

***Les normes générales existent-elles ?***

Maxime CHARITE

2021, pp.1-22

---

***Pour citer cet article :***

Maxime CHARITE, « Les normes générales existent-elles ? », *Jurisdoctoria*, www.jurisdoctoria.net, 2021, p.1-22

***Pour consulter cet article en ligne :***

<https://www.jurisdoctoria.net/2021/11/les-normes-generales-existent-elles/>

©JURISdoctoria – ISSN 1760-6225

## *Les normes générales existent-elles ?*

---

MAXIME CHARITÉ

*Docteur de l'Université d'Orléans*

Interroger l'existence d'un concept aussi central et fondamental que celui de *norme générale* appelle, *a priori*, une réponse positive évidente tant il est au cœur même de la définition du droit qui désigne, dans son sens objectif, un « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société »<sup>1</sup> ; le concept de *norme générale*, plus largement celui de *norme*, étant traditionnellement employé dans une acception globale comme « équivalent de règle de droit »<sup>2</sup>. Dans cette mesure, les normes générales sont inhérentes au droit<sup>3</sup>.

- 2 Issu des termes grec *κανών* et latin *norma*, tous les deux synonymes de l'autre terme latin *nēgūla*, qui désignait une « règle servant à mettre droit, à mettre d'équerre »<sup>4</sup>, le concept de *norme*, terme usité depuis l'Antiquité, a, déjà, vu son usage généralisé au cours du XIX<sup>e</sup> siècle avec, notamment, la théorie du droit naissante<sup>5</sup>. Ce concept a, aussi et surtout, été repris par Hans Kelsen, ce dernier le définissant comme « la signification d'un acte par lequel une conduite est prescrite, ou permise et en particulier habilitée »<sup>6</sup>, « signification d'un acte de volonté », « dont la signification est qu'une autre personne (ou

---

<sup>1</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2020, p. 370.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 687.

<sup>3</sup> D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, O. Jacob, 1997, pp. 19-57.

<sup>4</sup> F. GAFFIOT, *Dictionnaire illustré latin-français*, Paris, Hachette, 1934, p. 1334.

<sup>5</sup> Dont « Otto Bierling pourrait être le premier à intituler un ouvrage *Des normes et de leur transgression* (1872-1916) » (O. PFERSMANN, « Norme », dans D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, 2003, p. 1079).

<sup>6</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962, p. 7.

d'autres personnes) *doit* se comporter d'une manière déterminée »<sup>7</sup>. Un tel concept est au cœur de la *Théorie pure du droit*<sup>8</sup>, ainsi que de la *Théorie générale des normes*<sup>9</sup>. Au-delà de ces deux ouvrages majeurs, il est caractéristique du normativisme dans la mesure où il englobe non seulement les prescriptions par voie générale, mais également les prescriptions par voie particulière, notamment juridictionnelles. C'est ainsi que la mobilisation du concept de *norme* participe d'une volonté d'extension du concept de *règles*, qui ne serait propre à qualifier que les normes générales. Nonobstant cette volonté, les normes générales demeurent le « noyau dur » de ce qui constitue le droit. Le concept de *norme générale* est central déjà, dans la *Théorie pure du droit*, dans laquelle il n'est néanmoins pas défini<sup>10</sup>, mais, aussi et surtout, dans la *Théorie générale des normes*<sup>11</sup>, dans laquelle Kelsen écrit que distincte de la norme individuelle, « une norme a un caractère général si elle pose comme obligatoire un comportement déterminé en général »<sup>12</sup>.

- 3 Central dans la théorie normativiste du droit, le concept de *norme générale* est également mobilisé par les théories du droit qui se sont construites en opposition au normativisme. Tout d'abord, après avoir combattu la théorie selon laquelle le droit serait un système de normes<sup>13</sup>, Alf Ross a fini par admettre que le droit « est le nom d'un ensemble individuel de normes »<sup>14</sup>, parmi lesquelles les « normes universelles », par opposition aux « normes individuelles »<sup>15</sup>. Ensuite, si Herbert Lionel Adolphus Hart écarte le recours au concept de *norme* afin de privilégier celui de règle, « c'est en utilisant ce terme finalement dans le même sens que celui donné par Kelsen à celui de norme »<sup>16</sup>. Enfin, en dépit du fait que le Professeur Michel Troper ait pu questionner l'« incertitude sur la notion de normes

<sup>7</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 2.

<sup>8</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, 496 pp.

<sup>9</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, 604 pp.

<sup>10</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, pp. 27, 79, 90, 111, 123, 152, 216, 231, 237, 239, 244, 251 et s., 253, 258, 265, 275, 280 et 304 et s. *Théorie pure* dans laquelle « il est remarquable qu'on ne trouve, sauf erreur, [...] de définition de la notion de normes générales » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 81).

<sup>11</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, pp. 9 et s., 23 et s., 27, 59, 63 et s., 66, 257, 297, 314, 320, 326 et 334 et s.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>13</sup> A. ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence : a criticism of the dualism in law*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1946, pp. 78 et 93 : « [Le droit] selon la conception habituelle [...] consiste [...] en des normes (règles) comme signification des actes créateurs de droit. [...] Cette conception est insoutenable ». Dans ce premier ouvrage, la question de la norme apparaît à deux grandes reprises, la seconde manifestant précisément un tel scepticisme : « Law as an empirical norm » (Sinn «, cultural reality ») (*Ibid.*, pp. 34-39) ; « Does the law consist of norms (rules) ? » (*Ibid.*, pp. 93-96).

<sup>14</sup> A. ROSS, *On law and justice*, London, Stevens, 1958, p. 30. Conséquence nécessaire de l'évolution de la pensée de Ross sur ce point, la question de la norme est plus diffuse dans ce deuxième ouvrage (*Ibid.*, pp. 17, 299, 32, 33, 34, 53, 61, 66, 70, 98, 161, 204 et 208).

<sup>15</sup> A. ROSS, *Directives and norms*, London-New York, Routledge & K. Paul-Humanities P, 1968, pp. 106-110. Dans ce troisième ouvrage, la question de la norme est encore plus présente (*Ibid.*, pp. 53, 78 et s., 82 et s., 92 et s., 96, 100, 106 et s., 110 et s., 118, 131 et 135).

<sup>16</sup> É. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *CCC*, 2007, n° 21, pp. 59-62. L'auteur poursuit : « car ces règles notamment peuvent avoir soit une portée générale soit une portée individuelle ». V. H. L. A. HART, *Le concept de droit*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, pp. 276 et s.

générales »<sup>17</sup>, la théorie réaliste de l'interprétation reprend le concept de *norme générale*<sup>18</sup>, se séparant du normativisme essentiellement sur la question de l'interprétation, les normativistes considérant qu'interpréter, c'est connaître, « indiquer la signification »<sup>19</sup> ; la théorie réaliste de l'interprétation estimant, quant à elle, qu'interpréter, c'est vouloir, « déterminer la signification »<sup>20</sup>. Au-delà de leurs différences, les principales théories du droit contemporaines convergent donc sur le point de l'existence des normes générales, et avec, sur la validité du concept de *norme générale*.

- 4 En outre, si, avec Jean-Philippe Derosier, nous considérons que contrairement au concept, « la notion est la mise en œuvre normative d'un concept, son existence en droit positif, dans un domaine juridique particulier »<sup>21</sup>, la notion de norme générale existe également, comme en attestent, en France, les références textuelles et jurisprudentielles à la « norme générale »<sup>22</sup>, aux « normes générales »<sup>23</sup>, à « la

<sup>17</sup> M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op.cit.*, pp. 80-81.

<sup>18</sup> Comme en témoignent les écrits du Professeur Michel Troper sur ce qu'il appelle la théorie de la « norme générale exclusive » : M. TROPER, « Sur le "dogme" de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive », *Droits*, 2008, n° 47, pp. 249-258 ; M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2011, pp. 19-29.

<sup>19</sup> M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 69.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> J.-P. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, 2008, p. 788. Le concept, quant à lui, « correspond à la représentation intellectuelle des lignes essentielles, des contours typiques qui forment la constitution fondamentale d'une chose » (P. AMSELEK, « Norme et loi », *APD*, t. 25, 1980, p. 95). Cette distinction, qui repose sur celle de l'ontologie du droit, à laquelle appartient la notion, et de l'épistémologie du droit, de laquelle relève le concept, a été reprise, sous une forme différente, non seulement par le Professeur Michel Troper distinguant les concepts des méta-concepts (M. TROPER, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », dans C.-M. HERRERA, A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, actes du colloque international tenu à l'Université de Cergy-Pontoise le 17 octobre 2008 et organisé par le Centre de philosophie juridique et politique, Paris, Éd. Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 89), mais également par Régis Ponsard distinguant le(s) concept(s) délimitant liminaire(s), les concepts identifiant primaires, les concepts imaginant secondaires d'un côté, et les concepts objectifs tertiaires de l'autre (R. PONSARD, « De la nécessité des concepts dans l'analyse du droit. Fabriquer consciemment des instruments d'analyse scientifiquement autonomes, ajustés et visionnaires », actes de la 7<sup>ème</sup> journée toulousaine sur la QPC *La fabrique du droit constitutionnel : (ré)interroger les concepts structurants de la science du droit constitutionnel* organisée le 9 juin 2017 à Aix-Marseille Université, *RFDC*, 2019, pp. 797-824). La conception, en ce qui la concerne, « serait constituée des interprétations individuelles et collectives de ce concept, interprétations qui engagent des valeurs ou des jugements propres à chacun » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Existe-t-il un concept unique de droits fondamentaux ? », actes de la 7<sup>ème</sup> journée toulousaine sur la QPC *La fabrique du droit constitutionnel : (ré)interroger les concepts structurants de la science du droit constitutionnel* organisée le 9 juin 2017 à Aix-Marseille Université, *RFDC*, 2019, p. 865. Sur cette distinction entre concept et conception, v. not., J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Éd. du Seuil, coll. Empreintes, 1987, pp. 31 et s. ; R. DWORKIN, *A matter of principle*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1985, pp. 38 et s. ; R. DWORKIN, *Law's Empire*, London, Fontana, coll. Fontana master guides, 1986, pp. 40 et s.).

<sup>22</sup> C'est ainsi, notamment, que le *Codex alimentarius* comporte, non seulement de simples normes portant sur des produits particuliers, mais également douze « normes générales » adoptés par ses Comités, respectivement pour « le fromage » (1978), « l'étiquetage des additifs alimentaires vendus en tant que tels » (1981), « les denrées alimentaires irradiées » (1983), « l'étiquetage des denrées alimentaires préemballées » et « les mentions d'étiquetage et les allégations concernant les aliments diététiques ou de régime préemballés » (1985), « les matières protéiques végétales (MPV) » et « les matières protéiques de soja » (1989), « les additifs alimentaires » et « les contaminants et les toxines présents dans les produits de consommation humaine et animale » (1995), « l'utilisation de termes de laiterie » (1999), « les eaux potables en bouteille/conditionnées (autres que les eaux naturelles) » (2001), ainsi que « les jus et les nectars de fruits » (2005).

<sup>23</sup> V., not., les arrêtés relatifs à l'hygiène et à la sécurité à la Caisse des dépôts et consignations et portant délégation de signature aux chefs de service qui attribuent au secrétaire général de l'établissement public la « définition des normes générales d'occupation des espaces de travail ».

généralité de la norme »<sup>24</sup>, aux « normes de portée générale »<sup>25</sup>, ainsi qu'à la « norme à caractère général »<sup>26</sup>.

- 5 Concept doctrinal quasi-consensuel et notion juridique établie, la norme générale existerait donc. Ce n'est ainsi pas l'existence des normes générales à proprement parler que nous voulons interroger, mais la validité même du concept de *norme générale* tel que l'a défini Kelsen dans la *Théorie générale des normes*. Car celle-ci est susceptible d'être remise en cause par une résurgence du passé, la théorie sceptique des règles (*rule scepticism*), représentée, en particulier, par John Chipman Gray, Oliver Wendell Holmes, rattaché à l'école de la *sociological jurisprudence*, et Jérôme Frank, associé, quant à lui, au mouvement réaliste américain<sup>27</sup>. Cette théorie a été, notamment, critiquée par Hart et Kelsen. Déjà, dans la première édition de *Le concept de droit*, Hart critique tant « formalisme et scepticisme relatif à la nature des règles » (*rule scepticism*), au soutien de ses développements sur la « texture ouverte du droit »<sup>28</sup>. Aussi et surtout, dans la *Théorie générale des normes*, Kelsen critique la thèse défendue par Gray dans son ouvrage majeur, *The nature and sources of the law*<sup>29</sup>, d'après laquelle, selon Kelsen, « seules les normes individuelles, posées par les tribunaux, doivent être qualifiées de normes juridiques, tandis que des normes nées par voie de législation ou de coutume ne peuvent être qualifiées que de "sources" du droit »<sup>30</sup>. Confrontant les idées de Ross à la thèse défendue par Gray, le Professeur Riccardo Guastini considère aussi que « si tout le droit est fait par les juges, on doit en conclure que le droit n'est qu'un ensemble de décisions individuelles et non pas de règles générales »<sup>31</sup>. La Cour constitutionnelle de la République italienne estime également que « les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre

<sup>24</sup> V., à propos de la norme coutumière internationale reconnaissant aux États une immunité d'exécution pour certains des actes qu'ils accomplissent à l'étranger, qui, combinée au nombre de personnes auxquelles elle peut s'appliquer, fait obstacle à ce que le préjudice invoqué puisse être regardé comme revêtant un caractère spécial de nature à engager la responsabilité de l'État envers elle sur le fondement de la responsabilité sans faute du fait de l'application des normes internationales, CAA de Paris, 8 déc. 2008, *Mme Om Hashem X*, req. n° 07PA02188 ; *Mme Mary Anne X*, req. n° 07PA02189 ; *Mme Ranjani X*, req. n° 07PA02190 ; *Mme Mary Magrat X épouse Y*, req. n° 07PA02191 ; *Mme Cherifa X*, req. n° 07PA02192.

<sup>25</sup> V., à propos de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, qui n'a pas vocation à régir les procédures d'éloignement qui reposent sur des motifs distincts, notamment la menace à l'ordre public ou la méconnaissance d'autres normes de portée générale, telle que l'obligation de détenir une autorisation de travail pour exercer une activité professionnelle, pour la première fois, CE, Av., 10 oct. 2012, *Préfet du Val-d'Oise c/ Rhabani*, *Rec. Tables* pp. 630, 631, 632 et 792.

<sup>26</sup> V., pour la première fois, CE, 19 sept. 2014, *M. Jousselin*, *Rec.* p. 272.

<sup>27</sup> Ce dernier préférant l'expression de « fétichisme à l'égard des règles » (*rule-fetichism*) (J. FRANK, *Law and the modern mind*, New York, Tudor, 1935, pp. 264-284). Sur la distinction de l'école de la *sociological jurisprudence* et du mouvement réaliste américain, v., not., F. MICHAUT, *L'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain : le rôle du juge et la théorie du droit*, thèse, Paris 10, 1985, dactyl., 407 pp.

<sup>28</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, 1<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 155-188.

<sup>29</sup> J. C. GRAY, *The nature and sources of the law*, New-York, 1<sup>e</sup> éd., Columbia University Press, 1909, 332 pp. ; 2<sup>e</sup> éd., Macmillan company, 1921, 348 pp. V. également, M. R. COHEN, *The Process of Judicial legislation*, *The American Law Review*, vol. XLVIII, 1914, p. 162 : « We may with Professor Gray go on the assert that in the last analysis the courts also make our statute law ; for it is the court interpretation of the meaning of a statute that constitutes the law ».

<sup>30</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, p. 561.

<sup>31</sup> R. GUASTINI, « Les juges créent-ils du droit ? Les idées de Alf Ross », *Revus*, 2014, pp. 108-109.

quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces »<sup>32</sup>. En résumé, la théorie sceptique des règles aboutit à considérer que le droit comme ensemble de normes juridiques n'est composé que de normes individuelles juridictionnelles et que par conséquent, les normes générales n'existent pas. Elle est la thèse radicale et ultime du réalisme juridique – que l'on pourrait qualifier d'ultraréaliste, plus réaliste que certaines théories réalistes elles-mêmes.

- 6 À l'ombre de ce scepticisme et à la manière du Doyen Favoreu posant la question « Les règlements autonomes existent-ils ? »<sup>33</sup>, à laquelle il répondit négativement dix ans plus tard<sup>34</sup>, ainsi que du Professeur Pierre Mayer posant, quant à lui, la question « Les normes individuelles existent-elles ? »<sup>35</sup>, nous posons aujourd'hui la question « Les normes générales existent-elles ? ». Afin d'y répondre, nous déconstruirons, dans un premier temps, le concept de *norme générale* en déconstruisant individuellement et séparément les sous-concepts de *norme* et de *généralité* afin de les confronter (I). À partir du point auquel aboutira cette déconstruction, nous reconstruirons, dans un second temps, un concept équivalent (II).

## I – LA DECONSTRUCTION DU CONCEPT DE *NORME GÉNÉRALE*

- 7 Les voies de la déconstruction du concept de *norme générale* se dédoublent entre, d'une part – c'est la première voie – la déconstruction individuelle et séparée des concepts de *norme* et de *généralité* (1), et, d'autre part – c'est la seconde voie – leur confrontation (2).

### 1) *La déconstruction individuelle et séparée des concepts de norme et de généralité*

- 8 Première étape de la déconstruction du concept de *norme générale*, la déconstruction individuelle et séparée des concepts de *norme* et de *généralité* implique nécessairement de préciser leurs sens respectifs.
- 9 Le concept de *norme* désigne « la signification d'un acte par lequel une conduite est prescrite, ou permise et en particulier habilitée »<sup>36</sup>. Ainsi définie, la norme n'est pas un acte, pas plus qu'elle n'est une disposition, un énoncé ou un texte, mais sa signification. La distinction de l'*acte-instrumentum*, qui « consigne et contient les normes édictées »<sup>37</sup>, de l'*acte-negotium*, qui renvoie, quant à lui, à la norme en tant que telle permet de mieux comprendre cette définition de la norme comme signification. Au-

<sup>32</sup> Cour constitutionnelle de la République italienne, arrêt n° 3, 23 juin 1956, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, p. 574.

<sup>33</sup> L. FAVOREU, « Les règlements autonomes existent-ils ? », dans *Le pouvoir : mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 405-420.

<sup>34</sup> L. FAVOREU, « “Les règlements autonomes n'existent pas” », *RFDA*, 1987, pp. 871-884. L'encadrement du titre par des guillemets, qui ne sont pas de l'auteur mais des directeurs de la revue, qui se réservent la maîtrise des titres, signifie que l'opinion exprimée est considérée comme propre à l'auteur.

<sup>35</sup> P. MAYER, « Existe-t-il des normes individuelles ? », dans D. DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 676-691.

<sup>36</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 7.

<sup>37</sup> C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, Paris, LGDJ, 1983, p. 355.

delà de simplement définir la norme en tant que signification d'un acte, Kelsen distingue la signification subjective de la signification objective des actes. La première est « celle que l'homme qui fait l'acte, et qui agit de façon rationnelle, associe à son acte » et « qui s'exprime ou traduit d'une façon ou d'une autre, et qui est comprise par d'autres hommes », tandis que la seconde est « celle qui leur est donnée par le droit, celle qu'ils ont selon le droit, en droit »<sup>38</sup>. Dans ses travaux, le Professeur Olivier Cayla a approfondi le concept de signification chez Kelsen à la lumière de la distinction austiniennne des actes « locutoire » et « illocutoire »<sup>39</sup>, en distinguant deux niveaux : le niveau sémantique, le « sens conceptuel » d'un côté, le niveau pragmatique, la « force volitionnelle » de l'autre<sup>40</sup>.

- 10 Le concept de *généralité* est, quant à lui, consubstantiellement lié à la consistance du champ d'application des normes. Comme le souligne le Professeur Guillaume Tusseau à propos des normes d'habilitation, cette question « fait l'objet de vifs débats » et « deux thèses radicales ont été avancées »<sup>41</sup>. La première est la *thèse matérialiste* d'Alfred Verdross-Drossberg, d'après laquelle la compétence des organes habilités à édicter des actes normatifs est « réelle » et porte sur des matières déterminées<sup>42</sup>. La seconde est la *thèse personnaliste* du premier Charles Eisenmann, selon laquelle « les “pouvoirs normateurs” sont toujours et uniquement des pouvoirs envers des personnes, et non à l'égard de faits, actes ou matières »<sup>43</sup>. Ces deux thèses radicales reposent sur une *conception unidimensionnelle du champ d'application des normes*. L'absence de supériorité de l'une sur l'autre ouvre la voie à une thèse intermédiaire et modérée qui consiste, quant à elle, à distinguer le sujet et l'objet des normes juridiques et repose donc sur une *conception pluridimensionnelle du champ d'application des normes*. C'est ainsi que Kelsen, dans la lignée de sa définition du droit en tant que « système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains »<sup>44</sup>, distingue le *domaine de validité personnel* et le *domaine de validité matériel* des normes juridiques<sup>45</sup>. Cette distinction lui permet, notamment, de considérer que la catégorie des

<sup>38</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 11.

<sup>39</sup> J. L. AUSTIN, *How to do things with words : the William James lectures at Harvard University in 1955*, London, Oxford University Press, coll. Oxford paperbacks, 1962, 166 pp.

<sup>40</sup> O. CAYLA, « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », *Droits*, 1988, n° 7, pp. 59-73 ; O. CAYLA, *La notion de signification en droit : contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse, Paris 2, 1992, dactyl., 1112 pp. ; O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *CCC*, 1999, n° 7, pp. 77-86. V., en particulier, O. CAYLA, « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », *op.cit.*, p. 65, étude dans laquelle il définit la norme en associant ces deux niveaux : « 1. Intention de prescrire à autrui par un acte de volonté (force de l'énonciation) un comportement déterminé par un acte de pensée (sens de l'énoncé) ; 2. Au moyen d'une parole habilitée par un acte hiérarchiquement supérieur à s'exprimer valablement, tant dans le domaine de la pensée (vérité de l'énoncé) que dans celui de la volonté (autorité de l'énonciation) ».

<sup>41</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, pp. 333-335.

<sup>42</sup> A. VERDROSS-DROSSBERG, *Règles générales du droit international de la paix*, Paris, Hachette, 1930, pp. 81-83.

<sup>43</sup> C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, p. 57. Sur ce point, v. également C. EISENMANN, « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public-Les introuvables, 2002, pp. 408-411.

<sup>44</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 13.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 21-23 ; H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, pp. 195-196. Ainsi que leurs domaines de validité spatial et temporel (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, pp. 20-21 ; H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, pp. 191-193). Ces

*normes générales* inclut celles qui, non seulement s'adressent « à une catégorie de personnes, c'est-à-dire une pluralité de personnes déterminées non pas individuellement mais généralement », mais également qui posent « comme obligatoire le comportement d'une personne individuellement déterminée [...] si le comportement qu'elle pose comme obligatoire [...] est [...] le comportement généralement déterminé de cette personne »<sup>46</sup>. Cette idée d'un double domaine de validité, personnel et matériel, des normes juridiques, déjà affirmée par Rousseau dans *Le Contrat social* à propos de la loi<sup>47</sup>, a été reprise par la suite à propos des normes juridiques en général<sup>48</sup>. Elle a, notamment, conduit Élise Untermaier, dans sa thèse de doctorat, à distinguer la « généralité personnelle », l'impersonnalité, de la « généralité matérielle », l'abstraction<sup>49</sup>, afin d'établir une typologie des règles en fonction de la généralité de leur champ d'application et d'en conclure que les règles générales sont celles qui sont impersonnelles et/ou abstraites<sup>50</sup>.

- 11 Une telle idée permet de mieux comprendre la théorie de la formation du droit par degrés (*Stufentheorie*). Développée par Adolf Merkl et Hans Kelsen<sup>51</sup>, cette théorie désigne la « concrétisation croissante de l'ordre juridique à mesure qu'on descend les degrés de la hiérarchie »<sup>52</sup>. Néanmoins, contrairement à ce que cette définition laisse entendre, la formation du droit par degrés ne porte pas seulement sur l'objet des normes, mais également sur leur sujet. C'est ainsi qu'elle signifie que « d'abord le caractère abstrait de la norme diminue : elle se fait plus concrète » – c'est la *concrétisation* à proprement parler – et que « cette concrétisation se développe encore par le passage de la norme générale à la norme individuelle » – c'est l'*individualisation*<sup>53</sup>. Reposant sur une *conception absolue de la généralité de la norme* se dédoublant entre l'*impersonnalité* et/ou l'*abstraction* et opposant, d'une part, les *normes générales*, autrement dit *impersonnelles* et/ou *abstraites*, et, d'autre part, les *normes particulières*, c'est-à-dire *individuelles* et/ou *concrètes*, une telle théorie ne permet pourtant pas de saisir les « divers degrés de généralité » des normes<sup>54</sup>, ainsi que le rapport subséquent de « densification normative »,

---

deux derniers domaines de validité des normes juridiques peuvent toutefois être considérés comme secondaires dans la mesure où ils se rapportent indirectement à leur *domaine de validité personnel*, voire matériel.

<sup>46</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *ibid.*, p. 9.

<sup>47</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique et autres écrits autour du Contrat social*, Librairie générale française, 1996, p. 103 : « Quand je dis que l'objet de la loi est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu, ni une action particulière ».

<sup>48</sup> V., not., M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 46 ; C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op.cit.*, pp. 407-415 ; A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. 1, Neuchâtel, Ed. Ides et Calendes, 1984, p. 72 ; N. BOBBIO, « Kelsen et les sources du droit », *RIP*, 1981, p. 232.

<sup>49</sup> É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, p. 91.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 137. Certaines règles étant dépourvues de dimension soit personnelle (règles apersonnelles), soit matérielle (règles amatérielles).

<sup>51</sup> V., not., A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, Springer, 1927, 400 pp. ; H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 198-204.

<sup>52</sup> R. BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolph Merkl », *RDP*, 1928, p. 675.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, pp. 334-335.

entendu comme « enrichissement du contenu normatif »<sup>55</sup>, qui existe entre les normes juridiques générales : la Constitution et la loi, la loi et le règlement, le règlement national et le règlement local... C'est la raison pour laquelle cette conception absolue doit être complétée par une *conception relative de la généralité de la norme* opposant, quant à elle, en fonction de leur degré de précision, les *normes générales* et les *normes spéciales*<sup>56</sup>.

- 12 Au-delà de ses seuls domaines de validité personnel et matériel, la généralité d'un énoncé est cependant susceptible de se nicher également dans une dimension de son *domaine de validité temporel* : son *caractère préalable à ce qu'il régit*. En effet, dès lors qu'il revêt ce caractère, un énoncé, même *individuel* et *concret*, comporte une part irréductible d'*indétermination*, une « zone de pénombre » (*area of penumbra*) pour reprendre la formule de Hart. C'est ainsi que l'exemple de règle *individuelle* et *concrète* pris par Élise Untermaier dans sa thèse de doctorat, « M. X doit payer 1000 euros à M. Y »<sup>57</sup>, comporte une part irréductible d'*indétermination* relative au « quand » et au « comment », qui résulte précisément du fait que l'énoncé a un *caractère préalable à ce qu'il régit*, autrement dit de sa fonction de *modèle*. Comme l'a écrit le Professeur Antoine Jeammaud, « tout modèle est abstrait et le demeure, aussi concret que puisse paraître son objet ou sa teneur »<sup>58</sup>. C'est ainsi que dès lors qu'elle est *préalable à ce qu'elle régit*, une règle, en apparence *individuelle* et *concrète*, est, en réalité, *abstraite*. Or, la plupart des énoncés normatifs sont *préalables à ce qu'ils régissent* et ont cette fonction de *modèle* : « d'une façon générale, les normes ne se rapportent qu'à un comportement futur, c'est-à-dire un comportement qui a lieu après que la norme a été posée »<sup>59</sup>. En revanche, dès lors qu'il revêt un caractère *postérieur à ce qu'il régit* et qu'il porte sur des faits antérieurs, un énoncé est nécessairement déterminé. Cette idée est soulignée depuis longtemps par la doctrine privatiste spécialiste du problème des lois dans le temps<sup>60</sup>. Il en va ainsi, pour reprendre l'exemple pris par Élise Untermaier dans sa thèse de doctorat, d'un jugement condamnant M. X parce qu'il n'a pas payé 1000 euros à M. Y. Si la décision juridictionnelle constitue l'exemple-type de l'énoncé *postérieur à ce qu'il régit*, cette idée selon laquelle son dispositif contient une norme interdisant ou permettant une conduite<sup>61</sup>, peut néanmoins être remise en cause s'agissant des décisions juridictionnelles portant sur des actes juridiques *préalables à ce qu'ils régissent*, dont l'irréductible indétermination contamine celle de ladite décision

<sup>55</sup> C. THIBIERGE, « Conclusion. Le processus de densification normative », dans C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, p. 1125.

<sup>56</sup> É. UNTERMAIER, *op.cit.*, pp. 267-474. Cette *conception relative de la généralité de la norme* ressort, notamment et indirectement, de la distinction de Ronald Dworkin entre les règles, « qui sont applicables dans un style tout-ou-rien » (R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1995, p. 82), et les principes, qui « donnent des critères pour prendre position face à des situations *a priori* indéterminées, quand elles viennent à se présenter effectivement » (R. DWORKIN, *op.cit.*, p. 84).

<sup>57</sup> É. UNTERMAIER, *op.cit.*, p. 137.

<sup>58</sup> A. JEAMMAUD, « La règle de Droit comme modèle », *RIEJ*, 1990, n° 2, vol. 35, p. 150.

<sup>59</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, p. 192.

<sup>60</sup> V., not., P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, 244 pp. ; J. HERON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.*, 1985, p. 332 ; P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, p. 100.

<sup>61</sup> W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Aix-en-Provence-Paris, PUAM-Economica, coll. Droit public positif, 2005, p. 39.

juridictionnelle. « Les *décisions d'annulation* prononcées par voie de recours pour excès de pouvoir et – surtout – la plupart des décisions de justice constitutionnelle ont indiscutablement cette portée impersonnelle » a ainsi écrit Denys de Béchillon<sup>62</sup>. Cet obstacle peut néanmoins être surmonté si l'on considère que la procédure d'élaboration et d'adoption d'un acte juridique relève de l'être (*Sein*). Cette considération ne doit toutefois pas aboutir à la conclusion inverse d'après laquelle ce type de décisions auraient une portée particulière, mais nous conduire à celle, intermédiaire, selon laquelle de telles décisions ont une nature spécifique, à la fois particulière, dans la mesure où elles sont *postérieures* aux actes sur lesquels elles portent et ainsi déterminées et spécifiques, mais également générale, en ce qu'elles ont pour objet des actes juridiques *préalables à ce qu'ils régissent* et donc irréductiblement indéterminés et généraux.

- 13 La déconstruction individuelle et séparée des concepts de *norme* et de *généralité* aboutit à définir le premier comme la *signification d'un énoncé prescriptif* et le second en tant que propriété d'un énoncé à être *impersonnel, abstrait* ou *préalable à ce qu'il régit*. Ainsi définis, ces concepts peuvent être confrontés, et avec, la validité du concept de *norme générale* contrôlée.

## 2) La confrontation des concepts de norme et de généralité

- 14 Seconde étape de la déconstruction du concept de *norme générale*, la confrontation des concepts de *norme* et de *généralité* est susceptible d'aboutir, soit à leur compatibilité, soit à leur incompatibilité, et avec, soit à la validité, soit à l'invalidité du concept de *norme générale*. Le caractère alternatif de la conclusion à laquelle peut aboutir cette confrontation résulte de sa dépendance de la conception retenue du concept de signification.
- 15 C'est ainsi que, d'une part, une *conception large du concept de signification* aboutit à considérer que les concepts de *norme* et de *généralité* sont compatibles, et avec, le concept de *norme générale* valide. Issue du latin *significatio*, qui désigne l'« action d'indiquer, de signaler », une « indication », une « annonce », un « signal »<sup>63</sup>, la signification se définit aujourd'hui comme « ce que signifie, manifeste ou indique une chose, un fait matériel »<sup>64</sup>, « ce que signifie un ensemble de signes, un propos ou un texte »<sup>65</sup>. D'après cette conception du concept de signification qui met l'accent sur l'*indication*, non seulement la signification peut être indéterminée et générale, mais il est également possible d'interpréter tout énoncé de manière abstraite. Ce type d'interprétation est, pour reprendre le premier terme d'une distinction du Professeur Riccardo Guastini, une « interprétation textuelle (ou *in abstracto*) », qui consiste à identifier le sens-contenu ou le contenu normatif, c'est-à-dire la règle ou les règles exprimées

<sup>62</sup> D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 120. V. également, S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2017, pp. 74-79.

<sup>63</sup> F. GAFFIOT, *Dictionnaire illustré latin-français, op.cit.*, p. 1440.

<sup>64</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/signification> (I. A. -).

<sup>65</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/signification> (I. B. - 1.).

et / ou impliquées par un texte juridique, sans référence à un cas particulier »<sup>66</sup>. Un tel type d'interprétation d'un énoncé constitue d'ailleurs l'objet même de procédures prévues par le droit positif ou de techniques pratiquées par ses organes d'application. C'est le cas, notamment, des « réserves d'interprétations » énoncées par le Conseil constitutionnel par lesquelles en présence d'un texte susceptible d'au moins deux interprétations, il choisit celle qui le rend conforme à la Constitution<sup>67</sup>, des circulaires émanant d'autorités publiques comportant des interprétations du droit positif<sup>68</sup>, des déclarations interprétatives formulées par les États et les organisations internationales par lesquelles ils visent à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions<sup>69</sup>, ou encore de l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions sur lesquels la Cour de justice de l'Union européenne statue, à titre préjudiciel<sup>70</sup>. La raison d'être de l'ensemble de ces procédures et techniques réside précisément dans la capacité d'un énoncé à être clair en tant que tel, ou, à défaut, que son caractère obscur, l'ambiguïté et/ou le vague<sup>71</sup>, puisse être éclairci par les organes qui les pratiquent. La notion d'applicabilité directe des normes repose également sur l'aptitude d'un énoncé à se suffire à lui-même<sup>72</sup>.

- 16 D'autre part, une *conception restreinte du concept de signification* aboutit, quant à elle, à estimer que les concepts de *norme* et de *généralité* sont incompatibles, et avec, le concept de *norme générale* invalide. Les prémisses combinées des théories normativiste et réaliste de l'interprétation sont de nature à générer cette *conception restreinte du concept de signification*. En effet, si l'on considère, avec Kelsen, que la norme, c'est la signification d'un énoncé prescriptif et si l'on estime, avec le Professeur Michel Troper, qu'interpréter, c'est déterminer la signification, on peut conclure, avec ce dernier, que « l'idée qu'on pourrait déterminer la signification d'une signification est évidemment absurde »<sup>73</sup>. Évidemment absurde, cette idée de l'impossibilité de la « signification d'une signification » met, quant à elle, l'accent sur la *détermination* dans la conception du concept de signification, et donc, à l'inverse, que cette dernière ne peut pas être indéterminée et générale. D'après une telle idée, la définition kelsénienne du concept de *norme générale* selon laquelle « une norme a un caractère général si elle pose

<sup>66</sup> Nous traduisons : « text-oriented (or *in abstracto*) interpretation, which consists in identifying the meaning-contents or the *normative* contents, i.e., the rule or rules expressed and/or entailed by a legal text, with no reference to any particular case » (R. GUASTINI, « Rule-Scepticism Restated », dans L. GREEN, B. LEITER (éd.), *Oxford studies in philosophy of law*, vol. 1, 2011, pp. 138-161). V. déjà, R. GUASTINI, « A Sceptical View on Legal Interpretation », dans P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (dir.), *Analisi e diritto 2005 : Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turin, Giappichelli, 2005, p. 142.

<sup>67</sup> CC, n° 85-191 DC, 10 juill. 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec. p. 46 (p. 47). V., not., A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1999, 318 pp.

<sup>68</sup> V., not., G. KOUBI, *Les Circulaires administratives : contribution à l'étude du droit administratif*, Paris, Economica, coll. Corpus-Essais, 2003, 391 pp.

<sup>69</sup> V., not., I.-G. MAZI, *Les déclarations interprétatives des traités internationaux*, thèse, Lyon 3, 2009, dactyl., 537 pp.

<sup>70</sup> V., not., J. PERTEK, *Le renvoi préjudiciel : droit, liberté ou obligation de coopération des juridictions nationales avec la CJUE*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2021, 441 pp.

<sup>71</sup> V., not., T. A. O. ENDICOTT, *Vagueness in law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2000, 213 pp.

<sup>72</sup> V., not., M. TRIENBACH, *Les normes non directement applicables en droit public français*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2015, 540 pp.

<sup>73</sup> M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op.cit.*, p. 87.

comme obligatoire un comportement déterminé en général » est un oxymore<sup>74</sup>, la signification d'un énoncé *général*, c'est-à-dire *impersonnel, abstrait* ou *préalable à ce qu'il régit*, étant inaccessible indépendamment de son application à un cas particulier. Selon cette idée, il est de surcroît impossible d'interpréter un énoncé *in abstracto* dans la mesure où une telle opération n'est susceptible d'aboutir qu'à une « régression à l'infini »<sup>75</sup>, une asymptote qui tend vers la signification mais qui ne la rencontre jamais. Cette impossibilité résulte d'une séparation stricte du niveau général de la règle et du niveau particulier de la décision<sup>76</sup>, ce dernier étant considéré comme le seul dans lequel le « principe de coupure » inhérent au droit en tant qu'ensemble de normes se réalise pleinement<sup>77</sup>.

- 17 D'après cette *conception restreinte du concept de signification*, il n'est possible de déterminer la signification d'un énoncé que de manière concrète. C'est, pour reprendre le second terme de la distinction du Professeur Riccardo Guastini susévoquée, l'« interprétation factuelle (ou *in concreto*) qui consiste à subsumer un cas individuel dans le cadre d'une règle préalablement identifiée *in abstracto* »<sup>78</sup>. Cette seule et unique possibilité implique nécessairement une réponse négative à la question qui constitue l'objet même de cette étude : non, les normes générales n'existent pas. Cette réponse négative à laquelle les prémisses combinées des théories normativiste et réaliste de l'interprétation sont susceptibles d'aboutir a été soulignée par les plus ardents pourfendeurs de la seconde. C'est ainsi que le Professeur Otto Pfersmann considère « que les normes générales et abstraites ne sont pas des normes en un sens juridiquement intéressant, mais tout au plus des indications ou des outils que l'on utilise ensuite à sa propre manière »<sup>79</sup>. C'est de même que le Professeur Étienne Picard estime que « dans la mesure où il ne doit y avoir que des interprétations délivrées au cas par cas, cela signifie qu'il n'y a plus de règle en tant que norme générale et impersonnelle destinée à s'appliquer à une pluralité de cas et qu'il ne peut plus y en avoir »<sup>80</sup>. Selon une telle réponse négative, les objets des procédures et techniques susmentionnées ne sont pas des « normes » ; par définition, ils ont une nature générale et indéterminée et ne peuvent pas avoir une signification déterminée indépendamment de leur application à un cas particulier.

<sup>74</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, p. 9.

<sup>75</sup> O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2002, p. 333 et p. 836 ; X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2004, p. 156.

<sup>76</sup> C'est ainsi qu'Oliver Wendell Holmes considèrerait que « les propositions générales ne décident pas les cas concrets » (O. W. HOLMES, « Le gouvernement des juges », obs. sous CSEU, 17 avr. 1905, *Lochner v. New York*, dans É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 147). Cette séparation stricte explique, notamment, le « paradoxe sceptique des règles » de Ludwig Wittgenstein.

<sup>77</sup> D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, O. Jacob, 1997, p. 194.

<sup>78</sup> Nous traduisons : « fact-oriented (or *in concreto*) interpretation which consists in subsuming an individual case under the scope of a rule previously identified *in abstracto* » (R. GUASTINI, « Rule-Scepticism Restated », *op.cit.*, pp. 138-161). V. déjà, R. GUASTINI, « A Sceptical View on Legal Interpretation », *op.cit.*, p. 142.

<sup>79</sup> O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *op.cit.*, p. 281 et p. 791.

<sup>80</sup> É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », dans G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT (org.), *L'office du juge*, actes du colloque organisé vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006 Palais du Luxembourg, Paris, Sénat, coll. Les Colloques du Sénat, 2006, pp. 70-71.

- 18 Le concept aristotélicien d'*entéléchie*<sup>81</sup>, auquel Kelsen a consacré une partie du Chapitre 17 de la *Théorie générale des normes* relatif à la négation du dualisme de l'être et du devoir-être<sup>82</sup>, permet de mieux comprendre cette distinction des conceptions du concept de signification et ses conséquences sur la validité du concept de *norme générale*. Comme l'a résumé le Professeur Alexandre Viala, « dans le langage aristotélicien, un *être en puissance* n'est pas un être puissant mais un être qui n'a pas encore reçu toute sa détermination, c'est-à-dire la forme qui lui manque pour accéder à ce vers quoi sa vocation le destine »<sup>83</sup>. Se fondant sur ce concept d'*entéléchie*, il distingue, dans la lignée du Professeur Olivier Cayla<sup>84</sup>, « la norme en puissance » de « la norme en acte »<sup>85</sup>, afin d'opposer le contrôle de constitutionnalité de la disposition législative contestée d'une part, du contrôle de constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante lui confère d'autre part, quelques mois après que le Conseil constitutionnel, juge de la question prioritaire de constitutionnalité (ci-après Q.P.C.), ait admis le second, et avec, réceptionné la doctrine dite du « droit vivant »<sup>86</sup>. Selon lui, le droit qu'a tout justiciable de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative contestée en posant une Q.P.C. marque une évolution du contrôle de constitutionnalité des lois en France d'un « contrôle *a priori* de la *norme en puissance* » à « un contrôle *a posteriori* de la *norme en acte* »<sup>87</sup>, l'objet

<sup>81</sup> ARISTOTE, *Métaphysique*, Livre IX, chap. 1<sup>er</sup>, *De la puissance ou simple possibilité opposée à l'acte et à la réalité*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin.

<sup>82</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, pp. 83-88.

<sup>83</sup> A. VIALA, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDJ*, 2011, p. 965. L'auteur poursuit : « L'être en puissance est indéterminé, il est la matière qui renferme en elle un certain nombre de virtualités qui ne deviennent réalité qu'en épousant une forme ». Sur ce point, v. déjà, J. HERSCH, *L'étonnement philosophique*, Paris, Gallimard, coll. Folio-Essais, 1993, p. 58 : la forme, c'est ce qui détermine la matière, qui lui confère la détermination grâce à laquelle elle passera de "l'être en puissance" à "l'être en acte" ».

<sup>84</sup> O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *CCC*, 1999, n° 7, pp. 77-86 : « Mais si, par conséquent, l'énoncé d'un texte écrit est paradoxalement un non-énoncé puisque, par principe, il n'a pas été énoncé, il n'en reste pas moins qu'il a vocation à l'être : énoncé en puissance, il ne demande qu'à être actualisé dans l'acte d'énonciation auquel procède l'interprète, au sein de son opération de lecture, qui est foncièrement une prise de parole, dont l'actualité a simplement été "retardée" ou "différée" par l'écriture [...] Si bien que, conformément aux positions défendues par les théories dites "réalistes" de l'interprétation, on doit admettre que c'est bel et bien l'organe d'application d'un texte qui, en tant qu'interprète procédant à sa lecture, produit (ou ne produit pas, selon la décision qu'il prend) la norme juridique, en tant que signification pragmatique de l'énonciation par l'opération de laquelle l'énoncé textuel est effectivement énoncé, c'est-à-dire passe de la puissance à l'acte ».

<sup>85</sup> A. VIALA, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *op.cit.*, p. 965.

<sup>86</sup> CC, n° 2010-39 QPC, 6 oct. 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, *Rec.* p. 265. Cette doctrine désigne « l'orientation jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne selon laquelle, lorsqu'il existe une interprétation consolidée de la disposition législative contrôlée, la Cour adopte cette interprétation "vivante", en renonçant à interpréter de façon autonome la disposition mise en cause » (C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Aix-en-Provence-Paris, PUAM-Economica, coll. Droit public positif, 2003, p. 13. V. également, G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant », *ALIC*, 1986, pp. 55-77). D'ailleurs, le commentaire autorisé de cette décision précise : « Le Conseil constitutionnel s'est inspiré, dans sa rédaction, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 3 de 1956 et selon laquelle la Cour doit prendre en juste considération "l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s'il est vrai - et cela est vrai - que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces" » (CC, commentaire de décision préc., p. 6).

<sup>87</sup> A. VIALA, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *op.cit.*, p. 965.

nouveau du contrôle – le « droit vivant » – étant pourvu d'une « normativité indiscutable »<sup>88</sup>. Cette conclusion repose sur le concept même de *norme générale*. Comme l'a remarqué le même Professeur Viala quatre ans plus tard, l'interprétation jurisprudentielle constante « n'est autre chose qu'un énoncé normatif qui, par définition, est indéterminé », l'objet du contrôle conservant ainsi une « nature générale et impersonnelle »<sup>89</sup>. Comme l'a également souligné sa doctorante, Marine Haulbert, l'interprétation jurisprudentielle constante ne se confond pas avec la portée effective de la disposition législative contestée, elle exclut l'application de la loi et revêt une « nature abstraite »<sup>90</sup>. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, contrairement à son directeur de thèse, elle soutient que le contrôle de constitutionnalité de l'interprétation jurisprudentielle constante d'une disposition législative reste un contrôle de la norme en puissance : « ce n'est pas la loi *en acte* qui est évaluée, mais toujours la loi *en puissance* – en d'autres termes, *telle qu'elle pourrait être appliquée par les juridictions ordinaires* »<sup>91</sup>. Cette thèse est néanmoins ambiguë dans la mesure où elle admet la normativité du « droit vivant » en même temps qu'en qualifiant son contrôle de contrôle de la loi en puissance, elle refuse sa qualification de contrôle de la norme en acte. Or, la généralité inhérente à l'interprétation jurisprudentielle constante d'une disposition législative, combinée à la *conception restrictive du concept de signification*, aboutit nécessairement à conclure que le contrôle de la première conserve le caractère d'un contrôle de la norme en puissance et qu'il n'a pas évolué vers un contrôle de la norme en acte, la norme à proprement parler. Indépendamment de ses conséquences sur la qualification doctrinale du contrôle de constitutionnalité du « droit vivant », ce concept de « norme en puissance » est de nature non seulement à soutenir la thèse de l'incompatibilité des concepts de *norme* et de *généralité*, mais également à permettre une relecture de la notion de « portée normative »<sup>92</sup>, selon laquelle une disposition a au moins autant « pour vocation d'énoncer des règles » d'après la définition qu'en donne le Conseil constitutionnel<sup>93</sup>, que de devenir une norme en étant appliquée à un cas particulier.

- 19 Sous réserve d'une *conception restreinte du concept de signification*, la confrontation des concepts de *norme* et de *généralité* aboutit à une incompatibilité qui est de nature à entacher la validité du concept de *norme générale*, invalidité susceptible d'appeler une réponse négative à la question posée intitulant cette étude : non, les normes générales n'existent pas. Cette réponse négative est doublement *révolutionnaire*

<sup>88</sup> M. HAULBERT, *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2020, pp. 275-279.

<sup>89</sup> A. VIALA, « L'indifférence de la nature du contrôle de constitutionnalité au contexte de la saisine », dans É. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée*, actes du colloque du 24 mars 2014 au Palais du Luxembourg organisé par l'UMR CNRS 7318-DICE D'Aix-Marseille, Pau et Toulon, le CRDP de Lille et le CERCOP de Montpellier, Paris, Institut universitaire Varenne, coll. Colloques & essais, 2015, pp. 113-117.

<sup>90</sup> M. HAULBERT, *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, *op.cit.*, pp. 277-279.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>92</sup> Dans la jurisprudence constitutionnelle, v., pour la première fois, CC, n° 93-329 DC, 13 janv. 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, *Rec.* p. 12. V., aussi et surtout, CC, n° 2005-512 DC, 21 avr. 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *Rec.* p. 76. Dans la jurisprudence administrative, v., pour la première fois, CE, 13 mai 1987, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, *Rec. Tables* pp. 530, 535, 881, 907, 973 et 974.

<sup>93</sup> V., pour la première fois, CC, n° 2004-500 DC, 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, *Rec.* p. 119.

au sens copernicien du terme. Elle l'est, déjà, d'un point de vue *politique* en ce qu'elle aboutit à considérer que ce sont les autorités qui sont appelées à statuer sur des faits passés, en particulier les organes juridictionnels, qui disposent du pouvoir de fixer la signification des énoncés prescriptifs et avec, du pouvoir normatif. Classiquement opposée aux théories réalistes du droit, cette considération contrarie les exigences inhérentes à la démocratie les plus élémentaires. Une telle réponse négative est, aussi et surtout, révolutionnaire d'un point de vue *doctrinal* au regard de l'évolution historique du concept de *norme*, dont le caractère général était initialement considéré comme lui étant essentiel. Elle aboutit, à l'inverse, à estimer que seules les normes particulières, entendues comme la signification d'énoncés prescriptifs *individuels, concrets et postérieurs à ce qu'ils régissent*, seraient des normes en un sens juridiquement intéressant, et par voie de conséquence, à remettre en cause non seulement la validité du concept de *norme générale*, mais également leur existence, et avec, la fonction de *modèle* des normes juridiques. Cette remise en cause s'inscrit dans la lignée d'un courant doctrinal amorcé à la fin des années 1970 contestant la généralité de la règle et du droit afin de mettre en lumière « la fin des règles générales »<sup>94</sup>, « le droit en miettes »<sup>95</sup>, dont elle constitue le point d'orgue. Cette double dimension révolutionnaire de la réponse négative à la question, « Les normes générales existent-elles ? », est néanmoins manifestement incompatible avec la réalité, à savoir le fait que ce que la science du droit et le droit positif qualifient communément de normes générales a une fonction de *modèle*, tant pour agir que pour juger<sup>96</sup>. C'est la raison pour laquelle il faut voir dans cette « invalidité sous réserve » non pas l'inexistence des normes générales, mais la nécessité de reconstruction d'un concept équivalent.

## II – LA RECONSTRUCTION D'UN CONCEPT EQUIVALENT

- 20 Le point de départ de la reconstruction d'un concept équivalent à celui de *norme générale* est logiquement celui auquel est arrivée sa déconstruction : l'incompatibilité entre les concepts de *norme* et de *généralité* et avec, l'invalidité du concept de *norme générale*, sous réserve d'une *conception restreinte du concept de signification*. À partir de là, les voies de cette reconstruction se dédoublent. D'une part – c'est la première voie – une telle reconstruction implique la recherche d'un concept équivalent à celui de *signification* afin de caractériser ce que la science du droit et le droit positif nomment communément *norme générale*. C'est ainsi que nous distinguerons la *signification* du *sens* (1). D'autre part – c'est la seconde voie – la reconstruction d'un concept équivalent à celui de *norme générale* implique la recherche d'un concept équivalent à celui de *norme* pour qualifier le second élément de la première distinction, le *sens*, appliqué aux énoncés prescriptifs généraux. C'est de même que nous distinguerons la *norme* de la *directive* (2).

<sup>94</sup> A. HOLLEAUX, « La fin des règles générales », *Bulletin de l'ILAP*, 1976, pp. 419-451.

<sup>95</sup> A. TUNC, « Le droit en miettes », *APD*, 1977, t. 22, p. 31-35.

<sup>96</sup> C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *APD*, 2008, t. 51, pp. 341-371.

### 1) La distinction de la signification et du sens

- 21 Première étape dans la reconstruction d'un concept équivalent à celui de *norme générale*, la recherche d'un concept équivalent à celui de *signification* afin de caractériser ce que la science du droit et le droit positif nomment communément *norme générale*. Le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (ci-après C.N.R.T.L.) définit le terme *signification* comme le « sens assignable »<sup>97</sup>, de même que le terme *sens* en tant que « signification assignable »<sup>98</sup>. Cette assimilation classique des termes de *signification* et de *sens* se manifeste dans la définition du concept de *norme*, tantôt comme *signification*, tantôt en tant que *sens* d'un énoncé prescriptif<sup>99</sup>. Dans cette mesure où les concepts de *signification* et de *sens* sont traditionnellement considérés comme synonymes, c'est vers le concept de *sens* que nous allons diriger notre recherche.
- 22 Cette direction peut apparaître, de prime abord, comme un non-sens compte tenu de l'assimilation classique des deux termes. Elle l'est cependant en ce qu'en dépit de cette synonymie traditionnelle, certaines théories sémantiques distinguent les concepts de *signification* et de *sens*. Il n'y a néanmoins pas de consensus, même relatif, sur le critère de distinction. Certains la fondent sur l'opposition de la langue et du discours, selon laquelle les mots, expressions et phrases auraient une *signification* objective accessible grâce aux méthodes de la linguistique appliquée ; leur *sens* étant pourtant susceptible de varier en fonction des circonstances de lieu, de temps et de personnes. Cette distinction a, notamment, été reprise par François Brunet dans sa thèse de doctorat consacrée à *La normativité en droit*, dans laquelle, s'inscrivant dans la lignée des travaux d'Henri Battifol<sup>100</sup>, il distingue *signification* et *sens* au soutien d'une conception rationnelle de l'interprétation juridique<sup>101</sup>. Pour d'autres, moins nombreux, la distinction repose, quant à elle, sur l'opposition de l'intension et de l'extension. Gottlob Frege, dans un célèbre article publié en 1892 distingue sens et dénotation<sup>102</sup>. Le sens (*Sinn*) désigne « le mode de donation d'un objet », tandis que la dénotation (*Bedeutung*), quant à elle, « correspond à la portion du monde que le locuteur cherche à désigner en utilisant ces termes »<sup>103</sup>. Cette idée selon laquelle la distinction du *sens* et de la *signification* est susceptible de reposer sur l'opposition de l'intension et de l'extension, de l'idéal et du réel, du général et du particulier, de l'indéterminé et du déterminé, est

<sup>97</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/signification> (I. B. - 1.).

<sup>98</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/sens> (I. B. - 1.).

<sup>99</sup> C'est ainsi, notamment, que le Professeur Michel Troper a écrit, non seulement que « l'idée qu'on pourrait déterminer la signification d'une signification est évidemment absurde » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op.cit.*, p. 87), mais également que la norme « est elle-même un sens et ne peut donc être interprétée parce qu'il est évidemment absurde de chercher à déterminer le sens d'un sens » (M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », dans É. MILLARD, H. KELSEN, H. L. A. HART, *Théories réalistes du droit*, Strasbourg, PU de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2000, p. 56).

<sup>100</sup> H. BATTIFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *APD*, 1972, t. 17, p. 18.

<sup>101</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses-Droit public, 2012, pp. 358-361.

<sup>102</sup> G. FREGE, « Über Sinn und Bedeutung », *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, vol. 100, pp. 22-50.

<sup>103</sup> J. JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2016, p. 134. Cette conception purement référentielle de la signification fut complétée par Bertrand Russell et sa théorie des descriptions définies (B. RUSSELL, « On Denoting », *Mind*, 1905, pp. 479-493), dont l'apport essentiel est « d'avoir montré qu'une expression peut être pourvue de sens sans pourtant tenir lieu de symbole d'une réalité extra-linguistique » (P. BRUNET, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droits*, 2002, n° 50, p. 22).

d'ailleurs confirmée par l'une des définitions assignées au terme de signification comme « sens déterminé et spécifique »<sup>104</sup>. Dans le même esprit, en linguistique et en sémiologie, le concept d'« effet de sens » renvoie à la « signification spécifique déterminée par le contexte et la situation »<sup>105</sup>.

- 23 Dans cette mesure, la distinction du *sens* et de la *signification* peut être transplantée dans le cadre de notre entreprise de reconstruction d'un concept équivalent à celui de *norme générale*. En effet, en distinguant ces deux concepts, il est possible de soutenir que les énoncés prescriptifs ont non seulement des *sens généraux* auxquels l'opération d'*interprétation textuelle* (ou *in abstracto*) est de nature à aboutir, mais également des *significations particulières* auxquelles seule l'opération d'*interprétation factuelle* (ou *in concreto*) est, quant à elle, susceptible d'aboutir. Cette distinction nous conduit en définitive à considérer, avec Jean-Christophe Le Coustumer, qu'« avant l'utilisation concrète d'un texte, celui-ci reste indéterminé juridiquement son sens ne s'étant pas transformé en signification »<sup>106</sup>.
- 24 Sur l'asymptote du sens, l'énoncé général peut à tout moment être interprété de manière abstraite, de l'élaboration à l'application de l'acte par les autorités compétentes, ledit énoncé ayant un « noyau dur de sens établi » (*core of meaning*) pour reprendre le premier terme d'une distinction de Hart. À mesure que l'on descend de l'élaboration de l'acte pour gagner son application, le sens de l'énoncé est de plus en plus pragmatique. En revanche, l'énoncé général ne peut à aucun moment être interprété de manière concrète, en dehors de son application à un cas particulier, ledit énoncé ayant une « zone de pénombre » (*area of penumbra*) pour reprendre le second terme de la distinction de Hart. Ladite distinction permet d'éviter deux extrêmes : l'un, qui consiste à considérer que l'énoncé général est dépourvu de tout sens indépendamment de son application à un cas particulier ; l'autre, qui consiste, quant à lui, à estimer que l'énoncé général est pourvu d'un sens objectif accessible au moyen d'un acte de connaissance et des méthodes de la linguistique appliquée. L'énoncé général n'est ni purement et simplement ignoré par les organes d'application du droit qui sont contraints d'argumenter afin de justifier leurs décisions, pas plus que « ses paroles ne sont prononcées par la bouche que serait le juge », pour reprendre la célèbre formule de Montesquieu<sup>107</sup>, compte tenu de l'indétermination inhérente au langage. Ainsi, le texte, qui « assujettit, exige qu'on l'observe et le respecte »<sup>108</sup>, doit s'analyser en tant que contrainte juridique de la hiérarchie des normes<sup>109</sup>, première et principale qui « structure » l'office de son interprète<sup>110</sup>. Entre les thèses radicales de l'*indétermination* et de la *détermination absolue*

<sup>104</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/signification> (I. B. - 2. a)).

<sup>105</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/sens> (I. B. - 2. a)).

<sup>106</sup> J.-C. LE COUSTUMER, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », *Droits*, 2002, n° 36, p. 164.

<sup>107</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. VI, *De la Constitution d'Angleterre*, Paris, Garnier frères.

<sup>108</sup> R. BARTHES, « Texte (théorie du) », *Encyclopaedia Universalis*, vol. 15, Paris, Encyclopaedia Universalis France, 1968-1975, p. 1014.

<sup>109</sup> R. PAOUR, « Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes », *Revus*, 2013, pp. 201-218.

<sup>110</sup> V., not., F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, 438 pp. ; O. JOUANJAN, F. MÜLLER, *Avant dire droit : le texte, la norme et le travail du droit*, Saint-Nicolas, Les presses de l'université Laval, coll. Dike, 2007, 96 pp.

du droit, une telle distinction se rattache à la thèse intermédiaire de la *détermination* (ou de l'*indétermination*) *relative du droit*<sup>111</sup>, et implique donc sa *déterminabilité*.

- 25 Cette distinction opposant d'un côté, le *sens général* et *indiqué*, de l'autre, la *signification particulière* et *déterminée*, a, notamment, pour effet de frapper d'invalidité le concept de *sens déterminé*. En droit public français, la notion de « sens déterminé » est, notamment, consacrée à l'article L. 911-1 du Code de justice administrative (ci-après C.J.A.) qui dispose que « lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction [...] prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution »<sup>112</sup>. Sur ce fondement, les injonctions décidées par le juge administratif « déterminent le sens » d'une mesure d'exécution de la chose jugée, à savoir un *sujet individuel* (une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public) et un *objet concret* (abroger un acte réglementaire illégal, prendre un décret d'exécution d'une loi, etc.), mais, *préalables à ce qu'elles régissent* – René Chapus ayant d'ailleurs retenu l'appellation d'« injonctions préventives » afin de les nommer<sup>113</sup> – elles comportent une part irréductible d'indétermination : c'est la personne morale de droit public ou l'organisme privé chargé de la gestion d'un service public « l'autorité qui décide le “oui”, le “comment” et le “quand” »<sup>114</sup>. Autrement dit, la mesure d'exécution prescrite par la juridiction sur le fondement de l'article L. 911-1 du C.J.A. a un *sens général indiqué* ; elle est toutefois dépourvue de *signification particulière déterminée* indépendamment d'un cas spécifique (nous pensons, notamment, à une décision juridictionnelle ultérieure dans laquelle le juge administratif serait appelé à statuer sur l'inexécution de la première décision sur le fondement de l'article L. 911-4 du C.J.A.).
- 26 Nécessaire, la distinction de la *signification* et du *sens* n'est toutefois pas suffisante afin de reconstruire un concept équivalent à celui de *norme générale* et doit être complétée par une seconde distinction, celle de la *norme* et de la *directive*.

## 2) La distinction de la norme et de la directive

- 27 Seconde étape dans la reconstruction d'un concept équivalent à celui de *norme générale*, la recherche d'un concept équivalent à celui de *norme* pour qualifier le second élément de notre première distinction, le *sens*. Le C.N.R.T.L. définit le substantif masculin *sens* non seulement comme synonyme de *signification*<sup>115</sup>, autre substantif duquel nous le distinguons, mais également en tant

<sup>111</sup> A. LE PILLOUER, « Indétermination du langage et indétermination du droit », actes du colloque organisé par l'Institut Michel Villey le 21 mars 2016, *Droit & Philosophie*, 2017, vol. 9-1, pp. 19-43.

<sup>112</sup> « Saisie de conclusions en ce sens » (depuis la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative) ou « d'office » (depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice).

<sup>113</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2008, p. 974.

<sup>114</sup> J.-J. FERNANDEZ ROGRIGUEZ, « Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles », *RBDC*, 1998, p. 344.

<sup>115</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/sens> (1<sup>er</sup> II. A. - 1.).

qu'« orientation, direction »<sup>116</sup>. C'est ainsi que c'est vers le concept de *directive* que nous allons orienter notre recherche.

- 28 Le C.N.R.T.L. définit le substantif féminin *directive* comme un « ensemble d'indications, d'instructions données par une autorité (administrative, politique, religieuse, militaire, etc.) auxquelles on doit se conformer en vue d'une ligne de conduite déterminée »<sup>117</sup>. Compte tenu des développements précédents, cette définition commune du terme est problématique dans la mesure où elle combine *indication* et *détermination*, que la déconstruction du concept de *norme générale* nous a conduit à opposer. À l'instar du terme de *norme*, celui de *directive* existe non seulement comme notion du droit positif, mais également en tant que concept de la science du droit.
- 29 La notion juridique de *directive* existe dans quatre grandes branches du droit positif : le droit de l'Union européenne, le droit administratif et les droits de l'urbanisme et de l'environnement. Tout d'abord, en droit de l'Union européenne, la directive est l'acte juridique de l'Union qui « lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »<sup>118</sup>. Ensuite, en droit administratif, la directive est l'acte par lequel l'autorité administrative entend « sans renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation, sans limiter celui [de ses subordonnés] et sans édicter aucune condition nouvelle, définir des orientations générales en vue de diriger les interventions [desdits subordonnés] »<sup>119</sup>. Afin d'éviter la confusion entre les directives de l'Union européenne et les directives administratives conformément à une recommandation en ce sens qu'il avait faite dans son rapport sur *Le droit souple*<sup>120</sup>, le Conseil d'État a renommé les secondes « lignes directrices » à partir de son arrêt *M. Jousselin* du 19 septembre 2014<sup>121</sup>, qu'il définit comme des actes par la voie desquels « dans le cas où un texte prévoit l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer parmi ceux qui sont en droit d'y prétendre, l'autorité compétente peut, alors qu'elle ne dispose pas en la matière du pouvoir réglementaire, encadrer l'action de l'administration, dans le but d'en assurer la cohérence, en déterminant, [...] sans édicter aucune condition nouvelle, des critères permettant de mettre en œuvre le texte en cause, sous réserve de motifs d'intérêt général conduisant à y déroger et de l'appréciation particulière de chaque situation »<sup>122</sup>. Enfin, en droits de l'urbanisme et de l'environnement, « des directives territoriales d'aménagement et de développement durables peuvent déterminer les objectifs et orientations de l'État »<sup>123</sup>, de même que des directives de protection et de

<sup>116</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/sens> (2<sup>e</sup> L. A. - 1.).

<sup>117</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/directive>

<sup>118</sup> Article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>119</sup> CE, Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c/ demoiselle Gaupillat et dame Ader*, Rec. p. 751.

<sup>120</sup> CE, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, Études et documents n° 64, Paris, La Documentation française, coll. Étude annuelle, 2013, p. 141.

<sup>121</sup> CE, 19 sept. 2014, arrêt préc., p. 273.

<sup>122</sup> CE, Sect., 4 févr. 2015, *Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz*, Rec. p. 18.

<sup>123</sup> Article L. 102-4 du code de l'urbanisme.

mise en valeur des paysages « déterminent les orientations et les principes fondamentaux de protection des structures paysagères »<sup>124</sup>.

- 30 La confrontation de ces définitions des quatre principales manifestations positives de la notion juridique de *directive* permet d'en faire ressortir les éléments constitutifs : les caractères *indirect*, *intermédiaire* et *général*. C'est sur les deux premiers que repose l'étude pionnière du Professeur Pierre Delvolvé portant sur la notion de *directive* et publiée à *L'Actualité Juridique Droit Administratif* en 1974<sup>125</sup>. La *directive* est, tout d'abord, un « acte indirect », « en ce qu'il n'a d'effet que par l'intermédiaire de mesures le mettant en œuvre »<sup>126</sup>. La *directive* est, ensuite, un « acte intermédiaire » auquel est attaché une autorité limitée, « en ce qu'il ne prescrit pas complètement une solution (ce n'est pas un ordre) mais en ce qu'il ne peut pas non plus être méconnu (ce n'est pas un vœu pur) »<sup>127</sup>. Le troisième élément constitutif de la notion juridique de *directive* est son caractère général. La notion de « directive générale » existe d'ailleurs en tant que telle en droit positif<sup>128</sup>. En revanche, l'idée défendue par Procopios Pavlopoulos dans sa thèse de doctorat selon laquelle « toute directive [...] exerce une fonction essentielle : assurer la liaison descendante entre une autorité et ses subordonnés »<sup>129</sup>, doit être écartée dans la mesure où elle érige le lien de subordination entre l'auteur et le destinataire de la directive comme élément constitutif de cette notion juridique. Si cet élément caractérise la directive en droit administratif, tel n'est pas le cas en droit de l'Union européenne dans la mesure où l'État membre de l'Union ne peut pas raisonnablement être considéré comme le subordonné de cette dernière. Au-delà des actes nommés « directives » par le droit positif, la doctrine a d'ailleurs qualifié de « directives » certaines techniques pratiquées par les juges administratif et constitutionnel relatives aux rapports entre ces juges d'un côté, et les pouvoirs publics (l'administration et le législateur) de l'autre, cas dans lesquels il est également difficilement soutenable d'estimer les seconds en tant que subordonnés des premiers<sup>130</sup>. Dans la mesure où le lien de

<sup>124</sup> Article L. 350-1 du code de l'environnement. De surcroît, en droit international, la notion de directive est utilisée par la Cour internationale de justice afin de statuer sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite résultant d'un comportement sous la direction ou le contrôle de l'État (CIJ, 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, Rec. p. 14 ; CIJ, 26 févr. 2007, *Application pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Rec. p. 43).

<sup>125</sup> P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *AIDA*, 1974, pp. 459-473. V. également, J. BOULOUIS, « Sur une nouvelle catégorie d'actes juridiques : les "directives" », dans *Recueil d'études en l'hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, pp. 191-203.

<sup>126</sup> P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, p. 50.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> Pour le Professeur Delvolvé, c'est précisément à partir de l'arrêt *Sieur Arnaud et autres* du 13 juillet 1962 dans lequel la Section du contentieux du Conseil d'État considéra « qu'il résulte des termes mêmes de la circulaire attaquée [secrète et confidentielle n° 115-538 du 16 juillet 1955], adressée aux généraux commandants de régions militaires, qu'elle n'a eu d'autre objet que de donner à ces derniers des directives générales pour l'établissement du travail d'avancement » (CE, Sect., 13 juill. 1962, *Sieur Arnaud et autres*, Rec. p. 474), que la notion de directive « a pu commencer à acquérir une certaine originalité » (P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *op.cit.*, p. 459).

<sup>129</sup> P. PAVLOPOULOS, *La directive en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1978, pp. 8-9.

<sup>130</sup> Il en est ainsi des techniques par lesquelles les juges constitutionnel et administratif indiquent aux pouvoirs publics l'exécution de la chose jugée. C'est ainsi que la doctrine administrativiste les nomme « directives » (P. WEIL, « Les effets du recours pour excès de pouvoir », *JCA*, fascicule 665, 1963, n° 23), « directives émanant du juge administratif » (M. DRAN, *Le*

subordination entre l'auteur et le destinataire de la directive ne peut pas être érigé en tant que l'un de ses éléments constitutifs, cette dernière doit simplement être entendue en tant qu'acte de « communication entre deux organes » par lequel l'un peut influencer l'attitude de l'autre appelé à agir à sa suite, « des actes de langage au moyen desquels on cherche à influencer la conduite d'autrui »<sup>131</sup>.

- 31 Les éléments constitutifs de la notion juridique de directive sont une chose, la capacité de cette dernière à être érigée en tant que concept de la science du droit distinct de celui de *norme* en est une autre. La distinction de la *norme* et de la *directive* existe en théorie du droit, cadre dans lequel elle résulte, tout d'abord, des travaux de Ross. Déjà, dans *On Law and Justice*, il considérait que « le véritable contenu d'une norme de conduite est une directive adressée au juge »<sup>132</sup>. Aussi et surtout, dans *Directives and norms*, approfondissant cette distinction, il estimait que la directive est « une idée d'action conçue comme un modèle de comportement »<sup>133</sup>, tandis que la norme est « une directive qui correspond d'une manière particulière à certains faits sociaux »<sup>134</sup>. Autrement dit, toutes les normes sont des directives, mais toutes les directives ne sont pas des normes<sup>135</sup>. En théorie du droit, cette distinction se retrouve, ensuite, dans les travaux du Professeur Éric Millard qui utilise, quant à lui, le concept de « directive pratico-morale »<sup>136</sup>, afin de caractériser la fonction première remplie par

---

*contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1968, p. 477), « directives d'exécution insérées dans les motifs des décisions juridictionnelles » (F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité : contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. du Centre de recherches administratives, 2010, pp. 422-427). C'est de même que la doctrine constitutionnaliste, quant à elle, les nomme « décisions-directives » (T. DI MANNO, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA*, 2004, p. 706), « lignes directrices » (C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif : une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, LGDJ-Bruylant, 2006, p. 163), « directives interprétatives » (D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 12<sup>e</sup> éd., Paris la Défense, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 2020, pp. 425-430). Il en est de même des « réserves d'interprétation ». Leur nature fait traditionnellement l'objet d'une classification tripartite, initialement établie par le Doyen Favoreu, distinguant les « réserves d'interprétation neutralisantes », les « réserves d'interprétation constructives » et les « réserves d'interprétation directives », ces dernières ayant « pour objet de tracer une ligne de conduite à ceux qui auront à appliquer la loi déclarée conforme sous réserve, et notamment aux tribunaux » (L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, p. 622). Approfondie par Thierry Di Manno dans sa thèse de doctorat, dans laquelle il distingue, quant à lui, parmi les « décisions "interprétatives" directives » (T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1997, pp. 275-317), les « interprétations directives simples » (T. DI MANNO, *op.cit.*, pp. 293-299) et les « interprétations directives renforcées » (T. DI MANNO, *op.cit.*, pp. 300-317), cette classification tripartite a toutefois été critiquée par Alexandre Viala, également dans sa thèse de doctorat, dans laquelle il démontre que « toutes les réserves ont en fait une nature directive » (A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p. 74).

<sup>131</sup> M. TROPER, *La philosophie du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Que sais-je ?, coll. Que sais-je ?, 2018, p. 66.

<sup>132</sup> A. ROSS, *On law and justice*, London, Stevens, 1958, p. 33.

<sup>133</sup> Nous traduisons : « an action-idea conceived as a pattern of behaviour » (A. ROSS, *Directives and norms*, *op.cit.*, p. 34).

<sup>134</sup> Nous traduisons : « a directive which corresponds in a particular way to certain social facts » (*Ibid.*, p. 82).

<sup>135</sup> À l'inverse, Norberto Bobbio considérait que les directives, « ce sont des normes qui imposent au destinataire l'obligation, non de les observer, mais de les garder à l'esprit, sauf à s'en dispenser pour un motif justifié » (N. BOBBIO, « La norme », dans *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, Louvain-Paris, Bruylant-LGDJ, 1998, coll. La Pensée juridique, p. 121).

<sup>136</sup> É. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *op.cit.*, p. 61 ; É. MILLARD, « La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empiriste », *Revus*, 2013, p. 172 ; É. MILLARD, « Le juge et le genre », in *Jurisprudence - Revue critique*, actes du colloque du 24 juin 2010, 2011, n° 21, p. 59 ; É. MILLARD, « À quoi sert le droit ? », *L'ENA hors les murs*, 2018, n° 481, p.

l'énoncé avant son interprétation authentique<sup>137</sup>, le genre des énoncés normatifs<sup>138</sup>, la fonction principale de l'énoncé qui nourrit la différence de nature entre l'énoncé et la norme<sup>139</sup>, « un modèle assez vague pour » l'action des individus sociaux<sup>140</sup>. Une telle distinction existe, enfin, en droit positif puisqu'après les avoir pendant longtemps confondues<sup>141</sup>, le Conseil d'État, depuis son arrêt de Section du 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c/M. Cortes Ortiz*, distingue les directives, renommées « lignes directrices » quelques mois auparavant<sup>142</sup>, de la norme à caractère général, ainsi qu'il définit les premières dans la mesure précédemment rappelée<sup>143</sup>.

- 32 Ces trois distinctions théoriques et positives révèlent les deux conditions auxquelles la distinction de la *norme* et de la *directive* doit répondre afin de reconstruire un concept équivalent à celui de *norme générale* : à l'inverse de la distinction de Ross, la *norme* et la *directive* doivent être deux concepts exclusifs l'un de l'autre<sup>144</sup> ; contrairement, notamment, à la distinction du Conseil d'État, leur distinction doit être compatible avec la *conception restreinte du concept de signification*, source d'incompatibilité entre les concepts de *norme* et de *généralité*, et avec, d'invalidité du concept de *norme générale*<sup>145</sup>. Ces deux conditions aboutissent à distinguer, d'une part, la *norme, signification* d'un énoncé *particulier*, autrement dit *individuel, concret et postérieur à ce qu'il régit* qu'une opération d'*interprétation factuelle (in concreto) détermine* ; d'autre part, la *directive, sens* d'un énoncé *général, c'est-à-dire impersonnel, abstrait ou préalable à ce qu'il régit* qu'une opération d'*interprétation textuelle (in abstracto) indique*. Il ressort de cette double distinction, d'un côté, de la *signification* et du *sens*, de l'autre, de la *norme* et de la *directive* une nouvelle *summa divisio* par rapport à celle opposant *normes générales, impersonnelles et/ou abstraites* et *normes particulières, individuelles et/ou concrètes*. Si elle a l'inconvénient de battre en brèche la

15. V., déjà, P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989, n° 10, p. 9, lequel définissait les règles de conduite, ou règles éthiques, comme « *des instruments de direction ou guidage des conduites humaines* ».

<sup>137</sup> É. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *ibid.*, p. 61.

<sup>138</sup> É. MILLARD, « La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empiriste », *op.cit.*, p. 172. L'auteur précise entre parenthèses : « motivation d'une décision de justice par exemple ».

<sup>139</sup> É. MILLARD, « Le juge et le genre », *op.cit.*, p. 59.

<sup>140</sup> É. MILLARD, « À quoi sert le droit ? », *op.cit.*, p. 15.

<sup>141</sup> C'est ainsi que dans son « grand arrêt » dit « Crédit foncier de France », la Section du contentieux du Conseil d'État considère « que, pour refuser l'allocation mentionnée à l'article 6 du règlement général du 27 avril 1946, la Commission nationale [du Fonds national d'amélioration de l'habitat] s'est référée aux normes contenues dans une de ses propres directives » (CE, Sect., 11 décembre 1970, arrêt préc., p. 751). C'est de même que dans son arrêt *Société Gea*, elle estime qu'une note du Conseil d'État définit « des orientations générales », contient « des directives » et fixe « des normes », assimilant les trois (CE, Sect., 29 juin 1973, *Société Gea*, Rec. p. 455).

<sup>142</sup> CE, 19 sept. 2014, arrêt préc.

<sup>143</sup> CE, Sect., 4 févr. 2015, arrêt préc. Le même arrêt les distingue des simples « orientations générales », définies pour l'octroi de mesures de faveur au bénéfice desquelles les administrés n'ont aucun droit. Cette définition au soutien de cette distinction ne peut qu'être caractéristique d'une évolution notable de la jurisprudence du Conseil d'État, dans la mesure où le « grand arrêt » dit « Crédit foncier de France » définissait, quant à lui, la directive comme un acte par lequel une autorité administrative entend « sans renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation, sans limiter celui [de ses subordonnés] et sans édicter aucune condition nouvelle, définir des orientations générales en vue de diriger les interventions [desdits subordonnés] » (CE, Sect., 11 déc. 1970, arrêt préc.).

<sup>144</sup> Ross les imbriquant en faisant de la norme un type particulier de directive.

<sup>145</sup> Le Conseil d'État acceptant implicitement sa validité, reconnaissant non seulement l'existence de la « norme à caractère général », mais également la possibilité pour un document de portée générale de « déterminer » des critères.

conception kelsénienne du concept de *norme générale*, pourtant solidement enracinée dans la théorie générale et le droit positif, cette nouvelle *summa divisio* présente l'avantage non seulement théorique de remédier à son invalidité sous réserve d'une *conception restreinte du concept de signification*, mais également pratique de proposer une nouvelle grille de lecture des procédures prévues par le droit positif et des techniques pratiquées par ses organes d'application dont l'objet même est constitué par l'interprétation afin de permettre de mieux les comprendre. C'est ainsi que point final de la réponse à la question : « Les normes générales existent-elles ? », une telle nouvelle *summa divisio* est en même temps un nouveau point de départ d'une réflexion plus globale sur l'ontologie du droit, et avec, son épistémologie.

*RESUME :*

*Centrale et fondamentale, la conception kelsenienne du concept de norme en tant que signification d'un énoncé prescriptif est cependant incompatible avec l'idée de généralité sous réserve d'une conception restreinte du concept même de signification. La présente étude poursuit non seulement l'objectif de déconstruire ce concept de norme générale afin de révéler ce motif de nature à entacher sa validité, mais également, et à partir de là, celui de reconstruire un concept équivalent, opération qui aboutira à distinguer, d'une part, signification et sens, et, d'autre part, norme et directive.*

*SUMMARY:*

*Central and fundamental, the Kelsenian conception of the concept of norm as the meaning of a prescriptive utterance is, however, incompatible with the idea of generality subject to a restricted conception of the very concept of meaning. The present study pursues not only the objective of deconstructing this concept of general norm in order to reveal this motive which is liable to affect its validity, but also, and from there, that of reconstructing an equivalent concept, an operation that will result in distinguishing, on the one hand, meaning and sense, and, on the other hand, norm and directive.*

## BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- DELVOLVE P., « La notion de directive », *AJDA*, 1974, pp. 459-473.
- DI MANNO T., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1997, 617 pp.
- HAULBERT M., *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2020, 1134 pp.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962, 496 pp.
- KELSEN H., *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, 604 pp.
- MILLARD É., « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *CCC*, 2007, n° 21, pp. 59-62.
- ROSS A., *Towards a Realistic Jurisprudence : a criticism of the dualism in law*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1946, 304 pp.
- ROSS A., *On law and justice*, London, Stevens, 1958, 383 pp.
- ROSS A., *Directives and norms*, London-New York, Routledge & K. Paul-Humanities P, 1968, 188 pp.
- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, 358 pp.
- UNTERMAIER É., *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, 556 pp.
- VIALA A., « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, pp. 965-996.