

L'UNITÉ : LA DÉFINITION DE LA NORME JURIDIQUE

47. Définition. Une définition opératoire de la norme juridique doit permettre de l'identifier quel que soit le système juridique ou l'ordre juridique¹ observé. Éloignée des contingences du droit positif, elle doit regrouper les caractéristiques générales de la norme propres à tous les systèmes juridiques. La norme peut être définie comme la *signification d'un énoncé prescriptif ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité un certain comportement*². Ainsi pour qu'il y ait une norme, on doit être en présence d'un énoncé d'un type particulier, un énoncé prescriptif, susceptible de prescrire quatre comportements différents : rendre obligatoire, interdit, permis ou habilité. Deux autres qualités doivent encore être réunies. La norme doit être *contenue dans un acte qualifié de norme par une autre norme*³ et, pour qu'il s'agisse d'une norme juridique, *la norme doit faire partie d'un ordre normatif globalement efficace et sanctionné*⁴. Cette définition proposée fait apparaître deux éléments : la norme (Chapitre 1) et l'ordre juridique (Chapitre 2).

48. Spécificité de la norme juridique. Les trois éléments qui composent la définition de la norme juridique ne sont pas tous spécifiques à celle-ci. Les deux premiers éléments permettent d'identifier n'importe quelle norme : non seulement la norme juridique, mais également la norme morale ou sociale. La spécificité de la norme juridique ne se manifeste qu'au regard de la troisième condition : l'appartenance à un ordre juridique. Ainsi, selon BOBBIO : « Il n'y a pas de normes juridiques parce qu'il existe des normes juridiques distinctes de normes non juridiques, mais il existe des normes juridiques parce qu'il existe des ordres juridiques distincts des ordres non juridiques⁵ ». L'ordre juridique, et plus précisément les qualités qui permettent

1. Sauf indication contraire les deux expressions seront utilisées comme synonymes.

2. Voir par exemple : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2^e édition par C. EISENMANN, 1962, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 1999, p. 13, p. 23 et s. Voir également, du même auteur : *Théorie générale des normes*, 1979, traduit de l'allemand par O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996, pp. 1-2.

3. Voir par exemple : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, p. 16 et s.

4. Pour N. BOBBIO, c'est l'appartenance à un ordre juridique qui permet de distinguer les normes juridiques des normes non juridiques : *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, § 54, cité par C. LEBEN, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1115.

Pour H. L. A. HART, l'ajout de « règles secondaires » à des « règles primaires » (voir sur cette distinction *infra*, § 115) permet le passage d'un « monde pré-juridique » à un « monde juridique », ce type de règle permet d'identifier « un système juridique » (*Le Concept de droit, op. cit.*, p. 119).

Voir regroupant les différents éléments de cette définition : O. PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 86.

5. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, § 54, cité par C. LEBEN, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1115.

à un ordre normatif d'être un ordre juridique, sont des éléments de définition de la norme juridique. Ce n'est que parce que la norme s'insère dans un ensemble plus vaste qui présente certaines qualités (efficacité globale et sanction), qu'elle peut être qualifiée de juridique.

49. Place de la volonté dans la définition de la norme. L'approche normativiste proposée exclut la « volonté » de la définition de la norme juridique. Hans KELSEN, dans sa *Théorie générale des normes*, intègre cet élément dans la définition de la norme lorsqu'il considère que « la norme est la signification d'un acte de volonté¹ ». La volonté sera cependant écartée. Elle est certes une caractéristique de la norme juridique. Elle n'est cependant pas déterminante comme critère d'identification de celle-ci. L'existence d'une volonté à l'origine de la norme, en tant que « faculté intentionnelle d'exiger la réalisation d'un certain état des choses² », permet de rattacher la norme à son auteur et contribue à expliquer que la norme vise à obtenir un certain comportement. Si la norme oblige à un certain comportement, c'est précisément parce qu'il existe une volonté de l'auteur de la norme qu'un tel comportement se réalise. La volonté renvoie à un élément qui est en quelque sorte antérieur à la norme. Elle tend à rapprocher la norme de l'« idéologie », c'est-à-dire des valeurs qui en sont à l'origine, par l'intermédiaire de son auteur et de sa volonté d'obtenir un comportement particulier. La norme n'est jamais neutre. Les prescriptions qu'elle contient sont le fruit d'une certaine volonté, de choix politique, philosophique ou moral de celui qui l'adopte. La volonté ne permet pas pour autant d'identifier la norme, ni d'ailleurs de distinguer la norme juridique d'autres types de normes. Le fait de vouloir qu'un certain comportement se réalise n'est pas propre à la norme. On retrouve également la volonté ainsi entendue dans l'ordre prononcé par le malfaiteur à l'encontre de sa victime de lui donner ses biens ou encore avec la remontrance du père qui exige de son enfant qu'il ne touche pas un objet. La norme morale de son côté trouve toujours son origine dans une volonté divine ou prophétique. La volonté est ainsi derrière un nombre important de phénomènes, de sorte qu'elle n'apparaît pas comme pertinente et significative pour définir la norme, pas plus que pour identifier une norme juridique.

1. H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 2. Voir également, du même auteur : *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2^e édition par C. EISENMANN, 1962, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 1999, p. 13.

2. O. PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *précité*, p. 92.

La norme

50. Présentation. La norme, qu'elle soit juridique ou non, se singularise par une caractéristique fondamentale : elle est la signification d'un énoncé prescriptif (Section 1). Cette définition suppose une dissociation fondamentale entre la norme et l'énoncé. La norme n'est pas l'énoncé, mais la signification de cet énoncé. Cette dissociation est décisive car elle place la question de l'interprétation au cœur de la réflexion juridique (Section 2). L'établissement de la signification d'un énoncé, et donc de la norme, suppose toujours une interprétation de l'énoncé.

S e c t i o n 1

Le principe : la norme est la signification d'un énoncé prescriptif

51. L'énoncé prescriptif à l'origine de la norme. Seul un type particulier d'énoncé peut être à l'origine d'une norme : l'énoncé prescriptif. Il présente une singularité qui confère à la norme des propriétés particulières (§ 1). Parce qu'il porte sur ce type d'énoncé, le discours juridique s'inscrit dans une perspective particulière. Il a en effet pour objet non ce qui *est*, un fait, mais ce qui *doit être*, une norme. La distinction entre l'« être » et le « devoir-être » (§ 2) est essentielle quant aux conséquences qu'elle emporte sur le discours juridique.

§ 1. La singularité de l'énoncé prescriptif

52. Énoncés prescriptif/descriptif/évaluatif. Dans le langage courant, plusieurs types d'énoncés peuvent être identifiés. Trois catégories générales d'énoncés seront distinguées, même si d'autres classifications sont possibles¹ : les énoncés *prescriptif*, *descriptif* et *évaluatif*. Parmi ces trois types d'énoncés, seuls ceux prescriptifs sont des énoncés susceptibles d'être à l'origine de normes. L'énoncé prescriptif oblige à un certain comportement : « Il est interdit de fumer » ; l'énoncé déclaratif décrit une situation : « J'ai arrêté de fumer » ; l'énoncé évaluatif porte une appréciation sur une situation : « Je suis heureux de m'être arrêté de fumer ».

1. On pensera en particulier à la catégorie des *énoncés performatifs* telle qu'elle a été mise en lumière par J. AUSTIN qui est opposée aux énoncés constatifs. Ces énoncés, lorsqu'ils sont produits, conduisent à réaliser une action, énoncer c'est réaliser ce qui est énoncé : « Je déclare la séance ouverte ». Ils ne peuvent être ni vrais, ni faux. En revanche, ils sont susceptibles de réussite ou d'échec.

53. « Vérifonctionnalité » des énoncés. L'énoncé prescriptif se singularise par rapport aux autres car il n'est pas possible de dire s'il est vrai ou s'il est faux. En effet, l'énoncé déclaratif, et même l'énoncé évaluatif, sont des énoncés qui sont vrais ou qui sont faux. « J'ai arrêté de fumer » est vrai si j'ai bien arrêté de fumer, faux, si malgré ce que j'affirme, je continue en réalité de fumer. Ce type d'énoncé est « vérifonctionnel », il est possible de vérifier s'il est vrai ou faux. La spécificité de l'énoncé prescriptif est qu'il n'est pas vérifonctionnel. Il n'est pas possible de dire s'il est vrai ou faux. « Il est interdit de fumer » ne peut être vérifié en particulier par l'observation du comportement des personnes à qui cet énoncé s'adresse. Si l'énoncé évoqué existe dans un lieu public clos par exemple, je ne peux pas dire s'il est vrai ou s'il est faux en observant l'attitude des personnes qui sont concernées par cet énoncé. Ce n'est pas parce que les personnes fument dans ce lieu qu'il n'est pas par ailleurs interdit de fumer, c'est-à-dire qu'il existe une norme interdisant de fumer. Ce n'est pas non plus parce que les gens ne fument pas dans ce même lieu qu'il existe pour autant une interdiction de fumer. L'observation des comportements de ceux qui sont visés par l'interdiction ne donne aucune information sur l'existence ou l'inexistence de cette interdiction. Elle permet seulement de dire si l'interdiction est ou non respectée en pratique. Une telle information sur le respect de la règle se concrétise par un énoncé déclaratif : soit l'interdiction de fumer n'est pas respectée, soit cette interdiction est respectée. Cet énoncé déclaratif sera vrai si effectivement les personnes respectent l'interdiction, faux s'ils ne la respectent pas. En tout état de cause, il ne donne aucune information sur l'existence d'une interdiction, dans notre exemple, il se contente de la supposer existante.

54. Logique déontique : obliger, interdire, permettre et habiliter. La logique déontique tend à formaliser les différentes actions susceptibles d'être prescrites par une norme, c'est-à-dire les différents comportements pouvant être imposés par un énoncé prescriptif. À cet égard, la pertinence de la définition proposée de la norme s'appréciera à sa faculté à englober dans son domaine tous les comportements, quels qu'ils soient, pouvant être prescrits par une norme. Selon la définition proposée, la norme est la signification d'un énoncé prescriptif visant à *obliger, interdire, permettre* ou *habiliter* un comportement.

55. Obliger, interdire. L'alternative la plus évidente concerne tout d'abord l'interdiction et l'obligation d'agir. Il est des normes qui interdisent un comportement : « il est interdit de traverser en dehors des passages cloutés » ; d'autres qui obligent à un certain comportement : « les automobilistes doivent s'arrêter au feu rouge ». Un énoncé obligeant un comportement peut toujours être reformulé en termes d'interdiction : « les automobilistes doivent s'arrêter au feu rouge » devient alors « il est interdit aux automobilistes de ne pas s'arrêter au feu rouge ». La réciproque est également vraie : un énoncé interdisant un comportement peut être formulé en termes d'obligation d'agir. En d'autres termes, la même norme, et donc le comportement que l'on souhaite prescrire, est susceptible d'être formulée soit à partir d'un énoncé d'interdiction, soit à partir d'un énoncé d'obligation. De tels énoncés ont « une seule et même fonction relative à des comportements différents : une action et l'abstention d'une action¹ ». Face au feu rouge, un automobiliste doit s'arrêter, ce qui est une action, et donc s'abstenir ne pas s'arrêter,

1. H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, traduit de l'allemand par O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, Léviathan, 1996, p. 125.

autrement dit ne pas rouler, ce qui est l'abstention de l'action préconisée. Aussi, interdire et obliger sont-elles parfois considérées comme une seule et même fonction normative¹.

56. Permettre. Un énoncé prescriptif peut encore permettre ou autoriser un comportement. Les droits fondamentaux apparaissent ainsi comme des permissions d'agir. La liberté d'aller et venir permet par exemple à ceux qui en sont bénéficiaires de se déplacer sans entrave. Parce qu'il existe une permission d'un certain comportement, ce comportement peut très bien se réaliser ou ne pas se réaliser. Il y a donc une faculté d'user de la permission. Cette faculté n'existe pas en cas d'interdiction ou d'obligation. Avec l'énoncé « il est interdit de marcher sur la pelouse », il n'existe aucune alternative quant au comportement impliqué par l'énoncé ; alors que l'énoncé « il est permis de marcher sur la pelouse » offre une faculté, celle de marcher ou de ne pas marcher sur la pelouse, étant entendu que chacun de ces deux comportements est autorisé par l'énoncé. En conséquence, la permission comme l'autorisation ne peuvent pas être formulées par une interdiction ou par une obligation. Ce n'est pas parce qu'il est *permis* de marcher sur la pelouse, qu'il est *interdit* de marcher sur le gravier. La permission est d'ailleurs la négation de l'interdiction : il est *permis* de marcher sur la pelouse implique qu'il n'est pas *interdit* d'y marcher. En outre, une telle *permission* exclut toute *obligation d'agir* dans un certain sens. Le fait qu'il est *permis* de marcher sur la pelouse n'implique pas qu'il est *obligatoire* de marcher sur la pelouse ou même sur le gravier.

57. Habilitier. Un énoncé prescriptif peut enfin habilitier un comportement. Cette dernière fonction doit être soigneusement distinguée de la précédente. Par rapport à la permission ou l'autorisation, l'habilitation traduit un degré supplémentaire au regard des conséquences attachées à un comportement. Elle fait produire des conséquences juridiques au comportement visé. « Le Parlement adopte les lois de la République » attribue une compétence à un organe pour adopter la loi. Si l'on considère par ailleurs que la « loi » est une catégorie normative particulière, c'est-à-dire un type de norme dans le système concerné, l'énoncé formulé pose une norme d'habilitation. Il confère une compétence au Parlement pour produire une catégorie de norme particulière. Comme la permission, l'habilitation est une faculté d'agir. Le Parlement peut adopter ou ne pas adopter des lois. Néanmoins, les conséquences de l'action sont différentes. Face à la permission, l'action ou l'inaction n'a pas d'effet juridique. Avec l'habilitation, l'action produit des effets juridiques et, plus précisément dans notre exemple, un acte juridique. Dans les deux cas, il y a un pouvoir d'agir ; ce n'est que pour l'habilitation que l'exercice de ce pouvoir emporte des conséquences juridiques.

58. Obligation, interdiction, permission et habilitation... Relativité. La présentation des différentes fonctions qui vient d'être faite mérite d'être relativisée. Un même énoncé est susceptible d'être interprété comme prescrivant plusieurs comportements et remplissant ainsi plusieurs fonctions. « La loi est l'acte adopté par le Parlement » est un énoncé qui pose une obligation : pour qu'il y ait une loi, le Parlement doit l'adopter. Il est susceptible en conséquence d'être formulé sous la forme d'une interdiction : il est interdit qu'un autre organe que le Parlement adopte la loi. L'énoncé établit également une habilitation : le Parlement dispose de la compétence pour adopter la loi. Cet énoncé, parce qu'il est une habilitation, est enfin une permission : le Parlement peut adopter des lois.

1. Pour Kelsen, il n'existe ainsi que trois fonctions normatives des énoncés prescriptifs : commander, habilitier et permettre (*loc. cit.*, p. 126).

59. Difficulté : les énoncés « qualifiants ». Au regard de cette présentation, un type d'énoncé contenu dans des normes de droit positif soulève une difficulté particulière : les énoncés « qualifiants », qui définissent un objet ou qui posent des conventions de langage. L'exemple le plus significatif de ce type d'énoncé se trouve dans toutes les dispositions du Code pénal qui définissent les crimes et délits. Ainsi, l'article 221-1 du Code pénal prévoit en particulier que « le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre ». Un tel énoncé peut apparaître comme déclaratif car il établit la signification d'un crime ou d'un délit. Cependant, il ne peut faire l'objet d'une vérification. Il saisit un comportement, le fait de donner volontairement la mort à autrui, pour lui donner une qualification. Il doit être lu comme un énoncé qui pose une obligation. Il impose en effet de retenir une qualification spécifique à un comportement particulier. La disposition du Code pénal mentionnée peut être reformulée de la manière suivante : « Le fait de donner volontairement la mort à autrui doit être considéré comme un meurtre ». Ainsi formulé, l'énoncé pose une obligation à la charge des juges de considérer qu'un tel comportement constitue un meurtre. L'existence d'une obligation dans un énoncé qualifiant est d'autant plus visible qu'en droit positif est associée au meurtre une peine particulière propre à ce type de délit. Le *meurtre* est en effet « puni de trente ans de réclusion criminelle », alors que, selon l'article 221-6 du même Code, l'*homicide involontaire*, c'est-à-dire le fait de causer, par certains comportements, et notamment par maladresse, la mort d'autrui est « puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». La qualification de meurtre est d'autant plus « prescriptive » qu'elle emporte des conséquences sur les peines pouvant être prononcées par le juge.

§ 2. La distinction de l'être et du devoir-être

60. Fait et droit/Causalité et imputation. La réflexion normativiste s'inscrit dans une opposition fondamentale entre l'être, le *sein*, et le devoir-être, le *sollen*. Selon cette distinction, le *droit* s'inscrit dans le domaine du *devoir-être*, alors que le *fait*, dans le domaine de l'*être*. Se rattachent à ce qui *est*, au *sein*, les sciences de la nature qui ont à établir leur objet à partir de ce qui *est*. La science juridique, en revanche, doit établir son objet à partir de ce qui *doit être*, du *sollen*. Cette différence dans la construction de l'objet résulte de lois différentes qui régissent la nature et le droit. La nature peut être appréhendée à partir du *principe de causalité*. Si certaines conditions sont réunies, si l'eau est portée à ébullition, alors certaines conséquences apparaissent, l'eau bout. Le schéma est le suivant : si A *est*, alors B *est*. Le principe de causalité traduit une certitude si A est, il est certain que B est. Le discours qui porte sur la nature porte ainsi toujours sur ce qui est, sur des faits. Le droit est régi par un autre principe, le *principe d'imputation*¹. Selon ce dernier, si certaines conditions sont réunies, une conséquence *doit* intervenir. Si une personne a commis un meurtre, elle doit être condamnée à une peine : si A *est*, alors B *doit être*. Le discours sur le droit ne porte donc pas sur ce qui est, mais sur ce qui doit être. En ce sens, il y a lieu de préciser que, dans cet exemple, le fait que B *doit être* n'implique nullement qu'il *est* ou qu'il *sera*. Il est parfaitement possible que si A *est*, B *n'est pas* car nous ne sommes pas dans un schéma de causalité mais d'imputation. Ce qui intéresse

1. Sur les principes de causalité et d'imputation : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 85 et s.

le discours juridique, ce n'est donc pas de savoir que si *A est*, *B est* ou *n'est pas*, mais que si *A est*, *B doit être*. Le principe d'imputation est inhérent au type d'énoncé qui contient des normes, c'est-à-dire aux énoncés prescriptifs, qui obligent à un certain comportement.

61. « Devoir-être », « Être », « loi de HUME ». Le « normatif » relève du « devoir-être » et non de l'« être ». Une norme énonce ce qui *doit être* et non ce qui *est*. Elle oblige à un certain comportement et n'entend pas décrire ce comportement. La dissociation entre ces deux plans, ce qui *est* et ce qui *doit être*, fait l'objet d'un postulat méthodologique essentiel dans la perspective normativiste, et plus largement positiviste. Ce postulat ou loi de HUME, du nom du philosophe écossais qui l'a formulé, est le suivant : *il n'est pas possible de dégager des conséquences prescriptives à partir de prémices seulement descriptives*¹. On ne peut pas dégager ce qui doit être de ce qui est. Pour reprendre un exemple déjà utilisé, il n'est pas possible d'identifier la norme tirée de l'énoncé « il est interdit de fumer dans les lieux publics » à partir de l'observation du comportement des individus se trouvant dans les lieux publics et, en particulier, à partir de la constatation qu'ils fument ou qu'ils ne fument pas. Ce n'est pas parce que des personnes fument dans un lieu public qu'il n'existe pas, par ailleurs, une règle qui interdit de fumer. Pour être plus clair encore, ce n'est pas parce qu'il existe dans n'importe quelle société des personnes qui commettent des meurtres, ce qui est un fait incontestable, que l'on peut en déduire que le meurtre y est autorisé, ce qui serait en l'occurrence une règle d'organisation de la vie sociale problématique.

62. La théorie du droit, un discours inscrit dans le devoir-être. La loi de HUME est fondamentale quant à l'objet qu'elle assigne à la science juridique. Il ne peut y avoir de science véritablement juridique que si elle porte sur ce qui doit être et non sur ce qui est. Tout discours qui viserait à identifier le droit à partir de ce qui « est » ne serait donc pas un discours juridique. La théorie pure du droit, le normativisme, est une théorie juridique portant sur le droit en tant que « devoir-être ». Elle n'est pas une théorie factuelle qui tendrait à identifier son objet à partir de ce qui est, mais une théorie proprement juridique qui l'identifie à partir de ce qui doit être. La distinction est essentielle car elle permet de distinguer les deux types de discours utilisés pour décrire l'objet droit : ceux qui relèvent d'une analyse normative et ceux qui participent d'une analyse factuelle. Avec de tels présupposés « opposés », il est clair que l'une et l'autre des analyses ne sauraient identifier le même objet comme étant le droit. Des approches anthropologique ou sociologique du droit ne pourront appréhender le droit comme le font les juristes précisément parce que cet objet sera considéré comme étant une donnée factuelle et non comme une donnée normative. L'approche sociologique du droit, telle qu'elle a été exposée à partir notamment de Léon DUGUIT, est une approche factuelle du droit parce qu'elle identifie en dernière analyse son fondement dans un fait : la réalité sociale. Le normativisme demeure une théorie portant sur le devoir-être, y compris dans l'analyse des fondements du droit. Le fondement du droit c'est le droit lui-même ou, plus précisément, le fondement de la norme c'est une autre norme. Le droit s'autorégule. Il règle sa propre production. Ainsi, le discours normativiste ne porte que sur des devoir-être.

1. D. HUME, *Traité sur la nature humaine*, 1777, extrait repris et traduit in *Le positivisme juridique*, op. cit., pp. 244-245.

63. La dogmatique juridique, un discours sur le devoir-être. Une telle présentation doit être précisée pour la dogmatique juridique. Selon un postulat méthodologique pur, ne sera un discours juridique que celui qui porte sur ce qui doit être et non sur ce qui est. Face à un énoncé prescriptif, la posture juridique pure implique d'établir sa signification, d'expliquer ce qui « *doit être* » en fonction de cet énoncé, sans se préoccuper de ce qui « *a été* » avant cet énoncé, ce qui relève du discours historique, ou de ce qui « *est* » à partir de celui-ci, question qui intéresse la science politique ou la sociologie. Une telle posture autorisera toutefois à s'interroger sur ce qui « *devait être* », avant l'énoncé étudié, c'est-à-dire sur les normes qui existaient avant la norme étudiée, tout en rejetant ce qui « *devrait être* ». Envisager le droit tel qu'il « *devrait être* » conduit à adopter un discours prescriptif sur le droit, en suggérant qu'il doit avoir tel ou tel autre contenu. Si l'on peut ne pas partager cette vision de pureté du discours juridique en tant que postulat méthodologique, on doit cependant convenir qu'elle met l'accent sur la délimitation du domaine d'étude du juriste. Ce n'est qu'à partir de « *devoir-être* » que les normes doivent être explicitées. Tout le reste, et en particulier les approches politiste, sociologique ou autres, si elles sont envisagées, ne doivent l'être que de manière complémentaire, pour éclairer le *devoir-être*, en ayant conscience qu'il s'agit d'approches factuelles et non juridiques, et donc qu'aucune conclusion prescriptive ne saurait en être dégagée. Si l'on peut concevoir qu'un juriste soulève des questions historiques, sociologiques ou politiques sur l'énoncé qu'il analyse, encore faut-il qu'il ait conscience que de telles analyses ne relèvent pas d'un discours juridique et qu'elles peuvent seulement l'enrichir et non le déterminer. Une norme juridique existante d'un point de vue juridique, mais inopportune d'un point de vue politique, n'est pas une norme qui *doit être* abrogée. Elle peut l'être ou ne pas l'être, cette question relève d'un choix de l'autorité compétente pour le faire et il n'appartient pas au juriste de dire ce qui doit être fait même s'il peut, en tout état de cause, constater l'inopportunité technique, politique ou pratique de la règle.

64. Confusions de discours : droit et fait. Ces précisions qui pourraient relever de l'évidence sont loin d'être inutiles tant on peut constater les confusions dans le discours juridique. Qui n'a pas entendu dans un amphithéâtre, voire lu dans un écrit doctrinal, qu'il existait des coutumes constitutionnelles en France sous la V^e République disposant d'une valeur juridique ? Une telle constatation s'appuie sur l'observation de fait qu'il existe des comportements concordants et constants dans le sens d'une certaine pratique institutionnelle, éventuellement considérée comme une règle de droit. Elle occulte toutefois une analyse normative à partir de ce qui doit être, à partir des règles de droit positif applicables sous la V^e République ; or, selon le droit constitutionnel positif, la coutume¹ n'est pas une norme juridique. Le droit constitutionnel interne ne reconnaît pas la coutume comme étant une catégorie normative à part entière. Ce qui est parfois qualifié de coutume constitutionnelle n'est donc qu'une pratique institutionnelle, sans aucun statut normatif. De la même manière, la question d'une éventuelle désuétude de la loi, c'est-à-dire une disparition de la loi du fait de sa non-application n'est, selon le droit positif français, qu'une analyse factuelle et non juridique. Aucune norme juridique ne prévoit l'éventuelle désuétude de la loi. Il est seulement possible de constater que certaines lois, toujours en vigueur, ne sont pas appliquées *de facto*². Il ne faut pas, pour autant, en inférer

1. À l'exception de la coutume internationale, voir *supra*, § 4.

2. Le Président de la République Jacques Chirac a innové sur cette question à propos de la loi du 31 mars 2006 sur