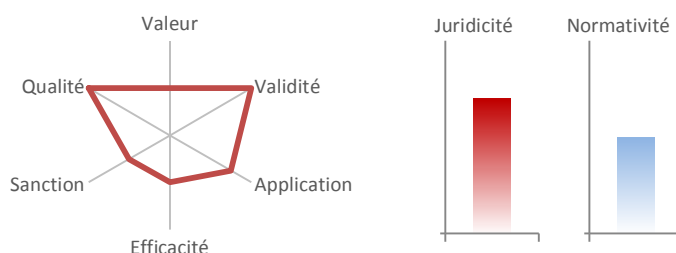
N° 14. — LE DROIT DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE INDÉPENDANTE

➤ *ex. 1. Une délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel*

• *Règle étudiée* : « La gêne sonore occasionnée par un message publicitaire ne doit pas être supérieure à celle constatée lors d'un changement de chaîne » (CSA, Délibération sur l'intensité sonore à la télévision, 10 oct. 2011).

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : Cette règle est neutre axiologiquement. — Elle est valide tant formellement que matériellement dans l'ordre juridique étatique. La loi prévoit que l'autorité régule le secteur de l'audiovisuel, notamment au moyen de recommandations. — Il s'agit d'une règle de comportement obligatoire générale et impersonnelle, précise et intelligible. — L'ordre juridique comporte des règles sanctionnant son non-respect. Le CSA dispose d'un pouvoir de sanction. Cependant, cette sanction est très rarement appliquée aux contrevenants. — Les autorités exécutives appliquent cette règle, mais avec quelques précautions. — Ses destinataires (les chaînes de télévision) la respectent en partie ; beaucoup l'ignorent. Notamment, son effectivité symbolique est faible.

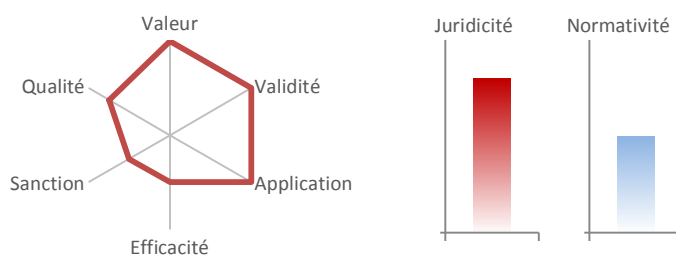
N° 15. — L'ACCORD COLLECTIF

➤ *ex. 1. Une convention collective de travail*

• *Règle étudiée* : « Tout salarié quittant son travail après 22 heures, dans la mesure où il ne dispose pas de moyen de transport en commun, se verra rembourser, sur justificatifs, ses frais réels de taxi » (Convention collective nationale de la restauration rapide du 18 mars 1988, art. 36 b, al. 1^{er}).

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 3/4 ; sanction : 2/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 2/4

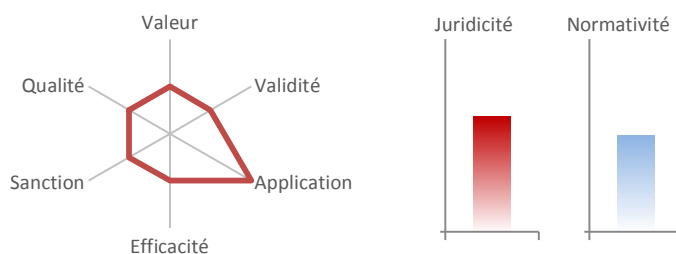


• *Explication* : Cette règle apparaît comme une conséquence du principe supérieur de respect des travailleurs. — Elle est valide formellement dans l'ordre juridique étatique puisque la loi prévoit le recours à l'accord collectif. Elle est également valide matériellement. — Elle présente toutes les qualités juridiquement exigées : il s'agit d'une règle de comportement obligatoire générale, précise et intelligible. Cependant, elle n'est pas suffisamment portée à la connaissance des salariés. — L'ordre juridique prévoit la sanction du non-respect de cette règle. En revanche, la sanction est plutôt inefficace. De nombreux contrevenants ne sont pas sanctionnés. Et la sanction ne peut qu'être civile. — Lorsqu'ils sont en situation de le faire, les juges appliquent systématiquement cette règle. — L'effectivité de cette règle est moyenne. Une part importante des restaurateurs ne la respectent pas.

N° 16. — LE RÈGLEMENT INTÉRIEUR

➤ *ex. 1. Le règlement intérieur d'une entreprise*

- *Règle étudiée* : « Le parking A est réservé au personnel du bâtiment B. Il est défendu à tout autre membre de l'entreprise d'y stationner ».
- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)
- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 2/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : Cette disposition est purement pratique. Elle n'implique aucun principe transcendant. — Elle est parfaitement valide dans un ordre normatif semi-développé (celui de l'entreprise). — Il s'agit d'une règle de comportement précisément déterminée et tout à fait intelligible. Cependant, elle n'est pas générale et impersonnelle. —

L'ordre normatif de l'entreprise prévoit la sanction des contrevenants. — Les juges appliquent le règlement intérieur systématiquement. — Il n'est pas rare que des employés stationnent sur le parking A sans en avoir le droit. L'effectivité de cette règle est moyenne tant matériellement que symboliquement.

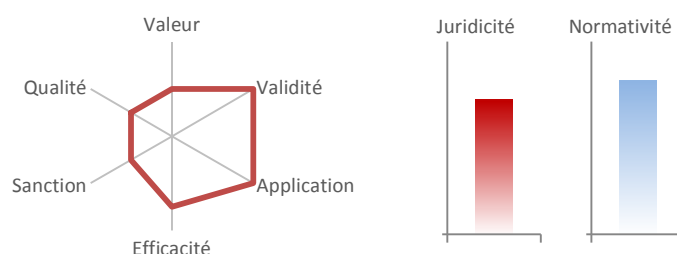
N° 17. — LE CONTRAT

➤ ex. 1. Un contrat de vente

- *Règle étudiée* : « Le montant convenu est remis ce jour par l'acheteur au vendeur, qui lui donne bonne et valable quittance ».

- *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 2/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 3/4



- *Explication* : Cette disposition contractuelle est neutre axiologiquement. — Elle est parfaitement valide, tant formellement que matériellement dans l'ordre juridique étatique qui prévoit le recours au contrat de vente. — En réalité, il y a là deux règles de comportement obligatoire clairement exprimées et précises. Cependant, elles ne sont pas générales et impersonnelles. — L'ordre juridique prévoit la sanction du non-respect des dispositions contractuelles. Néanmoins, sans pouvoir deviner ce qu'il en sera concernant la présente règle, de nombreux contrevenants ne sont pas sanctionnés et la sanction ne peut pas être pénale. — Dès que l'occasion leur en est donnée, les juges appliquent ce genre de clauses contractuelles. — En général, elles sont respectées. Le prix est payé et quittance donnée. Cependant, il arrive que des contractants ne respectent pas leurs engagements.

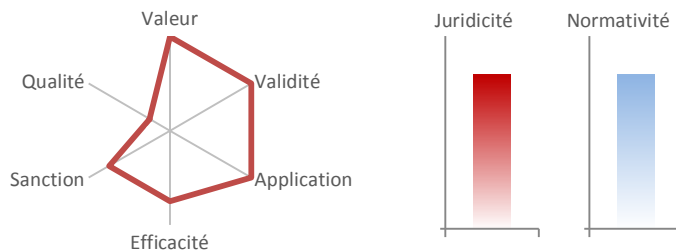
- *Note* : Il existe deux catégories de règles juridiques : celles qui ordonnent une seule relation juridique et celles qui en ordonnent un nombre indéfini¹. La présente règle contractuelle appartient évidemment à la première catégorie. Il paraît inévitable que la juridicité d'une pareille règle, dont la force obligatoire ne concerne que les parties à la convention, ne porte pas plus qu'une juridicité moyenne-forte.

➤ ex. 2. Une clause de non-concurrence dans un contrat de travail

- *Règle étudiée* : « En cas de départ de l'entreprise A, le salarié X s'engage à ne pas travailler pour un concurrent de celle-ci pendant une durée de trois années. Cet engagement lui donne droit à une juste compensation financière ».

¹ M. VIRALLY, *La pensée juridique, op. cit.*, p. 49.

- Niveau de juridicité : ③ (forte)
- Détail : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 1/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 3/4

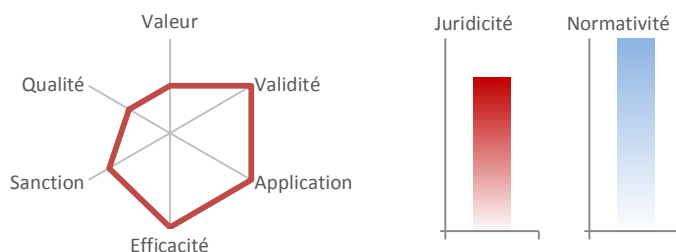


• *Explication* : Cette disposition implique directement les valeurs de respect et de loyauté. — Elle est valide dans l'ordre normatif propre à l'entreprise mais aussi dans l'ordre juridique étatique qui prévoit que les règles régissant l'activité des salariés doivent être précisées par des conventions collectives et des contrats de travail. — La présente règle est une règle de conduite obligatoire. Mais elle n'est ni impersonnelle, ni suffisamment précise car il est délicat de discerner la ligne de démarcation entre entreprises concurrente et non concurrente. — L'ordre juridique étatique prévoit la sanction du non-respect de la clause de non concurrence et celle-ci est, généralement, effectivement appliquée. Toutefois, la sanction n'est pas pénale. — Les juges font application, à chaque fois que le cas se présente, d'une telle règle. — La clause de non concurrence est fortement respectée. Elle ne l'est néanmoins pas par tous les salariés concernés. Certains s'en écartent par opportunité.

➤ *ex. 3. Des conditions générales de vente*

• *Règle étudiée* : « Si le prix réel est inférieur au prix affiché, nous vous facturerons le montant le plus bas et nous vous enverrons le produit » (Conditions générales de vente de Amazon EU SARL, art. 4, al. 3).

- Niveau de juridicité : ③ (forte)
- Détail : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



• *Explication* : Cette règle est neutre axiologiquement. — Elle est valide dans l'ordre normatif créé par le vendeur et imposé à l'acheteur. Cet ordre est juridiquement semi-développé. Surtout, cette règle est valide formellement et matériellement dans l'ordre étatique qui oblige le vendeur à établir des conditions générales de vente. — Il s'agit d'une

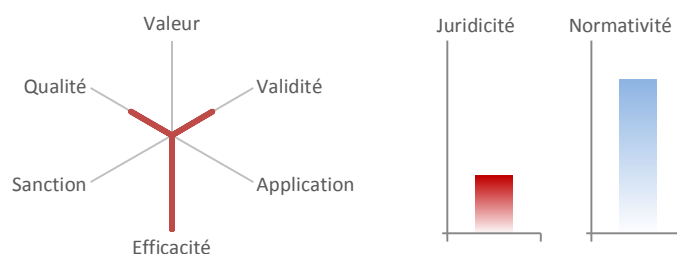
règle de comportement obligatoire précisément édictée et intelligible. Toutefois, elle n'est guère impersonnelle. — L'ordre juridique comporte des règles de sanction en cas de non-respect d'une telle clause contractuelle. Elles sont effectivement appliquées. Cependant la sanction ne peut qu'être civile. — Les tribunaux appliquent effectivement cette règle sans chercher à la détourner. — Son destinataire (l'entreprise) la respecte absolument.

➤ *ex. 4. Des conditions générales d'utilisation*

- *Règle étudiée* : « Vous nous accordez une licence non-exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez » (Conditions générales d'utilisation de Facebook, art. 2-1).

- *Niveau de juridicité* : ③ (faible)

- *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 4/4



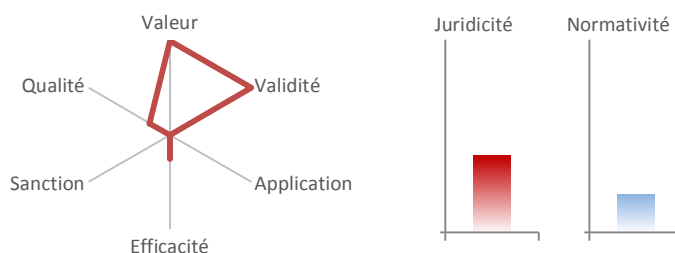
- *Explication* : Cette règle est contraire à l'idéal de respect de la vie privée, lequel implique la maîtrise de ses données personnelles. — Elle est valide formellement dans l'ordre juridique étatique qui prévoit qu'un service établit ses conditions générales d'utilisation. En revanche, elle n'est pas valide matériellement puisque le principe de respect de la vie privée est bafoué (art. 9 du Code civil). — La règle consiste en un comportement obligatoire. Elle est générale et impersonnelle. En revanche, elle recourt à des concepts abscons (« transfert », « sous-licence », « redevance ») pour ses destinataires qui sont tous les utilisateurs du service. — Aucune règle ne prévoit la sanction du non-respect de cette disposition. — Aucune autorité exécutive n'a jamais fait application de cette règle. — Cette règle est parfaitement efficace. *De facto*, il est matériellement impossible de la bafouer.

➤ *ex. 5. Des conditions générales d'utilisation (2)*

- *Règle étudiée* : « Le respect de votre vie privée nous tient à cœur. Notre Politique d'utilisation des données a été établie dans le but de vous informer sur la manière dont vous pouvez utiliser Facebook pour publier des informations et sur la manière dont nous collectons et utilisons votre contenu et vos données personnelles » (Conditions générales d'utilisation de Facebook, art. 1^{er}).

- *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 1/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 1/4



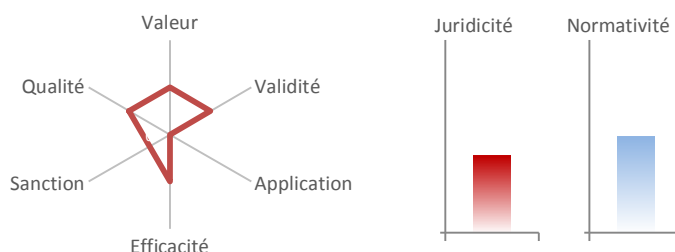
- *Explication* : Cette disposition mobilise le principe essentiel de respect de la vie privée. — Elle est valide formellement et matériellement au sein de l'ordre juridique étatique. — Il s'agit d'une pétition de principe qui ne remplit que la condition de généralité parmi le critère de la qualité. — Il n'est pas prévu de sanction en cas d'infraction. — Aucune autorité exécutive ne l'applique concrètement. — S'agissant d'une pétition de principe, elle n'a aucune normativité, aucune efficacité si ce n'est symbolique.

➤ *ex. 6. Une licence Creative Commons*

- *Règle étudiée* : « CC-BY-NC - Paternité - Pas d'utilisation commerciale » (l'œuvre peut être réutilisée et modifiée, mais à condition de citer le nom de son auteur et de ne pas en faire un usage commercial).

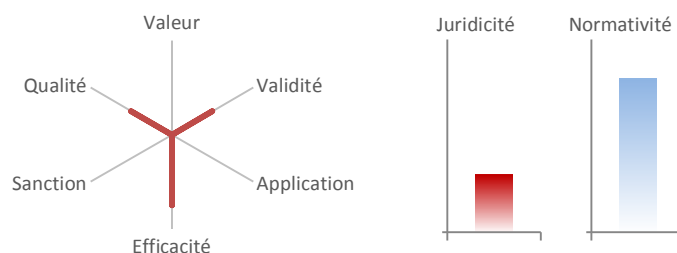
- *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 1/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 2/4



- *Explication* : D'une part, cette règle est conforme à l'idéal de liberté et notamment de liberté de création. Mais, d'autre part, elle est irrespectueuse de l'idéal de propriété et de protection des créateurs. Sa valeur est donc moyenne. — L'ordre juridique étatique ne prévoit nullement la création de dispositions en matière de propriété intellectuelle par des sources privées. Cette règle est valide dans un ordre normatif parallèle assez développé. — Elle est une règle de comportement obligatoire générale et impersonnelle. Toutefois, elle est exprimée de façon peu compréhensible et superficielle, ses destinataires étant tous les utilisateurs de contenus sous licence. — L'ordre normatif prévoit la sanction de son non-respect, mais celle-ci est peu effective. — Les juges n'appliquent pas cette disposition puisqu'ils mettent en œuvre le droit commun de la propriété intellectuelle, lequel est d'ordre public. — Cette règle est moyennement efficace. De nombreux utilisateurs s'en écartent et, spécialement, ne citent pas le nom de l'auteur.

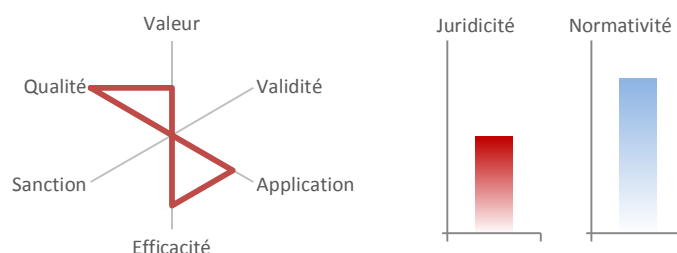
- *ex. 7. Une clause contra legem*
 - *Règle étudiée* : « Objet de la vente : rein de M. X ».
 - *Niveau de juridicité* : ③ (faible)
 - *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Cette disposition est contraire au principe de respect de la personne humaine. — Elle est valide formellement dans l'ordre juridique étatique. Mais elle n'est pas valide matériellement puisqu'elle entre en conflit avec l'article 16-1 du Code civil, lequel prévoit que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». — La règle est une règle de comportement obligatoire précise et intelligible. En revanche elle n'est pas générale et impersonnelle. — L'ordre juridique étatique prévoit la sanction de celui qui ne respecte pas un contrat. Mais la présente convention n'est pas concernée car illégale. — Évidemment, les tribunaux refusent de l'appliquer. — Cette disposition est effective car le contractant entend respecter son engagement dès lors qu'il en retire un bénéfice pécuniaire. En revanche, l'efficacité n'est pas parfaite car, parce qu'illégale, la disposition ne pourra pas produire tous ses effets.

N° 18. — LA COUTUME

- *ex. 1. Une coutume en droit de la famille*
 - *Règle étudiée* : « Le nom du père est transmis à l'enfant légitime ».
 - *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)
 - *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4



- *Explication* : Cette règle est neutre axiologiquement. — Elle est extérieure à l'ordre juridique étatique et n'intègre aucun ordre normatif développé. — Cette coutume consiste en une règle de comportement obligatoire générale et impersonnelle. Elle est précise et intelligible. — Aucune règle ne prévoit de sanction en cas de non-respect de cette coutume. — L'administration et les tribunaux appliquent souvent cette règle. — La coutume est en général suivie car son effectivité symbolique est forte. Néanmoins, une frange de la population, parce qu'elle est de culture différente, ne la fait pas sienne et, partant, l'écarte.

- *Note* : Le fait est présent dans le droit, de tout temps, à travers la coutume. Selon l'article 38.2 du Statut de la Cour internationale de justice, une coutume est « une pratique juridique acceptée comme étant le droit ». Toutefois, il n'existe pas dans l'ordre juridique français de règle conférant à la coutume le statut de règle valide et la règle ici étudiée ne porte qu'une juridicité moyenne-faible, bien que sa normativité soit élevée. Une coutume peut avoir une force obligatoire très importante et être plus respectée par ses destinataires qu'une loi, elle reste une forme de régulation sociale qui peine à développer sa force juridique.

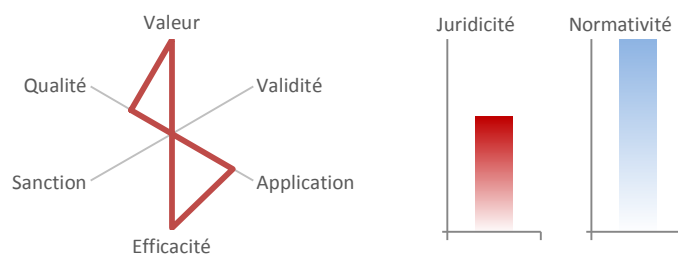
N° 19. — L'USAGE

➤ *ex. 1. Un usage en droit du travail : une prime de vacances*

- *Règle étudiée* : « Dans l'entreprise X, une prime de vacances est systématiquement accordée à tout salarié ».

- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 4/4



- *Explication* : La prime de vacances est importante du point de vue des valeurs car elle vise le bien-être des salariés et l'entente cordiale au sein de l'entreprise. — L'usage n'est pas valide formellement même s'il se rapport à l'ordre normatif propre à l'entreprise. Sa création est informelle. — Cette règle est précise et elle consiste en un comportement obligatoire. En revanche, elle n'est pas impersonnelle. — Aucune règle ne prévoit que le non-respect de l'usage sera sanctionné. — Les juges font néanmoins, dans la majorité des cas, une stricte et systématique application de l'usage. — L'usage, par définition, est parfaitement respecté. S'il ne l'était plus, il disparaîtrait.

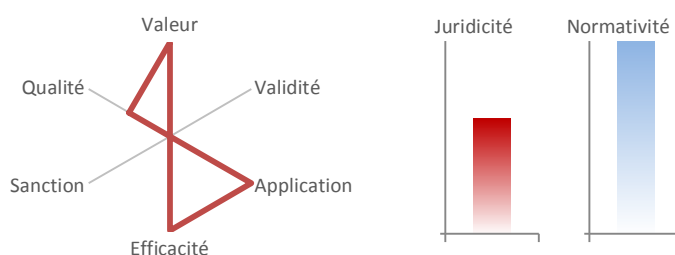
N° 20. — LA DOCTRINE

➤ ex. 1. Une proposition doctrinale type

- *Règle étudiée* : « L'article 16-3 du Code civil ("il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui") doit être interprété restrictivement ».

- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



- *Explication* : La présente règle a pour objet de concrétiser le principe supérieur de respect de la personne humaine. — Elle n'est valide dans aucun ordre juridique et même dans aucun ordre normatif. — Elle est une règle de comportement obligatoire à destination des juges, soit une règle procédurale. Elle est générale et impersonnelle. Néanmoins, elle est absconse car il est difficile de déterminer la limite entre interprétation restrictive et interprétation non restrictive. — Il n'est pas prévu que le non-respect de cette règle soit sanctionné. — Les juges suivent systématiquement cette proposition doctrinale. — Elle est donc très efficace.

- *Observation* : Si la doctrine est souvent présentée comme une source du droit, c'est en tant que source d'inspiration, donc en tant que source indirecte ou matérielle. Il ne saurait s'agir d'une source officielle, formelle, ainsi que la présente règle, dont la juridicité est moyenne, l'illustre.

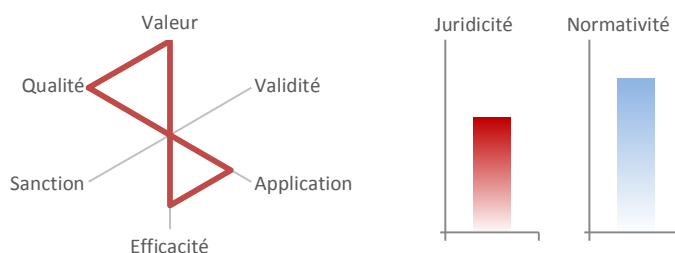
N° 21. — L'ADAGE

➤ ex. 1. « Specialia generalibus derogant »

- *Règle étudiée* : « *Specialia generalibus derogant* » (« Les lois spéciales dérogent aux lois générales »).

- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Cet adage est important d'un point de vue axiologique. En effet, il est un outil au service d'une bonne justice et de la sécurité juridique. — Il n'appartient à aucun ordre juridique. Il est isolé. — Il s'agit d'une règle procédurale générale et impersonnelle. De plus, elle est parfaitement accessible et intelligible. — Aucune sanction n'est édictée en cas de non-respect de l'adage. — Les tribunaux l'appliquent le plus souvent. Néanmoins, il n'est pas rare qu'ils s'autorisent à l'écarter lorsque la situation le demande. — Les destinataires de l'adage étant les juges, l'efficacité est forte sans être totale.

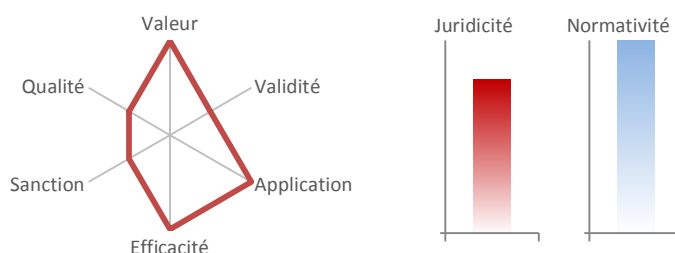
N° 22. – LE DROIT TRANSNATIONAL

➤ ex. 1. La lex mercatoria

• *Règle étudiée* : « Le contrat pourra ne pas être exécuté en cas de force majeure. Il reviendra à l'arbitre désigné par les parties de constater la réalité de la force majeure » (usage classique de la *lex mercatoria*).

• *Niveau de juridicité* : ③ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 2/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



• *Explication* : Cette règle est une application du principe supérieur selon lequel nul ne doit être tenu à l'impossible. — Elle fait partie d'un ordre normatif coutumier dont le développement juridique est moyen. — La règle comprend à la fois une règle de comportement obligatoire et une règle procédurale. Elle est générale et impersonnelle. En revanche, la sécurité juridique n'est pas satisfaite car le concept de « force majeure » est trop imprécis. — L'ordre normatif auquel appartient la règle prévoit, à son niveau, la sanction de son non-respect. — Les organes exécutifs (arbitres) désignés dans cet ordre normatif appliquent la règle. Les tribunaux étatiques, s'ils sont saisis, l'appliquent également en tant que partie intégrante du contrat. — Cette règle est parfaitement efficace. Tous ses destinataires s'y conforment.

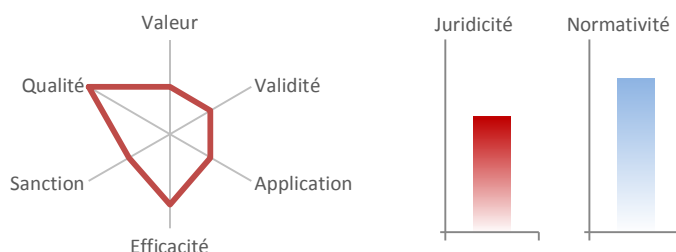
• *Note* : Que cette règle revête une juridicité forte n'est guère surprenant. Cela illustre combien désormais « l'économie est aux postes de commande et les États suivent »¹. S'est développé avec la globalisation un « droit des marchands » autonome et transnational capable de rivaliser avec le droit des États².

➤ *ex. 2. La FIFA et les « lois du jeu »*

• *Règle étudiée* : « Il y a faute si un joueur en position de hors-jeu intervient dans le jeu, soit en touchant le ballon, soit en gênant ou influençant un autre joueur » (Loi 11 du football).

• *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Cette règle ne présente aucune spécificité du point de vue axiologique. — Elle est entièrement valide dans un ordre normatif moyennement développé. Il revient à l'*International Football Association Board* (IFAB) d'établir les « lois du jeu », la FIFA étant membre de l'IFAB. — Cette règle correspond à une règle de comportement obligatoire. Elle satisfait à toutes les exigences qualitatives. — L'ordre normatif en cause prévoit des sanctions en cas de non-respect de cette règle. Ces sanctions sont effectivement appliquées par les arbitres. — Ces derniers sont les organes d'application des lois du jeu. Ils mettent effectivement en œuvre cette règle. — La plupart des joueurs la respectent. Néanmoins, il arrive régulièrement que des fautes soient commises.

N° 23. — LA CHARTE ET LE CODE DE BONNE CONDUITE PRIVÉS

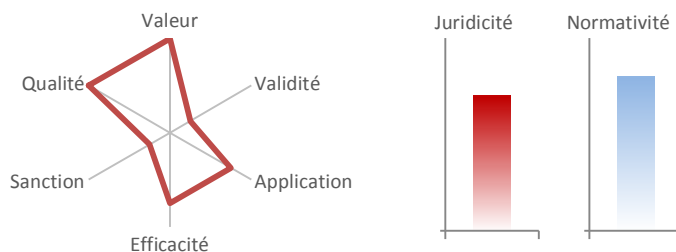
➤ *ex. 1. Une règle de bonne conduite proposée par un opérateur économique*

• *Règle étudiée* : « Ne choisissez pas de *gamertag*, de contenu de profil, d'action d'avatar ou de contenu de jeu faisant référence à des sujets religieux, des personnes ou des organisations de mauvaise réputation faisant l'objet de controverses, ou à des événements sensibles, historiques ou d'actualité pouvant également être jugés inappropriés » (Code de conduite de *Xbox Live*, B, al. 5, 2010).

¹ G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », précité, p. 164.

² Cf. E. LOQUIN, « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, pp. 23 s. ; sur l'idée de *lex mercatoria*, cf. spéc. B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *APD*, 1964, pp. 177 s.

- Niveau de juridicité : ⑦ (moyenne-forte)
- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 1/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 3/4 ; efficacité : 3/4

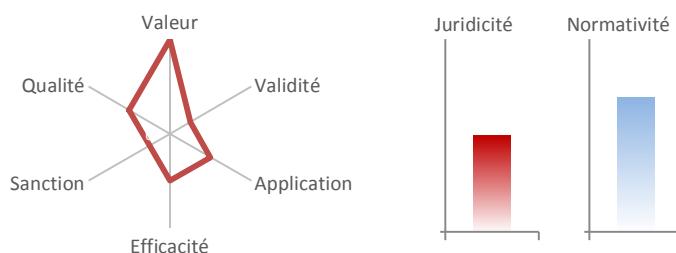


• *Explication* : Cette règle est une réalisation concrète de l'objectif supérieur de respect mutuel et de cohabitation pacifique entre les hommes. — Elle appartient à un ordre normatif en gestation, très imparfait juridiquement. — Elle consiste en une règle de comportement obligatoire et est générale, impersonnelle, précise et intelligible. — En cas de non-respect, est prévu le bannissement du réseau, sanction qui appartient à un ordre juridique très imparfait. — Les juges recourent régulièrement à cette règle afin de retenir la mauvaise foi de celui qui ne l'a pas respectée. — Globalement, cette règle est respectée de ses destinataires. Néanmoins, si l'effectivité symbolique est totale, les infractions sont suffisamment nombreuses pour que l'efficacité ne soit pas parfaite.

➤ *ex. 2. La netiquette*

• *Règle étudiée* : « [Concernant les courriers électroniques], soyez conservateur dans ce que vous écrivez et libéral dans ce que vous recevez. Vous ne devriez pas répondre "à chaud" (on appelle cela des "flambées") si vous êtes provoqué » (art. 2.1.1, al. 6).

- Niveau de juridicité : ⑤ (moyenne-faible)
- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 1/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 1/4 ; application : 2/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : Cette règle tend à concrétiser l'idéal de respect dans les relations humaines. — Elle fait partie de plusieurs ordres normatifs mais qui sont tous sous-développés du point de vue juridique. — Elle est une règle de conduite obligatoire générale et impersonnelle. Cependant, elle pêche par manque d'intelligibilité en recourant à des termes tels que « conservateur », « libéral » ou « flambées » alors que ses destinataires sont l'ensemble des internautes. — Les ordres normatifs auxquels cette règle appartient

prévoient bien des sanctions, mais ces ordres sont sous-développés juridiquement. — Quelques juges se fondent sur la netiquette pour établir la bonne ou mauvaise foi, sans que cela soit systématique. — L'efficacité de cette règle est moyenne. La proportion de destinataires la respectant est proche de la proportion de destinataires la bafouant.

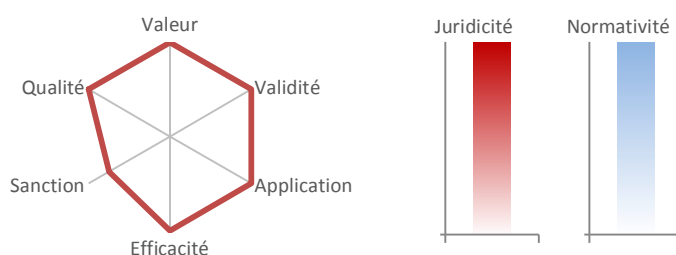
N° 24. — LE DROIT LOCAL

➤ ex. 1. Une règle sociale spécifique à l'Alsace-Moselle

- *Règle étudiée* : « Les salariés du secteur privé ont droit au maintien intégral de leur salaire sans délai de carence et sans condition d'ancienneté lorsque la cause de l'absence n'est pas due à leur fait et qu'elle empêche réellement l'exécution du contrat de travail » (art. L. 1226-23 et L. 1226-24 du Code du Travail).

- *Niveau de juridicité* : ⑩ (absolue)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 4/4



- *Explication* : La présente règle est respectueuse des principes transcendants de solidarité et d'égalité. — Elle est valide tant formellement que matériellement dans l'ordre juridique français, lequel prévoit l'existence d'un droit local spécifique en Alsace-Moselle et le justifie par des raisons historiques. — Cette règle satisfait à toutes les exigences qualitatives. Notamment, elle est suffisamment précise car d'autres règles la complètent. — Des règles de l'ordre juridique prévoient la sanction des destinataires qui ne la respecteraient pas. Toutefois, cette sanction est uniquement civile. — Les juges appliquent systématiquement cette règle lorsqu'elle est mobilisable. — Les destinataires qui ne respectent pas cette règle sont très exceptionnels.

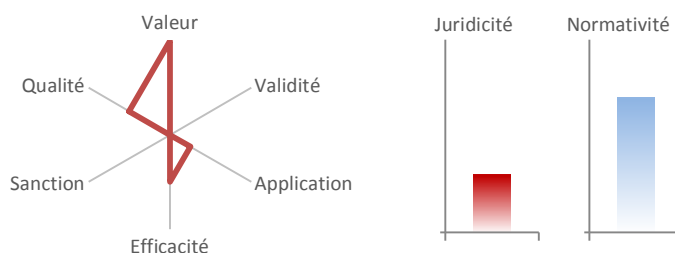
N° 25. — LA MORALE

➤ ex. 1. Une règle morale caractéristique

- *Règle étudiée* : « Il faut être tolérant ».

- *Niveau de juridicité* : ③ (faible)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 1/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : Par définition, pareille règle morale est une concrétisation de l'idéal du juste et du bien. — Elle n'appartient à aucun ordre normatif revêtant un quelconque caractère juridique. — Elle est une règle de comportement obligatoire générale et impersonnelle. Mais son concept central (« tolérant ») est excessivement abscons. — Aucune règle juridique ne sanctionne celui qui n'est pas tolérant. — Il arrive que les juges appliquent cette règle ; mais les cas sont peu nombreux par rapport au total des situations dans lesquelles elle pourrait être mobilisée. — Son efficacité est faible. Nombreux sont ses destinataires qui s'en écartent matériellement. En revanche son effectivité symbolique s'avère totale.

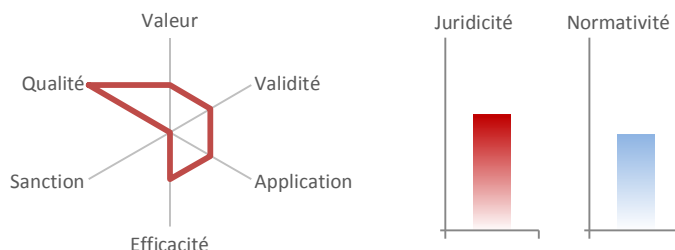
N° 26. — LE DROIT RELIGIEUX

➤ ex. 1. Le droit canonique

• *Règle étudiée* : « Sont tenus par les lois purement ecclésiastiques les baptisés dans l'Église catholique ou ceux qui y ont été reçus, qui jouissent de l'usage de la raison et qui, à moins d'une autre disposition expresse du droit, ont atteint l'âge de sept ans accomplis » (Code de droit canonique de 1983, can. 11).

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 2/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : Cette règle est parfaitement neutre au plan des valeurs. — Elle appartient à un ordre normatif dont le niveau de développement est moyen par rapport à un ordre juridique. — Il s'agit d'une règle de comportement obligatoire. Elle est générale et impersonnelle, précise et intelligible. — Aucune sanction juridique n'est prévue par cet ordre juridique en cas de non-respect de la règle. — L'ordre juridique comporte des organes exécutifs qui appliquent la règle. — La règle n'est effective matériellement et symboliquement qu'à proportion de la part des destinataires qui sont croyants. Or beaucoup de personnes baptisées sont aujourd'hui athées.

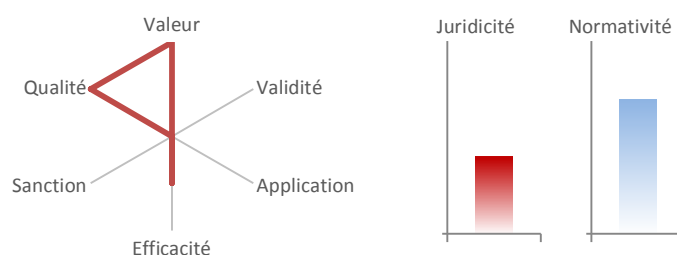
N° 27. — LA RÈGLE DE BIENSÉANCE

➤ *ex. 1. Une règle de politesse caractéristique*

• *Règle étudiée* : « Lorsque l'on croise un aîné sur un trottoir étroit, on lui laisse le passage en quittant le trottoir ».

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : Cette règle est une application de l'idéal de respect et de bien-vivre commun. — Elle n'appartient à aucun ordre normatif juridiquement développé. — Elle est une règle de comportement obligatoire générale, impersonnelle, claire et précise. — Aucune sanction juridique, en cas de non-respect de cette règle n'est prévue. — Nul organe exécutif ne l'applique jamais. — Comme beaucoup de règles de bienséance, celle-ci n'est effective matériellement qu'en partie et tend à l'être de moins en moins, malgré son importance symbolique.

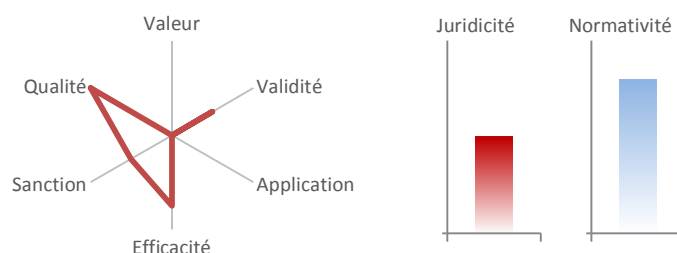
N° 28. — LA LOI MAFIEUSE

➤ *ex. 1. La loi du silence*

• *Règle étudiée* : « Il est défendu à quiconque de tenir quelque propos que ce soit relatif à un membre de la mafia ».

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 3/4



- *Explication* : Cette règle est contraire à l'idéal de justice qui implique la collaboration avec les organes juridictionnels et la dénonciation des crimes. — Elle est implicite mais néanmoins valide dans un ordre normatif moyennement structuré. — Il s'agit d'une règle de comportement obligatoire général, impersonnelle et claire. — Une autre règle implicite prévoit la peine de mort comme sanction pour toute personne ne respectant pas la loi du silence. — L'ordre normatif ne comporte pas d'organes d'exécution ; seule une « justice » totalement privée existe. — Le taux d'efficacité de cette règle est élevé. Néanmoins, une part de ses destinataires s'en écarte et son effectivité symbolique est nulle (ce qui explique son caractère implicite).

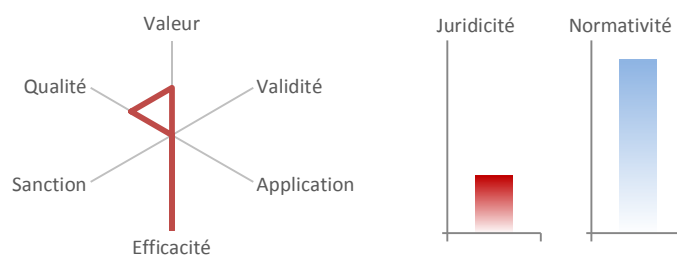
N° 29. — LA RÈGLE DU GROUPE

➤ *ex. 1. Une règle de bande typique*

- *Règle étudiée* : « Tous les vendredis soirs, X., Y., Z., A. et B. se retrouvent chez X. ».

- *Niveau de juridicité* : ③ (faible)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 4/4



- *Explication* : Cette règle est neutre axiologiquement. — Elle émane d'un ordre normatif insignifiant juridiquement. — Elle consiste en une règle de conduite obligatoire claire et intelligible. En revanche, elle n'est ni générale ni impersonnelle. — Son non-respect n'est pas sanctionné. — Aucun organe exécutif ne l'applique. — Elle est néanmoins parfaitement respectée par ses cinq destinataires (X., Y., Z., A. et B.).

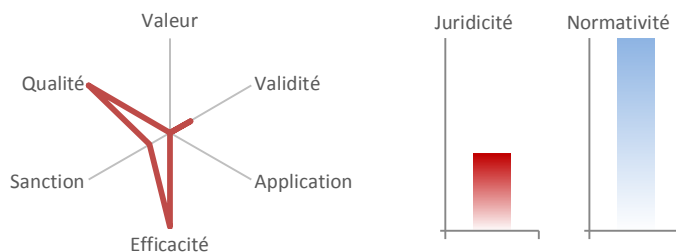
N° 30. — LA RÈGLE DE LA TRIBU

➤ *ex. 1. Une règle de tribu significative*

- *Règle étudiée* : « En cas de conflit entre deux membres de la tribu, ils seront départagés par un concours de chant *a capella* »¹.

¹ Cet exemple est emprunté à N. ROULAND. En matière d'anthropologie juridique, cf. l'ensemble de son œuvre et not. *Aux confins du droit*, Odile Jacob, 1991.

- Niveau de juridicité : ④ (faible)
- *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 1/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 4/4



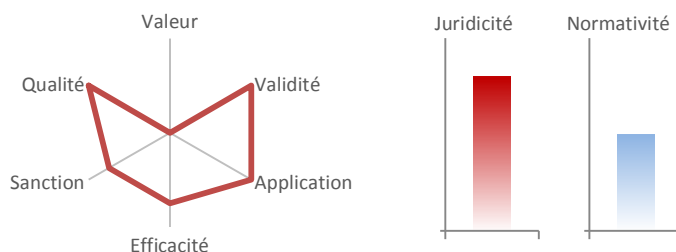
• *Explication* : Cette règle est contraire à l'idéal selon lequel toute justice doit être rendue par un tiers désintéressé et sur la base d'éléments objectifs. — Elle est valide dans un ordre normatif très incomplet juridiquement. — Il s'agit d'une règle de conduite et procédurale générale, impersonnelle et intelligible. — Est prévue, dans cet ordre juridique très partiel, une sanction en cas de violation de la règle. — Aucun organe exécutif ne l'applique. — Les membres de la tribu s'y conforment, sans exception.

N° 31. — LE DROIT NAZI

➤ *ex. 1. Une règle de droit nazi de 1934*

• *Règle étudiée* : « Les mariages entre juifs et citoyens de sang allemand ou apparenté sont prohibés ; de tels mariages sont réputés nuls, même s'ils ont été conclus à l'étranger [...] ; les relations sexuelles extraconjugales sont également prohibées » (Loi de protection du sang allemand et de l'honneur allemand du 15 sept. 1935, art. 1^{er}).

- Niveau de juridicité : ⑧ (forte)
- *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 4/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Cette règle est parfaitement contraire à tous les principes universels. — Elle appartient à un ordre juridique étatique. Elle est parfaitement valide tant formellement que matériellement. — Elle est une interdiction générale, impersonnelle et clairement formulée. — L'ordre juridique prévoit la sanction pénale du non-respect de cette règle. Cependant, cette sanction n'est pas entièrement effective car de nombreux contrevenants y échappent. — Les organes exécutifs appliquent cette disposition

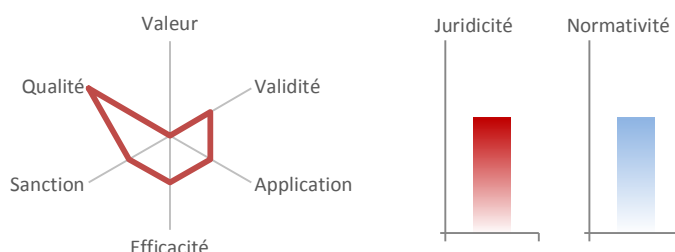
mécaniquement. — Elle est plutôt efficace, bien qu'une part de ses destinataires ne la respectent pas. Son effectivité symbolique est moyenne puisque nombre de ses destinataires la jugent légitime.

➤ *ex. 2. Une règle de droit nazi de 1941*

• *Règle étudiée* : « Les juifs doivent être éliminés physiquement » (Ordre du Führer Adolf Hitler à Heinrich Himmler, chef des SS, et à Reinhard Heydrich, directeur de l'Office central de la sécurité du Reich, été 1941).

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Cette règle contrevient à tous les méta-principes naturels, sans exception. — Elle est valide matériellement et formellement dans son ordre normatif (le Führer est habilité à prendre arbitrairement toute décision). Toutefois, cet ordre normatif, bien qu'étatique, a alors perdu une partie de sa structure juridique. — La règle est une règle de conduite obligatoire générale, impersonnelle et intelligible à ses destinataires. — Est prévue, dans l'ordre juridique, la sanction des destinataires de la règle (les officiers chargés d'éliminer physiquement les individus d'origine juive) qui ne la respecteraient pas. Cette sanction est en revanche imprécise car l'ordre juridique est par trop abandonné à l'arbitraire de quelques hommes. — Les organes exécutifs mettent effectivement en œuvre la règle, mais ils font partie d'un ordre juridique imparfait. — Globalement, ses destinataires la respectent. Elle n'atteint néanmoins pas entièrement son objectif – bien que déjà trop – puisqu'une partie de la population visée parvient à s'échapper. De plus, son effectivité symbolique n'est que partielle car nul doute que nombre d'exécutants de l'armée allemande jugent cette règle illégitime.

• *Note* : La question de savoir si le « droit » nazi peut être qualifié de droit a été posée à plusieurs reprises¹. Le plus souvent, les réponses apportées sont affirmatives. En réalité, il faut évidemment nuancer le propos. Le critère de la valeur empêche ces règles d'atteindre un niveau absolu de juridicité. Mais il serait parfaitement erroné, à l'inverse, de croire contre la vérité historique qu'elles possédaient une juridicité nulle. Et ces deux exemples montrent, à grands traits, que les règles de droit nazi ont perdu, avec le temps, de plus en plus de leur qualité juridique.

¹ Sur la question de la juridicité du « droit » nazi et de la possibilité de qualifier les pouvoirs publics nazis d'« État », cf. M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, pp. 177 s. ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit, op. cit.*, pp. 255 s.

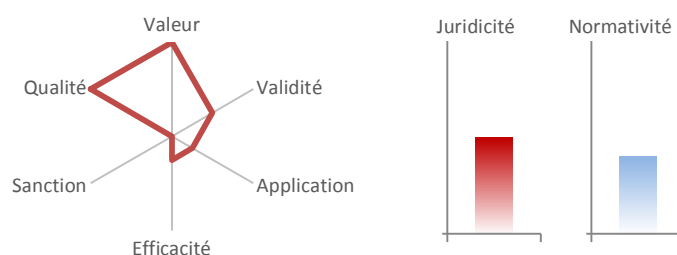
N° 32. — LE DROIT MÉDIÉVAL

➤ ex. 1. Une charte

• Règle étudiée : « Qu'il soit établi une juridiction honorable pour les riches et les pauvres » (Charte de Kortenberg, art. 2).

• Niveau de juridicité : ⑤ (moyenne-faible)

• Détail : valeur : 4/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 1/4 ; efficacité : 1/4



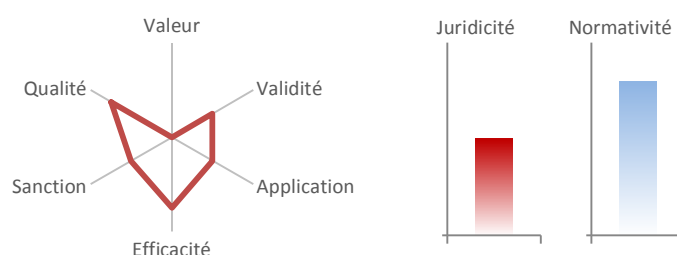
• Explication : Cette disposition se singularise par son aspect démocratique. Elle est donc importante axiologiquement. — Elle est valide dans un ordre juridique en gestation. — Elle présente toutes les qualités exigées par le droit. En particulier, il s'agit d'une règle à la fois procédurale et attributive. — Aucune sanction, en cas de non-respect pas des destinataires n'est envisagée. — Des organes exécutifs doivent appliquer la règle. Mais, si le conseil de Kortenberg se réunit périodiquement, l'application n'est que moyennement effective. — L'efficacité de cette règle est faible, malgré son impact symbolique. Elle apparaît davantage comme une pétition de principe sans véritable consécration factuelle.

➤ ex. 2. La taille dans un fief

• Règle étudiée : « La taille sera perçue dans quatre cas : lorsque le seigneur X sera prisonnier ; lorsque le seigneur X partira en Terre Sainte ; lorsque le seigneur X armera chevalier son fils aîné ; lorsque le seigneur X mariera sa fille aînée ».

• Niveau de juridicité : ⑤ (moyenne-faible)

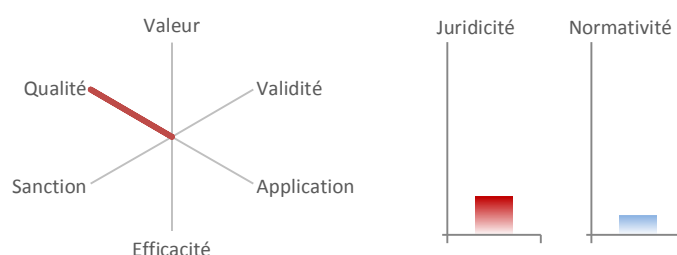
• Détail : valeur : 0/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 3/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; efficacité : 3/4



- *Explication* : L'impôt en question est arbitraire et injuste. Il est contraire aux idéaux d'égalité et de liberté. — Cette règle est valide tant formellement que matériellement dans un ordre juridique primaire. — Il s'agit d'une règle de conduite obligatoire précise et intelligible. En revanche, elle n'est que partiellement générale et impersonnelle. — Est prévue au sein de cet ordre juridique primaire la sanction de quiconque ne respecterait pas cette règle. Et cette sanction est effectivement appliquée. — Les autorités exécutives de cet ordre juridique primaire appliquent effectivement cette règle. — Elle est parfaitement effective en faits. Elle l'est beaucoup moins symboliquement.

N° 33. — LA LOI DU TALION

- *ex. 1.* « Œil pour œil, dent pour dent »
 - *Règle étudiée* : « Qui porte un dommage à quelqu'un subira une punition du même ordre que le tort qu'il a provoqué ».
 - *Niveau de juridicité* : ② (très faible)
 - *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 0/4



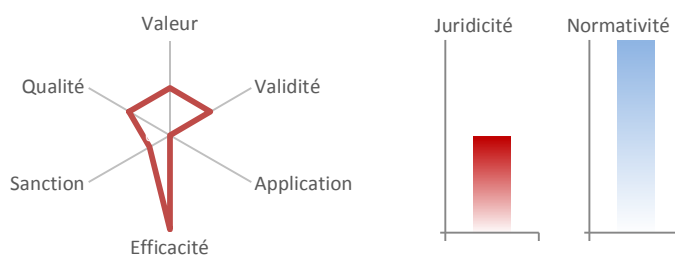
- *Explication* : La loi du talion est contraire à l'idéal de justice, lequel implique que seuls des tiers indépendants disposent du pouvoir d'infliger des peines. — La loi du talion n'intègre aucun ordre normatif juridiquement développé. — Elle satisfait en revanche à toutes les exigences qualitatives. — La sanction juridique de son non-respect n'est pas prévue. — Aucun organe exécutif ne la met en œuvre. — Elle est aujourd'hui totalement inefficace.

N° 34. — LA NORME TECHNIQUE

- *ex. 1.* Une norme technique quelconque
 - *Règle étudiée* : « La longueur entre A et B doit être de 146 mm »¹.
 - *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

¹ Cf. spéc. F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, PUAM, coll. « Institut de droit des affaires », 2003.

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 1/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 4/4



• *Explication* : La norme technique n'interroge du point de vue d'aucun méta-principe. — Elle est entièrement valide dans un ordre normatif qui est moyennement développé. — Elle n'est pas générale. Cependant, elle est bien une règle de conduite obligatoire précise et intelligible. — La norme technique est accompagnée, au sein de son ordre normatif moyennement développé, par une sanction implicite (le rejet des consommateurs ou utilisateurs). — Nul organe exécutif ne met en œuvre la norme technique. — Elle est néanmoins parfaitement respectée par ses destinataires pour lesquels elle n'est pas une contrainte mais plutôt une garantie.

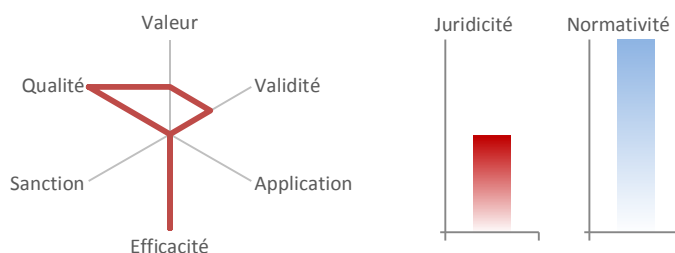
N° 35. — LA RÈGLE DE GRAMMAIRE

➤ *ex. 1. Une règle grammaticale classique*

• *Règle étudiée* : « On forme le pluriel des noms en ajoutant un "s" au singulier ».

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 2/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 4/4



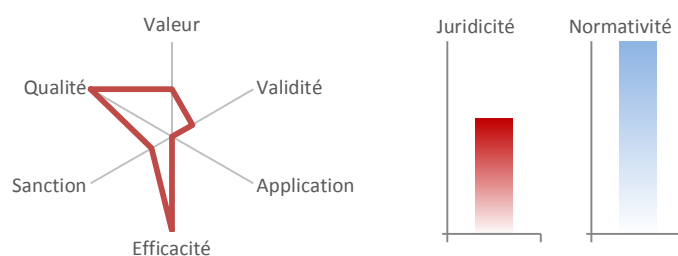
• *Explication* : Cette règle de grammaire est neutre du point de vue des valeurs. — Étant édictée par l'Académie française, personne morale de droit public à statut particulier, elle fait partie de l'ordre juridique étatique. Dans cet ordre, elle est valide matériellement. Néanmoins, les règles de grammaire forment un sous-ordre normatif particulièrement indépendant, ce qui empêche le critère de la validité d'être pleinement rempli. — La règle de grammaire est une règle de conduite obligatoire, générale et impersonnelle. De plus, son sens est clairement établi. — En revanche, Elle n'est l'objet d'aucune sanction organisée.

— Il ne se trouve aucune autorité exécutive la mettant en œuvre. — Cette règle est parfaitement efficace.

N° 36. — LA RÈGLE DU JEU

➤ *ex. 1. Une règle du jeu classique*

- *Règle étudiée* : « Tout joueur qui tombe sur la case prison passe un tour ».
- *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)
- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 1/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 4/4

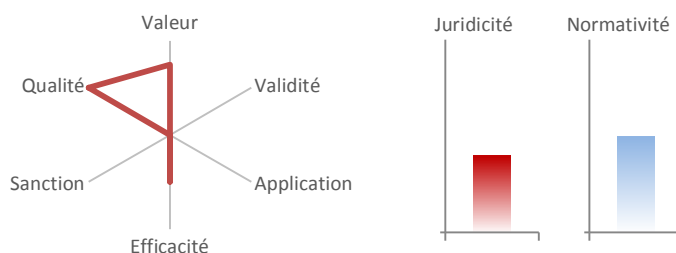


• *Explication* : Pareille règle du jeu est neutre axiologiquement. — Elle fait partie d'un ordre normatif très peu développé juridiquement. — Elle répond à toutes les exigences qualitatives : elle est générale, impersonnelle, claire et dépourvue d'ambiguïté. — Si une sanction existe, elle est organisée au sein d'un ordre juridique primaire. — Nul organe exécutif n'applique la règle du jeu. — Elle est néanmoins parfaitement respectée par ses destinataires.

N° 37. — LA RÈGLE DE L'ART

➤ *ex. 1. Une règle artistique type*

- *Règle étudiée* : « Les points de distance des lignes de fuite principales doivent être situés de part et d'autre du point de fuite principal, à une distance égale à celle du peintre au tableau ».
- *Niveau de juridicité* : ④ (faible)
- *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 2/4



• *Explication* : La règle de l'art est une concrétisation de la valeur « beauté », laquelle n'atteint toutefois pas la force juridique de la valeur « justice ». — L'ordre normatif auquel appartient cette règle est parfaitement extra-juridique. — Elle remplit toutes les conditions qualitatives et, notamment, son sens est précis et intelligible à ses destinataires (les peintres). — Aucune sanction juridique n'est établie en cas de violation de cette règle artistique. — Il n'y a aucun organe exécutif la mettant en œuvre. — Son efficacité est faible. Son effectivité tant matérielle que symbolique est partielle puisque de nombreux peintres s'en détachent et revendiquent leur particularisme.

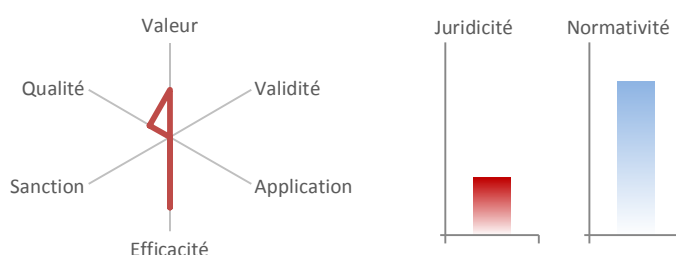
N° 38. — LA LOI ÉCONOMIQUE

➤ *ex. 1. La loi du marché*

• *Règle étudiée* : « Lorsque l'offre est supérieure à la demande, les prix ont tendance à baisser ; lorsque l'offre est inférieure à la demande, les prix ont tendance à augmenter ».

• *Niveau de juridicité* : ③ (faible)

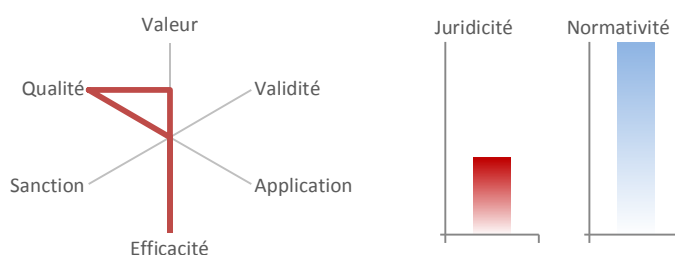
• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 1/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 3/4



• *Explication* : Prise sous l'angle axiologique, la loi du marché ne présente guère de spécificité. — Elle fait partie d'un ordre normatif (l'ordre économique) qui ne revêt aucun caractère juridique. — Elle présente les qualités de généralité, d'impersonnalité et de clarté, mais elle n'est pas une règle de conduite obligatoire, procédurale ou attributive. Elle est une simple observation du comportement naturel des choses. En outre, elle pêche par excès de simplification. — Le critère de la sanction n'est pas satisfait puisque nulle sanction juridique n'est établie dans l'ordre économique. — Il ne se trouve pas non plus d'organes d'application. — Concernant l'efficacité, il arrive, selon la conjoncture, que la loi du marché ne soit pas respectée.

N° 39. — LA LOI PHYSIQUE

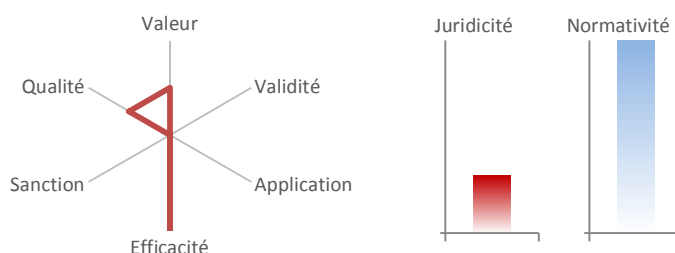
- *ex. 1.* « $e = mc^2$ »
 - *Règle étudiée* : « l'énergie est égale à la masse multipliée par la vitesse de la lumière au carré ».
 - *Niveau de juridicité* : ④ (faible)
 - *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 4/4



- *Explication* : Cette loi physique est parfaitement indépendante des valeurs. — Elle fait partie de l'ordre normatif naturel, lequel n'est en rien juridique. — Elle est une règle de conduite obligatoire pour la matière. Elle est également générale, impersonnelle et précise au sens de ses destinataires qui sont les particules de matière. — Aucune sanction, en cas de non-respect de la règle, n'existe ; même si, *de facto*, pareil non-respect ne se produit jamais. — Il ne se trouve pas non plus d'organes exécutifs chargés de l'appliquer. — Naturellement, la loi physique est parfaitement effective.

N° 40. — L'HABITUDE

- *ex. 1.* *Une habitude quelconque*
 - *Règle étudiée* : « Chaque dimanche matin, M. X fait un footing ».
 - *Niveau de juridicité* : ③ (faible)
 - *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualité : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; efficacité : 4/4



- *Explication* : Cette règle est neutre axiologiquement. — Elle intègre un ordre normatif individuel, lequel n'est guère développé juridiquement. — Il s'agit d'une règle de conduite obligatoire précise et claire ; mais elle n'est pas impersonnelle. — Elle n'est pas sanctionnée, si ce n'est dans le for intérieur de M. X, ce qui est inopérant du point de vue juridique. — Il ne se trouve aucun organe exécutif mettant en œuvre cette règle. — Une habitude, par définition, est parfaitement effective. Si M. X perdait cette habitude, il la ferait disparaître concomitamment.

Conclusion

Le fossé séparant la théorie de la pratique est certainement plus profond en théorie qu'en pratique. C'est d'ailleurs là un écueil dont la théorie peine à se défaire. L'échelle de juridicité, elle, est pourtant un outil d'essence théorico-pratique.

Les différentes illustrations présentées prouvent combien les enseignements les plus sérieux pourraient être tirés de l'usage de cet instrument de mesure, combien les études les plus novatrices et instructives pourraient être menées en la choisissant comme matrice. Les règles – en général –, les règles sociales et les règles de droit sont plus diverses et polymorphes que nul ne l'imagine. Leurs représentations graphiques le démontrent de façon patente et incontestable. Et le pluralisme qualitatif des règles juridiques est non seulement une réalité, mais il est même une réalité puissante et inaltérable n'ayant de cesse de se renforcer. Au terme de cette brève exploration, il ne fait plus aucun doute que le phénomène juridique a mué « d'une structure simple [vers] la structure complexe qui caractérise [...] le droit dit "postmoderne" »¹. À moins que le droit n'ait toujours été ainsi bâti et que ce ne soient les outils d'observation qui se perfectionnent.

Par ailleurs, la posture syncrétique adoptée tout au long du dévoilement de l'échelle de juridicité – et surtout proposée comme cadre épistémologique pour de futurs travaux – doit permettre de dépasser la « loi de la bipolarité des erreurs », cette sorte de balancier intellectuel qui ne laisse l'esprit se délivrer d'un cercle d'égarements qu'à condition de succomber aussitôt à d'autres fourvoiements². Les problématiques contemporaines engendrées par le droit « mou », le droit privé, l'autorégulation ou encore la corégulation ne peuvent que mener à confirmer l'intuition selon laquelle il existerait des degrés dans le droit. Une règle souple n'est pas soit juridique, soit extra-juridique ; elle peut être encore semi-juridique.

L'extraordinaire complexité actuelle du monde et du droit interdit toute réduction des phénomènes normatifs et juridiques à un quelconque modèle préconçu. Quiconque aspire à approcher au plus près le réel se doit de raisonner en termes de superposition de paradigmes et non en termes de monopole paradigmatique. Les pensées ne se combattent guère ; elles se complètent, apportent chacune leur pierre à l'édifice cognitif. Si une seule détenait la vérité, de longue date chacun se serait rangé à ses côtés.

Le fait juridique est essentiellement relatif. Ses manifestations comme ses perceptions varient dans le temps autant que dans l'espace. Aussi l'échelle de juridicité est-elle nécessairement contingente et temporaire. Valide actuellement, rien ne garantit qu'elle le sera demain, lorsque ce fait aura emprunté de nouvelles routes toujours plus « postmodernes » les unes que les autres. Peut-être certains critères aujourd'hui significatifs deviendront-ils obsolètes ; peut-être quelques indices pour l'heure marginaux atteindront-ils un tel niveau d'importance parmi la pensée juridique qu'il ne sera plus permis de les ignorer. L'une des premières limites de l'outil ici présenté – mais qui est également un atout – est donc son actualité. De plus, il ne porte sens que parmi les systèmes juridiques qui lui correspondent, c'est-à-dire les systèmes de tradition romano-germanique et, dans une

¹ M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in P. BOURGINE, D. CHAVALARIAS, C. COHEN-BOULAKIA, dir., *Déterminismes et complexités : du physique à l'éthique*, La découverte, coll. « Recherches », 2008, p. 102.

² G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1977, p. 20.

moins de mesure, ceux de *common law*. Une théorie du droit ne saurait être universelle puisque le droit lui-même ne l'est pas¹. Et les éléments qui confèrent leur force juridique aux règles de connaître infailliblement des variations selon les sources et les branches du droit en cause, ce qui a pour effet de rendre l'échelle de juridicité un peu plus relative encore.

Cet outil permet bel et bien d'acquérir le recul et le détachement indispensables à toute étude objective, empirique et, donc, scientifique. Mais il ne dispense assurément pas de demeurer particulièrement modeste par rapport à un objet d'étude qui se révèle fluctuant et instable, malgré des lignes de force clairement tracées.

Le droit est notoirement en cours de recomposition. Cependant, les caractéristiques de cette métamorphose sont délicates à identifier avec précision et, *a fortiori*, à qualifier. Il semble que les modes de régulation sociale se privatisent et se globalisent, ce qui provoquerait un pluralisme normatif inédit, marqué par la coexistence de systèmes officiels et officieux de règles et par la mise en question du rôle et de la légitimité des institutions étatiques. En ces circonstances révolutionnaires, l'échelle de juridicité aura rempli sa mission si elle parvient à favoriser une appréhension à la fois épurée et enrichie et, par conséquent, une compréhension fertilisée de la réalité du droit.

Le droit, ce concept que chacun connaît si bien mais dont on sait si peu.

¹ Le célèbre juge Holmes, connu pour avoir résumé le droit à la prévision des décisions judiciaires, se basait évidemment sur le seul cas des pays de *common law*. S'il avait exercé ses fonctions en des contrées de tradition romano-germanique, il aurait fatalement embrassé une toute autre ligne de pensée.