

Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques

par

Paul AMSELEK

Professeur Emérite à l'Université Panthéon –Assas (Paris II)

Les règles de droit sont conçues de la manière la plus générale, aussi bien dans la théorie juridique que dans l'opinion courante, comme dotées d'un caractère obligatoire, d'une force contraignante, obligeant ceux qui en sont les destinataires à se conformer à leurs prescriptions. Il ne s'agit pas par là d'exprimer simplement des vues de caractère sociologique (pressions exercées par le prestige du droit et des autorités juridiques ou par le consensus social dont ils peuvent bénéficier, poids du conformisme social, de l'habitude, etc.), ni des professions de foi moralistes (du type : on est tenu d'obéir au droit parce que - et dans la mesure où- il est au service du Bien Commun, de la Justice, d'un ordre transcendant supposé inscrit dans la Nature, etc.). La contrainte en question est considérée comme un élément structurel du droit lui-même tel qu'il est édicté et à l'œuvre dans les sociétés humaines, comme un attribut inhérent des règles ou normes (j'emploie les deux termes comme des synonymes) dont il est composé : ces dernières sont entrevues et présentées comme des règles ou normes « coercitives »; le caractère contraignant serait, selon une formule du doyen Carbonnier, « propre à la règle de droit » ; le droit serait ainsi un « ordre de contrainte » ou « technique de contrainte sociale » (Hans Kelsen). Cette spécificité du droit est ressentie comme si essentielle qu'elle a même inspiré des analyses étymologiques fantaisistes – aujourd'hui catégoriquement rejetées – prétendant que *lex* dériverait, non pas de *legere*, mais de *ligare* (lier) ou que *jus*

serait pareillement de la même famille que *jugum* (joug) et *jungere* (atteler, lier).

Cette puissance de résonance de l'idée de force ou contrainte - ce que j'ai proposé de qualifier d' « obligatorité » - dans le droit s'explique par le fait qu'en réalité cette idée est suggérée de manière cumulative de plusieurs points de vue à la fois, par différents aspects ou données que les normes du droit positif renvoient à notre conscience et qui n'ont pas jusqu'ici été suffisamment et clairement démêlés. C'est cette espèce de polyphonie que je me propose précisément de décomposer schématiquement dans ces quelques pages d'avant-propos. J'analyserai successivement les quatre lignes mélodiques qu'elle me paraît conjuguer.

.

. . .

1/ Il y a, d'abord, un élément de contrainte qui fait partie de l'essence générique même des normes juridiques en tant qu'elles appartiennent à la catégorie des règles éthiques ou règles de conduite en général : lesquelles, en effet, se définissent - et se donnent à notre conscience - comme des outils mentaux visant à diriger la conduite de ceux à qui elles sont adressées, à encadrer leur volonté dans ses réalisations ou accomplissements. C'est cette fonction directive, avec ce qu'elle implique justement de contraignant, qu'on a pris l'habitude d'évoquer depuis Kant et Kelsen par l'idée de *Sollen* ou *devoir être*. Les règles éthiques, observe Kant, « disent ce qui doit arriver », elles répondent à la question « Que dois-je faire ? ».¹ Kelsen reprend en écho que « le mot *norme* exprime l'idée que quelque chose *doit être* ou se produire, en particulier qu'un homme *doit se conduire* d'une certaine façon. La norme est un *devoir être* (*Sollen*) ».²

¹ **Critique de la raison pure**, in **Emmanuel Kant. Œuvres philosophiques**, édition publiée sous la direction de Ferdinand Alquié, vol.1, Gallimard, Paris, 1980, p.1363 et 1365.

² **Théorie pure du droit**, 2^{ème} éd., trad. fr. Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p.6 et 7.

A la vérité, cette manière d'exprimer la fonction directive des normes éthiques, pour familière qu'elle soit devenue à nos esprits, est assez peu heureuse à bien des égards. Elle n'apporte aucune lumière sur cette fonction et tend même à l'obscurcir ; car, plutôt que de « devoir être », c'est de « pouvoir faire » qu'on devrait parler. En quoi, en effet, les normes éthiques sont-elles des instruments de direction de la conduite humaine ? En tant qu'elles sont, dans leur principe même, chargées de donner la mesure des possibilités d'agir - de se conduire - de ceux à qui elles sont destinées : il s'agit d'indicateurs des marges de manœuvre ou degrés de possibilité de leurs agissements. Utilisant les trois échelons de l'échelle bipolaire du possible, elles leur indiquent ce qu'ils ne peuvent pas faire (interdiction, degré 0 - ou marge de 0% - de possibilité ou, inversement, degré 1 - marge de 100% - d'impossibilité), ce qu'ils ne peuvent pas ne pas faire (obligation, degré 1 - ou marge de 100% - de possibilité, ou, inversement, degré 0 - marge de 0% - d'impossibilité), ou ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire (droit ou permission, degré de possibilité intermédiaire entre 0 et 1 - ou marge interstitielle entre 0 et 100%). La contrainte résulte de ce que les intéressés, pour avoir une bonne conduite au regard de ce qui est attendu d'eux, auront à maintenir leurs faits et gestes à l'intérieur des marges ou latitudes fixées par les normes qui leur sont adressées. On relèvera, au passage, que ces dernières ne donnent pas à proprement parler, comme il est souvent soutenu, la mesure de comportements (des modèles d'agissements), mais la mesure de la possibilité de comportements.

Quant à la nébuleuse opposition qui est classiquement faite entre *être* et *devoir être*, *Sein* et *Sollen*, elle signifie précisément et simplement, comme l'avait déjà bien entrevu Aristote, que la possibilité n'a pas de référent dans le monde extérieur, - elle ne fait pas partie du mobilier du monde; les catégories du possible sont des catégories purement logiques, des catégories *a priori* au sens kantien, forgées par notre esprit pour ses propres besoins et surimposées au monde par lui dans le cadre des outils mentaux qu'il construit et des opérations mentales spécifiques qu'il effectue : il s'ensuit que du possible, et donc des contenus normatifs ou teneurs de normes, ne peuvent être logiquement déduits à partir de nos données d'observation. C'est bien à tort que Kelsen a cru pouvoir tirer d'autres implications de cette distinction *Sein-Sollen*, et notamment prétendre qu'à la différence des règles éthiques les lois scientifiques indiqueraient, non pas ce qui *doit être*, mais ce qui *est*, ce qui arrive. En réalité, les règles scientifiques, en tant même qu'appartenant à la catégorie générique des règles, sont aussi des indicateurs de degrés de possibilité, plus précisément des degrés de possibilité de survenance des choses en fonction des configurations du contexte : elles indiquent que dans telles circonstances, telle chose ne peut pas se produire, ou ne peut pas ne pas se produire, ou encore peut

se produire (ou, en termes de lois probabilistes balayant les différentes marges de possibilité intermédiaires entre 0 et 100% : a tant de chances de se produire). Simplement, la fonction spécifique impartie en l'occurrence à ces indicateurs n'est justement pas, pour leurs utilisateurs, une fonction de direction de leur gouverne, de guidage de leur volonté dans les réalisations qu'elle initie, mais une fonction d'éclairage de leur lanterne, de guidage de leur intelligence, leur permettant de se repérer - à la manière de grilles de lecture - face aux flux enchevêtrés de choses que la réalité déploie sous leurs yeux. Ici, le *devoir être* de la règle n'est pas un *pouvoir faire*.

Dépourvue de valeur heuristique, l'étiquetage des normes éthiques et de leur fonction directive par l'idée de *Sollen* ou *devoir être* est, par ailleurs, on va le voir, source d'ambiguïté et de confusion.

2/ Un deuxième élément vient ajouter, à propos du droit, une note complémentaire de contrainte à notre conscience : il réside dans l'articulation par les normes juridiques, et plus généralement éthiques, d'obligations ou d'interdictions, - si l'on préfère, d'obligations de faire ou de ne pas faire. La contrainte qui en résulte se situe donc, ici, au niveau du contenu des normes et non plus du principe même de leur fonction directive : elle consiste en ce que, dans ces cas de figure, les agissements ou les abstentions prévues par les normes sont, par définition même, conçus comme imposés aux adressataires, ne leur laissant à cet égard aucune latitude, à la différence des contenus normatifs permissifs.

Il y a, de longue date, une tendance fortement ancrée à assimiler la fonction de direction des conduites de l'éthique à l'émission de normes impartissant des obligations. Le recours à l'idée de *devoir être* ou *Sollen* pour rendre compte des normes et de leur fonction directive tout à la fois exprime de façon éclatante et accroît cette confusion : il est difficile, en effet, de dire que la norme est un *devoir être* ou *Sollen* et d'admettre dans le même temps qu'elle puisse ne pas articuler des obligations (qu'on désigne également par les termes *devoir* ou *Sollen*), mais des permissions. Kelsen en a eu conscience et a cru pouvoir se sortir de cette difficulté par une simple pirouette : en définissant la norme comme un devoir, on donnerait à ce mot « une signification plus large que sa signification habituelle », une signification incluant les droits ou permissions...³ De fait, la théorie morale est traditionnellement focalisée sur l'obligation ou devoir moral, comme il apparaît par excellence chez Kant ; ce

³ *Op.cit.*, p.6.

qui a amené Michel Virally à définir les normes morales comme « monistes », articulant toujours un seul et même type d'élément : des obligations.⁴ De la même façon, et tout aussi classiquement, l'image la plus courante qu'on se fait du droit est celle d'un ensemble de normes articulant des obligations, et même plus précisément des obligations assorties de sanctions : comme si tout le droit était constitué sur le modèle du droit pénal. Il s'agit assurément là d'une vue tronquée, d'une sorte de vision impressionniste, acceptable de la part de l'homme de la rue (facilement enclin à réduire le droit à ses oripeaux traditionnellement les plus marquants, à savoir les gendarmes, les tribunaux et la prison), mais non de la part des juristes chevronnés. Les normes juridiques, et plus généralement les normes éthiques, utilisent sans exclusive les trois degrés de l'échelle du possible, les degrés extrêmes de l'obligation de faire ou de ne pas faire (sans, au demeurant, que les obligations fixées soient systématiquement et inmanquablement accompagnées de sanctions), mais aussi le degré intermédiaire de la permission ou droit de faire ou de ne pas faire. C'est bien artificiellement que de nombreux auteurs appartenant à des courants de pensée très différents, comme le français Ernest Roguin ou l'autrichien Hans Kelsen, ont tenté de contourner cette donnée en prétendant ramener les droits à de simples « reflets d'obligations » ; j'ai déjà eu l'occasion ailleurs de démontrer l'inanité de cette thèse⁵ : de toute évidence, les trois degrés de l'échelle du possible sont logiquement irréductibles les uns aux autres.

Soutenir que les normes de conduite n'articulent que des obligations est d'autant plus irréaliste qu'en pratique les contenus de normes énoncés se présentent essentiellement comme des combinés ou entrelacs de droits et obligations, comme des gisements dont on peut extraire par une interprétation exégétique plus ou moins approfondie des droits et des obligations. Ainsi, une disposition juridique selon laquelle « dans telles circonstances, telle autorité publique peut, après avoir pris l'avis de tel organisme, adopter telles mesures », n'est pas, en dépit de sa formulation expresse en « pouvoir », une disposition purement permissive : elle articule implicitement dans le même temps au minimum une obligation (prendre préalablement l'avis de l'organisme mentionné) et deux interdictions (prendre les mesures en dehors des circonstances prévues et prendre des mesures autres que celles permises) ; de même, d'un contenu normatif formulé en « devoir » des droits peuvent être, le cas échéant, tirés par une démarche herméneutique, - c'est le cas, par exemple, en matière d'obligations dites de résultat imposant d'agir en vue d'obtenir un

⁴ **La pensée juridique**, L.G.D.J., Paris, 1960, p.76s.

⁵ « Les fonctions normatives ou catégories modales », **Philosophiques**, vol.33 n°2, 2006, p.401s.

certain résultat sans déterminer les modalités de cet agir, qui sont ainsi tacitement laissées à la discrétion des intéressés.

3/ C'est également une portée relative, et non pas absolue, que revêt un autre aspect de l'obligatorité du droit : celui qui tient à la nature spécifique d'une partie - il est vrai, la plus grande partie en pratique - des normes qui le constituent. Il existe, en effet, deux modes différents de l'éthique, de l'art de diriger la conduite humaine. Le premier s'exprime à travers des commandements, c'est-à-dire des normes qui sont chargées, par ceux qui les émettent, de la vocation instrumentale particulière d'être à suivre, à observer obligatoirement par leurs destinataires dans leurs faits et gestes ; ces normes correspondent à une technique de l'éthique que j'ai proposé d'appeler technique de la direction dure ou rigide des conduites : les commandements fixent à l'adresse des intéressés des marges de manœuvre à respecter impérativement, coûte que coûte, dans leur agir, dans leur conduite d'eux-mêmes ; les accomplissements de leur volonté devront nécessairement se tenir à l'intérieur de ces marges. Cette technique se différencie de la technique de la direction souple ou molle des conduites, qui opère par le canal des recommandations : les recommandations, en effet, ont une vocation directive moins contraignante puisqu'elles fixent seulement, à l'intention des dirigés, des marges de manœuvre à *tâcher de respecter*, sous réserve d'éventuels écarts de conduite que les intéressés pourraient éventuellement estimer justifiés par les circonstances rencontrées. Le principe des recommandations n'est pas d'hypothéquer de manière aussi inflexible que les commandements les déterminations de la volonté des dirigés : re-commander, c'est littéralement diriger par-dessus le propre pouvoir de direction que les intéressés conservent sur eux-mêmes. Les recommandations leur servent en quelque sorte de boussoles : elles leur indiquent les marges de possible à l'intérieur desquelles il conviendrait que leur agir se tienne, mais ils possèdent par hypothèse même la faculté de s'en affranchir si cela leur apparaît nécessaire ou plus opportun d'après leur propre appréciation du contexte. Malgré la souplesse de cette technique, les recommandations participent bien d'une fonction directive, à la différence des avis qui relèvent d'une fonction de conseil, comme notamment ceux qui sont donnés aux autorités publiques par des organismes purement consultatifs : les recommandations correspondent, comme les commandements, à une visée de « commande » de l'agir de ceux à qui elles sont destinées, et non à la simple expression d'une opinion par ceux qui les émettent. S'il s'agit de directives non strictement astreignantes, elles n'en sont pas moins, dans leur essence même, des directives, des fixateurs de rectitude assignée à la volonté des intéressés.

Elles se différencient également par là des demandes ou requêtes qui sont l'expression de simples souhaits relatifs à l'agir de ceux à qui elles sont adressées, sans aucune intention directive : elles manifestent, de la part de ceux qui les émettent, qu'ils aimeraient -qu'il serait conforme à leur désir ou attente- que les adressataires se conduisent d'une certaine façon, ce qui revient à passer par leur volonté ainsi sollicitée, à se plier à leur bon vouloir, et nullement à chercher à le plier lui-même, à le corseter, en lui impartissant des marges de manœuvre plus ou moins rigides ou flexibles à observer.

Pendant fort longtemps, dans le cadre de l'Etat-gendarme du passé, le droit est resté constitué quasi exclusivement de commandements, de sorte que l'on n'imaginait guère qu'il puisse se donner sous une autre forme : les normes juridiques étaient conçues, dans leur essence même, comme ayant la nature de commandements. Cette dimension de contrainte associée au droit, qui résonne encore confusément dans nos consciences, doit de nos jours être quelque peu relativisée : sans doute, la part des commandements dans l'ensemble des normes juridiques à l'œuvre dans nos sociétés reste toujours largement prépondérante, mais elle n'est plus exclusive ; la technique de la recommandation juridique, on le sait, s'est peu à peu développée sous diverses formes dans le cadre de l'Etat-providence et aussi - au niveau du droit international - dans le contexte des organisations intergouvernementales.

On amalgame souvent le cas des recommandations à celui, de caractère fort différent, dans lequel le législateur, sous couvert d'édicter des normes juridiques, énonce des contenus de pensée inaptes -ou très faiblement aptes même à travers une démarche exégétique poussée- à remplir en pratique la vocation de normes qui leur est ainsi assignée, c'est-à-dire à encadrer la conduite des intéressés, à les diriger. Cette hypothèse, qui s'est abondamment illustrée en France au cours des dernières décennies, correspond à un mélange des genres de la part du législateur : dans l'exercice officiel de sa fonction directive, il fait en réalité tout autre chose, il accomplit des « actes de langage » d'une tout autre nature. Il peut s'agir, par exemple, pour lui de s'expliquer et se justifier, en exposant les motifs -la philosophie- de la réglementation qu'il édicte par ailleurs ; parfois, il veut simplement afficher ses intentions par des déclarations programmatoires de principe ; ou bien, il adresse à certaines personnes ou à certaines fractions de la population des éloges et témoignages de reconnaissance ; ou bien encore, il formule des jugements de condamnation à propos de certains faits historiques comme le génocide arménien (loi du 29 janvier 2001) ou la traite négrière et l'esclavage (loi du 10 mai 2001). On ne saurait mettre ces cas sur le même plan que les recommandations en parlant indistinctement à leur propos respectif de « droit mou », d'absence ou de

faiblesse de « force » ou « portée normative » : dans les hypothèses que je viens d'évoquer, on se trouve en présence, non pas de l'émission d'une espèce particulière de normes juridiques, mais d'un exercice pragmatiquement défectueux de la fonction législative et de l'émission de mauvais outils normatifs (que le Conseil Constitutionnel, d'ailleurs, n'hésite plus aujourd'hui à censurer).

4/ En vérité, dans les normes juridiques édictées, l'élément de contrainte le plus déterminant, sans lequel les précédents éléments resteraient, pour ainsi dire, purement latents ou virtuels, se situe non pas intrinsèquement au niveau des normes elles-mêmes, mais au niveau précisément de leur édicition ou position : cet élément, en d'autres termes, fait partie du concept de droit *positif*.

Les actes d'édicition des normes juridiques, en effet, ne sont pas de simples actes de dire, de formuler ou exprimer des normes; il s'agit d'actes de parole au sens de la philosophie contemporaine du langage (de la *speech acts theory* d'Austin et de Searle), c'est-à-dire d'actes sociaux accomplis en parlant, à l'aide de paroles écrites ou orales, et plus particulièrement d'actes d'autorité, émanant d'autorités ou dirigeants publics et consistant à *mettre en vigueur* des règles de conduite dans la société humaine à la tête de laquelle ils se trouvent placés. Ce qui les distingue, par exemple, des actes de simple information ou diffusion par lesquels un théoricien du droit, un juriconsulte ou encore un tambour de ville « disent » des règles juridiques, entendons : en portent la teneur à la connaissance des publics respectifs auxquels ils s'adressent (étudiants, clients, populations locales). « Edicter », « poser », « établir » des règles, c'est mettre autoritairement et officiellement des règles en service à l'intérieur d'un certain espace social, les placer autoritairement et officiellement en état ou position d'activité ou applicabilité, en quelque sorte les mettre sous tension, leur « donner force » comme on dit : à partir de leur entrée en vigueur et jusqu'à ce qu'elles viennent à perdre provisoirement ou définitivement cette vigueur, ces normes devront être effectivement mises en œuvre - mises en pratique - par les gouvernés ; ils devront effectivement se régler sur elles dans leur conduite. Cette mise en vigueur peut obéir à des réglementations juridiques antérieurement édictées ou dont elle est elle-même porteuse : par exemple, les normes qui font l'objet d'une mise en vigueur ne sont pas nécessairement applicables immédiatement dès les actes d'édicition eux-mêmes, mais, le cas échéant, après certains délais ou l'accomplissement de certaines formalités de publicité. Ou encore, la position des normes peut donner lieu éventuellement, non pas à un seul acte, mais à une procédure plus complexe faisant intervenir successivement

des autorités différentes. C'est le cas en droit français pour les normes législatives : le Parlement a pour tâche d'arrêter les dispositions des lois à mettre en vigueur, mais c'est le Président de la République qui procède ensuite à cette mise en vigueur par la voie de décrets de promulgation, actes qui tout à la fois rendent publique la teneur de la loi adoptée et décrètent son entrée en application (« La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat »).

On doit observer que l'étymologie en la matière est particulièrement suggestive et éclairante. Commander et recommander dérivent du verbe latin *mandare*, contraction de *manum dare*. Exercer une fonction d'autorité, en effet, c'est donner à ceux dont on veut diriger la conduite -leur « mettre en main »- des commandements ou des recommandations pour qu'ils s'en servent, qu'ils en fassent application : cet acte autoritaire de mise en main revient bien à rendre ces commandements ou recommandations d'office applicables à l'agir des adressataires, - il revient à leur forcer la main.

Cette composante essentielle de la contrainte que le droit évoque à notre conscience est généralement confondue avec la nature de commandements des normes juridiques. C'est là une double erreur car, d'une part, toutes les normes du droit positif d'aujourd'hui - toutes les normes juridiques mises en vigueur - ne sont pas des commandements, mais surtout, d'autre part, il est évident que la mise en vigueur des commandements (pas plus que leur mise hors vigueur, d'ailleurs) ne peut être assimilée à ces commandements eux-mêmes. Une chose est la vocation instrumentale donnée aux normes d'encadrer de manière rigide ou de manière souple la conduite des destinataires : on est ici au niveau des attributs spécifiques assignés aux normes émises; et l'élément de contrainte, dans le cas des commandements, résulte du type même de normes dont il s'agit. Une autre chose est de rendre d'office, par un acte autoritaire, ces normes applicables. On est là au niveau de l'utilisation -de la pratique- des normes par ceux auxquels elles sont adressées; et c'est à ce niveau que se situe la contrainte, par le fait qu'est instaurée (expressément ou implicitement, d'ailleurs) une utilisation obligatoire : on place les intéressés en situation d'avoir à observer le système d'encadrement de leur conduite fixé par les normes qui leur sont communiquées.

.

. .

Les observations précédentes visaient à démêler les différentes données par lesquelles les normes juridiques nous apparaissent, plus ou moins obscurément, dotées d'une contrainte, d'une force contraignante. Il ne me semble pas inutile d'ajouter, avant d'en terminer et en guise de conclusion, la remarque suivante : contrairement à ce qu'on tend à croire, cette force contraignante n'est pas l'apanage exclusif des normes juridiques ; elle n'a rien de mystérieux ou d'extraordinaire, - elle n'est pas une espèce d'OVNI auquel les juristes seraient les seuls à être confrontés. On la retrouve, avec ses diverses composantes, dans le cadre des expériences éthiques autres que l'expérience juridique : il suffit de penser aux commandements, et spécialement les commandements articulés dans leur contenu des obligations de faire ou de ne pas faire, que dans ses relations d'autorité avec ses enfants un père met en vigueur en les donnant à exécuter à ces derniers; par le même acte de parole, il leur en indique la teneur et la nature et leur impartit d'en faire effectivement application dans leurs accomplissements. On pourrait multiplier les exemples d'expériences de direction des conduites du même type à l'intérieur d'espaces sociaux plus ou moins larges, dans des cadres les plus divers (familiaux, professionnels, religieux, scolaires, sans parler des commandements qu'un chef de brigands édicte à l'intention des victimes qu'il veut détrousser ou des acolytes sur lesquels il a autorité...). La seule donnée qui est véritablement propre aux normes juridiques, et qui leur confère justement leur coloration juridique, c'est la qualité d'autorités publiques des dirigeants qui les mettent en vigueur dans l'exercice de leur fonction de gouvernance de peuples.
