

PROPOSITION POUR UNE THÉORIE DES CONTRAINTES JURIDIQUES

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS

Professeur à l'Université du Littoral-Côte d'Opale

Membre du Centre de Théorie du Droit

Michel TROPER

Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

Directeur du Centre de Théorie du Droit

La recherche d'une théorie des contraintes juridiques part du présupposé que les acteurs du droit se comportent librement au sein du système juridique, lorsqu'ils décident d'accomplir des actes juridiques, en particulier lorsqu'ils produisent ou contribuent à produire des normes juridiques. Nous appelons acteur du droit tout sujet, unique ou collégial, que le système juridique reconnaît comme tel. Cet acteur peut adopter ou bien un comportement discursif en produisant des discours normatifs (constituant, législateur, conseil municipal, juge...) ou en prétendant influencer le contenu de ces discours (avocats, commissaires du gouvernement), ou bien un comportement non discursif au sein de ce système (démission, soumission...). Sans doute, les comportements non discursifs se traduisent-ils par des énoncés performatifs (je démissionne), mais ceux que nous appelons discursifs ne se réduisent pas à ce type d'acte de langage. Ils comprennent aussi tous les discours destinés à justifier ou influencer les comportements du premier type.

L'observation du droit positif montre que malgré cette liberté, les acteurs juridiques ne font pas tout ce qui leur est possible de faire, mais s'orientent vers un nombre restreint de solutions. Si, potentiellement, l'éventail des solutions n'a pour limite que celle de l'imagination humaine, la plupart de celles retenues en droit positif se resserrent dans un cadre limité et relativement cohérent.

L'hypothèse principale de la présente recherche consiste à affirmer qu'en général ce resserrement n'est dû ni à des obligations juridiques au sens classique de ce terme, ni à une simple volonté d'auto-limitation d'un pouvoir discrétionnaire, mais qu'il est le produit de contraintes pesant sur l'acteur juridique.

L'objet de la présente théorie n'est pas de rendre compte de tous les types de contraintes mais uniquement de celles qui sont spécifiquement juridiques.

L'enjeu et l'apport de cette recherche consistent alors à définir et à identifier ce que sont les contraintes juridiques afin de les distinguer d'autres types de contraintes.

Après avoir proposé la définition des contraintes juridiques (I), il s'agira d'établir des classifications permettant d'appréhender leurs formes et effets (II).

I - LA CONTRAINTTE JURIDIQUE : ESSAI DE DÉFINITION

La contrainte juridique est une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère.

En d'autres termes, la contrainte juridique est celle qui est produite par le droit et qui, contrairement à la conception traditionnelle, doit être perçue comme une contrainte de fait.

Les différents éléments de cette définition appellent commentaires.

A. La contrainte est juridique

Pour paraphraser l'apparente tautologie de H. Kelsen, l'objet de la théorie des contraintes juridiques est de rendre compte des contraintes juridiques. La contrainte juridique se différencie d'autres types de contraintes, non juridiques, auxquelles se trouvent confrontés les acteurs lorsqu'ils produisent une norme ou adoptent un comportement. Il ne s'agit pas d'exposer toutes les contraintes qui pèsent sur un acteur, mais d'isoler celles qui présentent un caractère spécifiquement juridique.

Pour que la notion de « contraintes spécifiquement juridiques » ait un sens, il faut que soient remplies deux conditions.

Il faut d'une part, au niveau épistémologique, que les contraintes juridiques se différencient de contraintes qui n'auraient pas ce caractère. Il s'agit donc de délimiter, du point de vue de la théorie du droit, les contraintes qui ne relèvent pas de son objet mais qui ressortent d'autres disciplines ou d'autres théories. Sans qu'il soit nécessaire d'approfondir une réflexion sur l'objet de chaque discipline, on peut affirmer que les contraintes juridiques se différencient de celles dont rendaient compte les méthodes propres aux sciences économiques, politiques, linguistiques, psychologiques ou sociologiques, méthodes autour desquelles se sont structurées, par exemple, les théories réalistes américaines.

Ne sont ainsi pas analysées comme des contraintes juridiques les considérations financières, les structures linguistiques des textes, l'emploi de la force,

12

l'opinion publique, les sensibilités politiques, religieuses ou morales des acteurs, les lectures, les fréquentations ou la composition du petit-déjeuner précédant la prise de décision... Il ne s'agit certes pas de nier que ces facteurs ont des répercussions sur le comportement de l'acteur juridique. Toutefois, du point de vue de la théorie proposée, ces facteurs n'agissent pas comme des contraintes juridiques ; ils agissent comme des incitations externes au système et auxquelles les acteurs peuvent être plus ou moins sensibles. À supposer même qu'ils constituent des contraintes, celles-ci ne proviennent pas du système juridique mais d'autres systèmes normatifs (moraux, sociaux ou politiques) qui ne rentrent pas dans le champ de l'étude.

On parlera en effet de contraintes juridiques lorsque des solutions s'imposent à l'acteur en raison d'une configuration spécifique du système juridique. Sans doute arrive-t-il fréquemment que certaines de ces contraintes soient analysées comme politiques. Ainsi, celle qui s'exerce sur une cour constitutionnelle, qui devra tenir compte de la composition politique d'un Parlement doté du pouvoir de révision. Ce n'est cependant pas cette composition elle-même qui exerce la contrainte juridique, pas plus que ne le ferait une opinion publique majoritairement hostile à la cour, mais les compétences juridiques de cette majorité - la plus ou moins grande probabilité qu'elles les exercent d'une certaine manière. C'est donc bien le système juridique qui produit la contrainte.

Il faut alors, et c'est la deuxième condition nécessaire pour que la notion de contrainte spécifiquement juridique ait un sens, définir ce qu'on entend dans ce cadre, par système juridique.

1. Le système juridique est constitué d'un ensemble d'énoncés à fonction prescriptive produits par les acteurs juridiques.
2. Les acteurs juridiques sont ceux qui sont désignés comme tels par les énoncés du système juridique.

B. La contrainte est une situation de fait

La contrainte n'est pas une obligation susceptible d'être transgressée. On suppose que l'acteur est libre de produire des normes ou d'interpréter les énoncés qu'il doit appliquer et ceux qui régissent les modalités de l'exercice de son pouvoir. La solution retenue par l'acteur n'est donc pas le produit immédiat d'une norme préalable supposée claire ou éclaircie par une interprétation. Autrement dit, la solution retenue par l'acteur n'est pas déterminée par une norme qui le lierait : il se trouve dans une situation de pouvoir discrétionnaire. Néanmoins, il est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre.

On considère généralement avec Kelsen que le droit échappe à la causalité. Il est incontestable qu'il ne saurait y avoir de relation causale qu'entre des faits, mais non entre un devoir-être et un être. Cependant Kelsen lui-même accepte l'idée qu'il peut exister de telles relations entre la perception d'une norme et un comportement. Elles sont même présupposées par tout législateur

13

qui espère influer sur les comportements. La causalité visée ici est celle qui résulte de la perception par les acteurs des normes et des relations entre les normes qui forment le système juridique. De ce point de vue, le droit ne s'oppose pas au fait. Il est du fait.

On présuppose donc une théorie de la causalité qui renonce à la connaissance objective des relations nécessaires entre des classes de causes et des classes d'effets identifiables *a priori*, comme le proposent les sciences de la nature. La présente théorie s'attache plutôt à produire une narration vraisemblable à l'aide du concept de rétroaction proposé par P. Veyne¹. Les comportements de ces acteurs sont produits sous l'effet de plusieurs types de causes. Certaines que — on doit les négliger ici — ; les autres sont internes au système juridique et celles-là seulement font l'objet de l'analyse —. Mais elles peuvent agir sur les acteurs, qui ne sont ni parfaitement informés, ni parfaitement rationnels, dans des sens différents, voire contraires. Il n'est donc pas envisageable de formuler des prédictions, ni même de donner une explication de tous les comportements, mais seulement de certains. C'est d'une causalité faible qu'il s'agit, qui permet de comprendre *a posteriori* que certains événements se sont produits. On ne se borne pas à soutenir que si un comportement s'est produit, c'est qu'il avait des causes ; on veut rechercher lesquelles.

Plus précisément, on considère que l'acteur cède à une contrainte lorsqu'il est dans une situation telle que, parmi tous les choix que son pouvoir discrétionnaire permet, seul un ou quelques-uns apparaissent possibles : la contrainte juridique a pour effet de réduire les choix possibles. Corrélativement, l'acteur est contraint si, dans une situation différente, c'est-à-dire dans le cas d'une répartition des compétences juridiques différente, il aurait agi différemment, ou, s'il avait agi de la même façon, il l'aurait fait pour d'autres raisons, psychologiques, morales, etc. On n'affirme pas qu'il n'existe pas d'autres solutions que celle à laquelle conduit la contrainte juridique, mais seulement que si l'acteur en choisit une autre, il n'agit pas rationnellement en *homo juridicus* (*infra*).

Par exemple, le Président Nixon n'aurait pas été contraint de démissionner si une majorité à la Chambre ne lui avait pas été hostile et s'il n'avait existé une forte probabilité de destitution par le Sénat (alors que le Président Clinton était dans une situation différente). On peut toutefois concevoir que, pourant placé dans une de ces situations, le Président démissionne volontairement, pour des raisons personnelles par exemple. Mais ces motivations personnelles, produits de considérations psychologiques, sortent du cadre dont on tente de rendre compte par l'idée de contraintes.

Remarquons qu'il n'est pas nécessaire que l'acteur ait conscience de céder à une contrainte pour que la situation puisse être analysée comme telle. Le sentiment d'être guidé par des valeurs morales ou des considérations d'utilité est indifférent. Par exemple lorsque De Gaulle a utilisé l'article 11 de la Constitution du 4 octobre 1958, il n'a certainement pas eu le sentiment ou la

1. VEYNE P., *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, Coll. Point Seuil, pp. 97 et s.

conscience de céder à une contrainte. Cette contrainte peut être en l'occurrence formulée comme suit : si le Président de la V^e République voulait réviser la Constitution sans le consentement du Parlement tout en restant dans le cadre des règles constitutionnelles existantes, alors il était contraint d'inventer une nouvelle voie. Cette voie était celle de l'article 11, interprété de telle manière qu'il organise une procédure de révision alternative à l'article 89.

C. La contrainte résulte de la configuration du système juridique

Cette situation de fait se définit par la configuration du système juridique à un instant donné, c'est-à-dire par l'ensemble des compétences dont jouissent les différents acteurs. Ainsi, une cour constitutionnelle se trouve contrainte par les compétences des autorités de saisine, par les pouvoirs des autres juridictions et par le pouvoir du constituant de surmonter ses décisions par une révision de la Constitution.

D. La contrainte est subie par un homo juridicus

L'existence et l'identification de la contrainte ne dépendent pas de la façon dont l'acteur a pu concrètement prendre sa décision, ni de la façon dont il peut en rendre compte. Seule importe l'analyse qu'il peut avoir effectuée en tant qu'elle révèle un comportement juridique-type que nous supposons, et que nous caractérisons comme étant celui d'un *homo juridicus* pourvu d'une rationalité juridique spécifique. La perspective adoptée est donc celle d'une reconstruction théorique rationnelle qui tient à dépsychologiser l'étude du processus de décision de l'acteur.

Si un acteur concret n'agit pas en fonction de la contrainte à laquelle se heurte l'*homo juridicus* modèle, on considérera qu'il ne s'est pas comporté en *homo juridicus* mais qu'il a suivi un autre type de rationalité.

Comment caractériser l'*homo juridicus* ?

— L'*homo juridicus* est d'abord un acteur juridique, c'est-à-dire un producteur de normes juridiques ou un prétendant à la production de normes juridiques.

— Ensuite cet acteur choisit, mais pas de n'importe quelle façon. L'*homo juridicus* a une propension à vouloir défendre sa sphère de compétence, à ne pas vouloir que sa décision soit renversée, à préserver son existence institutionnelle, ainsi qu'à maintenir ou optimiser son pouvoir, notamment en fournissant des justifications institutionnellement acceptables de ses choix².

2. Cette dernière hypothèse ouvre sur un possible versant stratégique de l'*homo juridicus*. Il reste que, sauf à adopter une conception large de la stratégie, les contraintes ne se manifestent pas toujours dans un contexte stratégique. Il peut en effet exister des cas où un acteur a été contraint d'adopter telle solution ou tel comportement alors qu'il ne recherchait aucune fin précise. Autrement dit, le rapport de moyen à fin que présuppose toute stratégie est absent. Ainsi, après

- L'*homo juridicus* a par définition, au moment où il décide, une connaissance complète de l'état du système juridique au sein duquel il opère, y compris des interprétations que peuvent en donner les autres acteurs de ce système. Ces interprétations possibles font partie du système juridique lui-même. L'*homo juridicus* est notamment attentif à la façon dont les acteurs qu'il doit convaincre le versant informationnel de la prise de décision, interprètent le droit. Ceci constitue la République ne peut interpréter l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, qu'en prenant en compte l'interprétation possible par le Parlement de l'expression « haute trahison » contenue à l'article 68.

- La contrainte juridique n'a de sens que si l'on suppose que la décision de l'acteur s'inscrit dans le système et ne s'affranchit pas des contraintes que celui-ci lui imposerait, c'est-à-dire en agissant en dehors des règles constitutives, par exemple par le recours au coup d'État. Toutefois, il est tout à fait envisageable que le système produise des contraintes qui conduisent les acteurs à sortir dudit système. Il s'agit de situations de blocage provoquées par le jeu normal du système.

II - LES CONTRAINTES JURIDIQUES : ESSAI DE TYPOLOGIE

L'appréhension des formes et des effets des contraintes peut s'effectuer par le moyen de typologies. On peut classer les contraintes juridiques en fonction du résultat produit (A), de leur degré (B), ou de leur origine (C).

A. Classification des contraintes en fonction du résultat produit

Les contraintes peuvent produire des effets sur le discours juridique de l'acteur (1), sur sa position institutionnelle (2) et sur son comportement (3).

1. Les effets des contraintes sur le discours juridique

La contrainte peut produire :

16 la crise de 1877, le président de la III^e République est contraint de s'abstenir d'exercer de son droit de dissolution, sans que cette abstention réponde à un but particulier.

a) Une norme juridique

La contrainte peut produire une nouvelle norme ou conférer au contenu d'un énoncé un rang supérieur dans la hiérarchie des normes. Par exemple, en 1962, le Président de la République a été contraint de donner une nouvelle interprétation de l'article 11 et, partant, de créer une nouvelle norme. Par ailleurs, compte tenu de son interprétation habituelle de la hiérarchie des normes, le Conseil d'État a été contraint, dans l'arrêt *Koné* du 3 juillet 1996, de produire une norme de valeur constitutionnelle (un PFRLR) s'il voulait faire échec à l'application d'une convention internationale³.

b) Une méta-norme

Il s'agit d'un énoncé qui n'est pas forcément une norme juridique portant sur la production des normes. On peut considérer par exemple qu'est le produit d'une contrainte le recours des juridictions aux méta-normes portant sur les rapports entre des normes de même valeur juridique. Quand les juges estiment résoudre le cas qu'en recourant à des méta-normes entrent en conflit, ils ne peuvent au cas par cas les normes constitutionnelles du type : « il faut concilier de préférence entre les normes constitutionnelles » ou « il faut instaurer un ordre

c) Un concept ou une théorie

Si les constituants de 1795 veulent que tous les citoyens exercent le droit de vote, mais s'ils veulent également que tout le monde ne vote pas, alors ils sont contraints de créer un nouveau concept juridique, et de définir le citoyen comme celui qui dispose du droit de vote. Ceci entraîne la naissance d'un concept de « national » correspondant aux individus qui jouissent des droits civils mais non politiques⁴. De même, si les Girondins veulent soustraire au contrôle populaire une certaine catégorie d'actes d'origine parlementaire, alors ils sont contraints de ne pas les considérer comme des lois, c'est-à-dire de créer une nouvelle catégorie d'actes votés par le Corps législatif : les décrets. Ou encore, compte tenu du concept de mandataire utilisé par les Jacobins, ceux-ci se sont trouvés contraints de créer un nouveau concept de représentant pour désigner le législateur⁵.

3. Cf. CHAMPREL-DESPLATS V., *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica, 2001.
4. Voir TROPER M., « La notion de citoyen sous la Révolution Française », in *Études en l'honneur de Georges Duguis*, 1997, p. 301.
5. Voir BRUNER P., *Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Thèse Paris X-Nanterre, décembre 1997, pp. 361-400, publié sous le titre *Vouloir pour la Nation*, LGDJ, 2004.

2. Les effets de la contrainte sur la position institutionnelle de l'acteur

La contrainte juridique peut avoir pour effet de modifier la position institutionnelle des acteurs. Si l'on donne au terme « modification » un sens, la norme d'habilitation affecte évidemment le système et modifie la position institutionnelle des acteurs. Mais on ne considérera ici que les modifications de répartition des compétences qui ne sont pas l'objet direct d'une norme d'habilitation, mais précisément et uniquement celles qui sont l'effet de un troisième mandat ne résulte pas d'une contrainte, mais d'un amendement de la V^e République de nommer au poste de Premier ministre une personnalité qui n'a pas la confiance de la majorité de l'Assemblée nationale.

Précisons également que l'analyse des effets de la contrainte sur la position institutionnelle des acteurs ne se confond pas avec la recherche du but poursuivi par celui qui produit une contrainte pour lui-même ou pour les autres (volonté de préserver son pouvoir, auto-limitation de ce pouvoir, recherche de la justice...). Un acteur peut être soumis à une contrainte juridique, en subir les effets ou en produire, sans avoir voulu ces situations, et réciproquement, il peut les avoir voulu sans réussir à les produire. La considération du but poursuivi ne relève pas du champ de la théorie proposée mais des méthodes propres à d'autres sciences psychologiques ou sociales.

La modification de la position institutionnelle peut être le résultat d'une contrainte juridique que l'acteur subit en raison de la décision d'un autre acteur autres acteurs. Un acteur peut donc être à la fois destinataire et producteur de contraintes.

L'acteur peut produire des contraintes propres à provoquer des changements institutionnels subis par d'autres et éventuellement par lui-même, dans trois types de situation. Il peut créer des contraintes pour un système ou un sous-système juridique futur dont il ne sera pas lui-même un élément (a) ; il peut créer des contraintes pour un système ou pour un sous-système juridique présent dont il est lui-même un élément (b) ; il peut créer des contraintes pour un système ou pour un sous-système juridique futur dont il sera lui-même un élément (c).

a) L'auteur de contraintes pour un système futur dont il ne sera pas lui-même un élément

Dans ce premier cas, le système n'existe pas encore. Les contraintes auront pour effet sur la position institutionnelle des acteurs du système constitué – les destinataires de la contrainte –, mais pas sur la position institutionnelle de l'acteur producteur de contraintes lui-même⁶.

6. Voir la contribution de LE PILCOURR A., « Deux exemples de contraintes sous la Constitution », publié dans le présent volume.

Cette première situation correspond typiquement aux contraintes que font peser les constituants sur les organes constitués en créant des mécanismes de *checks and balances*. Le constituant du XVIII^e siècle, agissant de façon proche au modèle constitutionnel prôné par Montesquieu, sépare et répartit les pouvoirs en fonction des passions ou des intérêts sociaux supposés des hommes destinés à prendre place dans les organes constitués. Le constituant agit en prêtant aux acteurs futurs la rationalité de l'*homo juridicus*.

Ce type de mécanisme se rencontre également au niveau législatif. Par exemple en Italie, la loi n° 210/98 du 3 juillet 1998 prévoit un mécanisme rationnel d'attribution des postes de professeurs d'université destiné à favoriser un accord entre les membres de la commission de nomination sur le candidat à élire, tout en prenant en compte l'aspiration de chacun de ces membres à soutenir des candidats qu'ils connaissent.

Ces deux exemples mettent en évidence deux manières distinctes de tenter d'obtenir des comportements. La première est d'établir des énoncés qui signifient des commandements assortis d'une sanction. Ces énoncés ont une fonction d'impératif. La deuxième manière est de distribuer des compétences ou des habilitations de telle sorte que le comportement sera obtenu par le seul jeu de cette distribution. Il n'y a pas d'impératif mais une gamme délimitée de possibles.

b) L'auteur de contraintes pour un système présent dont il est lui-même un élément

Dans ce deuxième cas, les contraintes ont un effet tant sur les destinataires que sur le producteur de la contrainte. En effet, d'un côté, la contrainte produite par l'acteur peut modifier le système en sa faveur, maintenir sa position, ou réduire ses pouvoirs et ses responsabilités. D'un autre côté, le pouvoir désignant une relation entre plusieurs acteurs, l'augmentation des pouvoirs de l'un implique *souvent* (mais pas toujours) la diminution des pouvoirs de l'un ou de *plusieurs* autres, mais pas forcément *dans les mêmes termes*. La relation est asymétrique, et la modification institutionnelle de la position des acteurs peut ainsi bien être d'ordre symbolique, ou bien avoir des répercussions sur l'étendue des compétences juridiques des acteurs. On ne s'attache ici à rendre compte que de ces dernières répercussions.

La production par le Conseil d'État d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République dans l'arrêt *Moussa Koné* du 3 juillet 1996 fournit un exemple de ces différents effets. Du côté du Conseil d'État, la production d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République peut s'analyser comme l'expression d'une compétence nouvelle dont il s'est doté : la compétence de produire des principes constitutionnels. Du côté du Conseil constitutionnel, l'octroi de cette compétence nouvelle de la part du Conseil d'État, n'entame pas ses propres compétences. Autrement dit, juridiquement, les compétences du Conseil constitutionnel ne subissent aucune altération générale, du fait de la compétence nouvelle du Conseil d'État ; le Conseil d'État n'a pas subtilisé la compétence générale qu'a le Conseil constitutionnel d'énoncer

un principe fondamental reconnu par les lois de la République. La seule altération présente ici ne concerne que la compétence pour énoncer un principe constitutionnel particulier, celui selon lequel l'État français ne peut extradier un étranger lorsque la demande a été faite pour des motifs politiques.

c) L'auteur de contraintes pour un système futur dont il sera lui-même un élément

Il s'agit d'une hypothèse intermédiaire dans laquelle celui qui élabore un système sera également un acteur de ce système. Autrement dit l'organe constituant sera aussi un organe constitué. Il s'appliquera à lui-même le système de contraintes imaginé et créé pour d'autres. Ce cas de figure, rare, s'est présenté avec le décret dit des deux tiers, par lequel la Convention nationale, en 1795, désigné elle-même en son sein les deux tiers des membres des Conseils prévus par la nouvelle constitution. C'est aussi l'hypothèse où une assemblée adopte à la majorité simple des règles, qui ne pourront être modifiées qu'à une majorité qualifiée ou selon une procédure tout à fait différente. Ainsi la Chambre des Lords qui adopte la loi restreignant son pouvoir législatif ou encore la Knesset, qui vote à la majorité simple une loi, dite *entrenched*, qui ne pourra être modifiée qu'à la majorité des deux tiers.

3. La contrainte, productrice de comportements

Les contraintes peuvent conduire les acteurs à adopter un comportement donné sans que ce comportement ne modifie la position institutionnelle de l'acteur juridique, au sens donné plus haut à ces derniers termes. Il s'agit ici d'isoler des comportements singuliers et concrets, non des classes de comportements.

Il peut arriver que l'acteur compétent pour nommer une personne à une fonction subisse des contraintes qui, sans modifier sa position institutionnelle, aient pour effet de restreindre l'étendue de son choix. Ainsi, une élection législative donnant la victoire aux opposants de la majorité présidentielle contraindrait le Président de la République à nommer un premier ministre appartenant à la nouvelle majorité parlementaire.

La contrainte peut également provoquer une démission. Dans la plupart des cas, cette démission n'a pas d'effet sur la position institutionnelle de l'organe : elle interdit à l'homme (ou à la femme) titulaire de la fonction de continuer à l'exercer mais elle ne produit aucune perte de compétences juridiques. Ainsi compte tenu de la configuration du système juridique issue des élections législatives de 1877, Mac Mahon est contraint de se soumettre ou de se démettre, comportements qu'il adoptera successivement. De même sous la IV^e République, l'existence de majorités de coalition contraignait les gouvernements à démissionner lorsque la simple majorité relative des membres de l'Assemblée nationale lui était hostile, alors que l'article 50 de la Constitution du 27 octobre 1946 exigeait une majorité absolue.

B. Classification selon le degré de contrainte

Il peut exister des contraintes :

1. *stricto sensu* : l'acteur n'a ni le choix du but ni le choix des moyens. Ainsi, la Convention nationale crée le concept de *national*, mais il n'y a pas là un moyen en vue d'atteindre un but. Elle y est conduite sans l'avoir voulu, comme une conséquence de la définition restrictive qu'il lui a fallu donner au mot citoyen, celui qui dispose du droit de vote. De même, dans la monarchie parlementaire, le cabinet qui est contraint de démissionner parce qu'il est menacé *d'impeachment* ou *de refus de concours*.

2. *lato sensu* : l'acteur a le choix du but mais pas le choix des moyens. Il s'agit de l'hypothèse fréquente qui peut être ainsi formulée : « si l'acteur poursuit telle fin alors il est contraint d'adopter tel procédé pour y parvenir ». Ainsi, De Gaulle en 1962 est contraint de recourir au référendum de l'article 11 s'il veut obtenir la révision de la Constitution et le Conseil d'État est contraint de créer un PFRLR s'il veut donner à une loi une autorité supérieure à celle d'un traité.

C. Classification des contraintes en fonction de leur origine

On a écarté par hypothèse les contraintes externes au système juridique, c'est-à-dire les facteurs sociaux, économiques ou idéologiques. Les contraintes, dont il est question ici, proviennent aussi de faits, mais ces faits sont des éléments du système juridique.

Dans la mesure où les éléments du système juridique sont des normes, celles-ci ne peuvent exercer des contraintes si elles sont conçues comme un Sollen, mais seulement comme un Sein. Cependant, il n'est pas nécessaire de stipuler ici telle ou telle ontologie des normes et on peut les concevoir indifféremment ou bien comme l'expression de volontés humaines, c'est-à-dire comme des faits ou bien comme des entités idéales. Dans les deux cas, la contrainte provient en effet seulement d'un fait, la représentation chez un acteur rationnel, l'*homo juridicus*, de l'existence de normes, de relations entre des normes, ou encore de la probabilité de l'émission d'une norme. Ce qu'on appelle ici « élément du système juridique » c'est seulement un fait de ce type.

De ce point de vue les contraintes peuvent être classées selon les normes qui les produisent et celles-ci selon leurs auteurs et leurs destinataires. Les contraintes peuvent provenir de normes qui émanent de l'acteur lui-même (1), de normes qui émanent d'autres acteurs (2) ainsi que d'éléments du système juridique qui ne sont pas des normes (3).

1. Les contraintes produites par des normes qui émanent de l'acteur lui-même

Il peut s'agir de normes dont l'auteur est l'acteur lui-même. C'est en ce sens qu'on peut dire par exemple que, même dans les systèmes où les cours ne sont pas liées par leurs propres précédents, elles sont néanmoins contraintes par leur propre jurisprudence. Cette contrainte résulte de plusieurs facteurs, mais elle apparaît notamment comme le moyen d'inciter non seulement les parties au litige, mais tous ceux qui se trouvent dans une situation semblable, à soumettre leurs comportements aux règles jurisprudentielles.

2 Les contraintes produites par des normes qui émanent d'autres que l'acteur Il faut préciser que les normes dont il s'agit ne sont pas celles dont l'acteur est le destinataire direct. S'il s'agit en effet d'une norme d'habilitation ou d'une norme permissive, elle n'exerce aucune contrainte, mais détermine le cadre dans lequel s'exerceront les contraintes, en confiant à l'acteur un pouvoir discrétionnaire. S'il s'agit d'une norme impérative, dès lors qu'on a distingué la contrainte tant de l'obligation que du sentiment de l'obligation, elle n'exerce pas non plus de contrainte. La contrainte ne peut ici provenir que de la prise en considération de l'existence d'une sanction, c'est-à-dire de la prise en à qui il est prescrit d'infliger une sanction. Ainsi, si la pollution est punie d'une amende d'un montant inférieur au bénéfice que l'on peut retirer d'une activité industrielle, on peut dire à la fois qu'il existe une obligation de ne pas polluer, mais une contrainte de le faire.

Les contraintes résultent donc avant tout de normes dont le destinataire est un autre acteur, dit de 2^e ordre. Il n'y a pas lieu de distinguer à ce propos entre normes impératives et normes d'habilitation, parce que l'acteur est déterminé dans l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire non par l'existence d'une norme, mais seulement par le degré de probabilité qu'une conduite aura lieu. Il est par conséquent indifférent qu'un autre acteur ait l'obligation ou seulement la faculté de se comporter d'une certaine manière. Seule compte la probabilité qu'il ait effectivement ce comportement. Ainsi, la contrainte qui s'exerce sur un Parlement résulte en partie du comportement probable du juge constitutionnel, et elle est la même, que l'on estime que le juge se déterminera conformément à une obligation constitutionnelle ou conformément à l'idéologie de la majorité de ses membres.

De même, dans un système où le chef de l'État dispose d'un droit de veto, une assemblée législative devra pour déterminer le contenu d'une loi, tenir compte de la probabilité d'un veto, quel que soit le motif pour lequel le droit de veto pourrait être exercé, inconstitutionnalité ou inopportunité de la loi votée.

Il est évident que cette probabilité dépend à son tour d'un grand nombre de facteurs, parmi lesquels les plus importants sont l'orientation idéologique

7. « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in AMSELER P. (sous la dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant et PU d'Aix-Marseille, 1995, pp. 235 s.

et la probabilité de comportements d'un troisième groupe d'acteurs (de 3^e ordre). Ainsi, le pouvoir discrétionnaire du Président de la V^e République de nommer un Premier ministre s'exerce sous la contrainte de la probabilité d'une motion de censure par la majorité de l'Assemblée nationale, qui dépend à son tour de sa couleur politique. Ou l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une autorité administrative s'exerce sous la contrainte de la probabilité d'une annulation par un tribunal administratif, qui elle dépend de la probabilité d'une annulation en appel.

2. Les contraintes produites par des éléments autres que des normes

Il existe enfin des contraintes qui proviennent d'éléments du système qui ne sont pas des normes, même au sens très large qu'on a donné à ce terme. Il s'agit des règles constitutives, au sens de Searle, distinctes des règles juridiques proprement dites, c'est-à-dire de règles qui ne prescrivent pas des conduites, mais définissent un type de conduites comme juridiques. Ainsi, le raisonnement et l'argumentation en termes de hiérarchie des normes contraignent les acteurs à recourir à des normes considérées hiérarchiquement supérieures pour valider ou invalider des normes considérées inférieures.