

Eric Millard  
L'analyse lexicologique de Norberto Bobbio

L'objectif de ce texte n'est pas de rechercher une nouvelle interprétation des principaux travaux théoriques de Norberto Bobbio, ou de fournir une critique argumentée à leur encontre. Il est bien plus modeste: je voudrais insister sur une méthode caractéristique mise en œuvre par Norberto Bobbio, qui repose sur une analyse lexicologique systématique, et qui comprend une lexicologie des concepts théoriques. Un des résultats les mieux connus d'une telle analyse peut se rencontrer dans la caractérisation par Norberto Bobbio du positivisme juridique et du jusnaturalisme.<sup>1</sup>

Norberto Bobbio a expressément insisté sur cette méthode, et ce pour atteindre plusieurs fins. L'une d'entre elles, celle qui m'intéressera ici, est de permettre une comparaison et une évaluation des théories générales du droit disponibles, ce qui signifie aussi en fin de compte une clarification et une consolidation.<sup>2</sup>

D'un côté, une telle analyse lexicologique peut apparaître comme la conséquence normale de la philosophie adoptée de manière plus globale par Norberto Bobbio: l'application d'une méthode générale (le style analytique)<sup>3</sup> à une question spécifique (la théorie générale du droit, § I). D'un autre côté, naturellement, Norberto Bobbio a donné des raisons particulières, tirées du contexte, et notamment liées à l'élargissement des champs géographiques et linguistiques de la discipline théorique, pour justifier cette méthodologie et pour appeler à la généralisation de son emploi. Ces deux fondements me paraissent devoir être tenus comme encore pertinents de nos jours (§ II).

Afin d'illustrer en quoi consiste cette analyse lexicologique, je prendrai brièvement deux exemples, en relation avec deux des problèmes les plus fondamentaux de la philosophie du droit des juristes durant la seconde moitié du dernier

<sup>1</sup> Voir par exemple N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milan, 1972, et notamment les extraits traduits en français in N. Bobbio, *Essais de Théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1998, pp. 23-53.

<sup>2</sup> N. Bobbio, *Per un Lessico di Teoria Generale del Diritto*, traduit en français in N. Bobbio, *Essais de Théorie du droit*, cit., pp. 55-64.

<sup>3</sup> Riccardo Guastini, *N. Bobbio ou de la distinction*, Préface à N. Bobbio, *Essais de Théorie du droit*, cit., pp. 1-17.

siècle: la question de la description de l'Être (*Sein*) et du Devoir-être (*Sollen*), c'est-à-dire la question du statut des propositions d'être et des propositions de devoir-être (III); puis la question de la distinction entre des catégories de normes dites respectivement primaires et secondaires (IV).

Ce modeste rappel voudrait donc simplement souligner ce que nous devons collectivement à Norberto Bobbio: la fourniture d'un cadre général et d'outils méthodologiques et conceptuels pour approcher les questions récurrentes de la théorie générale du droit contemporaine.

### I. *L'analyse lexicologique des concepts théoriques: une application spécifique d'une exigence générale*

C'est un des points de départ classique du positivisme: la théorie du droit fournit à la dogmatique juridique les outils à mettre en œuvre pour parvenir à une description de son objet.

Elle développe dans sa version analytique moderne (analyse du langage et pas seulement analyse des concepts fondamentaux au sens de l'*analytical jurisprudence* britannique du 19<sup>ème</sup> siècle par exemple) une réflexion sur le sens des expressions, visant à clarifier et définir un objet (le droit valide, quelle que soit la chose que l'on puisse entendre par validité) qui est connu dans un discours. Une des dimensions de cette démarche vise à établir des définitions, qui peuvent être lexicales (rechercher la signification des mots employés dans le discours objet) ou stipulatives (proposer une signification de mots pour les besoins de la description).

En ce sens, le travail lexicographique est une exigence première du projet positiviste, qui commande que l'on s'attache à des significations qui ne soient pas a priori (*qu'est-ce que la famille?* par exemple, sans plus de précisions) mais que l'on recherche dans le discours prescriptif (les énoncés, les décisions, etc.) les significations résultant de l'usage effectif des termes dans un ensemble des normes déterminé (qu'est-ce que la famille dans le droit positif français actuel par exemple, à partir d'une analyse des occurrences de ce mot dans les discours considérés comme relevant de cet ordre juridique), en tenant compte des méthodes de l'analyse linguistique, et notamment des points de vues grammaticaux, sémantiques et pragmatiques. Eventuellement, il pourra apparaître nécessaire de stipuler une définition pour décrire la signification normative de ces discours, ou pour faire apparaître des rapprochements et des distinctions par delà l'usage effectif des termes dans les discours prescriptifs, s'il apparaît que ces usages effectifs peuvent être considérés comme incohérents, incomplets ou flous.

D'un autre côté, si une unité méthodologique du positivisme peut être (notamment) recherchée dans l'application d'un travail lexicographique sur le discours prescriptif, nous rencontrons un problème particulier au regard de la définition des concepts théoriques fondamentaux dans le cadre de l'élaboration de

théories générales du droit, même strictement positivistes. Ces concepts sont analytiques, c'est-à-dire qu'insusceptibles de vérification empirique, ils font l'objet d'énoncés nécessairement vrai du fait même de la signification qu'on leur attribue (et de leur emploi dans une phrase logique de par sa structure). Ici, les définitions sont libres et l'usage conventionnel résulte d'abord d'une convention de l'auteur avec lui-même.

Il est remarquable que la plupart des grandes théories générales du droit se limitent à une auto-stipulation de leur propre lexique. On considère, ce qui est évidemment vrai, que cela n'affecte pas leur cohérence et partant leur validation. Pourtant, une théorie générale du droit ne vise pas que la cohérence. Elle s'apprécie aussi au regard d'une exigence heuristique: que permet-elle de faire? Ce qui dans le cadre positiviste s'énonce d'abord ainsi: quelle description de quel objet droit autorise-t-elle?

Norberto Bobbio refusait de s'en tenir à l'idée qu'une méta science (une théorie prescriptive de la science) puisse ne pas assigner de limites à la liberté de stipuler des concepts théoriques. Les théories générales du droit, d'autant plus qu'elles partagent le même cadre épistémologique, ne peuvent être vues comme des constructions isolées coupées des autres. L'élaboration d'un lexique commun partant d'une analyse critique de l'usage effectif des concepts dans et par les théories générales du droit est nécessaire. La fonction de la théorie générale du droit devrait entre autre être « de fournir des instruments conceptuels unificateurs par delà et au travers des dogmatiques juridiques construites à partir des divers droits positifs ». <sup>4</sup> L'analyse lexicologique peut et doit aussi être appliquée aux théories générales du droit. Et moins comme objet d'une méta théorie générale du droit (une description des théories) que comme méthode de conceptualisation théorique; comme méthode de la théorie elle-même, conditionnant sa validité.

## II. Une lexicographie nécessaire en raison de la diversification des théories disponibles

Quand Norberto Bobbio propose ces analyses, il s'appuie bien évidemment sur des raisons contextuelles, qu'il met explicitement en avant. Elles concernent d'abord la théorie de langue italienne au milieu du dernier siècle.

Selon lui, la théorie italienne du 20<sup>ème</sup> siècle se situe exclusivement par rapport et dans la continuité de la théorie de langue allemande, de Savigny à Kelsen. Le cadre culturel, linguistique et finalement conceptuel bénéficiait, par delà les différences des approches, d'une forme d'unité. Or à partir des années 1950 sont introduites et popularisées en Italie des théories hétérogènes: réalisme américain,

<sup>4</sup> N. Bobbio, *Per un lessico di teoria generale del diritto*, traduit en français in N. Bobbio, *Essais de Théorie du droit*, cit., p. 63.

réalisme scandinave, finalement théorie analytique anglaise renouvelée par Hart. Ici bien évidemment, les questions de formalisation linguistique à partir de langues ne connaissant pas les mêmes structures et la même capacité de précision ou d'innovation, les problèmes tenant à la diversité des droits positifs appréhendés dans la conceptualisation et des traditions théorico-dogmatiques multiples, ne peuvent être évités. Une concurrence s'installe entre théories, mais on ne sait plus trop où se situent les innovations, où se situent les différences intellectuelles. Comment comprendre la substance et l'apport de chacune? Comment situer ces théories les unes par rapport aux autres? Comment finalement permettre que la diversité permette le débat et non la consolidation des phénomènes d'Écoles.

Il ne peut y avoir de progrès dans le champ de la théorie du droit que s'il existe une clarification permettant un débat scientifique, qui évite les malentendus, les procès d'intention. Il ne peut y avoir de débat que s'il est possible de s'accorder sur les points d'accords et de désaccords. Si les conditions de cet accord mobilisent une multitude de présupposés, et notamment psychologiques autour de la bonne foi des acteurs, l'affirmation de Norberto Bobbio est que l'élaboration et l'adoption d'un lexique commun est une des conditions nécessaires.

La liberté stipulative ne peut ignorer que l'aspect conventionnel doit se faire à un niveau plus large: celui de la communauté intéressée à la théorie générale du droit. Ce lexique commun doit se fonder à la fois sur l'existence préalable de concepts déjà employés, mais aussi et surtout sur la capacité des mots proposés à rendre compte avec le moins d'ambiguïté possible des projets conceptuels respectifs. En cela, ce n'est pas une police des mots qui est recherchée, mais bien un travail théorique critique qui, partant de l'usage effectif dans des théories disponibles, débouche sur une nouvelle conceptualisation. Norberto Bobbio lui-même a rendu justice à cette nécessité et une bonne part de son propre travail théorique part de la mise en œuvre de cette analyse critique du langage théorique.

Je voudrais cependant avant d'illustrer ce point souligner l'actualité d'une telle démarche. Il n'est pas sûr que les données que vise Norberto Bobbio, qui étaient contextuelles, aient disparu. Au contraire, il m'apparaît qu'elles se sont encore complexifiées.

Les phénomènes de mondialisation et de communication conduisent à prendre en considération des productions théoriques aux origines de plus en plus diverses, qui sont effectivement présentes et qui se réfèrent à des corpus philosophiques, à des traditions juridiques et à des ensembles linguistiques de plus en plus variés: la théorie du droit n'est plus l'apanage du vieux monde occidental. D'un autre côté, cette diversité est contrebalancée par l'adoption de vecteurs linguistiques dominants (notamment de l'anglo-américain comme langue quasi exclusive commune), voire par des phénomènes de néo-colonisation liés à l'hégémonie de certains systèmes de formation des juristes (sur les modèles des écoles professionnalisantes), ou de certaines idéologies (comme l'idéologie du

marché, la théorie du *Rule of Law*, etc.), imposant comme des évidences des outils conceptuels qui seraient nécessaires de questionner.

Les phénomènes politiques d'interrogation des souverainetés des Etats nations (construction européenne, droit international humanitaire, etc.) conduisent à mobiliser toujours davantage une démarche comparatiste (entre systèmes juridiques nationaux; entre ordres nationaux et nouveaux ordres internationaux), qui ne peut reposer pour les théories qui veulent en rendre compte que sur une conceptualisation commune minimale, peut-être encore à définir.

Enfin, les grands courants théoriques se déclinent dans des directions de plus en plus diversifiées, perdant de leur homogénéité, et il n'est sans doute plus possible de *constater* une séparation claire, par exemple, entre théorie du droit et théorie morale, ou un lien évident entre posture analytique et positivisme.

La fréquentation des revues de théorie du droit, encore davantage des congrès de théorie du droit, convaincraient assez facilement que coexistent des discours qui n'interagissent pas, qui utilisent indifféremment tel ou tel vocabulaire, et qui finalement donnent une image du champ agrégé mais non structuré. Il paraît plus que jamais indispensable de fournir les préalables nécessaires à une compréhension, une comparaison et une évaluation d'une littérature de plus en plus nombreuse, sauf à renoncer (au moins) à tout projet théorique de type positiviste. L'appel à l'élaboration raisonnée d'un lexique commun continue d'être à l'ordre du jour.

### III. *Illustration 1: sur les propositions d'être et les propositions de devoir-être*

Au sein du positivisme, les tenants de l'Ecole dite réaliste et les tenants de l'Ecole dite normativiste s'opposent sur l'objet de la science du droit. Pour les réalistes, la science du droit décrit ce qui est, c'est-à-dire des faits (notamment des faits linguistiques prescrivant des comportements ou des faits de comportements humains énonçant des prescriptions ou les mettant en oeuvre). Pour les normativistes, la science du droit a pour objet directement les normes juridiques, c'est-à-dire qu'elle décrit ce qui (au regard d'un certain système) doit être.<sup>5</sup>

La conséquence immédiate de cette opposition peut se rencontrer dans la caractérisation du statut des propositions de la science du droit. Pour les réalistes, « *like all other descriptive propositions, those of the doctrinal study of law must be expressions of what is and not of what ought to be – they must be assertions, not directives (norms)* ». <sup>6</sup> A l'inverse, les normativistes estiment que les proposi-

<sup>5</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2<sup>nd</sup>e édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 95.

<sup>6</sup> Alf Ross, *On law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1959, note page 10.

tions de la science du droit ne sont pas des assertions, décrivant des faits (*Sein-sätze*).

Quel est alors le statut des propositions de la science du droit? Kelsen reconnaît que ce sont des propositions descriptives, mais descriptives de normes. Il emploie pour les désigner le terme de *Sollsätze*, qu'il distingue de celui de *Sollnormen*: propositions de devoir-être, normes (de devoir être). Les premières sont des descriptions (de ce qui doit être) et peuvent être vraies ou fausses, alors que les dernières sont des prescriptions qui ne peuvent être que valides (si elles ne sont pas valides, elles ne sont pas des normes à proprement parler). Les premières ne décrivent pas, comme dans l'optique réaliste, l'existence d'un fait: le fait par exemple qu'une directive a été adressée dans un acte de volonté, ou qu'elle a été reçue dans un acte de concrétisation, pas plus que l'existence d'un discours prescriptif; elles décrivent ce qui doit être (dans un système valide, et l'on sait que la validité kelsénienne n'est pas une validité absolue): la norme comme signification prescriptive. Kelsen parle alors de *Sollen descriptif* ou norme dans un sens descriptif.<sup>7</sup> Ce à quoi Ross répond: « *This is confusing. I don't know what is meant by a norm in a descriptive sense* ». <sup>8</sup>

En un sens, Norberto Bobbio partage la position de Ross. Selon lui en effet, l'idée d'un *Sollen* descriptif est un véritable « centaure », une figure « ambiguë et composite ». <sup>9</sup> Alors que Kelsen affirmait que le *Sollen* avait une dualité de signification en fonction de la nature descriptive ou prescriptive de l'énonciation (et qu'il niait que les propositions de devoir-être soient des impératifs), Norberto Bobbio s'attache à montrer que le *Sollen* a toujours la même signification, et qu'il ne peut y avoir de *Sollen* descriptif; en revanche, « avec la même signification de juridiquement obligatoire », le *Sollen* peut appartenir à une phrase prescriptive (une norme) ou descriptive (une assertion). C'est la proposition elle-même qui peut avoir deux statuts différents, en fonction du contexte auquel elle appartient.

On voit donc bien alors que Norberto Bobbio, dans cette critique de Kelsen, ne rejoint pas Ross. Il admet bien qu'une proposition de la science du droit puisse être une description de ce qui doit être (d'un *Sollen*) et non d'un fait. Il met en avant la possibilité d'une troisième forme de proposition: une assertion portant non sur ce qui est mais sur ce qui doit être (selon le droit valide). Il refonde logiquement la position de Kelsen, rendant inopérante cette partie de la critique rossienne (la question de savoir si le *Sollen* peut faire l'objet d'une connaissance – *Sollenswissenschaft* – et notamment de la détermination de la signification normative à décrire, est un point qui n'est pas abordé ici). Il clarifie

<sup>7</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, cit., p. 102.

<sup>8</sup> Alf Ross, *On law and Justice*, cit., note page 10.

<sup>9</sup> N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, traduit en français in N. Bobbio, *Essais de Théorie du droit*, cit., p. 198.

la teneur réelle du désaccord et il le fait à partir d'une analyse critique du lexique kelsénien et rossien, qui conduit à rejeter le concept de *Sollen* descriptif et à élargir le concept d'assertion. Il fonde dans cette démarche sa propre conception de la science du droit.

#### IV. Illustration 2: sur les normes primaires et les normes secondaires

La parution en 1961 du *Concept de droit* de Hart a profondément marqué le paysage de la théorie du droit. Parmi les apports de l'ouvrage, la distinction entre des normes primaires et des normes secondaires s'est rapidement imposée comme une distinction opératoire permettant une classification des règles dans une perspective dynamique. Norberto Bobbio a manifesté un certain scepticisme à l'égard de cette classification, tant du point de vue de son caractère novateur que de celui de la pertinence du vocabulaire adopté. J'ai déjà mentionné que c'est à l'occasion de la confrontation entre la théorie de Hart et la théorie de langue allemande qu'il avait formalisé la nécessité d'élaborer un lexique commun.<sup>10</sup> Il est ensuite revenu sur cette question.<sup>11</sup>

La critique de Norberto Bobbio est bien connue et il n'est pas de mon propos de la reprendre ici. Je voudrais simplement en souligner deux aspects, en liaison avec la démarche lexicologique. D'une part, il ne paraît pas évident que la typologie induite par la catégorisation des normes secondaires soit justifiée. D'autre part, l'idée que ces règles sont toutes identiquement secondes par rapport à des règles primaires ne semble pas appropriée.

La catégorie des normes secondaires comprend chez Hart trois types de règles: les règles de décision, les règles de changement et les règles de reconnaissance (en dernière instance la règle de reconnaissance). Norberto Bobbio souligne que le terme *règle de changement* paraît innovant. Mais il précise aussitôt que ce que Hart entend par ce terme n'est pas étranger à ce que la tradition juridique continentale nomme *règles sur la production juridique*. Il se livre alors à une analyse très fine des genres de règles qui peuvent entrer facilement dans la catégorie des règles sur la production juridique alors que Hart doit forcer le trait pour les considérer *comme* (dans les deux sens du terme) des règles de changement: normes sur la production juridique individuelle (contrat ou décision juridictionnelle) par exemple. Il note dès lors que le recours à l'idée de norme de reconnaissance peut aussi se comprendre parce que Hart ne disposait pas du concept de normes sur la production juridique: celles-ci comprennent les critères

<sup>10</sup> N. Bobbio, *Per un lessico di teoria generale del diritto*, cit.

<sup>11</sup> N. Bobbio, *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires*, repris in N. Bobbio, *Essais de Théorie du droit*, cit., p. 198.

de validité des règles du système.<sup>12</sup> En définitive, la catégorie des normes secondaires n'est peut-être rien d'autre que la catégorie des normes sur la production juridique, et il n'est nul besoin de distinguer (ou de distinguer seulement) en son sein celles qui portent sur la production des règles individuelles, celles qui portent sur l'évolution des règles et celles qui portent sur l'identification des règles. Et si elle est plus large (et Norberto Bobbio nous dit qu'elle est plus large), c'est parce qu'il existe aussi des règles de sanction (qui attribuent une sanction à la violation d'une règle primaire, ce qui ne correspond que partiellement aux règles de décision – *rules of adjudication* – de Hart).

Quant à l'idée du caractère secondaire de ces règles, elle paraît parfaitement ambiguë. Norberto Bobbio observe que l'on peut dire d'une règle qu'elle est secondaire selon divers critères: chronologique (la règle qui suit, dans une perspective dynamique), hiérarchique (la règle qui a une valeur subordonnée à une autre norme dans une perspective de validité), axiologique (celle qui est moins importante), etc. S'il est vrai, note Norberto Bobbio, que, d'une certaine manière, les règles sur la production juridique peuvent toutes être dites secondaires par rapport aux règles de conduite (ou règles primaires selon Hart), il reste que ces normes ne sont pas nécessairement secondaires seulement par rapport aux normes de conduite: « les normes de conduite sont primaires par rapport aux normes de décision; toutes deux le sont par rapport aux normes de changement » qui peuvent modifier les normes de conduite et les normes de décision. Enfin, parce que la norme de reconnaissance sert à l'identification de toute règle, elle seule peut être dite réellement secondaire. En ne situant pas les normes qu'il appelle secondaire les unes par rapport aux autres, Hart ignore le rapport de dépendance fonctionnelle qui existe entre elles.<sup>13</sup> Plutôt dès lors que de parler de normes secondaires, il conviendrait davantage de parler de normes relatives à des normes, ou normes de second degré.<sup>14</sup>

Il est aisé de constater là encore que la théorisation de Norberto Bobbio s'appuie très largement sur l'analyse critique du langage théorique de Hart: qu'elle se nourrit de la démarche lexicologique pour consolider ses propres constructions conceptuelles: tant sur la typologie des normes que sur la critique du recours à l'idée de la règle de reconnaissance comme redondance des normes du droit positif.

Sans doute conviendra-t-on que le lexique de Norberto Bobbio n'est ni définitif ni neutre. Ce ne peut être son propos, dans une démarche analytique. Constatons simplement deux choses: que ce lexique s'est imposé assez largement (no-

<sup>12</sup> N. Bobbio, *Per un lessico di teoria generale del diritto*, cit., p. 60-61.

<sup>13</sup> N. Bobbio, *Per un lessico di teoria generale del diritto*, cit., pp. 62-63.

<sup>14</sup> N. Bobbio, *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires*, repris in N. Bobbio, *Essais de Théorie du droit*, cit., p. 167.

tamment dans la théorie de langue italienne, allemande et plus récemment française), parce qu'il était justifié méthodologiquement et qu'il permettait d'exprimer clairement une conception des objets d'une science du droit; que cette clarification méthodologique fournit partant les grandes lignes du débat théorique moderne, définissant un cadre duquel on ne pourrait sortir, si cela s'avérait nécessaire, qu'en reprenant la propre démarche de Norberto Bobbio à son encontre.