



**HAL**  
open science

# L'échelle de juridicité: un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie: présentation)

Boris Barraud

## ► To cite this version:

Boris Barraud. L'échelle de juridicité: un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie: présentation). Archives de philosophie du droit, 2013, 56, pp.365-423. hal-01367538

**HAL Id: hal-01367538**

**<https://amu.hal.science/hal-01367538>**

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 (première partie : présentation) », *Archives de philosophie du droit* 2013, p. 365 s.

manuscrit de l'auteur



Théorie juridique - science juridique - validité - sanction - efficacité - effectivité - normativité - pluralisme juridique

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, 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 et leurs diverses implications sont détaillés au sein de l'introduction.

L'étude est également originale par le fait qu'elle propose, ensuite, de « mesurer le droit ». Nul, jusqu'à lors, n'a jamais appréhendé le phénomène juridique en termes de degrés d'intensité. Classiquement, les juristes raisonnent de manière binaire et manichéenne : soit une norme est juridique, soit elle ne l'est pas. Pourtant, rien n'interdit, *a priori*, l'existence de règles semi-juridiques. Seront ici présentés les critères et la méthode à appliquer afin d'établir, de façon neutre tant axiologiquement que théoriquement, le niveau de juridicité d'une règle.

Dans une seconde partie, qui sera l'objet d'une prochaine publication parmi les *Archives de Philosophie du Droit*, seront proposées quelques premières applications de l'échelle de juridicité qui témoigneront du pluralisme qualitatif empreignant le droit.

#### A TOOL TO MEASURE THE LAW? (1<sup>st</sup> PART: PRESENTATION)

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. These presuppositions and their implications are detailed in the introduction.

The study is also original by the fact that it suggests, then, "measuring the Law". Nobody has ever dreaded the legal phenomenon in terms of degrees of intensity. Classically, the jurists argue in a binary and Manichean way: either a standard is legal, or it is not legal. Nevertheless, nothing forbids the existence of semi-legal rules. The criteria and the method will be presented here and use to establish the level of Law of a rule.

La proposition est simple : le droit est un phénomène mesurable. Il est possible d'évaluer la juridicité d'une règle – sa force juridique – à l'aide d'une échelle combinant les différentes définitions proposées au cours de l'histoire moderne de la théorie du droit et actuellement significatives.

Si la proposition est simple, elle n'en est pas moins tout à fait originale et novatrice. Nul, jusqu'à présent, n'a ainsi envisagé l'existence de degrés d'intensité au sein du droit. Contrairement à ce que le manichéisme traditionnel laisse penser, il semble que les règles législatives, les précédents jurisprudentiels, les codes de conduite privés ou les règles de bienséance présentent tous une certaine dimension de droit. En revanche, ils ne revêtent certainement pas la même force juridique.

La présente démarche s'inscrivant dans un mouvement nouveau, proposant une approche inédite et dépendant de présupposés épistémologiques et théoriques très spécifiques, quelques prolégomènes sont nécessaires.

## Chapitre préliminaire

L'échelle de mesure de la juridicité (dont le sigle est « EMJ » et qu'il est commode d'abréger en « échelle de juridicité ») entend offrir à quiconque œuvre dans le domaine juridique un outil pratique, fiable et ludique au service d'un approfondissement de la scientificité de ses travaux (I). Au-delà, et de manière certes assez utopique, elle porte la haute ambition de favoriser le consensus autour d'une réponse unique à l'éternelle question de l'identification du droit et de sa différence par rapport au non-droit (II). Enfin, dès lors qu'il s'agit de mesurer la juridicité d'une règle, encore faut-il s'accorder sur le sens du terme « règle » (III).

### I. — Vers un progrès de la scientificité des travaux juridiques

La science est à la fois une activité cognitive et le produit de cette activité. C'est un discours et un savoir ; une méthode d'observation du réel, du vrai et du démontrable et la connaissance du réel, du vrai et du démontrable. La science étudie un objet qui lui est extérieur, qui est sensible, qui la précède et lui est donné. Surtout, elle se borne à le décrire le plus fidèlement, sans autre intention aucune.

Nul doute qu'il est impossible de peindre un tableau du phénomène juridique revêtant la précision, la clarté et la cohérence propres à toute vérité scientifique. Il est, néanmoins, permis de rechercher le plus haut degré de scientificité que la matière juridique permet à son étude. S'enquérir du caractère scientifique de la science du droit, c'est élaborer une théorie du droit (A). En l'occurrence, la quête d'une accentuation de la précision du travail des juristes conduit à emprunter un temps le chemin sociologique, spécialement afin de recourir à la méthode empirique (B.)

## A. — Une étude théorique

La juridicité est la qualité de ce qui est juridique, de ce qui est droit. En conséquence, le *definiendum* de l'opération, l'objet à définir, est le *phénomène* juridique. Il ne s'agit pas, suivant un élan philosophique, d'envisager l'*essence* du droit. Les outils proposés s'inscrivent dans un cadre et un discours exclusivement descriptifs, visant à mieux connaître et à mieux comprendre l'objet-droit. Une théorie du droit, pour acquérir quelque pertinence, doit être « pure »<sup>1</sup> – soit objective, neutre et empirique –. Ainsi faut-il qu'elle se propose « uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est »<sup>2</sup>. Il n'est lieu en aucune façon de chercher à « dire comment le droit devrait ou doit être fait »<sup>3</sup>.

L'intention empreignant l'échelle de juridicité consiste à atteindre le niveau maximum de scientificité que la matière juridique autorise. Cela implique le rejet *ab initio*, sans autre forme de procès, de tout élément d'influence politique, philosophique ou axiologique. L'objectif ultime est de parvenir à décrire le droit tel qu'il est. Cela n'a de sens qu'à condition de s'obliger par avance à accepter, quoi qu'il advienne, qu'il est tel qu'il est. Si la théorie du droit peut imposer assez arbitrairement ce que la science du droit doit être, elle doit à l'inverse se soumettre à la réalité palpable du droit<sup>4</sup>. Elle n'a pas à regarder le juriste – c'est ce dernier qui la regarde – ; en revanche, elle se doit d'observer inlassablement les règles de droit.

Assignant à la science du droit le soin de décrire le droit en vigueur, la théorie générale doit au préalable déterminer ce que recouvre le terme « droit ». À ces fins, il lui revient d'identifier et de présenter les critères de la validité juridique. Aussi, rien ne lui interdit de se vouloir elle-même scientifique, se bornant à comprendre pour ensuite expliquer la structure et les caractères du phénomène juridique. Évidemment, tous les événements de la vie du monde n'intègrent pas la sphère du droit. La théorie doit donc proposer les instruments permettant de distinguer les faits et actes juridiques des faits et actes non juridiques. Mais elle peut également, plus subtilement, fournir les outils appropriés pour différencier les faits et actes pleinement juridiques, les faits et actes moyennement juridiques et les faits et actes faiblement juridiques. Dès lors, l'empirisme ne peut qu'être d'un précieux secours.

## B. — Une étude empirique

Satisfaisant à ces prémices, l'échelle de juridicité aspire à mettre en lumière (toutes) les spécificités du droit par rapport aux autres systèmes normatifs que sont la morale, la religion, la technique ou encore la nature. Surtout, elle entend permettre l'évaluation de la qualité et de la quantité des phénomènes propres au droit ou proches du droit, notamment en

<sup>1</sup> Réf. évidemment à H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd. (1960), trad. Ch. EISENMANN, Dalloz, 1962.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Cf., N. BOBBIO, « Être et devoir-être dans la science du droit », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit* (recueil d'articles), trad. M. GUÉRET, Ch. AGOSTINI, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1998, pp. 189 s.

côtoyant l'échelle de mesure de la normativité (« EMN », abrégée en « échelle de normativité »). Cette dernière s'intéresse au fait d'être normatif, au fait d'être norme, principalement en s'attachant à l'effectivité et, plus globalement, à l'appréhension de la règle par ses destinataires. En raison de cette cohabitation extra-juridique et de son caractère réaliste, l'échelle de juridicité dépasse – dans une certaine mesure – la frontière être/devoir-être et trouve quelques affinités avec les analyses sociologiques du droit. Si un être ne peut pas devoir-être, un devoir-être peut très bien être.

La méthode employée afin de reconnaître – et non pas créer ou élaborer – l'échelle de juridicité privilégie la synthèse et, surtout, l'observation et l'expérimentation. Ladite échelle est la conséquence des diverses utilisations faites du mot « droit » par les juristes au cours de l'époque moderne<sup>1</sup>. Or *les juristes, leurs activités et leurs dits et écrits peuvent parfaitement faire l'objet d'une étude et de conclusions empiriques*.

La recherche se veut en tous points transparente. Elle suppose une explication précise des objectifs, des matériaux et des critères d'application de l'échelle. Ainsi s'agit-il de recenser tous les signes significatifs, tous les faits pertinents, et d'écarter tous les éléments insignifiants ou par trop isolés. Ensuite, il faut s'autoriser à établir des statistiques quant aux phénomènes normatifs et juridiques, cela afin de les décrire tant qualitativement que quantitativement et de pouvoir les comparer. En outre, la méthode empirique suppose une parfaite objectivité du chercheur qui doit absolument se détacher de sa propre expérience, de tout présumé psychique individuel, et s'attacher à l'expérience et aux présumés de la masse des juristes. Les pratiques du droit et les usages du mot « droit » sont les faits à partir desquels se trouve fondée l'échelle de juridicité, suivant une « sociologie empirique du droit »<sup>2</sup>. Et ces faits, c'est uniquement « sur le terrain » qu'ils peuvent être observés, par exemple en réalisant des sondages. Ici, le « terrain » consiste prioritairement en l'ensemble des œuvres des auteurs les plus lus et écoutés.

Le recours à la méthode empirique est assurément une nécessité à l'échelle de la légistique et de la création des règles de droit. Elle s'avère peut-être utile également à un autre échelon : celui de l'étude des règles de droit. Elle doit être utilisée au palier encore supérieur : celui de « l'étude de l'étude » des règles de droit, ou de la réflexion sur l'activité de ceux qui analysent les règles de droit.

Avec l'empirisme, l'approche du droit et des regards sur le droit sous leurs aspects phénoménaux<sup>3</sup>, en tant que réalités concrètes et saisissables, c'est un positivisme méthodologique qui est prôné. Égard ne saurait être porté qu'à la réalité des faits. Le discours produit doit être pragmatique, descriptif et dénué de tout jugement de valeur, de tout élément métaphysique ou relevant de la bulle irrationnelle. Si l'observateur laissait s'immiscer ses valeurs au sein de son entreprise, alors celle-ci perdrait automatiquement son caractère scientifique tant ses préférences personnelles ne sont en rien justiciables des contrôles constitutifs du monde des sciences.

<sup>1</sup> La modernité juridique débute aux alentours du XVII<sup>e</sup> siècle et du temps des « Lumières ». Ses premières manifestations sont le « Léviathan » de Hobbes, le « Contrat social » de Locke et Rousseau ou encore la « Séparation des pouvoirs » de Montesquieu. Mais cela ne signifie pas que les œuvres de l'Antiquité grecque ou romaine ou du Moyen-Âge n'ont en rien influencé l'état moderne du droit.

<sup>2</sup> Réf. à J.-F. PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, HLV, Bâle, 1997.

<sup>3</sup> Réf. à P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964.

Une activité scientifique est nécessairement marquée par la neutralité, ce qui implique également l'absence de toute proposition prescriptive. L'échelle de juridicité a ainsi pour effet non anodin de rapprocher la science du droit des autres sciences sociales. Et s'il est difficile d'atteindre un stade parfait de neutralité, l'adoption d'une attitude transparente, composée de choix qui, lorsqu'ils existent – car ils doivent être les moins nombreux possible –, se voient précisément expliqués, est une forte garantie d'objectivité.

Toutefois, cela ne signifie pas qu'il n'est nul jugement de valeur parmi le droit et parmi la doctrine qui le considère. Seulement, ces jugements de valeur deviennent des faits comme les autres pour celui qui se situe au niveau méta-doctrinal. Le jugement de valeur est extra-scientifique ; en revanche, son étude est, elle, scientifique et l'évincer de l'observation mènerait à des conclusions partielles et partiales. Paradoxalement, exclure le jugement de valeur, ce serait en produire un. Comme tout fait, les aprioris axiologiques sont susceptibles de connaissance.

Pour prétendre au statut scientifique et, partant, être satisfaisante, une théorie doit cumuler les qualités d'opérationnalité, d'objectivité et de légitimité. Puisque seul ce qui est réel et définissable peut être objet de science, puisque seules les propositions vérifiables sont scientifiques, préférer l'observation et la description à la supposition et à l'affirmation est la première assurance de la scientificité de l'exercice. Aussi paraît-il juste et cohérent de concentrer l'attention sur des être plutôt que des devoir-être, ces derniers ne pouvant être vérifiés. Les énoncés relevant de l'échelle de juridicité sont des énoncés empiriques ; ils portent sur des faits observables. Ces faits sont l'emploi par les juristes des termes « droit » et « juridique ».

Outil descriptif conceptualisé par le truchement d'une méthode neutre axiologiquement, l'échelle échappe normalement à l'écueil liminaire consistant en l'adoption d'une quelconque posture philosophique. Se penchant uniquement sur les règles juridiques et les définitions qui en sont données, elle est parfaitement indépendante des facteurs historiques, politiques, moraux ou psychologiques qui ont pu influencer lesdites règles et définitions. Seul compte le point d'arrivée, peu important les chemins empruntés.

Enfin, il faut concéder combien – c'est une évidence – la volonté d'atteindre le niveau maximal de scientificité auquel le phénomène juridique donne droit ne saurait mener vers l'excellence scientifique. L'étude du droit demeurera toujours à un stade de développement inférieur par rapport aux sciences dites « dures » ou « exactes ». Si, dans les sciences physiques par exemple, l'effet suit naturellement ou mécaniquement la cause, les rapports entre les faits et les règles de droit ou entre les faits et les règles sur le droit demeurent fatalement plus incertains. La réalité de l'« impureté » de l'objet envisagé conduit à s'éloigner non pas de la « pureté » de la méthode positiviste mais de sa simplicité et sa logique par trop linéaire et bicéphale.

L'échelle de juridicité, ensuite, a pour ambition la mise à jour de *la* définition du droit.

## II. — La recherche d'une réponse consensuelle et actuelle à la question du droit

Qu'est-ce donc que le droit ? Je le sais bien sûr, quelle évidence pour un juriste ! Mais surtout qu'on ne me demande pas de l'expliquer. Car, soudain, je l'ignorerais et me trouverais, telle la Cigale, fort dépourvu<sup>1</sup>.

Comme l'amour, l'art ou le temps, le droit est une notion qui semble donnée ou imposée par avance, mais qui emporte nécessairement celui qui cherche à la définir vers le constat d'une paradoxale et profonde ignorance<sup>2</sup>. S'il est facile et tentant de s'essayer à l'exercice de la définition du droit – le présent essai n'est évidemment pas le premier<sup>3</sup> –, il s'avère ô combien plus délicat de parvenir à proposer une acception de ce concept congruente par rapport à la réalité du phénomène juridique. Et d'aucuns de concéder que le sens du mot « droit » est « une pente savonneuse »<sup>4</sup> ou « une tarte à la crème dont chacun d'entre nous est entarté »<sup>5</sup> ; ou encore d'avouer que caractériser le droit est une « entreprise désespérante »<sup>6</sup>, une « difficulté quasi-insurmontable »<sup>7</sup> qui creuse un précipice au cœur de la connaissance et dont quiconque s'approche risque de succomber à un « vertige sémantique »<sup>8</sup>. Bien des choses se comprennent mieux qu'elles ne se définissent ; sans doute cela vaut-il tout particulièrement au sujet du droit. En ce sens, il est symptomatique de constater qu'une « bible » telle que le *Dictionnaire de la culture juridique* ne comporte guère d'entrée « Droit »<sup>9</sup>.

La définition la plus traditionnelle du droit est celle qui quête son essence, qui cherche à spécifier le concept historique tel que cultivé par la nature des choses. Cette dernière étant figée, les traits du droit seraient invariables. Pourtant le droit est un phénomène, un processus, et il n'a certainement pas existé de tout temps. Il est le *produit des sociétés qui l'ont spécifié comme tel*<sup>10</sup>. Une description de l'essence naturelle et éternelle du droit apparaît donc impossible.

<sup>1</sup> Réf. à Saint Augustin qui disait à propos du temps : « Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais ; si je souhaite l'expliquer à quelque un qui me le demande, je l'ignore ». *Confessions*, XIV, p. 17.

<sup>2</sup> Par exemple, qui se résout à concéder sa parfaite ignorance de ce qu'est le droit : G. VEDEL, « Indéfinissable mais présent », *Droits*, n° 10, 1989, pp. 67 s.

<sup>3</sup> Cf., parmi de nombreux autres, D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

<sup>4</sup> J. VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ*, n° 49, 2002, p. 35.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique* (1960), LGDJ, 1998, p. 1.

<sup>7</sup> F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Vie ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 5, cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 200.

<sup>8</sup> S. GOYARD-FABRE, « Le droit, tâche infinie », *Droits*, n° 11, 1990, p. 25.

<sup>9</sup> D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2003, 1696 p. Il contient néanmoins une entrée « Règle juridique ».

<sup>10</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Le juridique des anthropologues », *Droit et société*, n° 5, 1997, p. 102.

Aujourd'hui, le droit consisterait plus sûrement en « une discipline sociale constituée par l'ensemble des règles de conduite qui, dans une société plus ou moins organisée, régissent les rapports sociaux et dont le respect est assuré, au besoin, par la contrainte publique »<sup>1</sup>. Et la règle de droit serait tout « modèle *justiciable* d'action consacré à l'organisation équilibrée de rapports sociaux respectueux de la qualité de chacun »<sup>2</sup>. Toutefois, pareilles propositions ne suffisent guère pour reconnaître sans hésitation droit et non-droit et il faut aller plus avant.

Le droit qu'il est ici question d'apprivoiser correspond au droit objectif, duquel découle une myriade de droits subjectifs. Le droit objectif comprend la totalité des règles juridiques en vigueur dans une société et à un moment donnés. Il faut alors, plutôt que le droit, définir la règle juridique. Devant la hardiesse de la tâche, certainement est-il judicieux, suivant la trace déjà imprimée, de « prendre pour patron le cas-type de droit, tel que l'on peut l'observer dans nos sociétés modernes »<sup>3</sup>.

Par suite, c'est une définition lexicale de « droit » (E), fondée sur l'ensemble des définitions significatives déjà existantes (F), qui doit être retenue. En effet, seul un tel procédé permet l'acceptation à la fois du fait que, à l'heure de la globalisation, le droit ne saurait se résumer à l'État (C) et du fait que, néanmoins, le droit ne saurait être défini autrement qu'à travers le rapport étroit qui le lie à l'État (B). Pareille alchimie oblige à concéder qu'il existe des degrés dans le droit, différents niveaux de juridicité (D). Mais avant d'entrer dans ces considérations polémiques bien que pourtant pragmatiques, il n'est pas inutile de rappeler que les règles juridiques sont le fruit de l'avènement des formes ultimes de régulation des sociétés par elles-mêmes (A).

## **A. — Première certitude : le droit, forme supérieure de régulation sociale**

Substantiellement, le droit est un phénomène social et les règles juridiques sont des règles sociales. Quand les premières ont pour principale fonction de permettre aux membres du corps social de distinguer le licite et l'illicite, les secondes, plus largement, permettent de séparer le tolérable et l'intolérable. Le droit peut ainsi se voir défini en premier lieu par son objectif qui est aussi sa raison d'être : réguler une société. Il est contenu parmi la totalité des règles chargées d'assurer l'organisation et la sérénité des activités et des relations.

Si tout phénomène juridique est donc mécaniquement social, tout phénomène social n'est pas nécessairement juridique. C'est pourquoi il conviendra d'approfondir la définition et, spécialement, de *reconnaître les critères de la juridicité*. La réunion de ces derniers permettra de distinguer les règles sociales juridiques des règles sociales non juridiques. Elle permettra surtout de réaliser qu'il existe beaucoup de règles semi-juridiques.

<sup>1</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2012, p. 19.

<sup>2</sup> L. ROBERT-WANG, « Règle de droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1326.

<sup>3</sup> J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1969, p. 18.

Le droit comme l'État étant liés à l'idée de société, nul doute que tous deux possèdent un lien de parenté.

## **B. — Seconde certitude : un lien intime droit-État**

À l'époque moderne, nul ne doute que le droit se définit très directement par rapport à l'État – « ordre de contrainte centralisé et limité dans son domaine de validité territorial »<sup>1</sup> – ; bien qu'ils ne se confondent en aucune manière. Sans doute persiste-t-il, çà et là, des brides de droit naturel, révélé ou traditionnel, mais l'avènement de l'État moderne, pouvoir souverain supérieur à tout autre, a entraîné une cannibalisation de la notion de droit au profit des règles étatiques.

Le schéma est simple : lorsque, par l'entremise d'un « contrat social », une population, un territoire et un gouvernement se trouvent réunis, un État naît. Suite à cette création, qui est un pur fait, la Constitution historiquement première est établie et l'ordre juridique étatique se structure. Alors l'État s'accapare la prérogative de production juridique sur son territoire et à l'égard de sa population ; et il subordonne au droit les autres formes de régulation sociale. C'est ici l'occasion de préciser qu'à la question de savoir qui de l'institution étatique ou de la règle de droit étatique est apparue la première, il faut répondre qu'il s'agit de l'institution. Celle-ci produit ensuite des règles juridiques mais prend forme en raison d'un fait et non d'une règle de droit.

La validité juridique d'une règle dérive du souverain et le souverain est, partout, l'État. La souveraineté est, notamment, le pouvoir arbitraire de dire ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas. Cette positivisation est un processus historique, achevé depuis longtemps, qui ne saurait être nié. Il ne se rencontre d'ailleurs aujourd'hui aucun auteur soutenant que le phénomène juridique serait indépendant du phénomène étatique. En revanche, est discutée la conception moniste selon laquelle il n'existerait nul foyer de droit autre que l'État et selon laquelle il ne saurait y avoir de juridicité en dehors de l'ordre juridique étatique, ensemble de règles cohérent, intégré et vertical. Il est douteux que l'État, omnipotent, ait entièrement éliminé les formes archaïques de droit et ait empêché toute apparition de formes postmodernes de règles juridiques. Simplement, ces formes relèvent d'une juridicité nécessairement autre – si ce n'est moindre – comparativement à la juridicité induite par l'État.

Dès lors, la notion d'ordre juridique se trouve au cœur de la question du droit. Autant qu'il est incertain qu'il y ait du droit au-delà de l'État, il n'est guère acquis qu'il existe des ordres juridiques au-dessus ou, *a fortiori*, au travers de l'État. Il semble néanmoins qu'un ordre juridique puisse être défini sans recourir au terme « État » et à ses dérivés. Ainsi s'agit-il d'un « ensemble organisé et structuré de normes juridiques possédant ses propres sources, doté d'organes et de procédures aptes à les émettre, à les interpréter, ainsi qu'à en faire constater et sanctionner, le cas échéant, les violations »<sup>2</sup>. Seulement, dire que le droit dépasse l'État, ce n'est plus avancer une certitude mais émettre une hypothèse que l'expérience confirmera ou infirmera.

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 73.

<sup>2</sup> G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Masson, 1983, p. 111.

### C. — Première hypothèse : du droit au-delà de l'État

Certainement le philosophe louera-t-il le caractère étato-centré du droit, relevant avec justesse que seul l'État est apte à défendre l'intérêt général et l'ordre social. Toutefois, ces considérations ne peuvent pas servir la présente analyse. Cette dernière cherche à savoir si tous les critères de la juridicité se résument en l'État ; or le lien consubstantiel droit-État doit être rejeté au profit d'un certain « pluralisme » – notion suffisamment vague pour ne pas risquer d'être fautive –. L'État n'a jamais été la source de tout le droit et, du fait des phénomènes de globalisation et de privatisation juridiques, il l'est même chaque jour un peu moins. Confondre droit et droit étatique, ce serait s'écarter de la réalité sociale alors que droit comme État reposent sur elle, y trouvent leur fondement premier. Les règles juridiques ne forment pas un tout monolithique mais plutôt un complexe hétérogène, parfois désordonné et aux aspects qualitatifs comme quantitatifs multiples. Si l'État est l'ordre juridique le plus perfectionné – si ce n'est l'ordre juridique parfait –, cela ne l'empêche guère de cohabiter ou d'être concurrencé par des ordres normatifs juridiquement partiels ou imparfaits, en cours de construction ou non achevés.

Partant, le recours à la notion plus souple et moins ancrée de « système juridique » pourrait être opportun. En effet, un système juridique peut se définir comme « tout ensemble suffisamment autonome et spécifique de principes, de règles, d'institutions et de mécanismes, qui est susceptible de se caractériser par ses origines, par ses finalités, par son organisation interne, par sa propre cohérence et par son efficacité »<sup>1</sup>.

Cette hypothèse pluraliste résulte très directement des prémices méthodologiques retenues. Aussi ces célèbres théorèmes de sociologie du droit résument-ils logiquement l'état du droit tel que supposé : « Théorème 1 : “le droit est plus grand que les sources formelles du droit” ; [...] Théorème 2 : “le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes” »<sup>2</sup>. Poussée dans ses implications les plus absolues, l'idée de pluralisme juridique mènerait à soutenir que toute règle sociale est nécessairement juridique ; car même si une règle est infimement juridique, elle n'en demeure pas moins juridique dans une dimension infime. Sans succomber à pareilles extrémités, il faut soutenir qu'il existe des degrés, des niveaux ou des stades entre le fait d'être droit et le fait de ne pas être droit. Il semble qu'Hamlet se soit fourvoyé : être ou ne pas être, telle n'est pas la question<sup>3</sup>.

### D. — Seconde hypothèse : des degrés dans le droit

Entre le monde du simplement normatif et le monde du juridique évoluerait toute une légion « de presque-droit, de comme-droit et de quasi-droit »<sup>4</sup>. Que cette seconde hypothèse soit vérifiée est indispensable à l'échelle de juridicité. Mesurer le droit, en effet, suppose

<sup>1</sup> J.-L. BERGEL, « Le plurijuridisme », in J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, PUAM, 2005, p. 12.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, pp. 20 et 22.

<sup>3</sup> Mais Hamlet ne s'inquiétait évidemment pas de la question du droit.

<sup>4</sup> A.-J. ARNAUD, M. J. FARIÑAS-DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, coll. « Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit », Bruxelles, 1998, p. 52.

qu'une règle puisse, certes, être absolument ou nullement juridique, mais aussi faiblement, moyennement ou fortement juridique.

Une règle de droit est un phénomène qui se déclenche, acquiert vigueur, est intense, s'affaiblit, s'éteint. Selon l'instant, son niveau de juridicité varie. Mais c'est surtout entre les règles – spécialement en fonction de leurs sources – que la juridicité diffère. Ainsi, s'il est probable que de nombreuses règles contenues parmi les constitutions ou les lois revêtent une forte juridicité, sans doute le droit dit « mou » ne possède-t-il qu'une juridicité moyenne ou faible ; et si toutes les règles à juridicité forte sont peut-être liées à l'État, toutes les règles étatiques n'ont certainement pas une juridicité forte. Il s'agit donc d'adopter une conception graduelle de la force juridique, de convenir que celle-ci est une qualité susceptible d'être plus ou moins intense et non un état qui est ou qui n'est pas, sans demi-mesure permise.

Étonnamment, il n'est que de rares auteurs à avoir accepté semblable hypothèse progressiste, dialectique et anti-manichéenne. Seuls quelques-uns ont pu écrire, mais sans développer plus avant, que « savoir si telle règle vise tel cas précis, si telle norme relève de tel ordre juridique de référence ou encore si telle solution présente tout simplement un caractère juridique suppose le plus souvent une appréciation exprimée en degré d'appartenance plutôt qu'un jugement catégorique qui ne manquerait pas de mutiler la souplesse et, pour tout dire, la fluidité du système juridique »<sup>1</sup>. D'évidence, la grande majorité des juristes s'arrête à un raisonnement binaire : soit la règle est valide et donc juridique, soit elle n'est pas valide et donc pas juridique. Pourtant, rien n'interdit à une règle, dès lors que la juridicité ne dépend pas d'un unique critère, d'être à moitié juridique. Et quand bien même il n'y aurait qu'un seul critère, celui-ci pourrait parfaitement se voir à demi satisfait.

Depuis toujours, les théoriciens et philosophes du droit recherchent ce qu'est le droit afin de l'isoler de ce qui ne l'est pas. Et la cloison qu'ils ont construite s'apparente à un véritable « mur de Berlin » qu'il serait périlleux de tenter de franchir. Seulement, alors que le véritable mur de Berlin portait une cohérence et répondait à une logique – sa légitimité étant une autre question –, le problème du « mur » ici figuré est qu'il a été édifié en de multiples endroits au fur et à mesure que les auteurs ont développé, indépendamment et selon des convictions divergentes si ce n'est antagonistes, leurs propositions. La thèse défendue à travers le concept d'échelle de juridicité est qu'il faut rassembler ces palissades éparses, ce qui, *in fine*, doit aboutir à leur chute, tel un mois de novembre 1989 dans la pensée juridique.

## E. — Premier choix : une définition lexicale du droit

Parler de « définition lexicale » peut sembler tautologique. Ces termes seront néanmoins retenus car ils permettent de souligner parfaitement l'intention sous-jacente à l'étude. Définir est une action consistant à déterminer la signification d'une expression linguistique absconse au moyen d'expressions linguistiques explicites. Le sens arboré par un mot est un usage qui ne peut remplir sa fonction qu'à condition de reposer sur l'application de conventions acceptées par une large majorité des membres de sa communauté linguistique. Le présent essai entend affirmer et épurer le lexique de « droit »

<sup>1</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 16.

afin de favoriser le consensus, parmi les juristes francophones, autour de la signification exacte de ce mot.

Selon la doctrine envisagée, la ligne de démarcation entre régulation juridique et régulation sociale non juridique se situe rarement au même endroit ou au même niveau. Celle-ci dépend en effet de la conception du droit retenue ; or « il y a plus d'une définition dans la maison du droit »<sup>1</sup>, ce qui s'avère parfaitement naturel<sup>2</sup> puisque le droit est un objet « impur »<sup>3</sup>. Le mot « droit », comme tout mot, est *une construction psychique collective*. Partant, son sens s'affine ou se complexifie avec le temps, au fur et à mesure que « chaque juriste y va de sa définition »<sup>4</sup>. Il est en tout cas la conséquence des usages qu'en ont faits ceux qui l'ont utilisé et, plus encore, qu'en font ceux qui l'utilisent. La signification d'une expression linguistique provient donc de son emploi, lequel peut être objet d'une convention largement acceptée ou, au contraire, de discussions parfois épiques. En l'occurrence, le sens de « droit » est certainement sujet à une *disputatio* haute en couleur.

Il faut distinguer la pensée de son expression formelle. Si celle-ci ne saurait être parfaitement transparente, il est impératif qu'elle ne coïncide pas avec un épais brouillard sémantique. Les mots et leurs agencements ne sont que des instruments dont il est important de savoir au mieux se servir. Mais l'essentiel réside évidemment dans le sens profond que les phrases et les notions transportent. Or, dès lors que l'on emploie le mot droit à chaque instant lorsque l'on « fait du droit », il serait à tout le moins gênant que son sens soit ambivalent, si ce n'est inconnu ou inaccessible. Pour être opérationnel, un terme doit correspondre à un concept précis et certain. À l'heure actuelle, tel n'est pas le cas de « droit ». Là encore, le fait que les « dictionnaires juridiques » ne comportent nulle entrée « Droit » est parfaitement révélateur<sup>5</sup>. Pourtant celui qui étudie le droit étudie bien quelque-chose.

La langue étant « un système de signes »<sup>6</sup>, une définition lexicale doit permettre de *rendre compte de l'ensemble des usages significatifs d'un mot*. Or il n'est pas impossible de réaliser cette tâche de manière exhaustive dès lors que ce sont uniquement les quelques usages significatifs et non tous les usages qui importent.

Par suite, se dressent deux problématiques délicates : tout d'abord, celle de la frontière entre usage significatif et usage marginal ; ensuite, celle de savoir si tous les usages significatifs doivent être considérés comme également porteurs de sens ou s'il serait davantage pertinent d'établir une hiérarchie entre eux, par exemple en leur affectant des coefficients. La volonté d'exclure tout arbitraire de l'étude oblige à opter en faveur d'une

<sup>1</sup> Réf. à J. CARBONNIER, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, n° 11, 1990, pp. 5 s.

<sup>2</sup> Cf. R. SÈVE, « La juste diversité des définitions du droit », *Droits*, n° 10, 1989, pp. 89 s.

<sup>3</sup> Réf. à L. HABIB, « L'impur objet de la science du droit », *Droits*, n° 10, 1989, pp. 93 s.

<sup>4</sup> J. LECLERCQ, *Du droit naturel à la sociologie*, t. 1, Spes, 1960, p. 53, cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 271.

<sup>5</sup> C'est le cas, par exemple, du *Lexique des termes juridiques 2013* (S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, dir., 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012). S'y trouve néanmoins une entrée « droit objectif ». Mais la définition est pour le moins sommaire : « ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique » (p. 250) ; alors que « durée du travail », « fortune de mer » ou « prélèvements agricoles » sont l'objet de définition longues d'une trentaine de lignes.

<sup>6</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 253.

vision large des usages significatifs et à ne jamais privilégier l'un ou l'autre, même lorsqu'il semble plus fréquent ou plus correct.

En outre, définir un terme à partir des utilisations qui en sont faites force déjà à effectuer un effort de définition desdites utilisations, ce qui peut aboutir à leur déformation partielle, à leur traduction inexacte. Aussi, pour atteindre son but et être efficace, la définition doit se composer de termes simples, non polyphoniques, bien établis et acceptés. Si tel n'était pas le cas, se poserait de manière assez dramatique la question de « la définition de la définition ». Il n'en demeure pas moins que la définition lexicale, combinaison des différents sens significatifs du mot « droit », paraît particulièrement appropriée. Et, s'il s'agit de s'intéresser en premier lieu aux sens retenus par les juristes, les sens imprégnant les visions des profanes, lesquels constituent l'écrasante majorité du corps social, doivent être pleinement intégrés et en aucun cas écartés pour la seule raison qu'ils ne proviendraient pas d'une source suffisamment avertie.

Parce que lexicale, la définition est explicative-descriptive. Elle repose sur un socle la précédant et qu'elle exploite sans le modifier, ce qui est conforme à l'attitude empirique. Elle ne doit jamais devenir stipulative, constructive ou normative, c'est-à-dire chercher à créer l'objet en même temps qu'elle le définit, par une nouvelle convention de langage, ou en disant ce qu'il doit être<sup>1</sup>. Pareil choix ou dérive aboutirait à ajouter de la complexité à la complexité et à manquer totalement l'objectif assigné *ab initio* : construire un instrument sémantique propre au concept de droit qui soit précis, intelligible, opérationnel et, avant tout, exact.

Enfin, puisque la signification de « droit » est un construit psychologique, sa définition lexicale (au sens de processus définitionnel) doit déboucher, *in fine*, sur une *définition réelle-matérielle* (en termes de contenu définitionnel). Elle doit déterminer substantiellement l'ensemble des éléments et des caractéristiques spécifiques au concept de droit. Finalement, un tel cheminement conduit à une description du phénomène juridique au travers de ses critères constitutifs. La relativité consubstantielle à la notion fait que ceux-ci ne sauraient être cumulatifs ; ils sont seulement indicatifs.

Base de la définition du droit, ces critères doivent être recherchés parmi les définitions du droit.

## F. — Second choix : une définition du droit par les définitions du droit

Le droit comme sa perception sont nécessairement pluriels. La définition transparaisant en l'échelle de juridicité – « la » définition car elle se veut consensuelle, capable de transcender les clivages préexistants – est une voie médiane entre des positions réductrices, incomplètes et, partant, insuffisantes. Elle emprunte leurs spécificités et leurs lignes de force à toutes les conceptions actuellement significatives, soit celles qui rencontrent un succès suffisamment dense parmi les esprits juridiques ou profanes pour être retenues comme douées d'une capacité d'influence sur le sens de « droit ». En conséquence, la définition qui va être exposée est métathéorique, elle n'appartient à aucun courant et à tous les courants à la fois. Elle participe de l'émancipation d'une théorie pluraliste – ou, plus

<sup>1</sup> Cf. not. M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, pp. 101 s. ; A.-J. ARNAUD, « Essai d'une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, pp. 11 s.

profondément, *syncrétique* – du droit, laquelle doit être clairement distinguée de la thèse du pluralisme juridique<sup>1</sup>. Plus simplement, elle est globale ou entière. Et si l'aspiration à l'objectivité qui la justifie engendre une confusion des origines pour le moins prononcée, cette dernière est entièrement assumée. Elle est même revendiquée.

Au sens de la plupart des auteurs et des doctrines, la juridicité ou force juridique relève d'un pôle exclusif et autonome : légalité, validité formelle, légitimité axiologique, application judiciaire ou effectivité concrète. Aux côtés de la théorie syncrétique du droit, il faut insister une dernière fois : la définition du droit ne peut se dévoiler qu'à condition d'être les définitions du droit.

Par ailleurs, la qualité juridique ne s'appose que sur des règles. Elle ne se déploie jamais autour des lois, des règlements ou des codes privés en tant que tels mais autour des règles que ceux-ci supportent. Aussi s'agit-il de préciser la notion de « règle », laquelle ne présente toutefois pas les mêmes difficultés que le terme « juridique » qui l'accompagne.

### III. — La règle, signification d'un énoncé prescriptif

La juridicité, qu'il est question de mesurer au moyen d'une échelle, est une qualité susceptible de s'appliquer principalement à des règles<sup>2</sup>. Une règle, à l'identique d'une définition, est « une construction humaine artificielle, immatérielle et mentale »<sup>3</sup>. Elle consiste en la signification d'un énoncé prescriptif, c'est-à-dire qui invite le récepteur à agir d'une certaine façon, qui sert de modèle pour l'action. Elle correspond donc à la signification d'un énoncé ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité un certain comportement. Mais la règle ne se confond pas avec cet énoncé et encore moins avec le texte ou la parole qui le transporte. Ainsi un cadre formel ne saurait-il être juridique. Dire « la loi est juridique » est un abus de langage qu'il faut bannir ou, au moins, traduire par « les règles contenues dans la loi sont juridiques ». De la même façon, « l'article du texte *x* est juridique » signifie « la ou les règle(s) contenue(s) dans l'article du texte *x* est/sont juridique(s) ». Le droit est toujours un contenu intangible. Il n'est jamais une enveloppe formelle, même s'il peut parfois imposer un contenant. Pour désigner la forme, doit être adoptée l'expression « acte juridique ».

En outre, si une règle est nécessairement marquée par le discours prescriptif<sup>4</sup>, cette propriété peut parfaitement être implicite et il importe peu que la lettre soit descriptive. Par exemple, le texte « la langue de la République *est* le français »<sup>5</sup> comporte la règle « la langue de la France *doit être* le français ». De plus, un énoncé est le fruit d'un acte de

<sup>1</sup> La thèse du pluralisme juridique n'est qu'une partie parmi d'autres de la théorie pluraliste du droit.

<sup>2</sup> Concernant les ordres ou systèmes de normes, sera plus volontiers employée l'expression « développement institutionnel ».

<sup>3</sup> L. ROBERT-WANG, « Règle de droit », précité p. 1327.

<sup>4</sup> Les autres types de discours sont le discours descriptif, le discours évaluatif (consistant en l'appréciation d'une situation) et le discours performatif (lorsqu'un énoncé réalise en même temps une action ; cf. J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, trad. G. LANE, Le Seuil, 1970).

<sup>5</sup> Constitution du 4 octobre 1958 (V<sup>e</sup> République française), art. 2, al. 1<sup>er</sup>.

volonté. Ainsi la règle se spécifie-t-elle encore en tant que « signification d'un acte de volonté »<sup>1</sup>.

La notion générique de règles se décompose en règles naturelles, règles techniques et règles sociales<sup>2</sup>. Et les règles juridiques forment une classe de règles sociales parmi plusieurs autres, une règle donnée pouvant relever de différents types de règles dans le même temps. Or ces éléments permettent de caractériser uniquement les règles sociales ; ils ne permettent pas d'isoler les règles juridiques. Par exemple, les commandements de Dieu constituent bien des « énoncés prescriptifs ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoires, interdits, permis ou habilités certains comportements » ; ils ne sont pourtant pas le droit actuellement en vigueur. Aussi a-t-il pu être précisé que les règles juridiques ne sauraient provenir que du « discours prescriptif du législateur »<sup>3</sup>.

Muni de ce bagage théorique et épistémologique, il est temps de s'attacher plus concrètement à l'échelle de mesure de la juridicité. Avant de travailler avec l'outil<sup>4</sup>, il faut déjà travailler l'outil<sup>5</sup>.

\*  
\* \*

L'intention, mesurer le degré de juridicité d'une règle, est parfaitement pionnière. Dans aucune culture juridique, à aucun moment, pareille proposition n'a été émise et encore moins éprouvée. Certes, les différentes « thèses rattachées au positivisme »<sup>6</sup> – par trop

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 13.

<sup>2</sup> De manière plus élaborée, peuvent être distinguées les règles qui proviennent des lois de la nature ou des lois statistiques et qui sont connues grâce à l'observation d'une régularité ; les règles qui proviennent d'une stipulation, qui sont fixées par convention ; les règles qui proviennent d'un critère scientifique ou formel (critère de validité de certaines opérations) ; les règles qui sont la prescription d'un état de choses idéal, soit les « normes au sens stricte » qui intéressent le droit (O. PFERSMANN, « Norme », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1080).

<sup>3</sup> N. BOBBIO, *Theoria della scienza giuridica*, Turin, 1950, cité par R. GUASTINI, « Norberto Bobbio ou la distinction », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 9. Pour Bobbio, les règles sont « des actes de communication linguistique prescriptifs. La science du droit est réduite à un discours sur un discours, un métalangage descriptif dont le langage-objet est le discours prescriptif du législateur » (*ibid.*).

<sup>4</sup> L'utilisation de l'échelle de juridicité, c'est-à-dire son application à des exemples divers et variés de règles, sera l'objet d'une prochaine publication parmi les *Archives de Philosophie du Droit*.

<sup>5</sup> L'expression « travailler l'outil » est une image. En réalité, l'échelle de juridicité est simplement constatée et reproduite.

<sup>6</sup> « 1. Les règles de droit sont des commandements émanant d'êtres humains ; 2. Il n'y a pas de connexion nécessaire entre droit et morale, ou entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être ; 3. L'analyse ou l'étude des significations des concepts juridiques constitue une étude importante qu'il faut distinguer des recherches historiques, des recherches sociologiques, et de l'évaluation critique du droit au regard de la morale, des finalités sociales, des fonctions etc. ; 4. Un système juridique constitue un "système logique fermé" dans lequel les décisions correctes peuvent être déduites, par des méthodes exclusivement logiques, de règles juridiques prédéterminées ; 5. Des jugements moraux ne peuvent, contrairement au jugement de fait, être émis sur la base d'une argumentation rationnelle, d'une évidence ou d'une preuve ».

restrictives et ne pouvant rendre compte de la totalité du droit et de la pensée – ont pu être relevées. Ont aussi été précisés les « trois cercles sécants de la validité » (« légalité » liée à l'appartenance à un ordre juridique, « légitimité » par rapport à des valeurs méta-positives, « effectivité » dépendant des attitudes, comportements et représentations des autorités et sujets de droit)<sup>1</sup>, mais sans que cela serve plus avant à une évaluation du niveau de juridicité des règles.

L'œuvre dont la parenté avec l'échelle de juridicité est la plus marquée est certainement le récent ouvrage collectif consacré à l'idée de « force normative »<sup>2</sup>. Au-delà de la malheureuse confusion opérée entre normativité (fait d'être normatif) et juridicité (fait d'être juridique), la distinction des divers « pôles de la force normative » est un effort semblable à la reconnaissance des critères constitutifs du phénomène juridique.

Le premier pôle est appelé « valeur normative ». Il « s'identifie à la force conférée à la norme par son émetteur »<sup>3</sup>. Pour déterminer cette force, il faut s'intéresser à « trois sous-pôles : [...] un, hiérarchique, en référence à sa validité par rapport aux normes supérieures ; un autre, déontique, en lien avec la formulation et le contenu prohibitif, prescriptif ou permissif de la norme ; et un autre encore, axiologique, en prenant en compte sa légitimité »<sup>4</sup>.

Ensuite, le deuxième pôle de la force normative « est la “portée normative”, [laquelle] a partie liée avec les effets de la norme. Illustrant son effectivité “sur le terrain”, il incarne la force perçue par les destinataires de la norme, et plus largement par les acteurs sociaux et les acteurs du droit, qu'ils soient auteurs de doctrine ou praticiens »<sup>5</sup>. Où il est patent que normativité et juridicité sont exactement amalgamées.

Enfin, le troisième pôle de la force normative « a trait au “respect de la norme”. [Il] renvoie à la garantie du respect de la norme par les acteurs du droit et les acteurs sociaux et de la validité de la norme offerte par le système juridique, ce dernier étant en mesure d'attacher à la norme juridique un certain nombre d'attributs, en fonction desquels la norme est ou non assortie de contrainte, sanctionnable, contestable, utilisable pour contrôler la légalité d'autres normes, opposable, mobilisable par le juge ou encore invocable en justice »<sup>6</sup>. Ce dernier pôle est discutable car il n'apparaît guère supplémentaire relativement aux deux premiers mais davantage redondant.

---

H. L. A. HART, *Le concept de droit* (1961), trad. M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2006, p. 301.

<sup>1</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, pp. 352 s. Pour ces auteurs, il est d'ailleurs impossible de relever des caractéristiques communes à l'ensemble des règles juridiques ; aussi proposent-ils une définition systémique, soit ne pas définir la règle juridique mais plutôt le système juridique.

<sup>2</sup> C. THIBIERGE, dir., *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009.

<sup>3</sup> C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de force normative », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative...*, *op. cit.*, p. 822.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 841.

Chacun des trois axes ci-dessus décrits est compris comme « une voie d'accès spécifique à la juridicité »<sup>1</sup>. Et il est soutenu que « certaines normes puisent leur force à l'un seul de ces trois pôles ou revêtent une force en l'absence d'un des trois »<sup>2</sup> ; donc, « pour revêtir une certaine force normative, une norme n'a pas besoin d'avoir de la force à chacun des trois pôles, ni que sa force y soit portée à son plus haut degré d'intensité »<sup>3</sup>. Cette analyse semble insuffisante, si ce n'est incorrecte. C'est en effet adopter une vision un peu superficielle que de ne pas percevoir une différence de niveau de « force normative » entre une règle ne répondant qu'à un seul pôle et une règle répondant aux trois pôles simultanément.

À l'évidence, il aurait fallu aller plus loin dans la démarche et dans les conclusions tirées, même si *La force normative* pose quelques heureux jalons. La volonté d'identifier les pôles de la force « normative-juridique » doit être saluée. Mais les résultats ne paraissent ni convenablement précis, ni suffisamment exhaustifs, car des pans entiers de la juridicité ne sont pas évoqués ; et n'est à aucun moment envisagé de les mettre à profit pour évaluer la « normativité-juridicité » des règles. Quelques balises ont donc été disposées le long du chemin, mais le terrain reste entièrement à défricher.

Produits de l'histoire moderne du droit et de la théorie du droit, six critères significatifs de juridicité occupent les pensées contemporaines (chap. 1). C'est l'application systématique et simultanée de ces six critères – observés empiriquement, déterminés théoriquement et calibrés techniquement – qui permet de « mesurer le droit » (chap. 2).

## Chapitre 1 — Les six critères de la juridicité

Chacun des six critères représente un aspect singulier de la juridicité, un élément constitutif remarquable du phénomène juridique. Aussi tous correspondent-ils fatalement à des courants doctrinaux bien spécifiés, telle est la conséquence logique du recours à une définition lexicale. Les vocabulaires propres aux tendances théoriques en cause seront néanmoins évincés volontairement des intitulés des critères et il ne se trouvera, en particulier, ni critère normativiste, ni critère jusnaturaliste, ni critère réaliste, ni critère sociologique. En effet, ce n'est qu'en s'écartant et en dépassant les acceptions partielles et partiales du droit qu'il devient possible d'en offrir une définition totale, soit une définition partant des dites acceptions partielles et les réduisant en fragments de l'acception totale ne portant plus sens de manière isolée.

En outre, pour savoir si une règle quelconque satisfait à un critère, il est nécessaire de se fonder sur des indices, sortes de « sous-critères » indispensables dans le processus didactique. La présentation des critères de la juridicité ne saurait donc se réduire à une simple énumération. Chaque critère doit être l'objet d'explications fines et explicites permettant sans peine son application et sa propre estimation, en empruntant la méthode empirique du faisceau d'indices ; car, comme la juridicité est susceptible de degrés, le respect d'un critère peut être incomplet et il s'agit alors de pouvoir déterminer dans quelle proportion ce dernier est rempli.

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 827.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 832.

<sup>3</sup> *Ibid.*

Enfin, il faut dès à présent dissocier juridicité et normativité : la juridicité (ou fait d'être juridique) est une qualité liée à une observation externe et dépendant principalement des *émetteurs* ou *sources* de la règle ; la normativité (ou fait d'être normatif) est une qualité qui provient exclusivement d'un jugement interne, celui des *récepteurs* ou *destinataires* de la règle, ce qui conduit à la lier à l'idée d'effectivité. Il n'est donc en aucun cas lieu de confondre ou de considérer comme synonymes juridicité et normativité, force juridique et force normative. En revanche, la normativité peut parfaitement servir d'indice – ou plus encore de critère – à la juridicité ; cela sans que la réciproque ne soit permise.

*Actuellement* – « actuellement » car « le changement de structure de la société se traduit par un changement du droit lui-même »<sup>1</sup> –, six critères de juridicité significatifs sont à dénombrer. Ces critères sont la valeur (I), la validité (II), la qualité (III), la sanction (IV), l'application (V) et l'efficacité (VI), auxquels doit être ajouté un critère transversal : le développement institutionnel de l'ordre normatif (VII). Leur ordre de présentation n'est le reflet d'aucun jugement de valeur, d'aucune priorité arbitrairement décidée ; il procède simplement d'un choix tout à fait neutre : évoluer des considérations les plus abstraites vers les éléments les plus concrets. C'est ici l'occasion de rappeler qu'une étude empirique peut parfaitement mener à constater l'existence de critères dévolus à une certaine subjectivité au sein des discours sur le droit ; la méthode d'observation n'en demeure pas moins parfaitement objective.

Le vocabulaire et les affirmations contenus dans les développements à venir seront toujours propres aux critères et aux visions du droit qu'ils impliquent respectivement. Que certains aspects de l'un entrent en opposition avec quelques caractères des autres s'avère dès lors absolument normal ; si cela n'advenait pas, il faudrait en déduire qu'il n'existe en vérité qu'un unique méta-critère de reconnaissance du phénomène juridique.

## I. — La valeur (la règle est légitime d'un point de vue axiologique)

Le critère de la valeur est le plus relatif et subjectif. Il est également le plus ancien. Il coïncide avec le respect par la règle des principes méta-positifs qui animent l'observateur externe. Ce dernier peut estimer que lesdits principes se révèlent naturels et universels, l'important est qu'ils empreignent son jugement personnel. Spécialement, la légitimité axiologique découle de la conformité à l'idéal de justice, « seule vertu qui renferme toutes les autres »<sup>2</sup>. Ainsi, « les règles de droit visent nécessairement et exclusivement à réaliser la justice [qui est] une idée, l'idée du juste [...] impliquant essentiellement non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire tort à personne et d'attribuer à chacun son dû, mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre les intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. Ch. BOUCHINDHOMME, R. ROCHLITZ, Gallimard, coll. « NRF essais », 1997, p. 422.

<sup>2</sup> DIDEROT, cité par P. HERMAND, *Les idées morales de Diderot*, Georg Olms-PUF, 1923, p. 152.

<sup>3</sup> F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 1-2, Sirey, 1927, p. 1328.

Les règles de droit doivent se conformer aux lois *a priori* transcendantes de la nature et de la morale<sup>1</sup>. L'adage latin *jus est ars boni et aequi* (le droit est l'art du bon et de l'équitable)<sup>2</sup> ou l'idée de « contenu minimum de droit naturel obligatoire »<sup>3</sup> peuvent être mobilisés. C'est ici la définition du droit par ses finalités qui est en jeu. En ce sens, les règles juridiques se caractérisent, pour beaucoup, par le but qui les habite – ou plutôt qui habite leurs auteurs – : garantir l'ordre et réaliser la justice au sein de la société. Si tout contenu prescriptif peut être juridique, une règle entrant en conflit avec les valeurs de l'observateur lui apparaîtra nécessairement moins forte juridiquement qu'une règle tendant à concrétiser ses exigences axiologiques, à réaliser ce qu'il estime comme juste et bon.

Toutefois, si une règle, par exemple car simplement technique, s'avère parfaitement neutre axiologiquement, ne concourant pas à l'accomplissement de l'idéal de justice tout en ne bravant aucun principe fort, le critère de la valeur doit être considéré comme rempli à hauteur de moitié.

Les valeurs supérieures en cause n'ont pas à être assimilées à celles consacrées par l'ordre normatif ou juridique de la règle ; s'il arrive qu'elles soient identiques, tel est le fruit d'un heureux hasard. Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme s'enquiert de la légitimité d'une loi nationale, ce sont les préceptes de son ordre juridique et non ceux qui habitent l'observateur externe qui se trouvent convoqués. Il en va de même concernant les contenus indérogeables des constitutions. Les principes que celui qui étudie une règle porte en lui peuvent bien lui avoir été insufflés par l'ordre juridique dans lequel il évolue, mais le plus souvent ils lui sont inculqués par l'éthique sociale, la religion ou sa conscience personnelle.

À moins de réduire le droit à la morale, ce qui serait une approche – paradoxalement – par trop superficielle, le critère de la valeur ne saurait incarner l'unique critère de la juridicité. Les différences qui creusent un fossé infranchissable entre ces deux pôles sont incontestables. Il n'y a, certes, nulle opposition de principe entre droit et morale, mais il semble que l'appréciation juridique est « objective et bilatérale », quand l'appréciation morale est « subjective et unilatérale »<sup>4</sup>. Avec le critère de la validité, la juridicité fait déjà un pas important vers l'objectivité.

## II. — La validité (la règle est valide formellement et matériellement à l'intérieur d'un ordre juridique)

La validité est par beaucoup perçue comme le « mode d'existence spécifique » des règles de droit<sup>5</sup>. Sans affirmer que ce critère serait, à lui seul, suffisant, nul doute que la validité est une propriété constitutive cardinale du phénomène juridique. Le droit se présente tel un ensemble de règles doué d'une unité, marqué par la cohérence et au caractère

<sup>1</sup> Cf. par exemple G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, *passim*.

<sup>2</sup> Cet adage est communément attribué à Ulpian.

<sup>3</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 138.

<sup>4</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, n° 6, cité par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>5</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 18.

systématique. Partant, la juridicité ne peut être connue au départ d'une règle isolée. Ce sont les relations entre les règles, au sein d'un ordre normatif très perfectionné, qui rendent ces règles juridiques<sup>1</sup>. La juridicité est une qualité qui ne caractérise que des ensembles homogènes de règles ; et si, parmi les règles sociales, se distingue une sphère de droit, ce n'est pas parce qu'il existe des règles juridiques à côté des règles non juridiques, mais parce qu'il existe des ordres juridiques en parallèle des ordres non juridiques<sup>2</sup>.

L'ordre juridique devient le concept central de la théorie du droit. Le critère de la validité met la « nomodynamique » (théorie de l'ordre juridique) au service de la « nomostatique » (théorie de la règle juridique)<sup>3</sup> ; l'une des caractéristiques essentielles de la juridicité de la règle lui est conférée à un échelon qui la dépasse. Pour relever de l'espace-droit, la règle n'a pas à être contraignante, mais il faut qu'elle appartienne à un ordre de contrainte. C'est ainsi que peut être résolu le célèbre « cas du bandit » : l'ordre du brigand accompagné de menaces ne peut être qualifié de règle juridique car, « s'il ne s'agit que de l'acte isolé d'un individu isolé, il ne saurait être considéré comme un acte de droit, comme ayant un sens de norme [juridique], déjà pour la raison que le droit [...] n'est pas une norme unique, mais un système de normes, un ordre social, et qu'une norme particulière ne peut être considérée comme une norme juridique qu'autant qu'elle appartient à un tel ordre »<sup>4</sup>.

L'attention doit, dès lors, d'avantage être portée sur la notion d'ordre que sur la notion de règle ; or celle-ci est loin d'établir un consensus<sup>5</sup>. Il faut donc préciser à nouveau le sens d'« ordre juridique ». Il s'agit, selon l'acception la plus large, de l'« ensemble structuré en système [des] éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine. [...] Ce n'est pas une simple collection d'objets disparates mais un ensemble organisé d'éléments interdépendants formant une unité, un tout, qui ne se réduit pas à la simple addition de ses composantes »<sup>6</sup>. L'ordre est, déjà, « le principe logique qui commande les relations entre les divers éléments constitutifs »<sup>7</sup>. Il est, surtout, « l'ensemble articulé qu'ils forment »<sup>8</sup>.

Un ordre juridique est donc un ordre normatif doté de certains caractères supplémentaires. Plus précisément, il consiste en une légion *indépendante, autonome et suffisante* de règles propre à organiser une société. Il comporte à la fois des sources de droit

<sup>1</sup> Cf. en particulier H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État. La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* (1945), trad. B. LAROCHE, V. FAURE, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1997, pp. 55 s. ; également *Théorie générale des normes*, trad. O. BEAUD, PUF, coll. « Léviathan », 1996.

<sup>2</sup> « Dans la réalité, les normes juridiques n'existent pas seules mais toujours dans un contexte de normes ». C'est ce « contexte » que Bobbio appelle un ordre et si, selon Kelsen, sont juridiques tous les ordres composés de règles juridiques, pour Bobbio, sont juridiques toutes les règles contenues dans un ordre juridique (*Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, 1960, p. 3, cité par R. GUASTINI, « Norberto Bobbio ou la distinction », précité, p. 12).

<sup>3</sup> Notions décrites dans H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État...*, *op. cit.*

<sup>4</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 64.

<sup>5</sup> Cf. Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 34, 2001, pp. 19 s.

<sup>6</sup> C. LEBEN, « Ordre juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 1113-1114.

<sup>7</sup> J. CHEVALLIER, *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 7.

<sup>8</sup> *Ibid.*

originaires et des moyens d'application, de contrôle et d'exécution forcée. Aussi ne se trouve-t-il guère que l'État qui puisse revêtir l'habit d'ordre juridique complet ou parfait. Mais cela n'exclut pas que le critère de la validité puisse être partiellement rempli lorsqu'une règle, sans appartenir à un ordre étatique, intègre un système de règles atteignant un certain degré de perfectionnement<sup>1</sup>.

L'ordre juridique est une espèce du genre plus large « ordre normatif », lequel désigne « tout ensemble comportant des propositions énonçant des devoir-être »<sup>2</sup>, tout assemblage de règles possédant un lien de parenté ou une raison d'être quelconque en commun. Un ordre juridique est donc un ordre normatif organisé et il faut considérer qu'à chaque fois que l'existence d'un tel ordre social ordonné est constatée, ce dernier est juridique<sup>3</sup>. Par suite, le critère de la validité sera rempli à mesure que ce système approche du niveau d'aboutissement d'un ordre étatique ; cela sans jamais pouvoir l'atteindre entièrement car, pour l'heure, seul un État est en capacité d'accéder au plus haut degré de perfectionnement juridique.

C'est ici l'occasion de préciser qu'il faut comprendre, en cette étude relative à la « mesure du droit », l'expression « droit public » comme « droit d'origine publique » et l'expression « droit privé » comme « droit d'origine privée » – bien que, traditionnellement, ces termes sont employés afin de désigner les destinataires et non les émetteurs des règles –.

Pour satisfaire au présent critère, une règle doit être valide tant formellement (A) que matériellement (B).

## A. — La validité formelle

Le terme « validité » désigne la « positivité » ou la « légalité » dans un sens étendu, soit l'appartenance à un ordre juridique. Le droit se reconnaît aisément lorsque des énoncés se voient insérés parmi des textes ou recueils officiels. Le contenu est alors indifférent ; seule compte l'enveloppe formelle et la procédure de production des règles propre à l'ordre en question. Bien qu'il s'agisse certainement d'une « fausse idée claire »<sup>4</sup>, la validité d'une règle dépend du fait qu'elle a été édictée conformément aux éléments procéduraux régissant le fonctionnement de l'ordre. Lesdits éléments sont contenus au sein d'une ou plusieurs autre(s) règle(s) déjà valide(s), si bien que chaque règle d'un ordre juridique est la conséquence d'une autre qui détermine son procédé de création.

Un ordre juridique comporte donc deux types de règles : les *devoir-être* que les destinataires sont enjointes de respecter ; les *devoir-faire* ou *règles procédurales* que les organes officiels intégrés à l'ordre doivent appliquer. L'une des principales caractéristiques

<sup>1</sup> V. ci-dessous les développements relatifs au critère transversal du développement institutionnel de l'ordre normatif.

<sup>2</sup> C. LEBEN, « Ordre juridique », précité, p. 1114.

<sup>3</sup> Cf. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2<sup>e</sup> éd. (1918), trad. L. FRANÇOIS, P. GOTHOT, Dalloz, 1975, *passim*.

<sup>4</sup> Réf. à P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJDP*, n° 5, 2007, pp. 557 s.

du droit est, en conséquence, sa faculté à s'autoréguler. Et cette validité formelle peut aussi être qualifiée de « validité dynamique »<sup>1</sup>.

Est valide la règle produite selon les formes convenues, qui est conforme aux signes d'appartenance, aux critères d'identification contenus dans les « règles de reconnaissance »<sup>2</sup> de l'ordre. La vérification de cette validité suppose de recourir à un « test de *pedigree* »<sup>3</sup>, c'est-à-dire, simplement, de rechercher si la source de la règle est une source autorisée et si le dispositif procédural que ladite source devait respecter l'a effectivement été.

Classiquement, sont distinguées quatre sources de droit : la loi, la jurisprudence, la coutume et la doctrine<sup>4</sup>. Seulement, si toutes quatre peuvent inspirer le droit, en être des sources matérielles, dans les pays occidentaux seules les deux premières, parce qu'elles émanent d'institutions officielles, peuvent – et plus souvent la loi que la jurisprudence – remplir les conditions posées par l'ordre étatique et acquérir le statut de sources formelles. La coutume, elle, surgit des faits. Quant à la doctrine, elle se limite à une capacité de proposition et d'influence. Toutes deux ne sauraient formaliser des règles de droit.

Dans sa pratique la plus extrême, le formalisme aboutit à l'affirmation selon laquelle la légalité serait une « condition nécessaire et suffisante de validité »<sup>5</sup>, le « test de *pedigree* » emportant présomption irréfragable de juridicité. Il semble toutefois que l'aspect matériel d'une règle doive être tout autant considéré au moment d'apprécier sa présence à l'intérieur d'un ordre juridique.

## **B. — La validité matérielle**

Un ordre juridique ne pose pas que des exigences formelles, il pose également des exigences matérielles. Indubitablement y a-t-il des ordres qui prévoient très précisément le cadre substantiel dans lequel s'insérer et d'autres plus lapidaires, mais la validité d'une règle ne se réduit jamais à la seule déduction formaliste. Elle procède également de la conformité aux valeurs et aux principes défendus par cet ordre, en particulier à travers ses règles suprêmes. C'est là la validité matérielle ou « statique »<sup>6</sup>. À l'inverse du critère de la valeur, le ressenti personnel à l'observateur est ici indifférent. Si les règles portées par les lois nazies auront, au sens de la plupart des observateurs, une valeur nulle, en revanche leur validité matérielle sera nécessairement forte.

Les deux indices de la validité que sont la validité formelle et la validité matérielle doivent être regardés comme ayant autant de poids l'un que l'autre. Ainsi un code de conduite privé invalide formellement peut-il être valide matériellement s'il respecte,

<sup>1</sup> Cf. sur l'« ordre dynamique » H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, spéc. p. 259 ; N. BOBBIO, « Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>2</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>3</sup> Cf. R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. M.-J. ROSSIGNOL, F. LIMARE, PUF, coll. « Léviathan », 1995.

<sup>4</sup> Cf. not. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2005, *passim*.

<sup>5</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>6</sup> Cf. sur l'« ordre statique » H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, spéc. p. 258.

notamment, l'ordre public et l'intérêt général. Mais, avant tout, la qualité juridique de l'ordre normatif auquel appartient la règle compte pour moitié dans le présent critère.

D'aucuns, revendiquant un « réalisme » exacerbé, rejettent en bloc le recours à la validité comme critère de la juridicité. La validité relèverait d'une métaphysique moderne et, en conséquent, ne serait nullement vérifiable. Il est vrai que tout ordre juridique, donc toutes les règles qui l'habitent, repose *in fine* sur une Constitution historiquement première – à moins que ce ne soit sur une supposée « norme fondamentale »<sup>1</sup> ou « règle de reconnaissance »<sup>2</sup> –, laquelle est la conséquence d'un fait et n'est conforme à aucune règle juridique supérieure.

La qualité de la règle est un critère davantage pragmatique.

### **III. — La qualité (la règle répond aux différentes exigences qualitatives propres au droit)**

Indépendamment de la conformité matérielle aux valeurs affirmées au sein de l'ordre juridique, tous les contenus ne revêtent pas la même force de droit. Les règles juridiques se scindent en trois catégories : les règles de conduite obligatoires (devoir-être), les règles procédurales (devoir-faire) et les règles attributives. Une règle quelconque doit donc entrer dans l'une de ces cases pour pouvoir accéder à la juridicité (A). De plus, elle se doit d'être formulée de manière générale, abstraite et impersonnelle (B) et de satisfaire l'exigence impérieuse de sécurité juridique (C).

Ces trois indices possèdent la même force probante à l'égard du critère dit de « la qualité ». Cependant, il faut considérer que le non-respect d'un seul rend le critère moyennement rempli et que, si un seul est vérifié, le critère est alors faiblement rempli. Ce n'est en effet que lorsqu'ils sont tous pleinement satisfaits que ladite qualité peut être totale mais aussi forte.

#### **A. — Une règle de conduite obligatoire, une règle procédurale ou une règle attributive**

Bien que cela soit ardemment discuté<sup>3</sup> – tous les critères et tous les indices de la juridicité le sont –, pour espérer conquérir la qualité juridique, une règle doit consister en un comportement à adopter de manière obligatoire. Les sphères de l'incitatif, du recommandatoire, mais aussi du permissif et du supplétif sont donc exclues. Le propre du droit, c'est aussi de pouvoir être violé ; or une règle qui autorise une attitude quelconque n'est en aucun cas bafouable.

<sup>1</sup> Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, spéc. p. 263.

<sup>2</sup> Cf. H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, spéc. p. 130.

<sup>3</sup> J.-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, n° 3, 1988, p. 675.

La règle juridique est toujours une obligation<sup>1</sup> : soit une obligation positive ou de faire (« il est obligatoire que les jardiniers marchent sur la pelouse »), soit une obligation négative ou de ne pas faire, c'est-à-dire une interdiction (« il est interdit aux jardiniers de marcher sur la pelouse »)<sup>2</sup>. La faculté et la permission (« les jardiniers peuvent marcher sur la pelouse »), dès lors qu'elles ne changent rien à l'« état de nature » (avant que n'intervienne la règle, les jardiniers marchaient librement sur la pelouse), ne sauraient être également juridiques<sup>3</sup>. En revanche, lorsque la permission est une exception à une interdiction, la juridicité est néanmoins pleine (« il est interdit de marcher sur la pelouse ; par exception, les jardiniers sont autorisés à marcher sur la pelouse »). En outre, les règles supplétives n'ont assurément pas l'autorité juridique des règles d'ordre public ; dès lors qu'il est permis de déroger à la règle par accord particulier, la juridicité de celle-ci se trouve nécessairement affaiblie. Il existe donc une « hiérarchie matérielle »<sup>4</sup> entre ces catégories de règles.

En outre, le lecteur ne doit pas s'arrêter à la lettre pour savoir si un texte renferme une prescription. Fréquemment, bien que sa formulation littérale n'emprunte pas le mode impératif, la règle n'en demeure pas moins une obligation ou une interdiction (l'indicatif « les jardiniers marchent sur la pelouse » doit être compris comme disposant que « les jardiniers doivent marcher sur la pelouse »)<sup>5</sup>.

Et le caractère impératif de la règle ne suffit pas, seul, à la faire juridique ; l'obligatorité n'est guère spécifique au droit. « Il est interdit de tuer » peut parfaitement appartenir à d'autres ordres normatifs (moral ou religieux notamment). Ce critère permet donc de distinguer les règles juridiques de certaines règles non juridiques, mais pas de toutes les règles non juridiques. L'impératif caractérise beaucoup des règles sociales destinées à régir les activités au sein d'un groupe. Il s'imisce même dans nombre de règles extra-sociales («  $e = mc^2$  » est bien une obligation à l'attention de la matière).

Par ailleurs, si elle n'apparaît pas telle une obligation à destination des membres du corps social, une règle peut être juridique si elle est procédurale, c'est-à-dire une obligation à l'égard des organes politiques ou exécutifs de l'ordre juridique. Se retrouve ici la distinction classique entre « règles primaires » et « règles secondaires » – ou entre « règles normatives » et « règles techniques »<sup>6</sup> –, ces dernières – sortes de méta-règles – étant nécessaires pour passer d'un monde ante-juridique à un monde juridique par le truchement de l'établissement d'un ordre normatif structuré et suffisant. Les « règles secondaires » « se rapportent [...] aux règles primaires elles-mêmes [...] et déterminent la façon dont [elles] peuvent être définitivement identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation

<sup>1</sup> Par exemple, Kelsen assimile l'existence de la règle, d'une part, à sa validité, mais aussi à son obligatorité (*Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, spéc. p. 13).

<sup>2</sup> Ayant une approche semblable, Kelsen note qu'obliger et interdire sont une seule et même fonction normative : le commandement (*Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 126).

<sup>3</sup> Mais il pourrait être soutenu que les permissions sont des obligations indirectes, dont les destinataires sont de second degré. En ce sens, la permission serait une « interdiction d'interdire ». Cette opinion n'est toutefois pas retenue ici.

<sup>4</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>5</sup> Cf. not. P. AMSELEK, dir., *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986.

<sup>6</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, *La règle de droit - Le problème de l'État*, 3<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1927, pp. 106-107.

définitivement établi »<sup>1</sup>. Pour qu'il y ait droit, il faut « des normes sur les sources, c'est-à-dire des normes qui indiquent quels sont les faits ou les actes auxquels on attribue le pouvoir de produire des normes appartenant au système »<sup>2</sup>. Ces devoir-faire, règles procédurales, ont donc vocation à régir le fonctionnement des institutions, dont celui des institutions répressives, la fabrique des nouvelles règles valides et le règlement de tout conflit à l'intérieur de l'ordre. À ces fins, elles créent et préservent toutes les formes de pouvoir légitime.

Concernant les règles procédurales, il est à nouveau impératif de se garder de toute obstination autour de la lettre des textes. La phrase « le Parlement vote les lois » supporte la règle de droit « seul le Parlement est habilité à voter les lois et toute autre personne ou entité qui voterait une loi commettrait un acte illégal ».

Enfin, les règles attributives – dites aussi constitutives ou performatives –, qui créent des droits ou attribuent des pouvoirs au profit de certaines catégories de personnes, d'organes ou de choses, possèdent assurément une pleine juridicité à l'identique des règles obligatoires et des règles procédurales. Cela n'est pas anodin tant cette troisième variété de règles juridiques occupe une position importante parmi le total des règles qui composent un ordre juridique.

Par suite, la qualité juridique d'une règle se mesure encore au fait qu'elle est générale, abstraite et impersonnelle.

## B. — Une règle générale, abstraite et impersonnelle

Les règles de droit ont un caractère général, abstrait et impersonnelle, ce qui garantit leur entière impartialité ; pareille affirmation est fort ancienne<sup>3</sup> et aujourd'hui guère contestée. Il serait d'ailleurs suffisant de retenir que les règles de droit sont générales et abstraites puisque l'impersonnalité semble contenue en la généralité. Quant au caractère abstrait, s'il n'est certainement pas à évincer, il doit néanmoins être approché avec quelques précautions. En effet, il s'avère lui-même abstrait et risquerait de conduire à bannir toute règle portant sens.

Les règles de conduite obligatoire, procédurales ou attributives doivent être appliquées indistinctement à toutes personnes ou toutes choses répondant aux conditions établies pour leur mise en œuvre et définies abstraitement. L'une des spécificités du droit est de concerner potentiellement un nombre indéterminé et non identifié *ab initio* de personnes, de choses et/ou de faits. À l'inverse, les prescriptions particulières – spécialement les contrats, les actes administratifs individuels ou les décisions de justice, dont l'autorité est, en principe, limitée aux parties<sup>4</sup> – n'ont vocation à régir qu'une situation juridique parfaitement identifiée. Une convention collective de travail ou un code de

<sup>1</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>2</sup> N. BOBBIO, « Commandement et conseils », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 167.

<sup>3</sup> Déjà Rousseau écrivait que « l'objet des lois est toujours général » (cité par P. LOUIS-LUCAS, « La loi », *D.*, 1964, I, 197 et par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 49).

<sup>4</sup> En France, « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (C. civ., art. 5).

déontologie, eux, peuvent parfaitement viser tous les membres exerçant une profession et donc satisfaire à cet indice de la qualité. De plus, dans certains systèmes juridiques, nombre de règles de droit sont déduites de décisions judiciaires *a priori* individuelles mais dont l'ordre juridique autorise la généralisation et donc la possibilité de répondre positivement au critère.

Le sujet du devoir-être ou du devoir-faire doit consister en un concept juridique et en aucun cas être une ou des personne(s) nommément désignée(s) ou même indirectement mais volontairement ciblée(s). Aussi la construction grammaticale de la phrase incorporant la règle est-elle en général passive, tandis que sont utilisés des pronoms ou adjectifs indéfinis tels que « tout », « nul », « chacun », « aucun », « quiconque » ou « celui qui » (par exemple, « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » (article 1382 du Code civil))<sup>1</sup>.

Souvent, les règles de droit, en particulier lorsque comprises dans des lois, pointent des catégories relativement larges et ouvertes de personnes ou de choses. Il en est même beaucoup destinées à tous les citoyens. Mais elles peuvent également viser une catégorie de personnes ou de choses rares et être donc très restrictives – parfois jusqu'à ne concerner, *de facto*, qu'une seule personne à la fois –. Elles n'en demeurent pas moins impersonnelles. Si un article de la Constitution a pour sujet « le Président de la République », la règle qu'il contient est impersonnelle car tout individu qui occupe la fonction se la voit appliquer et tout individu qui l'occupera se la verra appliquer<sup>2</sup>.

Lorsqu'une règle isole une couche de personnes ou de choses, elle doit toutefois le faire de façon transparente et au moyen de critères objectifs et respectueux des valeurs portées par l'ordre juridique, ce qui rejoint l'idée de validité matérielle. Par exemple, en France, l'origine ethnique ne peut nullement être utilisée par une règle, quand bien même celle-ci s'insérerait dans un mouvement paradoxal de « discrimination positive ». Le sexe, l'âge ou la profession sont, notamment, des critères objectifs.

Contre cet indice de la qualité juridique, certains soutiennent que la juridicité recouvre tant les règles générales que les prescriptions individuelles<sup>3</sup>. Aussi ne s'agit-il pas de retenir qu'un jugement ou un contrat seraient extérieurs à la bulle juridique, mais davantage qu'un jugement ou un contrat revêtent une juridicité moindre par rapport à une loi ou une Constitution ; et parler de « règles individuelles » n'est en rien une *contradictio in adiecto*<sup>4</sup>.

Outre ses caractères de généralité et d'abstraction, la règle juridique se doit encore d'être permanente, c'est-à-dire de s'appliquer dès son entrée en vigueur et jusqu'à son éventuelle abrogation sans discontinuité, le tout dans le respect des formes prévues par l'ordre juridique. Ainsi les phrases abritant les règles sont-elles normalement rédigées au présent, posant des vérités intemporelles (par exemple, « le contrat *est* une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » (article 1101 du Code civil)). La permanence,

<sup>1</sup> Cf. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005, n° 66 s.

<sup>2</sup> Exemple proposé par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>3</sup> Par exemple, même si leur pensée est plus complexe, I. HACHEZ, S. VAN DROOGHENBROECK, *Sources et principes du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2010, p. 55.

<sup>4</sup> Selon Bobbio, « l'expression "norme individuelle" semble presque être une *contradictio in adiecto* ». N. BOBBIO, « Kelsen et les sources du droit », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 232.

comme la généralité, est un gage de sécurité et d'égalité, ce qui mène sans détour sur les traces du dernier indice de la qualité juridique : le fait que la règle satisfasse à l'exigence de sécurité juridique.

### C. — Une règle satisfaisant à l'exigence de sécurité juridique

La généralité, l'impersonnalité ou encore la permanence sont nécessaires à la sécurité juridique. Mais ils sont insuffisants et la règle doit présenter des qualités supplémentaires<sup>1</sup>. En premier lieu, elle doit être claire, dénuée de toute ambiguïté quant à sa signification<sup>2</sup>. Elle doit être également accessible et intelligible<sup>3</sup>. Il incombe donc à la règle d'accueillir des concepts juridiques largement compris et acceptés et d'être exprimée au moyen d'un énoncé lisible et dont le sens ne fait aucun doute, spécialement du point de vue de ses destinataires. Si, à l'inverse, les concepts et termes employés étaient incertains, la règle ne jouerait plus son rôle préventif et de prévision des solutions judiciaires. Ses destinataires et interprètes disposeraient alors d'une marge d'appréciation incompatible avec l'objectif de sécurité juridique, ce dernier impliquant la possibilité de distinguer, sans peine, le permis de l'interdit. La sécurité juridique suppose des concepts et un vocabulaire stables, uniformes et indiscutés, les destinataires de la règle comprenant tous à l'identique quelle conduite ils ont à adopter. Par suite, le fait qu'ils adoptent effectivement ladite conduite relève d'une toute autre problématique.

Le droit ne saurait répondre au désordre social qu'il entend endiguer par un désordre juridique. Aussi la règle, au-delà d'être claire et explicite, doit-elle encore être précise, le bagage de mots et concepts adopté pour l'exprimer étant suffisamment technique pour permettre d'identifier ce qu'elle désigne sans hésitation et dans le détail.

Afin d'assurer une pleine sécurité juridique, les règles de droit doivent encore se voir publiées au sein de recueils officiels aisément accessibles, ce qui ne pose plus guère de difficulté à l'ère des nouvelles technologies de l'information. Il leur est défendu d'être rétroactives, cela pour protéger les droits acquis. Et des contrôles de validité (recours pour excès de pouvoir, contrôle de légalité ou de constitutionnalité) doivent être organisés. Plus prosaïquement, la « moralité interne du droit »<sup>4</sup> dépend, enfin, de l'absence de contradictions internes et externes aux règles et de la non prescription de l'impossible.

Ignorer ces requis qualitatifs porterait gravement atteinte à la confiance des destinataires des règles et, partant, au pacte social sur lequel repose l'État, l'ordre juridique, le droit.

La juridicité se caractérise, de manière encore plus pratique, par l'ombre du couperet de la sanction.

<sup>1</sup> Cf. M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *Autour de la qualité de la norme*, Bruylant, Bruxelles, 2010, *passim*.

<sup>2</sup> La clarté de la loi est un principe à valeur constitutionnelle (Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC).

<sup>3</sup> L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont des objectifs à valeur constitutionnelle (Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-401 DC ; Cons. const., 29 juill. 2004, n° 2004-500 DC).

<sup>4</sup> L. F. FULLER, *The morality of law*, Yale University Press, Londres, 1978, pp. 33 s., cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 327.

#### IV. — La sanction (le non-respect de la règle est l'objet d'une sanction organisée effective)

Si elle suscite quelques débats parmi les initiés<sup>1</sup>, par exemple quant à savoir si une règle est juridique parce qu'elle est sanctionnée ou sanctionnée parce qu'elle est juridique<sup>2</sup>, la sanction est cependant le critère le plus intuitif de la juridicité. Pour nombre de profanes, le droit diffère des autres formes de régulation sociale par le fait qu'enfreindre ses règles rend passible d'une répression socialement organisée (dommages et intérêts, amende, peine privative de droits ou même de liberté). Cela n'empêche guère les plus grands théoriciens d'avoir également sanctifié ce critère, définissant le droit comme un « ordre de contrainte »<sup>3</sup>.

Que la sanction soit socialement organisée et, partant, légitime du point de vue des destinataires de la règle est essentiel ; cela permet de distinguer la sanction juridique, par exemple, du meurtre de la personne qui refuse de céder sa bourse au brigand. Ce critère établit un lien entre droit et faits en provoquant, à partir d'une règle théorique, des conséquences pratiques contraignantes. La contrainte n'est pas inhérente à la règle, à l'inverse de son caractère obligatoire ; c'est l'ordre juridique qui, *a posteriori*, vient l'y attacher.

Surtout, c'est avant tout prononcé de sanction que le risque de se voir puni oblige à l'observation de la règle de droit. Aussi, afin de distinguer les sphères du juridique et du non juridique, le droit a-t-il pu être caractérisé comme « l'organisation de la force »<sup>4</sup>. L'apanage de la règle de droit réside en son impérativité en théorie et en faits. Or, pour l'être en faits, il faut que la menace de la sanction pèse sur quiconque pourrait ne pas se conformer à la règle. Et la mise en œuvre d'une peine civile ou pénale requiert en général le recours à la force organisée.

Au sens étroit – qui seul importe ici –, une sanction juridique se définit comme une contrainte instituée et appliquée par une autorité objectivement légitime, ce qui implique qu'elle est normalement publique, étatique. C'est une telle sanction qui doit être attachée à la règle pour que cette dernière puisse atteindre une pleine juridicité. Il faut que toute infraction à la règle engendre la mobilisation d'autres règles juridiques et produise des conséquences juridiques négatives pour qui en est responsable. Néanmoins, existent des châtiments parmi tous les ordres normatifs ; il ne s'agit seulement pas de contrainte objective. Une sanction morale, religieuse ou encore sociale telle que, par exemple, l'exclusion du groupe ou la réprobation publique, ne peut servir à satisfaire le présent critère entièrement ; cela dépend, alors, du niveau de développement juridique de l'ordre normatif au cœur duquel s'insère cette sanction, de son niveau de légitimité objective.

Un critérium qualitatif permet de discerner la nature juridique d'une sanction : elle doit pouvoir consister, en dernier recours, en une contrainte physique ou patrimoniale (soit « le

<sup>1</sup> Cf. not. Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Droit et société*, n° 1, 1986, pp. 197 s.

<sup>2</sup> Ce débat est certainement vain, même si certains s'y sont attaqués et en ont conclu, par exemple, qu'« une règle n'acquiert pas la juridicité parce qu'elle est sanctionnée, elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique » (B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. « Précis », 1999, p. 24).

<sup>3</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 42 s.

<sup>4</sup> R. GUASTINI, « Norberto Bobbio ou la distinction », précité, p. 12.

retrait de force de la vie, de la liberté, de biens économiques et d'autres »<sup>1</sup>). Il est aussi certaines sanctions juridiques qui se distinguent par leur caractère automatique, loin de tout usage de la force. Ces dernières se composent de simples conséquences juridiques dont la puissance publique prend acte, par exemple la déchéance des droits. À l'inverse, la plupart des sanctions extra-juridiques ne peuvent dépasser le stade de la souffrance psychologique. Si une réprobation religieuse peut s'avérer terrible pour le croyant, elle se révèle de nul effet pour le non croyant ; elle n'est, objectivement, ni légitime, ni efficace.

Enfin, la sanction juridique est souvent dépeinte comme pouvant être répressive ou restitutive, c'est-à-dire liée soit à une peine, soit à une récompense<sup>2</sup>. Il ne semble pourtant pas que se trouvent à quelque endroit de l'ordre juridique des « règles de récompense » consistant à octroyer un avantage à quiconque respecterait le droit et devant être mises en œuvre par les autorités d'application. Lorsqu'une règle dispose que « toute personne remplissant les conditions aura droit à une récompense », cette dernière n'est nullement la sanction du respect de la règle ; elle est le contenu même de la règle. En ce sens, les « sanctions positives » sont incluses dans le critère de l'application puisqu'il revient aux autorités publiques de s'y conformer.

Le critère de la sanction se décompose en deux indices d'égale importance : l'existence théorique de la sanction (A) et son efficacité concrète (B).

## A. — L'existence de la sanction

Si, ordinairement, les règles juridiques sont observées spontanément par leurs destinataires, tel est soit la conséquence du sentiment de légitimité de celles-ci, soit l'effet de la crainte de se voir sanctionné. La possibilité d'un recours, le cas échéant, à la contrainte légitime en cas de non-respect des règles est donc fondamentale dans la constitution du phénomène juridique. La sanction par l'autorité publique rend la règle obligatoire d'un point de vue externe et objectif ; alors qu'une règle morale n'est obligatoire que d'un point de vue interne et subjectif, la sanction ne pouvant être perçue en dehors du for intérieur de celui qui la subit.

L'ordre juridique « prescri[t] certaines conduites humaines en attachant aux conduites opposées des actes de contrainte »<sup>3</sup>. Il se caractérise, entre autres, par la présence de règles de sanction, soit des règles procédurales – ou règles secondaires ou techniques – qui prescrivent à une institution de punir les comportements contraires aux règles de conduite – ou règles primaires – ; « la sanction est un moyen de mettre la force au service de l'ordre juridique »<sup>4</sup>. Dès lors, une règle A est juridique s'il y a une règle B établissant qu'une sanction sera appliquée à quiconque la violera : « Telle sanction doit être à chaque fois que A n'est pas respectée ». La violation d'une prescription juridique entraîne la substitution d'une obligation seconde à l'obligation première.

<sup>1</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 49.

<sup>2</sup> A. LAQUIÈZE, « Sanction », précité, pp. 1381 s.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>4</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 69.

Par ailleurs, la nature de la sanction doit également être prise en compte au moment de mesurer la juridicité. Ainsi les sanctions pénales, dévouées à la défense des intérêts et principes supérieurs de la société, sont-elles de plus de poids que les sanctions civiles qui ne font qu'intervenir à l'occasion d'un litige particulier. La réparation du préjudice causé, par exemple, par la non-exécution d'une obligation conventionnelle est nécessaire et son intérêt pragmatique indéniable ; mais elle possède une force juridique symbolique éminemment moins dense que la répression pénale des infractions.

Au-delà de son existence parmi l'ordre juridique, la règle procédurale de sanction doit être appliquée, si ce n'est à tous les contrevenants, au maximum de contrevenants.

## B. — L'efficacité de la sanction

Ce critère est à apprécier tout autant à travers l'existence de la sanction qu'à travers son effectivité. Pour être effective, la sanction doit, d'une part, être prononcée systématiquement lorsque la règle en cause n'est pas respectée ; d'autre part, cette sanction prononcée doit, ensuite, être réellement exécutée. L'application de la règle par le juge est anodine si la décision de justice qui en résulte n'est pas mise en œuvre concrètement. S'il existe un mouvement massif, au sein du corps social, d'émancipation d'une règle, parce que peu ou aucune sanction n'est jamais établie sur son fondement, ladite règle, quelle que soit sa validité dans son ordre juridique, perd beaucoup de sa force juridique.

Afin d'estimer le degré de satisfaction au critère de la sanction par une règle, il est donc nécessaire de sonder l'effectivité des mesures punitives publiques, ce qui implique le recours à une étude statistique et sociologique.

Enfin, l'effet coercitif et dissuasif de la sanction ainsi que l'absence de tout effet d'aubaine juridique doivent être pleinement considérés. S'il advient que des individus prennent le risque d'être sanctionnés parce que, par ailleurs, ils tirent de leurs agissements un avantage supérieur au potentiel désagrément attaché à la peine encourue, alors la règle en cause ne saurait revêtir qu'une juridicité faible au sens de ce critère.

La sanction ne doit pas être confondue avec l'application, bien que toutes deux soient proches.

## V. — L'application (les organes exécutifs (généralement les juges ou l'administration) appliquent effectivement la règle)

À l'image de la différenciation entre règles de conduite et règles procédurales, il faut distinguer destinataires privés et destinataires publics des règles. Les premiers sont les sujets de droit ; les seconds sont les autorités exécutives de l'ordre juridique, soit les organes administratifs et juridictionnels. Le critère de l'application implique uniquement les destinataires publics.

Contre la doctrine classique<sup>1</sup>, il est permis d'avancer qu'il n'est pas trois mais deux puissances en l'État : le pouvoir législatif (pouvoir de créer les règles de droit) et le pouvoir

<sup>1</sup> Spéc. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Flammarion, 1993.

exécutif (pouvoir d'appliquer les règles de droit). Cela n'empêche nullement que le pouvoir exécutif se trouve ensuite scindé en deux institutions parfaitement indépendantes l'une de l'autre.

Le fait qu'une règle soit appliquée signifie que ses destinataires publics, qui peuvent être les tribunaux (A) ou l'administration (B), la mettent concrètement en œuvre dès lors que des faits le nécessitent. Le critère est rempli si « les organes d'application du droit agissent effectivement dans le respect des normes secondaires, appliquent le droit de la même façon dans les cas similaires et sanctionnent la violation du droit lorsqu'elle se produit »<sup>1</sup>. Alors que la notion d'effectivité n'occupe qu'une place partielle dans le critère de la sanction, elle est ici l'unique indice. Il importe peu que les destinataires publics doivent appliquer la règle en vertu des éléments procéduraux propres à l'ordre juridique, ce qui prime est qu'ils l'appliquent *de facto*. L'obligation théorique de mettre en œuvre une règle, parce qu'elle est valide, intègre justement le critère de la validité<sup>2</sup>.

## A. — L'application par les juges

Parmi les définitions les plus classiques, certaines font des tribunaux la clé de voûte du phénomène juridique : le droit est l'« ensemble des règles qui sont, dans un certain pays, imposées par la contrainte, sous le contrôle des Cours de justice »<sup>3</sup>. Certainement la plupart des règles de droit sont-elles prédestinées à être, au besoin, appliquées par le juge, « première autorité sociale que l'humanité ait connue avec le sorcier et le chef militaire »<sup>4</sup>. Lorsqu'un litige est à trancher, les magistrats convoquent nécessairement une ou des règle(s) de droit afin de soutenir leur décision, laquelle doit être motivée. Qu'ils mobilisent des règles portées par des textes préexistants ou que, par opportunité ou par nécessité – car, quel que soit le contexte juridique, il leur est défendu de dénier trancher<sup>5</sup> –, ils les érigent pour l'occasion, le critère de l'application est entièrement rempli. Du point de vue de ce dernier, une règle d'origine législative et une règle d'origine prétorienne s'habillent de la même force juridique.

Selon nombre d'auteurs, la « justiciabilité »<sup>6</sup> – ou application jurisprudentielle de la règle – serait le critère le plus décisif car, *in fine* et *in concreto*, seuls les juges possèdent le pouvoir de décider de ce qui est juridique et de ce qui ne l'est pas<sup>7</sup> ; cela bien qu'en théorie

<sup>1</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>2</sup> La validité peut, en effet, être également définie comme le fait d'être « propre à provoquer un jugement, [d'être] susceptible de procès, justiciable de cette activité très particulière de ce tiers personnage que l'on appelle [...] juge » (J. CARBONNIER, *Flexible droit...*, *op. cit.*, p. 22).

<sup>3</sup> R. DAVID, « Les différentes conceptions de l'ordre social et du droit », in *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 93.

<sup>4</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>5</sup> « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (C. civ., art. 4).

<sup>6</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 303.

<sup>7</sup> Par exemple P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 1433 s.

ils soient parfaitement enfermés dans les textes. Pour qu'il y ait droit, il faudrait obligatoirement « l'intervention d'un tiers impartial et désintéressé »<sup>1</sup>. Plus encore, il est parfois argué que la juridicité se réduit au fait empiriquement constatable que les règles sont effectivement appliquées par les juges<sup>2</sup>. En dernière analyse, dissenter autour des règles juridiques se résumerait à la prédiction du comportement futur des cours ; et à la question « qu'est-ce que le droit ? » il serait suffisant de répondre « tout ce qu'approuvent les juges »<sup>3</sup>. Le droit serait même, en certaines de ses lignes, abandonné à une totale subjectivité des magistrats, leurs décisions n'étant finalement que le produit de la conjonction de deux facteurs : leurs personnalités et les stimuli extérieurs perçus au moment de trancher un litige<sup>4</sup>.

Sans qu'il soit besoin de s'accorder autour de pareilles extrémités, il faut reconnaître combien l'époque contemporaine, marquée par la complexification et la globalisation des relations sociales, se distingue par la reconnaissance judiciaire croissante de règles « maquisardes »<sup>5</sup>, c'est-à-dire extérieures *a priori* à l'ordre juridique mais néanmoins appliquées par les tribunaux. De plus en plus, la jurisprudence « consacre juridiquement » des règles issues de codes de conduite privés, d'usages ou encore de propositions doctrinales<sup>6</sup>. Elle fait même régulièrement œuvre de *juridictio* en ne se fondant sur aucune substance normative préexistante, lorsqu'aucune règle pertinente ne lui est donnée, ni dans l'ordre juridique, ni dans aucun ordre normatif dont elle pourrait s'inspirer. Pour toutes ces règles, le critère de l'application est néanmoins pleinement rempli, à condition qu'elles soient reprises constamment dans les espèces similaires.

Cependant, lesdites règles « hors la loi » ne deviennent pas valides dans l'ordre juridique auquel appartiennent les juges pour autant – mis à part dans les systèmes dont des règles procédurales le prévoient comme celui dit de « *common law* » –. Il ne saurait y avoir acceptation implicite par l'ordre juridique car ce n'est qu'explicitement qu'une règle peut intégrer un tel ordre normatif perfectionné, en respectant les formes spécifiques à celui-ci. De plus, les risques de divergences de jurisprudences portent gravement atteinte à l'exigence de sécurité juridique.

Tout le droit, évidemment – et c'est heureux –, ne converge pas vers le contentieux qui n'est finalement que le « droit pathologique »<sup>7</sup>. Et l'application par les juges des règles ne saurait être le critère unique de la juridicité. Il n'en demeure pas moins un critère

<sup>1</sup> A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit* (1943), Gallimard, 1981, p. 69, cité par L. ROBERT-WANG, « Règle de droit », précité, p. 1328.

<sup>2</sup> Cf. spéc. A. ROSS, *On law and justice*, Stevens & Sons, Londres, 1958 ; *Introduction à l'empirisme juridique* (recueil de textes), trad. E. MILLARD, E. MATZNER, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2004.

<sup>3</sup> A. D'ORS, « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », *Droits*, n° 10, 1989, pp. 51 s.

<sup>4</sup> C'est ici la célèbre « équation de Frank » : «  $D = P \times S$  » (Décision = Personnalité x Stimuli). Cf. J. FRANK, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton, 1973.

<sup>5</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 304.

<sup>6</sup> En France, un jugement a pu, par exemple, déclarer fondée la résiliation par un fournisseur d'accès d'un contrat qui violait la Netiquette (ensemble de règles d'origine totalement privée) par la pratique du spamming (TGI Rochefort-sur-mer, 28 fév. 2001, *Christophe Guéret c/ S.A France Télécom Interactive*).

<sup>7</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 345.

important et, lorsqu'un juge refuse de mettre en œuvre une règle qui, pourtant, vise clairement la situation à lui soumise, il lui retire une grande part de sa force juridique.

Avec le magistrat, l'administration est l'autre autorité exécutive destinataire des règles de droit.

## B. — L'application par l'administration

Les cours de justice sont le principal organe public chargé de l'application du droit en vigueur dans l'ordre juridique. Toutefois, l'administration est pareillement un révélateur de la juridicité des règles car un certain nombre d'entre elles lui sont plus particulièrement destinées. L'exemple le plus topique est ici celui des autorités administratives indépendantes. Beaucoup de domaines de la vie sociale et économique leur sont aujourd'hui abandonnés, si bien que les règles procédurales ne les habilitent pas qu'à appliquer les règles, elles les autorisent également à faire œuvre créatrice. Ces autorités confondent donc pouvoirs législatif et exécutif. La juridicité des règles qu'elles édictent est entière puisque leurs prérogatives sont organisées dans l'ordre juridique et elles n'hésitent évidemment pas à mettre en œuvre des règles dont elles sont les auteurs.

Pour évaluer la satisfaction au présent critère, il s'agit de rechercher si et dans quelle mesure les juges et/ou l'administration appliquent ou refusent d'appliquer la règle concernée. Il faut également observer si ces autorités déforment substantiellement ou non la signification de la règle initiale. En effet, c'est alors une règle dérivée qui, le cas échéant, se trouve mise en œuvre et non la règle première qui n'est plus qu'un élément d'inspiration ou d'influence. Il n'y a pas, en ces circonstances, une règle à juridicité forte mais plutôt deux règles à la juridicité moyenne. Le sens attribué à une règle à l'occasion d'un cas particulier correspond bien à la création d'une nouvelle règle générale<sup>1</sup>. Un juge interprète toujours le texte qu'il souhaite appliquer à un cas concret ; mais il est des interprétations authentiques, proches du sens conféré par son auteur à la règle de départ, et des interprétations en opportunité, lesquelles sont sous-tendues par des considérations extérieures à la règle initiale, par exemple l'équité ou l'intérêt de la victime.

Enfin, une règle qui n'aurait jamais été appliquée par ses destinataires publics connaît forcément un déficit de juridicité, peu important que cette situation provienne du fait qu'elle est parfaitement respectée par ses destinataires privés. En effet, il est alors impossible de prédire si le juge ou l'administration entend appliquer, ignorer ou déformer la règle.

Évoquer les destinataires privés de la règle conduit au sixième et dernier critère de la juridicité, le plus concret et pragmatique de tous : celui de l'efficacité.

---

<sup>1</sup> Cf. M. TROPER, « Interprétation », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique...*, op. cit., pp. 843 s. ; P. AMSELEK, dir., *Interprétation et droit*, Bruylant-PUAM, 1995.

## **VI. — L'efficacité (la règle produit les effets attendus et, en particulier, est effectivement respectée par ses destinataires)**

D'après le critère de l'efficacité, le droit est fondé sur le fait, le devoir-être repose sur l'être. Le droit naît d'événements réels et achève son parcours au cœur d'une conjoncture sociale<sup>1</sup>. D'ailleurs, il repose tout entier sur un fait observable et mesurable : la croyance en son existence, en sa légitimité et en sa force. Phénomène psychologique, une règle de droit prend vie dès le moment où ses destinataires conjecturent qu'il existe cette règle imposant de se conduire d'une certaine manière ou interdisant de se conduire d'une autre. Elle apparaît à l'instant où les individus se convainquent qu'elle est apparue, mais aussi et qu'il est obligatoire de ne pas la braver. Dans ce cadre, l'idée de validité dans un ordre juridique est, elle, inopérante.

*In concreto*, l'efficacité d'une règle réside dans sa capacité à orienter les comportements ou le fonctionnement des institutions. La règle doit atteindre les objectifs que lui ont assignés ses émetteurs ; elle doit produire les effets escomptés dans la réalité empirique. Or la première de ses finalités est son respect par ses destinataires, lesquels peuvent être publics lorsqu'il s'agit d'une règle de procédure ou, plus sûrement, privés lorsqu'il s'agit d'une règle de conduite obligatoire. À travers l'édition de la règle, la source de normativité entend réguler des comportements. Si ceux-ci ne sont que peu ou même pas du tout réformés, certainement la règle perd-elle beaucoup de sa raison d'être juridique<sup>2</sup>. C'est ici la « force perçue » et non la « force conférée » qui importe<sup>3</sup>. Ainsi l'effectivité est-elle prédominante dans la mesure de la satisfaction du critère de l'efficacité.

De plus, il convient de séparer effectivité matérielle et effectivité symbolique, cette dernière étant remarquable, notamment, au fait que les délinquants cherchent à dissimuler les infractions qu'ils commettent<sup>4</sup>. Une règle peu effective matériellement mais néanmoins effective symboliquement doit être considérée comme davantage efficace qu'une règle tout autant ineffective en faits mais dont en plus les destinataires se vanteraient du non-respect.

L'émancipation des thèses sociologiques sur le droit<sup>5</sup> a mis en ballottage l'opinion classiciste selon laquelle « il serait irréaliste de définir le droit à partir de la condition d'effectivité car il faudrait rechercher si chaque règle de droit est appliquée dans les faits. [...] Il est de la vocation du droit d'être, au moins en partie, dépourvu d'effectivité »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Pour Bobbio, « aux fins d'élaborer une science juridique, il est opportun de considérer comme droit cet ensemble de règles qui, dans une société déterminée, sont *effectivement suivies* » (N. BOBBIO, « Sur le positivisme juridique », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 36 (nous soulignons)).

<sup>2</sup> Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme conditionne le constat d'une éventuelle violation de la Convention dont elle assure le respect, par une législation nationale, au caractère effectif de celle-ci (22 oct. 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, spéc. cons. 29 à 31 et 41).

<sup>3</sup> C. THIBIERGE, « Conclusion : le concept de force normative », précité, p. 819.

<sup>4</sup> Sur cette distinction, cf. J. CARBONNIER, *Flexible droit...*, *op. cit.*

<sup>5</sup> Pour l'un des travaux fondateurs, cf. J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, vol. 7, 1958.

<sup>6</sup> A. LAQUIÈZE, « Sanction », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1381.

Contre ce sentiment, il semble bien que le but premier que poursuit tout devoir-être est la concrétisation au sein d'un être. Le devoir-être qui ne produirait nul être serait immanquablement condamné à muer en un pâle « devoir » nu.

Du point de vue de ce seul critère, une règle extérieure à l'ordre juridique mais parfaitement suivie par ses destinataires – alors forcément privés – s'avère pleinement juridique, tandis qu'une règle d'origine législative mais à laquelle nul ne se conforme ne revêt aucune juridicité. Par ailleurs, l'efficacité peut varier fortement en fonction du moment où la règle est étudiée. Il est beaucoup de règles à la force juridique *ab initio* intense qui, peu à peu, migrent vers la désuétude.

Puisque l'aptitude d'une règle à régler les comportements se traduit dans l'entre des faits sociaux, il faut, pour évaluer l'efficacité d'une règle, confronter l'intention de son auteur à l'implacabilité de ces derniers. À nouveau, doit être procédé à une étude sociologique et statistique afin de connaître avec précision le degré d'assimilation ou d'acceptation de la règle par le corps social ou institutionnel, son niveau d'effectivité, donc sa réalité sociale.

Outre l'effectivité, le critère de l'efficacité se rapporte, mais en tant qu'indices de moindre importance, à la pertinence de la règle édictée par rapport à l'objectif visé<sup>1</sup> ainsi qu'au rapport du coût engagé relativement aux fins poursuivies. Le droit se doit, en effet, d'être rationnel. Par exemple, une règle légale astreignant quiconque circule dans un véhicule à moteur à attacher la ceinture de sécurité est certes effective dès lors que les automobilistes la respectent ; mais si les accidents demeurent aussi graves après l'intervention du législateur qu'antérieurement, alors ce critère ne peut être rempli qu'en partie.

En guise de conclusion, peut être remarqué que le critère de l'efficacité-effectivité est le plus récent des critères de la juridicité actuellement significatifs. Où il apparaît que le critère le plus ancien (la valeur) est le plus subjectif tandis que le plus moderne (l'efficacité) est le plus concret. Sans doute pareille constatation traduit-elle un mouvement d'objectivisation du phénomène juridique et de la pensée du droit. Alors que les sociétés internetisées meuvent, explosent, se divisent, fusionnent, leurs droits peuvent de moins en moins se passer de pragmatisme.

## VII. — Le développement institutionnel de l'ordre normatif (critère transversal)

La question de savoir si un système normatif est un système juridique ou non n'est pas « secondaire »<sup>2</sup> mais bien centrale ; et il semble difficile de suivre le conseil qui invite, à l'heure du droit global, à « penser le droit sans l'ordre juridique »<sup>3</sup>. La juridicité doit

<sup>1</sup> Classiquement, l'efficacité se définit comme « la pertinence du moyen choisi par l'auteur de la norme en vue d'atteindre [un] objectif » (R. BETTINI, « Efficacité », in A.-J. ARNAUD, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Droit et société », 1993, p. 219).

<sup>2</sup> J.-Y. CHÉROT, « Concept de droit et globalisation », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 14.

<sup>3</sup> B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, op. cit., p. 21.

nécessairement être pensée comme une propriété non seulement des normes isolées, mais encore des ordres, *i. e.* des ensembles organisés de normes : « les normes juridiques n'existent pas seules mais toujours dans un contexte de normes »<sup>1</sup>. De façon variable selon les critères, la juridicité dépend donc plus ou moins directement du développement institutionnel – ou juridique – de l'ordre normatif dans lequel s'insère la règle. Cela concerne en premier lieu la validité et ensuite l'application et la sanction.

Un système juridique est un système normatif « caractérisé par une identité, des structures particulières et un contenu spécifique »<sup>2</sup>. Par rapport aux ordres normatifs primaires, les ordres juridiques ne sont pas constitués que de règles ; ils comportent également « des mécanismes et engrenages multiples, des rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent les normes juridiques »<sup>3</sup>. Ils supposent des ensembles d'éléments, l'existence de relations spécifiques entre ces éléments, révélant un mode d'organisation, et une certaine unité<sup>4</sup>. Plus clairement, certainement le développement institutionnel de l'ordre normatif se remarque-t-il à « l'idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »<sup>5</sup>. L'ordre juridique comporte ainsi un nombre important de règles de conduite et – surtout – de règles procédurales assurant l'existence d'organes dont les compétences sont précisément délimitées et strictement séparées. En outre, sans doute l'institutionnalisation se spécifie-t-elle encore par la puissance, l'autonomie et l'efficacité (phénomènes factuels), ainsi que par la souveraineté (phénomène juridique).

Il n'est, dès lors, guère surprenant que l'État de droit soit présenté comme « l'institution des institutions »<sup>6</sup>, si bien que, plutôt que de parler de « développement institutionnel », il serait presque permis d'évoquer le « développement étatique ». Mais il est des États dont le développement institutionnel tend à s'effriter en raison des phénomènes politiques d'intégration ou, plus simplement, en raison des conflits et révoltes internes. Et de plus en plus d'entités non-étatiques connaissent un développement institutionnel profond les rapprochant des structures étatiques. Évidemment, différents degrés de développement institutionnel des ordres normatifs sont possibles. Si un ordre normatif est imparfaitement juridique, il peut être à demi juridique ou juridique dans d'autres proportions, avec les conséquences que cela emporte à l'égard de la juridicité des règles portées par l'ordre. « Ordre normatif institutionnellement développé » – ou « ordre juridique » – ne doit en tout cas pas être compris *ab initio* comme synonyme d' « État ».

L'institutionnalisme – qui dit de l'institution qu'elle est « la manifestation première, originaire et essentielle du droit »<sup>7</sup> – soutient que « ce sont les institutions qui font les règles

<sup>1</sup> N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>2</sup> J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. « Thémis droit privé », 2001, p. 25

<sup>3</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>4</sup> F. Ost, M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1988, p. 24.

<sup>5</sup> M. HAURIUO, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, t. 11, 1906, p. 134.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 31.

de droit [et non] les règles de droit qui font les institutions »<sup>1</sup>. Il s'agit effectivement d'un élément décisif dans la distinction des règles sociales juridiques et des règles sociales non-juridiques. Pour autant, ce n'est pas là un septième critère mais bien un critère transversal à mobiliser lors de l'application des six critères constitutifs de la juridicité. Ces derniers désormais explicités, reste à détailler la manière dont ils doivent être exploités afin de mesurer sans erreur la force juridique imprégnant une règle.

## Chapitre 2 — La production et la lecture des résultats

Il est indispensable, au moment d'évaluer le degré de juridicité d'une règle à travers les six critères présentés, de respecter quelques points de méthodes (I). La scientificité et la fiabilité – spécialement par l'absence d'arbitraire – des résultats en dépendent. Par suite, il se révèle extraordinairement probant, dans l'esprit d'une approche interdisciplinaire, de comparer la juridicité avec la normativité (II).

### I. — La technique de mesure de la force juridique

Tout d'abord, le chercheur qui se consacre à l'étude de la juridicité d'une règle doit impérativement préciser quels sont le lieu et le moment au sein desquels il procède à son expérience. Dans le présent écrit, il conviendra de présumer, en cas de silence sur ces points, que c'est « la juridicité de la règle au sein de son ordre normatif d'affectation et du point de vue de l'observateur français et contemporain » qui est examinée. Il relève de la pure évidence que la juridicité d'une règle propre à l'ordre juridique français ne procède pas de la même intensité de droit sur le territoire français et sur un territoire extérieur, ni à l'heure actuelle et durant un siècle passé.

Il est néanmoins parfaitement concevable d'envisager une approche historique et d'analyser une règle aujourd'hui archaïque dans son contexte spatio-temporel le plus pertinent. Il est également possible d'établir la juridicité d'une règle en un lieu et/ou à l'égard d'un fragment de population particulier(s), à condition qu'il(s) soi(en)t expressément désigné(s). Par exemple, pourraient être mesurées la juridicité d'une règle de « droit » nazi durant la Seconde Guerre mondiale et sur le territoire allemand ou la juridicité d'une règle américano-latine prohibant le commerce de la drogue à l'intérieur d'une favela.

Avant de « calculer » – car il s'agit bien d'un simple calcul mécanique – la force juridique d'une règle (B), il faut déterminer à tour de rôle le niveau de satisfaction à chacun des six critères (A).

---

<sup>1</sup> M. HAURIUO, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1986, p. 128, cité par X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. « Universités-Droit », 2008, p. 20.

## A. — L'exploitation des critères de la juridicité

Comme la juridicité qui est une qualité susceptible de degrés, la valeur, la validité, la qualité, la sanction, l'application et l'efficacité d'une règle sont des propriétés comportant forcément différents échelons de magnitude. Ainsi, tout critère peut être, selon la règle étudiée :

- ⇒ nullement rempli (0/4)
- ⇒ faiblement rempli (1/4)
- ⇒ moyennement rempli (2/4)
- ⇒ fortement rempli (3/4)
- ⇒ pleinement rempli (4/4)

Chaque critère se décompose en différents indices dont la force probante peut être égale ou inégale<sup>1</sup>. C'est en se fondant sur tous les indices spécifiques au critère en cause, en ne privilégiant que ceux au sujet desquels il est indiqué explicitement qu'ils ont à l'être, que son niveau de satisfaction concernant une règle doit être estimé.

Évidemment, il s'agit simplement, à cet instant, d'estimation et non de calcul. Le recours aux indices et à la méthode indiqués assurent une objectivité et un empirisme fort mais certainement pas parfaits. Chaque résultat n'est pas une réalité mais seulement une tendance en direction de la réalité. En la matière, songer à davantage de précision est utopique. C'est pour cela qu'il ne se trouve que 5 paliers, de « nullement rempli » à « pleinement rempli ». Si un critère est en vérité satisfait à hauteur de 3,1872.../4, il faut se contenter de l'affirmation selon laquelle il l'est environ à hauteur de 3/4. La science du droit n'est qu'une « science à la cuillère » ; elle ne saurait prospérer jusqu'à devenir une « science au microscope », quels que soient les efforts entrepris.

Toutefois, il est primordial, en cas d'hésitation entre deux échelons, de ne pas opter arbitrairement pour l'un d'eux et de considérer que le critère est rempli à un stade intermédiaire situé à mi-chemin entre les deux. Un critère peut donc être encore satisfait, au besoin, à un niveau de 0,5 ; 1,5 ; 2,5 ; 3,5 ou 4,5.

Une fois tous les critères appliqués, il devient possible, par le truchement de leur mise en commun – voire même de leur fusion –, de déduire la juridicité de la règle.

## B. — Le calcul de la juridicité

À présent, c'est bien un calcul purement machinal qu'il revient au scientifique du droit d'effectuer. Mais le résultat obtenu – et auquel il faut se soumettre sans autre forme de procès – n'en demeure pas moins une simple tendance vers le degré réel de juridicité puisqu'inféré de l'addition de données imparfaitement exactes.

<sup>1</sup> On se reportera aux explications fournies ci-dessus pour chacun des critères, ainsi qu'à la « Synthèse : grille de lecture de la juridicité » ci-dessous, *in fine*.

La satisfaction à chacun des critères étant notée à partir d'un instrument incluant cinq rangs, de 0 à 4, et la force juridique correspondant à la somme des six critères, cette dernière peut être, dans un premier temps, exprimée au moyen d'une échelle à vingt-cinq étages, de 0 à 24. Afin de conférer aux conclusions plus de sens et de pertinence, il est souhaitable que l'échelle de juridicité ne comporte, *in fine*, que onze échelons, de 0 à 10. Aussi la somme dérivée des six critères doit-elle être divisée par 2,4.

Ensuite, puisqu'il n'est que la figure d'une estimation approximative de la réalité juridique et en aucune façon une vérité précise et indiscutable, le résultat doit être arrondi à l'unité la plus proche à chaque fois qu'il consiste en un nombre décimal. Paradoxalement, vouloir calculer la juridicité au dixième ou au centième de point près serait davantage une source d'à-peu-près et d'égarements.

Une attention toute particulière est à réserver aux qualificatifs choisis pour envelopper les échelons. Considérer que l'échelon 5/10 concorderait avec une juridicité moyenne, située exactement à mi-chemin entre la juridicité nulle et la juridicité absolue, serait au moins douteux. En effet, cela ne rendrait certainement pas justice à la réalité du phénomène juridique qui, depuis toujours, s'imagine en termes totalitaires. Et une telle option serait contraire à l'esprit des sources de droit, lesquelles quêtent nécessairement la production de règles pleinement juridiques ; alors que les pôles de normativité *a priori* reconnus comme extérieurs à tout ordre juridique (la religion ou la morale en particulier) conçoivent sans guère protester qu'ils ne sauraient enfanter de règles de droit. Partant, il semble judicieux de retenir une vision pyramidale de la force juridique et, en conséquence, de confondre les niveaux 1/10 et 2/10, ainsi que les niveaux 3/10 et 4/10.

L'échelle de juridicité comporte donc onze échelons traduits en huit intensités différentes :

- ⇒ ① : juridicité nulle
- ⇒ ① : juridicité très faible
- ⇒ ② : juridicité très faible
- ⇒ ③ : juridicité faible
- ⇒ ④ : juridicité faible
- ⇒ ⑤ : juridicité moyenne-faible
- ⇒ ⑥ : juridicité moyenne
- ⇒ ⑦ : juridicité moyenne-forte
- ⇒ ⑧ : juridicité forte
- ⇒ ⑨ : juridicité très forte
- ⇒ ⑩ : juridicité absolue

Par ailleurs, il ne serait nullement acceptable que quelques coefficients se voient affectés aux critères. En effet, pareil choix reviendrait à concéder subjectivement la primauté à l'un ou l'autre courant théorique, cela au détriment des courants restants qui, pourtant, sont également significatifs. L'arbitraire – ennemi déclaré de l'échelle de juridicité qui, depuis tant de pages, le combat avec la plus grande des fermetés – entrerait par la grande porte, en plein cœur de l'étude. Certainement le normativiste vénèrera-t-il la validité, quand le réaliste jettera son dévolu sur l'application, le jusnaturaliste sur la valeur et le profane sur la sanction. Le *synchrétiste*, lui, restera irrésistiblement neutre et objectif, estimant et abhorrant tous les critères à l'identique.

*L'échelle de juridicité, plus que la combinaison des thèses actuellement significatives à propos de ce que serait le droit, se veut transcendante. Toutes ces doctrines, dès lors qu'elles aspirent à l'élimination de leurs concurrentes et à l'hégémonie, ne portent qu'une petite part de vérité aux côtés d'une grande part d'erreur. Elles doivent donc s'évanouir en un élan commun afin de rendre compte, d'une seule voix, de ce qu'est vraiment le droit. Après avoir voulu, durant des décennies, s'anéantir mutuellement, Allemagne et France ont construit l'Europe. Les théories du droit pourraient, dès maintenant, s'atteler à fonder la théorie du droit, laquelle serait alors unitaire et plurielle, « unie dans la diversité »<sup>1</sup>.*

Il ne serait pas convenable non plus de désigner un échelon à partir duquel la règle étudiée pourrait être dite « juridique » et en-dessous duquel cet adjectif devrait lui être interdit. Une règle revêtant une juridicité faible n'est pas autre chose qu'une règle faiblement juridique. Seules les règles à juridicité nulle ne sont assurément pas juridiques. Cela ne prive bien-sûr pas les juristes de la faculté de s'intéresser essentiellement aux règles pleinement ou fortement juridiques et d'ignorer les règles à faible ou moyenne juridicité. Au contraire, en affinant substantiellement leur capacité de discernement, l'échelle de juridicité conforte sans aucun doute ladite faculté. Peut-être même l'institue-t-elle.

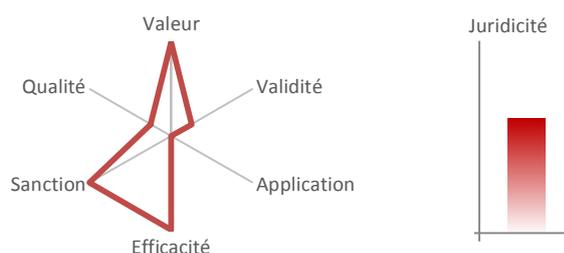
Si, par exemple, une règle  $x$  répond ainsi aux six critères de la juridicité :

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

Le calcul est :  $(4 + 1 + 1 + 4 + 0 + 4) \div 2,4 = 5,8$ .

La juridicité de cette règle  $x$  est de niveau ©, c'est-à-dire moyenne. Et il est possible de la représenter graphiquement de la manière suivante :

<sup>1</sup> Devise de l'Union européenne.



Une fois la force juridique d'une règle connue – ou « obtenue » puisqu'il s'agit en l'occurrence d'un simple procédé mécanique –, il paraît opportun de la mettre en perspective par rapport à la force normative de cette même règle. Les enseignements à tirer de cette comparaison peuvent, en effet, s'avérer tout à fait instructifs et fructueux.

## II. — La complémentarité de l'échelle de normativité

Le fait d'être droit (juridicité) ne se confond certainement pas avec le fait d'être norme (normativité). Si beaucoup de juristes utilisent couramment le terme « norme » afin de désigner une « norme juridique », cet abus de langage doit être dénoncé. Le droit, s'il n'est pas une science exacte, a besoin de précision. Toutes les normes ne sont pas sociales et toutes les normes sociales ne sont pas juridiques – ou en tout cas fortement juridiques, ce qui compte aux yeux du légiste –. Un comportement est toujours induit par des règles, tandis que la nébuleuse juridique est constellée de « trous » ; dès lors, nombre de conduites procèdent de l'influence de règles non juridiques ou, en tout cas, peu juridiques.

La normativité d'une règle est le fait qu'elle sert effectivement de modèle pour les attitudes et décisions de ses destinataires. Son niveau s'évalue en observant l'adéquation entre réalité empirique des comportements de ces derniers et comportements désirés par l'émetteur de la règle.

La présence de normes sur Terre est aussi ancienne que l'humanité, alors que le droit – entendu dans son sens moderne-actuel – est, comparativement, un phénomène récent. La force normative n'est qu'un indice de la juridicité et réciproquement. Il n'est nul rapport systématique entre degré de juridicité et degré de normativité. Que l'effet normatif d'un code de conduite privé soit intense ne suffit pas, seul, à lui conférer une forte juridicité. En outre, bien des milieux et des domaines – et de plus en plus (régulation des activités économiques et financières, des activités en ligne, des activités liées à l'environnement par exemple) – sont régis par des règles à la normativité forte mais à la juridicité faible. La vérité est que la force juridique poursuit souvent la force normative, tandis que cette dernière n'a aucune peine à se passer de sa consœur. Aussi la mise en parallèle de ces deux caractères – non indépendants mais néanmoins autonomes – des règles est-elle non seulement utile, mais même vitale pour un droit qui aspire à ne pas se retrouver par trop décroché des réalités qu'il entend pourtant recouvrir de son voile.

Classiquement, les mots « règle » et « norme » – dont les étymologies sont très proches<sup>1</sup> – sont compris comme synonymes. C'est ainsi qu'il faut procéder, bien qu'aurait aussi pu être retenu que « règle » désigne uniquement des normes générales quand « norme » est plus large et inclut les normes générales autant que les normes individuelles<sup>2</sup>. Si, en la présente étude, un quasi-monopole est octroyé au terme « règle », tel est simplement la conséquence d'une problématique esthétique : ne pas en venir à parler de « normativité d'une norme ». Avant de détailler plus avant ce que désigne la qualité de normativité (B), il convient de souligner sa pertinence en tant que complément de toute recherche relative à la juridicité (A).

## A. — L'intérêt d'un outil sociologique éclairant l'échelle de juridicité

Alors que le droit paraît abandonner une partie de son aura à mesure qu'il se privatise et globalise, il semble éminemment nécessaire d'adopter une perspective ouverte, certes toujours juridico-centrée, mais plus mono-disciplinaire. La sphère juridique est de plus en plus en interaction avec la sphère sociale, ce qui pourrait lui nuire puisque cette dernière parvient chaque jour davantage à le maîtriser et à l'orienter. Seulement le droit n'est pas quelque-chose d'aisément modelable. Il est, aujourd'hui, constitué de six critères significatifs précisément établis et aucune source privée et/ou transnationale de normativité n'est légitime à se proclamer source de droit. Partant, le concept de force normative ne suggère pas « un nouveau régime de connaissance du juridique risquant de déboucher sur sa propre invalidation »<sup>3</sup> comme d'aucuns le redoutent. Les caractères normatif et juridique sont complémentaires ; leurs études aussi.

Le fondement premier de tout processus juridique historique réside en un fait social ; et le droit n'est pas autre chose que la forme la plus aboutie de régulation d'une société. Les règles factuellement fortes, soit à normativité forte, sont potentiellement les règles juridiques de demain, lorsqu'elles ne sont pas déjà celles d'aujourd'hui. Mais l'entrée dans la juridicité peut transformer une règle à normativité forte en règle à normativité moyenne ou faible ; et que la normativité d'une règle passe de forte à faible risque de faire de cette règle au départ juridique une règle extra-juridique. Les rapports entre juridicité et normativité se révèlent donc nombreux, intimes et complexes.

Gravir une règle au moyen des échelles de juridicité et de normativité peut permettre une étude comparative entre foyers de règles juridiques et foyers de normes peu juridiques immanquablement éclairante. Le pluralisme – quantitatif comme qualitatif – des unes ne partage certainement que peu avec le pluralisme des autres. Et comprendre ce qui fait la force normative d'une règle, à quelle place et dans quels mécanismes se situe cette force peut s'avérer congruent dans l'optique d'apposer un œil objectif mais critique sur une

<sup>1</sup> « *Norma* » désigne une équerre quand « *regula* » désigne une règle. La norme et la règle sont donc des outils à utiliser pour tracer des lignes droites.

<sup>2</sup> C'est ainsi que Kelsen emploie ces mots. En son sens, « norme » désigne les normes générales (règles) et les normes individuelles « qui déterminent la conduite d'un individu dans une situation unique » (H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État...*, op. cit., p. 88). Également en ce sens : O. PFERSMANN, « Norme », précité, p. 1079.

<sup>3</sup> J. COMAILLE, « Effectivité », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 585.

éventuelle « crise du droit ». Peut-être la juridicité évolue-t-elle vers la normativité – ainsi qu'en témoignent les critères ou indices devenus significatifs de l'efficacité, de l'effectivité de la sanction et de l'effectivité de l'application – ; sans doute doit-elle le faire pour qu'être et devoir-être continuent d'entretenir une dialectique constructive et qu'il ne se creuse pas un gouffre infranchissable entre ces deux pans des mondes. La loi en vertu de laquelle il serait parfaitement impossible de dégager des conséquences prescriptives à partir de prémices descriptives, impossible d'identifier le devoir-être au départ de l'être<sup>1</sup>, ne doit aucunement être reniée ; mais il faut, à un certain niveau, la tempérer. Le droit ne saurait être entièrement indifférent aux faits, comme il ne saurait en être dépendant. Entre *sein* et *sollen*, il est un fragile équilibre qu'il s'agit de préserver.

La normativité traduit, lorsqu'elle est forte, un continuum entre la source de la règle et ses effets. En pratique, rechercher l'intensité normative d'une règle revient à apprécier si ce qui doit-être est. Cette donnée dépend, en premier lieu, du consensus entourant la règle en elle-même, mais aussi sa source (ce qui dérive de la reconnaissance de son autorité<sup>2</sup> et de sa légitimité par les destinataires) et l'instrument employé pour la supporter<sup>3</sup>. Elle résulte, en outre, de la légitimité axiologique de la règle (soit sa conformité avec les valeurs défendues par ses destinataires), de sa qualité (c'est-à-dire, en particulier, sa clarté et son accessibilité), des modes de contrôles existants et de la possibilité que son non-respect se voit sanctionné. L'éventuelle punition, tout comme la règle, doit apparaître légitime ; aussi faut-il qu'elle soit proportionnée et infligée au terme d'une procédure au moins transparente, si ce n'est contradictoire ; et l'instance sanctionnatrice, en tant que telle, doit être légitime.

Toutefois, ces éléments, qui constituent également des indices de la qualité et, surtout, de l'efficacité juridiques, ne sont que des facteurs de la normativité. Cette dernière, en effet, bien qu'étant le produit de leur conjonction, se mesure indépendamment d'eux.

La normativité, *in fine*, se résume en la notion d'effectivité. Si la juridicité est principalement dépendante de considérations liées à l'émetteur de la règle et à l'observateur extérieur, la normativité, elle, provient uniquement de l'appréhension de la règle par ses récepteurs qui, normalement, sont aussi ses destinataires. La force normative ressort du jugement positif ou négatif de la règle par ceux qui doivent y conformer leurs conduites.

## B. — L'effectivité, critère suffisant de la normativité

La normativité – propriété de ce qui est normatif – est le pouvoir propre à une règle de servir de référence ou de guide pour l'action, la décision et la pensée. Il s'agit de la « capacité à fournir référence, c'est-à-dire à modeler les comportements, à réguler l'action,

<sup>1</sup> C'est là la célèbre « loi de Hume ».

<sup>2</sup> L'autorité doit être distinguée du pouvoir qui est la faculté d'obtenir quelque-chose par la menace du recours à la force. L'autorité revêt une dimension uniquement psychologique.

<sup>3</sup> Il semble que, désormais, la légitimité « repose sur le mode ouvert et participatif d'élaboration des règles » (Ch. LAZARO, « Synthèse des débats », in J. BERLEUR, Ch. LAZARO, R. QUECK, dir., *Gouvernance de la société de l'information*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 165).

à guider l'interprétation de juges, à orienter la création du droit par le législateur, voire à inspirer la pensée de la doctrine et, plus largement encore, les représentations sociales »<sup>1</sup>.

Parler de « règle comme modèle »<sup>2</sup>, c'est discourir autour de la normativité et non de la juridicité ; c'est discuter de la fonction de la règle, laquelle n'est en rien assimilable à la qualité d'être droit<sup>3</sup>. Aussi évoquer la « règle *de droit* comme modèle »<sup>4</sup>, affirmer que « les règles *de droit* indiquent aux hommes [...] la mesure de leur possibilité d'agir, afin qu'ils s'y conforment »<sup>5</sup>, est-ce amalgamer dramatiquement – si aucun autre critère n'est employé pour reconnaître le droit – le caractère de ce qui est normatif avec le caractère de ce qui est juridique. Être une norme, c'est être un parangon, une matrice à l'attention du fonctionnement des rapports sociaux. Lorsqu'une règle ambitionne de devenir un exemple-type, un « étalon de mesure pour évaluer une situation »<sup>6</sup> sur lequel reposeront les comportements, elle aspire à la normativité et non à la juridicité. Si toutes les règles de droit sont des modèles<sup>7</sup>, tous les modèles ne sont pas des règles de droit.

En tant que guide pour l'action, une règle a vocation à être reproduite, respectée, appliquée par ses destinataires. Partant, la normativité ne peut se comprendre et être jaugée que par l'intermédiaire de l'effectivité. Après s'être brièvement arrêté sur cette notion – dont il a déjà été dit mot à quelques reprises – (1), il faudra préciser la distinction cardinale entre effectivité matérielle et effectivité symbolique (2).

## 1. — La définition de l'effectivité

Alors que le critère de l'efficacité, précédemment explicité, comprend l'effectivité, la normativité, de son côté, se confond avec l'effectivité. L'efficacité correspond au point de vue de l'émetteur de la règle qui juge si elle atteint ou non son objectif, lequel est, certes, prioritairement de se voir concrétisée *de facto* et, donc, d'être effective. La normativité, quant à elle, s'attache au point de vue des destinataires-récepteurs qui acceptent ou rejettent ladite règle selon leurs ressentiments. Ainsi, « est effective la règle utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique »<sup>8</sup>. L'effectivité est la « validité » empirique ou factuelle d'une règle, son « degré de réalisation dans les pratiques sociales »<sup>9</sup>. Si cette règle est perçue comme obligatoire et contraignante, ses destinataires s'y conforment et, en conséquence, elle est effective. À l'inverse, l'ineffectivité est caractérisée

<sup>1</sup> C. THIBIERGE, « Conclusion : le concept de force normative », précité, p. 818.

<sup>2</sup> Cf. P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, op. cit., pp. 257 s. ; H. L. A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., (qui parle de modèle pour la direction de la vie en société », p. 115).

<sup>3</sup> Cf. C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, 2008, p. 343.

<sup>4</sup> A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, pp. 199 s. (nous soulignons).

<sup>5</sup> P. AMSELEK, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*, n° 6, 1987, p. 131 (nous soulignons).

<sup>6</sup> P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, op. cit., p. 257.

<sup>7</sup> Si cela est vérifié concernant les règles de conduite obligatoire et les règles procédurales, les règles attributives sèment un léger doute quant à cette affirmation.

<sup>8</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, op. cit., p. 330.

<sup>9</sup> P. LASCOUMES, « Effectivité », in A.-J. ARNAUD, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie...*, op. cit.

« quand il y a une différence profonde entre ce que disent les normes et ce que font les gens »<sup>1</sup>.

En somme, la normativité est forte lorsque les destinataires de la règle mettent leurs comportements en adéquation avec celle-ci. Évidemment, il est tout à fait envisageable que seule une part des destinataires le fasse. Il s'agit donc d'apprécier le niveau ou le taux de normativité d'une règle, ce qui peut être facilité par le recours à une échelle à onze échelons, allant de 0 (normativité nulle) à 10 (normativité absolue).

## 2. — Les indices et l'estimation de l'effectivité

Évaluer la force normative, c'est comparer le devoir-être (la règle) avec l'être (la réalité des pratiques des destinataires). Il s'agit d'observer si la règle en cause est jugée légitime et, *a fortiori*, si elle est respectée. À ces fins, une étude sociologique et statistique est, ici encore, nécessaire.

L'effectivité – donc la normativité – se mesure à partir de deux indices d'égale importance : l'effectivité matérielle et l'effectivité symbolique<sup>2</sup>. L'effectivité matérielle repose sur le fait empiriquement constatable du conformisme ou de l'infraction à la règle par ses destinataires, quelles que soient les raisons profondes invitant à adopter telle attitude plutôt qu'une autre. L'effectivité symbolique, pour sa part, réside en l'appréhension psychologique de la règle. Elle est à rechercher dans le sentiment selon lequel la règle est à la fois obligatoire et légitime. L'effectivité désigne, à cet instant, « l'aptitude à marquer les représentations des destinataires [en] offr[ant] des modèles de sens, [en] diffus[ant] des valeurs collectives, [en] crédibilis[ant] des fictions fondatrices »<sup>3</sup>. Dès lors, s'il peut se trouver des règles plus effectives symboliquement que matériellement, la situation contraire est assurément rare.

Enfin, il n'est pas vain de rappeler que les destinataires directs de certaines règles sont des institutions publiques. Indirectement, ce sont toutes les règles qui doivent être mises en œuvre par les organes d'application de l'ordre juridique. Notamment, l'effectivité peut être poursuivie, pour partie, au travers de la circonstance selon laquelle la règle sert ou non de modèle pour juger, est prise ou non comme « moyen de comparaison, de vérification [ou] de mesure »<sup>4</sup> par les instances exécutives.

<sup>1</sup> N. BOBBIO, « Commandement et conseils », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 169.

<sup>2</sup> Cf. J. CARBONNIER, *Flexible droit...*, op. cit.

<sup>3</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, op. cit., p. 334. Les auteurs qui ajoutent que « cette action symbolique détermine une adhésion beaucoup plus solide (et donc une effectivité plus durable) que celle qui résulte du simple conformisme social ou de la peur du gendarme » (*ibid.*, p. 335).

<sup>4</sup> C. THIBERGE, « Au cœur de la norme... », précité, p. 343.

\*

\* \*

L'échelle de juridicité présentée au fil de cette première partie n'a certainement pas vocation à demeurer figée. Cet instrument de mesure est adapté au droit ainsi qu'il est imaginé, actuellement, parmi les pays occidentaux et, tout particulièrement, en France et dans les territoires francophones. À l'évidence, il n'est ni conforme au droit tel que ressenti en Mongolie ou en Arabie Saoudite, ni approprié aux règles juridiques telles qu'elles seront pensées par les théoriciens d'Occident dans 100 ou 200 ans<sup>1</sup>. Malgré l'idéal de scientificité indéfectiblement poursuivi, nonobstant le caractère objectif ardemment revendiqué, affirmer que l'échelle de juridicité serait en harmonie parfaite avec des réalités stables, universelles et précisément établies, qu'elle ne saurait être plus juste et congruente, serait chimérique. Qu'il soit rappelé combien la science du droit ne sera toujours qu'une « science à la cuillère », jamais une « science au microscope ».

Si le droit est l'aboutissement d'une construction objective, son étude est souvent en proie à la subjectivité. Aussi appartient-il à chacun de s'approprier librement – mais à ses risques et périls – l'échelle de juridicité, de la faire évoluer, d'affecter des coefficients aux critères, d'ajouter ou retrancher certains critères ou indices, selon ses convictions et sensations personnelles.

Cependant, il n'en demeure pas moins que, aujourd'hui et ici, la définition du droit – fruit des définitions du droit – est bien celle qui transparaît à travers l'échelle de juridicité. Quiconque prendrait quelques distances par rapport à cet outil, au gré de ses propres impressions, aborderait alors les règles liées à ses travaux avec sa définition du droit et en tirerait, irrémédiablement, des conclusions peu valables<sup>2</sup> puisque par trop arbitraires<sup>3</sup>. Son étude perdrait beaucoup en termes de force scientifique ; mais elle gagnerait sans doute en personnalité et, peut-être, en profondeur d'esprit. Défendre des idées n'est pas moins honorable que de faire œuvre scientifique ; il faut se souvenir de ces découvertes imputables à la science qui ont conduit aux tragédies les plus dramatiques. Ces deux attitudes ne peuvent seulement pas être conjuguées et il vient un temps où il faut choisir sa voie et ne plus mentir, ni se mentir.

<sup>1</sup> Si tant est que l'idée d'occidentalité ait alors encore un sens.

<sup>2</sup> Plus précisément, il aboutirait à des conclusions à la validité variable car dépendante du for intérieur de ses lecteurs.

<sup>3</sup> Si l'auteur de la présente étude ne s'était pas enfermé au creux d'une bulle d'objectivité et avait laissé s'exprimer sa perception du droit – laquelle repose sur une « conception pragmatique » –, il n'aurait retenu que cinq critères et leur aurait affecté les coefficients suivants : efficacité (coef. 3), application (coef. 2), sanction (coef. 2), qualité (coef. 1), validité (coef. 1). Cf. B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2012, spéc. pp. 96 s.

## SYNTHÈSE : LA GRILLE DE LECTURE DE LA JURIDICITÉ D'UNE RÈGLE

Légende : → critère ; → indice ; □ explication

### → **VALEUR** (*la règle est légitime d'un point de vue axiologique*)

→ La règle est conforme aux principes universels et naturels propres à l'observateur, spécialement son idéal de justice et d'équité.

□ Les principes consacrés par l'ordre normatif auquel la règle appartient sont indifférents.

□ Si la règle est neutre axiologiquement, le critère est moyennement rempli.

### → **VALIDITÉ** (*la règle est valide formellement et matériellement à l'intérieur d'un ordre juridique*)

→ Le système normatif qui intègre la règle est un ordre juridique.

□ Un ordre juridique est un ensemble objectivement structuré, dynamique, autonome et suffisant de règles.

□ Le critère est rempli à proportion du degré de développement de l'ordre normatif.

□ Aujourd'hui, seuls les ordres étatiques sont des ordres juridiques parfaits.

→ La règle a été produite conformément aux règles de procédure prévues dans l'ordre juridique.

→ La règle respecte les principes, valeurs et autres règles déjà affirmés dans l'ordre juridique.

### → **QUALITÉ** (*la règle répond aux différentes exigences qualitatives propres au droit*)

□ Si un des trois indices suivants n'est pas satisfait, le critère est moyennement rempli. Si deux des trois indices sont insatisfaits, le critère est faiblement rempli.

→ La règle est soit une règle de conduite obligatoire, soit une règle procédurale, soit une règle attributive.

□ Une règle de conduite obligatoire consiste en un comportement que les destinataires doivent impérativement adopter (une obligation d'être ou une interdiction d'être).

□ Les règles supplétives de volonté, incitatives, recommandatoires ou permissives ne sont pas incluses.

▫ Les règles procédurales sont des obligations ou des règles attributives à l'attention des institutions et organes de l'ordre juridique (généralement publics).

▫ Les règles attributives créent des droits ou des pouvoirs au profit de leurs destinataires.

→ La règle est générale, abstraite et impersonnelle.

→ La règle satisfait à l'exigence de sécurité juridique.

▫ La règle est précise, son sens est indiscutable ; elle est accessible et intelligible à ses destinataires.

→ **SANCTION** (*le non-respect de la règle est l'objet d'une sanction organisée effective*)

▫ Une sanction juridique se définit comme une contrainte appliquée, en cas d'infraction à une règle, par une autorité objectivement légitime (le plus souvent publique).

→ L'ordre juridique comporte une règle procédurale prescrivant que toute personne contrevenant à la règle en cause devra être sanctionnée.

▫ Lorsqu'une sanction est prévue par un ordre normatif non étatique, le critère est rempli à mesure du niveau de développement de cet ordre et du degré de légitimité objective de la sanction.

▫ Une sanction pénale (visant à défendre la société dans son ensemble) est plus forte qu'une sanction civile.

▫ La sanction peut aller jusqu'à la contrainte physique.

→ La sanction est efficace.

▫ La sanction est effectivement appliquée à chaque fois que la règle est bravée.

▫ La sanction est dissuasive ; elle n'engendre aucun effet d'aubaine juridique.

→ **APPLICATION** (*les organes exécutifs (généralement les juges ou l'administration) appliquent effectivement la règle*)

→ Les tribunaux ou les autorités administratives appliquent la règle, sans la transformer, à chaque fois que les conditions sont réunies pour qu'elle le soit.

▫ Seul compte le caractère effectif de la mise en œuvre de la règle.

▫ L'origine de la règle est indifférente.

▫ Lorsque les organes exécutifs appartiennent à un ordre normatif non étatique, le critère est rempli à proportion du niveau de développement de cet ordre.

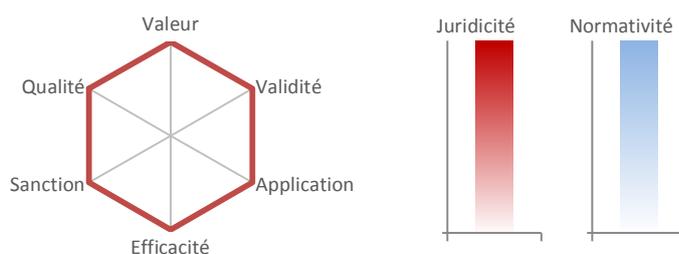
→ **EFFICACITÉ** (*la règle produit les effets attendus et, en particulier, est effectivement respectée par ses destinataires*)

- La règle est effective matériellement : ses destinataires (publics ou privés) s'y conforment en faits.
- La règle est effective symboliquement : ses destinataires la perçoivent comme légitime.
- Au-delà de l'effectivité, la règle atteint le ou les objectif(s) que son émetteur lui a assigné(s).

L'outil désormais « fabriqué » – il faudrait dire plus justement « constaté » –, il convient de le mettre à l'épreuve. La seconde partie de cette étude, qui sera publiée au sein de la prochaine livraison des *Archives de Philosophie du Droit*, comportera ainsi un ensemble d'utilisations concrètes de l'échelle de juridicité. Peuvent dès à présent, en guise de premiers exemples, être présentées la règle la plus juridique et celle qui l'est le moins parmi les soixante-quinze qui seront alors étudiées à travers le prisme de l'échelle de juridicité.

**N° 1.**

- *Règle étudiée* : « Chacun est libre de créer, d'adhérer ou de refuser d'adhérer à une association » (exemple de principe fondamental reconnu par les lois de la République).
- *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<sup>er</sup> 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

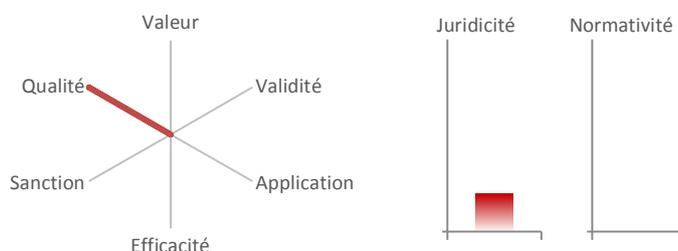
comporte une règle sanctionnant le non-respect de cette liberté (qui peut intervenir par le fait des pouvoirs publics). Cette sanction est effectivement appliquée (censure de la loi). — Les organes exécutifs ont toujours appliqué cette règle lorsqu'y était porté atteinte (décision du 16 juil. 1971 du Conseil constitutionnel). — Elle est donc parfaitement efficace.

## N° 2.

- *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



- *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 ».