



HAL
open science

Problèmes relatifs à l'identification temporelle des systèmes juridiques

Mathieu Carpentier

► **To cite this version:**

Mathieu Carpentier. Problèmes relatifs à l'identification temporelle des systèmes juridiques. *Liber amicorum Jean-Yves Chérot: le droit entre théories et pratique*, Bruylant, pp.109-137, 2023, 9782802773122. hal-04509788

HAL Id: hal-04509788

<https://hal.science/hal-04509788v1>

Submitted on 18 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Problèmes relatifs à l'identification temporelle des systèmes juridiques

Mathieu CARPENTIER

Professeur de droit public – Université Toulouse Capitole

Codirecteur de l'Institut Maurice Hauriou

Membre de l'Institut universitaire de France

Cette contribution¹ porte sur le problème l'identification des systèmes juridiques à travers le temps. C'est une idée somme toute assez intuitive qu'à la suite de changements fondamentaux, que l'on peut appeler « révolution juridique »², un système juridique succède à un autre. En cas de coup d'Etat, de révolution, de sécession ou d'autres événements affectant la structure constitutionnelle fondamentale, l'ancien système juridique disparaît, et un nouveau apparaît. Le critère traditionnellement reçu pour établir que ce changement a eu lieu est celui de l'efficacité³ : dès lors que les normes du nouveau système sont globalement efficaces, c'est le signe que l'ancien a disparu et a cédé la place au nouveau.

Cette présentation est sans doute très schématique, mais elle repose sur un postulat qui semble *prima facie* correct : plusieurs systèmes juridiques peuvent se succéder dans le temps sur un même territoire. Ce postulat soulève cependant un certain nombre de problèmes, qui rendent l'identification temporelle des systèmes juridiques plus ardue que ce que le schéma « système 1 / révolution-rupture / système 2 » laisse entendre. Tout d'abord, la notion de « système juridique » est elle-même ambiguë, comme on sera amené à le montrer. Ensuite, la question de savoir ce qui fait l'identité d'un système juridique n'est pas claire : l'existence (et l'efficacité globale) de normes efficaces dans un « système 2 » qui auraient été illégales dans le « système 1 » ne permet de conclure à la succession effective de deux systèmes que si on s'accorde sur ce qui fait l'identité d'un système juridique – c'est-à-dire sur ce qui doit précisément être affecté par le « changement fondamental » dont il s'agit. Car il se pourrait bien qu'en réalité on ait un seul et même système, et qu'en fait de révolution juridique, on ait la normalisation d'illégalités répétées, mais localisées. Enfin, et surtout – ce dernier problème est intimement lié au précédent – à supposer même que l'on puisse identifier avec exactitude le

¹ Je suis heureux de pouvoir m'acquitter du très agréable devoir de rendre hommage au Professeur Jean-Yves Chérot, dont le rôle pour la diffusion de la philosophie analytique du droit en France est immense. A cette dette intellectuelle s'ajoute une dette personnelle, car la générosité du Professeur Chérot fut déterminante à un moment crucial de ma carrière. – Les propos qui suivent s'appuient notamment sur une communication prononcée en décembre 2021 lors d'une journée d'hommage à Eugenio Bulygin à Nanterre, ainsi que sur un travail non encore publié présenté lors du 30^e Congrès de l'IVR à Bucarest en juillet 2022. Ce dernier travail ayant été présenté en anglais, il m'a semblé plus commode de conserver un certain nombre d'anglicismes, notamment dans les abréviations, ce dont je prie le lecteur de bien vouloir m'excuser. Je remercie par ailleurs Eric Millard, Thomas Hochmann, Arnaud Le Pillouër, Pierre Brunet, Julieta Rabanos, David Duarte, Miodrag Jovanovic, Torben Spaak et Brian Bix pour leurs observations.

² V. notamment H. Kelsen, *General Theory of Law*, trad. A. Wedberg, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1949, p. 117; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 278 et sq. On renvoie le lecteur francophone à J.-Ph. Derosier, « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 102, 2015 ; V. Réveillère, « Le concept de révolution juridique en théorie du droit », *Les Cahiers Portalis*, n°8, 2021.

³ V. de manière générale T. Hochmann, « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 105, 2016.

point de bascule d'un système à l'autre, se pose le problème de la continuité des normes d'un système à l'autre. En effet, alors que le changement de système devrait prendre la forme d'une *tabula rasa*, des blocs de normes entiers du précédent système demeurent incorporés au nouveau. Comment l'expliquer ?

Pour tenter de formaliser ces problèmes, et d'y apporter des éléments de réponse, je vais partir des travaux, convergents jusqu'à un certain point, de Joseph Raz et d'Eugenio Bulygin et en proposer, dans un premier temps, une reconstruction conceptuelle, que j'appellerai le *RB-Model* (*Raz-Bulygin-Model*). Dans un second temps j'essaierai de montrer que le *RB-Model* est *prima facie* compatible avec deux critères d'identification des systèmes juridiques (ou plus précisément de ce que l'on va bientôt appeler « systèmes juridiques non-momentanés ») : un critère formel, tiré du système de sources identifié par la « règle de reconnaissance » du système juridique, et un critère substantiel ou matériel, tiré des structures constitutionnelles fondamentales. Dans un troisième temps je montrerai qu'aucun de ces deux critères ou types de critères ne permet de résoudre le problème de la continuité des normes d'un système à l'autre. Dans une quatrième partie, je reviendrai sur une solution possible, à savoir la notion de « réception des normes », qui, bien qu'utile, s'avère en réalité incapable de résoudre le problème de la continuité. Le dernier temps de l'analyse sera consacré à une esquisse de solution, reposant sur une révision marginale du *RB-Model* et sur une distinction entre critères (formels) d'identification des systèmes juridiques « non-momentanés » et « momentanés ». Ce sera l'occasion de revenir sur plusieurs différences pertinentes entre règle de reconnaissance et règles de changement.

I. Le *RB-Model* : systèmes juridiques momentanés et non-momentanés

A. Le modèle

Par système juridique il est certes possible d'entendre simplement un ensemble de normes juridique, mais cela ne permet guère de rendre compte de la systémativité de cet ensemble. Un système juridique est avant tout un *certain mode de production* de normes juridiques, formalisable au moyen d'un système de « sources du droit ». Il apparaît dès lors que l'expression « le système juridique français » est ambiguë, selon que l'on entend par là l'ensemble des normes juridiques valides en France à un moment *t* ou bien le système de production normative qui permet à ces normes d'être valides à ce moment *t*. En effet, selon le premier sens, le système juridique est amené à changer dès lors qu'est introduite (ou retranchée) une nouvelle norme dans cet ensemble. Selon le second sens, un système juridique est une séquence de systèmes au premier sens ayant en commun les mêmes critères de validité.

C'est pour rendre compte de ces deux sens de « système juridique ». Tant Joseph Raz⁴ qu'Eugenio Bulygin⁵ effectuent une distinction fondamentale entre deux notions de « système

⁴ J. Raz, *The Concept of a Legal System*, 2e ed., Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 211; J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 138.

⁵ E. Bulygin, « Time and Validity » in E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2015 [initialement paru en 1982] ; E. Bulygin, « Algunas consideraciones sobre los sistemas juridicos », *Doxa*, 9, 1991.

juridique ». Raz distingue ainsi entre système juridique momentané et non-momentané ; Bulygin emploie une terminologie différente : il appelle « système juridique » ce que Raz appelle « système momentané » et « ordre juridique » ce que Raz appelle « système non momentané ». La formulation de Raz, si elle a la désavantage de la lourdeur, me semble être plus parlante et reposer sur une définition moins stipulative, c'est pourquoi ce sera cette terminologie que l'on emploiera dans le présent article.

Le système juridique momentané (*momentary legal system*, ci-après *MLS*) se définit comme l'ensemble des normes valides à un moment donné, selon les critères d'appartenance (*criteria of membership*) de ce système. Lorsqu'une nouvelle norme est créée ou est retirée de cet ensemble, on passe d'un *MLS* à l'autre. Autrement dit, les sociétés contemporaines sont amenées à changer de système juridique (momentané) à peu près tous les jours, voire encore plus fréquemment.

Le système juridique non momentané (*non-momentary legal system*, ci-après *NMLS*) est une séquence continue de systèmes momentanés. Lorsqu'on parle du « système juridique français » sans plus de précision, c'est bien à un *NMLS* que l'on fait référence⁶.

La relation entre systèmes momentanés et système non-momentané demeure néanmoins ambiguë. Comme l'ont relevé Bulygin⁷, Moreso et Navarro⁸, les systèmes momentanés peuvent être conçus soit comme *appartenant* au système non-momentané ou bien comme étant des sous-ensembles (selon une relation d'*inclusion stricte*) du système non-momentané. S'il s'agit d'une relation d'appartenance, alors la relation entre les normes⁹, les *MLS* et le *NMLS* est non transitive¹⁰ : les normes appartenant à un *MLS* donné n'appartiennent pas au *NMLS* auquel le *MLS* appartient. S'il s'agit, au contraire, d'une relation d'inclusion (stricte), alors la relation d'appartenance entre les normes, les *MLS* et le *NMLS* est transitive : les normes qui appartiennent à un *MLS* appartiennent également au *NMLS* dont le *MLS* est un sous-ensemble.

Dans ce qui suit, je suggérerai (mais ne démontrerai pas de manière directe) que la relation entre *MLS* et *NMLS* est une relation d'appartenance : ainsi, les normes n'appartiennent pas au *NMLS* ; elles appartiennent uniquement à un ou plusieurs *MLS* qui, à leur tour, appartiennent à un *NMLS*.

V. également C. Alchourrón et E. Bulygin, « On the Concept of a Legal Order » in E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, *op. cit.* [initialement paru en 1976.]

⁶ On notera que l'on ne s'intéresse ici qu'aux critères temporels (et non spatiaux ou personnels) d'identification des systèmes juridiques. Je reviendrai brièvement sur les critères spatiaux en conclusion.

⁷ E. Bulygin, « Time and Validity », *art. cit.*, p. 173.

⁸ P. Navarro et J.J. Moreso, « Some Remarks on the Notions of Legal Order and Legal System », *Ratio Juris*, 6 1993, p. 51-52.

⁹ On tient pour acquis que les *MLS* étant des *ensembles* de normes, la relation entre la norme et le *MLS* est une relation d'appartenance.

¹⁰ La relation d'appartenance n'est pas transitive : Aristote appartient à l'école péripatéticienne, qui appartient à la classe des écoles philosophiques antiques, mais Aristote n'appartient pas à la classe des écoles philosophiques antiques, car Aristote est un philosophe, pas une école.

La règle de reconnaissance¹¹, qui identifie les critères de validité, c'est-à-dire d'appartenance¹², des normes au sein des systèmes juridiques permet de déterminer le moment à partir duquel une norme est introduite au sein d'un MLS – ce qui entraîne le passage d'un MLS à un autre. La règle de reconnaissance est généralement stable d'un MLS à l'autre, ce qui permet de savoir avec certitude quand une norme est introduite et quand elle est éliminée : c'est ainsi la stabilité de la règle de reconnaissance qui permet le passage fluide d'un MLS à l'autre, ce qui intervient, on l'a vu, extrêmement fréquemment. La règle de reconnaissance peut certes subir des changements de manière incrémentale au fur et à mesure du temps mais elle est globalement stable : les critères d'appartenance des normes au système juridique ne changent pas du tout du jour au lendemain. Comme on va le voir dans la prochaine section, c'est cette stabilité de la règle de reconnaissance qui permet de faire de cette dernière un critère formel d'identification des systèmes juridiques non-momentanés (le NMLS pouvant alors être défini comme la séquence de l'ensemble des MLS ayant en commun une règle de reconnaissance stable).

Cette stabilité de la règle de reconnaissance permet également de comprendre que les normes introduites au cours d'un MLS demeurent valides au sein de l'ensemble des MLS subséquents, c'est-à-dire continuent à appartenir à ces systèmes, jusqu'à ce qu'elles soient abrogées. C'est ce qu'on peut appeler, avec Moreso et Navarro¹³, *le principe de persistance des normes juridiques* :

(PPN_{RB}) si une norme N appartient au système momentané MLS₁, alors elle appartient à l'ensemble des systèmes qui succèdent à MLS₁ jusqu'à ce qu'elle soit éliminée.

B. Raffinements : appartenance et applicabilité

Bulygin a apporté au *RB-Model* un certain nombre de raffinements, notamment dans l'article séminal « Time and Validity »¹⁴. Le principal apport tient à la distinction entre l'*appartenance* d'une norme à un système juridique (momentané) et son *applicabilité* au sein de ce système¹⁵. L'appartenance d'une norme à un système juridique résulte de l'introduction

¹¹ On reprend ici, en le modifiant, un concept central de la philosophie hartienne du droit (v. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 100 *et sq.*). Nous ne tenterons pas de proposer une exégèse des différentes dimensions que revêt cette notion chez Hart – nous retiendrons seulement l'idée principale selon laquelle la règle de reconnaissance détermine les critères d'appartenance des normes au sein du système juridique.

¹² La notion de validité est ici tenue pour équivalente à celle d'appartenance : une norme est valide lorsqu'elle appartient à un système juridique. La notion de validité est bien entendue ambiguë et recouvre une diversité de significations, qui ne seront pas explorées, si ce n'est marginalement, ici. On renvoie pour plus de précisions à M. Carpentier, « Sources and Validity » in J. Hage, A.R. Mackor, S. Kirste et P. Westerman (dir.), *Legal Validity and Soft Law*, Dordrecht, Springer, 2018.

¹³ P. Navarro et J.J. Moreso, « Some Remarks... », *art. cit.*, p. 52.

¹⁴ *Art. cit.*

¹⁵ L'appartenance et l'applicabilité sont définis comme deux concepts différents de « validité » juridique (parmi trois ou quatre concepts distincts). La cartographie conceptuelle de Bulygin à ce sujet a quelque peu varié (v. notamment E. Bulygin, « Valid Law and Law in Force » in E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, *op. cit.*). C'est cette distinction qui explique notamment que Bulygin ait une conception « fine » de la règle de reconnaissance comme règle *conceptuelle* (et non *normative*) listant l'ensemble des critères d'appartenance des normes au système juridique sans créer pour autant aucune obligation (v. notamment, E. Bulygin, « On the Rule of Recognition », in E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, *op. cit.* [initialement paru en 1976] ; E. Bulygin, « Regla de Reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? », *Doxa*, 9, 1991). La thèse de Bulygin est sans doute trop radicale : en effet il n'est possible d'identifier la règle de reconnaissance qu'au moyen de l'examen de

de la norme au sein du système – en vertu du principe de persistance des normes, la norme continue à appartenir au système momentanément et à tous les systèmes subséquents jusqu'à ce qu'elle soit modifiée¹⁶ ou supprimée. L'applicabilité¹⁷ d'une norme au sein d'un système juridique est fonction de l'habilitation ou de l'obligation qu'ont les organes d'application du système d'appliquer cette norme. L'applicabilité d'une norme N1 est elle-même la conséquence de l'existence d'une norme N2, dite *norme d'applicabilité*, prescrivant aux juges – et aux autres organes d'application – d'appliquer N1.

Il en résulte deux temporalités distinctes de la norme, une temporalité externe et interne. La temporalité externe (*external time*) de la norme correspond à l'intervalle entre l'introduction de la norme et son élimination. Cette temporalité s'étend typiquement sur plusieurs MLS consécutifs. La temporalité interne (*internal time*) de la norme correspond à l'intervalle entre le moment où la norme devient applicable à un cas ou à un ensemble de cas et le moment où elle cesse de l'être. Il convient ici de souligner qu'une norme commence à être applicable lorsqu'un juge commence à avoir l'obligation de (ou être habilité à) l'appliquer, c'est-à-dire au moment où une norme d'applicabilité lui prescrit de commencer à l'appliquer.

Le temps externe et interne de la norme coïncident souvent, même s'ils sont rarement exactement identiques. Ainsi l'article 1^{er} du Code civil dispose que les lois et règlements entrent par défaut en vigueur le lendemain de leur publication, ou, en cas d'urgence, le jour de leur publication. Cet article constitue une norme d'applicabilité générale, qui est elle-même supplétive (dès lors que la loi ou le règlement peuvent fixer librement leur propre entrée en vigueur). Dès lors que la promulgation de la loi (ainsi que la signature du règlement) est – de manière générale – le moment où la norme est introduite dans le système juridique, il y a donc forcément un laps de temps de quelques jours entre le temps externe de la norme (qui débute à la promulgation ou à la signature) et son temps interne (qui débute à l'entrée en vigueur), sauf, naturellement lorsque l'acte est publié le jour de sa promulgation ou de sa signature et qu'il est disposé qu'il entre en vigueur le jour même. Mais cette hypothèse est somme toute assez rare.

Il arrive également que l'écart entre les temporalités interne et externe de la norme soit plus important. Bulygin envisage ainsi deux hypothèses principales, la *vacatio legis* et l'*ultra-activité*. Dans la *vacatio legis*, l'entrée en vigueur de la norme (c'est-à-dire son applicabilité) est reportée à une date ultérieure par une norme d'applicabilité spécifique (que l'on trouvera par exemple dans les dispositions finales de la loi). Ainsi la loi existe dès sa promulgation : la preuve en est que l'on peut la modifier ou l'abroger, ce qui est la marque de son appartenance au système juridique¹⁸ ; cependant elle n'est pas encore applicable. L'*ultra-activité* de la norme

la pratique des *officiels* du système, c'est-à-dire qu'en envisageant le *pedigree* des normes que ces officiels considèrent obligatoires d'appliquer. En ce sens la règle de reconnaissance est à la fois une règle conceptuelle d'appartenance et une règle d'applicabilité par défaut, au sens où les normes identifiées comme valides par la règle de reconnaissance sont *par défaut* applicables au sein du système, sauf dans l'hypothèse où une norme d'applicabilité (l'article 1^{er} du Code civil par exemple) en dispose autrement.

¹⁶ On retiendra ici – sans la défendre plus avant – la notion kelsénienne de modification comme « abrogation partielle + remplacement » (v. notamment H. Kelsen, « Derogation » in H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Springer, 1973, p. 266-267 ; H. Kelsen, *General Theory of Norms*, trad. M. Hartney, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 111-112).

¹⁷ Raz a déjà en quelque sorte l'intuition de cette différence fondamentale (v. J. Raz, *The Authority of Law*, 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 148-149) mais il ne parvient pas à la systématiser de manière satisfaisante.

¹⁸ Pour des doutes à ce sujet, je me permets de renvoyer à M. Carpentier, « Validity versus Applicability : A (Small) Dose of Scepticism », *Diritto e Questioni Pubbliche*, 18, 2018.

consiste dans le fait qu'une norme peut continuer à être applicable après qu'elle a été supprimée du système juridique. Il arrive ainsi fréquemment que même après la disparition de la norme, les juges continuent de l'appliquer aux cas survenus au cours de la temporalité externe de la norme, c'est-à-dire avant son élimination¹⁹ – sauf dans l'hypothèse où la norme qui l'a remplacée s'applique rétroactivement, par exemple en raison du principe de rétroactivité *in mitius* en matière pénale.

Par conséquent les temporalités interne et externe de la norme doivent être distinguées : l'appartenance d'une norme N à un MLS est conceptuellement indépendante de son applicabilité au sein de ce MLS. La temporalité externe de la norme est déterminée par les critères d'appartenance sélectionnés par la règle de reconnaissance ; la temporalité interne de la norme est déterminée par les normes d'applicabilité du système. Il va de soi qu'un système où les deux temporalités seraient toujours disjointes ne ferait pas grand sens : on pourrait certes envisager une situation où toutes les normes entrent en vigueur uniquement après leur abrogation, par exemple, mais un tel système serait bien sûr très impraticable. Il est naturel que pour un MLS donné une grande partie des normes qui lui appartiennent soient applicables au sein de ce système.

La distinction entre appartenance et applicabilité est importante, et constitue un raffinement utile du *RB-Model*. Cependant à bien des égards la notion d'applicabilité retenue par Bulygin est-elle trop rudimentaire. En effet, selon lui, l'applicabilité normative dépend de normes destinées aux juges²⁰, l'applicabilité d'une norme étant datable du moment où les juges commencent à avoir l'obligation (ou le pouvoir) d'appliquer cette norme. Le temps interne de la norme ne détermine pas, si l'on suit Bulygin, le moment où un cas C doit intervenir pour que la norme lui soit applicable. Or, tel que Bulygin définit les deux temporalités des normes, la temporalité des *cas* auxquels la norme est applicable est distincte de ces dernières, car si elle peut coïncider avec la temporalité interne comme externe de la norme, mais elle peut très bien être différente. Ainsi dans la *vacatio legis* la temporalité du cas correspond généralement à la temporalité interne de la norme : la norme N promulguée (i.e. introduite) en t_1 devient applicable en t_2 aux cas $C_1, C_2 \dots C_n$ survenant à partir de t_2 ²¹. De même dans l'ultra-activité, la temporalité du cas est souvent identique à la temporalité externe de la norme. La norme N abrogée (i.e. éliminée) en t_1 reste applicable jusqu'en t_2 (date définie par les règles de prescription²², par exemple) à tous les cas $C_1, C_2 \dots C_n$ survenus avant t_1 .

Mais on peut également envisager deux hypothèses dans lesquelles la temporalité du cas est distincte des temporalités interne ou externe de la norme et ne coïncide pas avec elles. La première est celle de la *rétroactivité* : une norme N promulguée (i.e. introduite) en t_1 est applicable dès t_1 aux cas $C_1, C_2 \dots C_n$ survenus avant t_1 (c'est-à-dire en t_{1-n} , date établie par les règles de prescription). La seconde hypothèse est celle de la post-activité : la norme N abrogée (i.e. éliminée) en t_1 reste applicable jusqu'en t_3 (date définie par les règles de prescription, par

¹⁹ Pour les cas survenus postérieurement à l'élimination de la norme, il s'agit d'une hypothèse de *post-activité*, distincte de l'*ultra-activité* (v. *infra*).

²⁰ Les normes d'applicabilité de Bulygin doivent être analysées comme des sortes de *rules of adjudication* hartiennes.

²¹ On pourrait certes envisager une hypothèse de *vacatio legis* jointe à une rétroactivité de la norme – norme promulguée en t_1 , applicable à partir de t_2 y compris à des cas survenus avant t_1 –, mais cela ne ferait pas grand sens d'un point de vue pratique

²² Les règles de prescription peuvent être définies comme des normes d'applicabilité au sens de Bulygin.

exemple) à tous les cas $C_1, C_2 \dots C_n$, y compris ceux survenus après t_1 et ce jusqu'à une date t_2 définie par exemple par des dispositions transitoires. La post-activité se distingue de l'ultra-activité (encore que les deux peuvent bien sûr se combiner) en ce que dans celle-ci, la norme demeure applicable après son abrogation à des cas survenus avant cette dernière, alors que dans celle-là, la norme demeure applicable après son abrogation y compris à des cas survenus après cette dernière.

Il en résulte que les normes d'applicabilité ont une fonction double²³ : elles déterminent la temporalité interne des normes – à savoir la période où les normes sont applicables, c'est-à-dire où les juges ont l'obligation de l'appliquer – mais également la temporalité des cas auxquels la norme doit être appliquée.

II. Critères d'identification des systèmes non-momentanés

L'identification des systèmes momentanés est chose à la fois aisée et dénuée d'intérêt : pour tout NMLS, un MLS existe dès lors qu'une nouvelle norme juridique y est introduite ou en est retranchée. L'identification des systèmes non-momentanés est quelque peu plus difficile.

Une telle identification est facile lorsqu'on se situe lors d'une période « normale » de la vie d'un système juridique : il est assez facile d'identifier le « système juridique français » (i.e. le NMLS français) en 2023, dès lors que l'appartenance des différents MLS, qui se succèdent au sein de ce NMLS, à ce dernier ne fait guère de doute. En revanche la question se pose, comme on l'a vu en introduction, lorsqu'il est allégué qu'un changement fondamental est intervenu qui a entraîné le passage d'un NMLS à l'autre. La question de l'identification des NMLS doit donc se poser en ces termes : *qu'est-ce qui doit être affecté par un changement fondamental pour que l'on passe d'un NMLS à l'autre ?*

Ainsi, pour Kelsen, ce qui importe est que le nouveau système ait remplacé l'ancien « de manière illégitime »²⁴, c'est-à-dire d'une manière qui n'a pas été prévue par l'ancien système. Lorsque c'est le cas, une révolution juridique a eu lieu, de sorte qu'un nouveau système succède à l'ancien. Cependant il est évident ici que cette présentation est trop schématique. De fait, Kelsen est confronté ici à une sorte de paradoxe sorite²⁵ : l'introduction d'une seule norme adoptée « de manière non prévue par le système » (par exemple une loi inconstitutionnelle) n'est pas suffisante à entraîner le passage d'un système (non-momentané) à l'autre. Si toutes les normes sont adoptées de manière inconstitutionnelle (par exemple par un organe autre que celui investi du pouvoir législatif dans le premier NMLS : une junte ayant emprisonné tous les membres du Parlement...), alors il semble, du moins *prima facie*, ne faire aucun doute que nous avons changé de NMLS. Mais entre ces deux cas extrêmes demeurent de nombreux cas-limites. La question ne saurait, sauf à tomber dans un paradoxe sorite, être réglée d'un point de vue purement « quantitatif » – c'est-à-dire au seul regard du nombre de normes introduites de manière contraire au droit. Il faut se demander quels sont les *aspects* du système qui doivent être modifiés par ces normes illégitimes pour que le NMLS soit remplacé par un autre système.

²³ Une autre manière de résoudre le problème de la temporalité des cas est proposée par J.J Moreso et P. Navarro, « Applicability and Effectiveness of Legal Norms », *Law and Philosophy*, 16, 1997.

²⁴ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit. p. 117.

²⁵ Voir sur ce point Moreso et Navarro, « Some Remarks... », art. cit., p. 54

Ici, on peut distinguer deux types de critères : des critères formels et des critères substantiels (ou matériels).

Quant aux critères formels, le plus simple est, comme cela a été suggéré plus tôt, de partir du principe que les critères d'identification des NMLS sont les mêmes critères eu égard auxquels les normes appartiennent aux MLS. En d'autres termes, un NMLS est identifié par son *système de sources*, c'est-à-dire par référence à la règle de reconnaissance²⁶, qui sélectionne les critères d'appartenance des normes particulières aux différents MLS qui se succèdent au sein du NMLS. C'est le choix effectué par exemple par Alchourrón et Bulygin : « l'identité de l'ordre juridique²⁷(...) est déterminée par l'identité des critères utilisés pour identifier les ensembles normatifs²⁸ qui appartiennent à la séquence. (...) Seul un changement au sein des critères d'identification eux-mêmes – leur remplacement par des critères différents (par exemple à la suite d'une révolution ou d'une déclaration d'indépendance – amènera l'ordre juridique à perdre son identité et à être remplacé par un nouvel ordre ».

Mais il est également possible de dégager des critères substantiels, tiré de la structure constitutionnelle fondamentale, qui comprend les règles, principes, valeurs et structures inhérents à ce que l'on pourrait appeler « l'identité constitutionnelle » du système juridique en question. Ainsi le passage d'une monarchie absolue à une république socialiste est susceptible d'entraîner le changement de système juridique. Selon Raz, il faut même aller, en un sens, plus loin : si elle peut être altérée par des changements de la structure constitutionnelle, l'identité des systèmes juridiques « dépend de l'identité des formes sociales auxquels ils appartiennent. Le critère de l'identité des systèmes juridiques ne peut par conséquent pas être déterminé uniquement par des considérations juridiques ou de théorie du droit, mais d'autres considérations, relevant des sciences sociales, doivent entrer en ligne de compte »²⁹. Bref, si l'on adopte un critère substantiel de l'identité des systèmes juridiques il apparaît que les normes constitutionnelles même fondamentales ne sont en définitive que le reflet de formes sociales plus profondes. Comme le disait Carl Schmitt : « une décision à la majorité du Parlement anglais [sic] ne suffirait pas à faire de l'Angleterre [sic] un Etat soviétique »³⁰.

En tant que tels, tant les critères formels – tirés du système de sources du droit résultant de la règle de reconnaissance – que des critères substantiels, ou matériels – tiré des structures constitutionnelles et sociales fondamentales – paraissent également valables, et dans l'immédiat nous n'effectuerons pas de choix entre les deux types de critères. Comme on va le voir, cependant, ils sont tous deux mis à mal par le *problème de la continuité*.

III. Le problème de la continuité

²⁶ On adopte ici une perspective hartienne, car c'est celle que nous utiliserons dans le modèle que nous proposerons dans la cinquième section. On peut tout à fait représenter les choses d'une autre manière, par exemple de façon kelsénienne : dans ce cas, on dira que le changement inconstitutionnel de constitution entraîne un changement de norme fondamentale, et par conséquent une modification du fondement de la validité de toutes les normes du système juridique. Bien que les deux perspectives soient très différentes, elles seront tenues pour fonctionnellement équivalentes ici.

²⁷ C'est-à-dire du NMLS.

²⁸ C'est-à-dire les MLS.

²⁹ J. Raz, *The Concept of a Legal System*, op. cit., p. 187-188. Raz ajoute : « ne souhaitant pas m'aventurer dans d'autres disciplines, je concentrerai mon attention ci-après sur l'identité des systèmes momentanés », ce qui est une manière assez élégante de botter en touche.

³⁰ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 11^e éd., Berlin, Dunckler und Humblot, 2017, p. 26

Le problème³¹ peut être formulé en termes excessivement simples : comment expliquer que des normes persistent à travers différents NMLS ? La continuité des normes à travers plusieurs systèmes momentanés est parfaitement explicable au moyen du principe de persistance des normes dégagé plus haut. Il en va différemment de la persistance des normes à travers plusieurs systèmes non-momentanés, dès lors qu'il semble que le passage d'un NMLS à l'autre doive être le résultat d'une *rupture*, d'un changement fondamental. De deux choses l'une : soit la rupture est fondamentale auquel cas un MLS ne peut chevaucher deux NMLS – le dernier MLS de NMLS₁ disparaît, et un nouveau MLS apparaît en même temps que NMLS₂ ; soit on admet que les normes du dernier MLS avant la rupture perdurent après, mais alors on peut se demander en quoi le changement peut-il être caractérisé de fondamental – ce qui amène à douter en définitive de ce que l'on a bien changé de NMLS. Or tant les critères formels que substantiels d'identification des NMLS sont vulnérables au problème de la continuité.

Si l'on emploie des critères formels pour identifier le nouveau NMLS, alors cela veut dire que le système de sources du droit a été modifié : ce qui était, auparavant, un critère d'appartenance des normes juridiques aux MLS du NMLS cesse de l'être, et de nouveaux critères apparaissent. Il en résulte que les normes anciennement valides, c'est-à-dire qui appartenaient anciennement au système juridique – c'est-à-dire au dernier MLS de l'ancien NMLS – cessent d'appartenir au MLS suivant, dès lors qu'elles ne satisfont plus aux critères d'appartenance. Après une révolution juridique, l'ordre précédent disparaît, ce qui veut dire que toutes les normes précédemment valides disparaissent, et un nouveau MLS apparaît (le premier du nouveau NMLS), qui comprendra notamment la « première constitution »³² du système. Par conséquent, un MLS ne peut *conceptuellement* pas appartenir à deux NMLS différents, et il est dès lors impossible d'expliquer pourquoi – ni même comment – une même norme peut continuer à appartenir à travers plusieurs NMLS différents.

Si l'on emploie des critères substantiels, la difficulté est semble-t-il moindre. Ainsi on pourrait admettre que bien que les structures constitutionnelles fondamentales aient changé, les critères d'appartenance établis par la règle de reconnaissance restent stables. S'il n'y a pas là une impossibilité conceptuelle, il demeure matériellement impossible qu'il en aille ainsi : en effet, le changement de structure constitutionnelle doit nécessairement affecter la nature des organes habilités à créer du droit. On peut ainsi admettre aisément que le passage de la IV^e République à la V^e République n'a pas créé un changement fondamental des structures constitutionnelles – et n'a donc pas entraîné un changement de système juridique non-momentané, dès lors que les organes habilités à produire du droit demeurent virtuellement identiques, quoique la teneur et l'étendue de leurs compétences aient bien entendu changé. Dès lors, au contraire, qu'un changement fondamental affecte l'identité même des organes chargés de créer du droit, le passage d'un NMLS à l'autre – si on l'identifie de façon substantielle ou matérielle – ne peut qu'entraîner une forme de *tabula rasa*. Si l'ensemble des normes de la dictature demeurent valides sous la république qui s'ensuit, il est permis de douter que l'on a

³¹ V. notamment L. Fuller, *The Morality of Law*, 2^e édition, New Haven, Yale University Press, 1977, p. 142 ; J. Finnis, « Revolutions and Continuity of Law » in A.W.B. Simpson (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Second Series*, Oxford, Clarendon Press, 1973 ; et l'ouvrage récent de B. Spagnolo, *The Continuity of Legal Systems in Theory and Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

³² E. Bulygin, « Algunas consideraciones... », *art. cit.*, p. 263.

bien changé de système juridique – le changement constitutionnel apparaissant alors comme de pure façade.

Or pourtant, les coups d'états, les *pronunciamentos*, les révolutions n'aboutissent que rarement à une telle *tabula rasa*. Bien souvent des pans entiers du droit sont conservés par-delà les révolutions juridiques, par-delà le passage d'un NMLS à l'autre. On peut prendre deux exemples tirés de l'histoire juridique et constitutionnelle française³³.

Partons tout d'abord du postulat que les critères d'identification du système juridique français actuel sont les suivants. Pour ce qui est des critères formels, on peut affirmer que toute norme adoptée de manière conforme par l'Assemblée nationale et le Sénat – ou définitivement adoptée par l'Assemblée nationale – et promulguée par le président de la République appartient au système juridique français, c'est-à-dire à un MLS du système juridique français non-momentané³⁴. Quant aux critères substantiels, on peut dire (très schématiquement) que le système juridique français se caractérise comme une république démocratique, structurée autour des principes de séparation des pouvoirs et d'Etat de droit, et d'un régime libéral de protection des droits et libertés.

Prenons maintenant en premier lieu l'exemple du Code civil. Les critères d'appartenance en 1804 sont les suivants : toute norme adoptée par le Corps législatif et le Tribunat et promulguée par le Premier consul (bientôt l'Empereur) appartient au système juridique. Quant à la structure constitutionnelle : il s'agit d'une république autocratique (bientôt un Empire, au prix de modifications constitutionnelles minimales), où la séparation des pouvoirs apparaît comme une illusion et où les droits et libertés ne sont pas particulièrement garantis. Si l'on s'en tient aux critères tant formels que substantiels, il semble évident que le NMLS de 1804 et le NMLS actuel ne sont pas les mêmes. Et pourtant le Code civil appartient toujours au système juridique français – il a bien entendu été de nombreuses fois modifié depuis 1804, mais le simple fait qu'une norme puisse être modifiée suppose que les MLS qui précèdent et résultent de sa modification appartiennent bien au même NMLS. Comment donc expliquer que le Code civil appartienne toujours à notre système juridique – c'est-à-dire à un MLS de notre NMLS – dès lors qu'une telle appartenance semble impliquer que nous n'avons en définitive pas changé de NMLS ? Il semble bien en effet que ce soit le principe de persistance des normes qui explique la persistance des normes du Code civil, ce qui supposerait que les l'ensemble des MLS auxquels le Code civil a persisté à appartenir appartiennent au même NMLS – ce qui invaliderait, *prima facie*, les critères tant formels que substantiels d'identification des NMLS.

Prenons un deuxième exemple qui est plus difficile : les lois promulguées par Philippe Pétain sous le régime de Vichy. Quant aux critères d'appartenance, Vichy fait dans la simplicité : toute loi promulguée par le Maréchal Pétain appartient au système juridique. Quant à la structure constitutionnelle, il s'agit d'une dictature autoritaire, sans véritable séparation des pouvoirs, et un régime profondément illibéral ayant entendu mettre en œuvre une politique violemment discriminatoire. Il semble bien qu'il s'agisse d'un système juridique (i.e. un NMLS) radicalement distinct du nôtre et ce d'autant plus que pendant plusieurs années, deux « systèmes juridiques » ont également prétendu à l'autorité en France : le régime de Vichy d'un

³³ Le lecteur nous pardonnera ici des simplifications inévitables liées au fait qu'il ne s'agit que d'illustrations d'un point plus général.

³⁴ Bien entendu, le propos ne vaut ici que pour la norme législative stricto sensu et on laisse de côté ici les autres sources de droit (le règlement, la jurisprudence, etc).

côté et de l'autre la France libre, suivie du Comité français de libération nationale puis du Gouvernement provisoire de la République française. Ainsi deux *Journaux officiels* furent publiés en parallèle, l'un à Paris, puis à Vichy – le *Journal officiel de la République française* devenant à partir du 4 janvier 1941 le *Journal officiel de l'Etat français*, dont la publication ne s'arrêtera que le 25 août 1944 – l'autre à Londres sous diverses dénominations successives, et avec une périodicité variable³⁵, puis à Alger, où reparaît dès le 10 juin 1943 le *Journal officiel de la République française*. Nous avons bien, pendant plus de quatre ans, deux publications officielles parallèles, comprenant chacun des lois revendiquant la même autorité. Bien entendu, l'efficacité de ces systèmes juridiques parallèles fut très variable sur des portions de territoire différentes, mais il demeure que chacun des deux systèmes *revendiquait* la même autorité sur l'ensemble du territoire métropolitain, ultramarin et colonial – y compris donc sur des portions de territoire qu'il ne contrôlait plus, ou pas encore. Dès lors que le second système l'a emporté sur le premier, il semble faire peu de doute que le système juridique de Vichy est radicalement différent du nôtre.

Et pourtant, de nombreuses lois de Vichy demeurent valides aujourd'hui, c'est-à-dire continuent d'appartenir aux divers MLS qui se succèdent au sein de notre NMLS. L'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental, publiée à Alger au *Journal officiel* du 10 août³⁶, dispose certes, en son article premier, que « la forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister ». Il en résulte que, selon l'article 2, « sont, en conséquence, nuls et de nul effet tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République française. » La *tabula rasa* semble recevoir ici son expression la plus pure. Cependant l'article 2 poursuit : « Cette nullité doit être expressément constatée ». Et l'ordonnance constate ainsi la nullité d'un certain nombre d'actes – à commencer par les actes constitutionnels et les lois portant statut des Juifs. Mais cela semble contredire l'idée de *tabula rasa* : si tous les actes sont nuls, il n'est pas besoin de les constater. On peut se demander si la constatation d'une nullité n'est pas fonctionnellement équivalente à une abrogation (le cas échéant avec effet rétroactif). De fait, de nombreuses lois promulguées par le maréchal Pétain continuent d'appartenir à notre système juridique. Lorsqu'on effectue une recherche sur *Légifrance* des Journaux officiels de cette période, les deux Journaux officiels concurrents sont reproduits, et il n'est pas rare que seul le Journal officiel de Vichy apparaisse – en raison de la plus faible périodicité du Journal d'Alger.

Le problème de la continuité n'a donc pas une portée purement abstraite ou théorique : de nombreuses normes continuent d'appartenir à notre système juridique (i.e. aux MLS de notre NMLS) qui semblent provenir de systèmes antérieurs, et cela a un impact tout à fait pratique – par exemple, le casse-tête de la Direction de l'information légale et administrative quant à la question de savoir quel *Journal officiel* faire figurer sur *Légifrance*... Ici le dilemme est le

³⁵ Tout d'abord en 1940, le *Bulletin officiel des forces françaises libres*, puis à partir de janvier 1941 le *Journal officiel de la France libre*, puis enfin le *Journal officiel de la France combattante* entre août 1942 et septembre 1943.

³⁶ Le même jour paraît au *Journal officiel de l'Etat français*, publié à Vichy, une loi, promulguée par le maréchal Pétain, instituant des primes de livraison de céréales...

suivant : soit, dans les deux exemples susmentionnés, nous avons bien affaire à des NMLS différents (correspondant respectivement à la République autoritaire de Bonaparte, au régime de Vichy et à notre V^e République) mais alors la continuité des normes à travers ces différents systèmes ne reçoit pas d'explication ; soit il s'agit du *même NMLS* auquel cas le principe de persistance des normes permet de rendre compte de la continuité du Code civil ou des lois de Vichy, mais alors ni les critères formels ni les critères substantiels ne permettent d'identifier les systèmes juridiques...

Dans la suite de cette contribution, je vais tenter d'examiner deux solutions, correspondant chacune à une branche différente du dilemme. La première, qui fournira la matière de la quatrième section, tente de sauver l'idée selon laquelle les critères tant formels que substantiels permettent bien d'identifier des NMLS différents, en expliquant la continuité des normes par un processus de *réception des normes* de l'ancien NMLS au nouveau. La seconde, qui fournira la matière de la cinquième et dernière section, affirme au contraire que nous avons toujours affaire au même système non-momentané, mais que la solution à la question du critère d'identification des NMLS passe par un « affaiblissement » de la règle de reconnaissance. Nous ne ferons pas mystère de notre préférence pour la deuxième solution.

IV. La « réception des normes » : une solution utile, mais défectueuse

La première solution repose donc sur l'idée selon laquelle les normes de l'ancien NMLS sont *reçues* (ou réceptionnées) au sein du nouveau NMLS. Formellement, pour toute norme N appartenant à $\{MLS_1...MLS_n\}$ appartenant à NMLS₁, N peut être « réceptionnée au sein de » $\{MLS'_1...MLS'_n\}$ appartenant à NMLS₂ si et seulement si NMLS₂ en dispose ainsi. La question est alors de savoir ce en quoi consiste cette « réception » et ce que cela veut dire, pour NMLS₂, d'en « disposer ainsi ».

Ici deux modèles peuvent être distingués : d'une part le modèle de la réadoption – ou « re-promulgation » (*re-enactment*) – tacite des normes ; d'autre part celui des systèmes juridiques ouverts.

A. La réadoption tacite des normes

La thèse de la réadoption tacite entend contester le postulat selon lequel ce sont bien les *mêmes* normes qui persistent d'un système non-momentané à l'autre. En réalité pour chaque norme concernée, nous avons affaire à deux normes différentes : une norme N appartenant à $\{MLS_1...MLS_n\}$ appartenant à NMLS₁ et une norme N' appartenant à $\{MLS'_1...MLS'_n\}$ appartenant à NMLS₂. Bien que le *contenu* des normes en question soit identique, le fondement de leur validité diffère : N était valide dans l'ancien système non-momentané en raison des critères d'appartenance de cet ancien système ; N' est valide dans le nouveau système en raison des critères d'appartenance de ce nouveau système. Cela veut donc dire que N a disparu avec l'ancien système et qu'une norme N', de contenu identique, a été promulguée dans le nouveau système. Comme une telle promulgation n'a, de fait, pas eu lieu – il n'y a pas eu d'édition du

Journal officiel promulguant des normes identiques à toutes les anciennes normes de l'ancien système...³⁷ – il faut en conclure qu'elle est tacite, ou implicite.

La notion de réadoption tacite a été ainsi mise en avant par Kelsen, qui écrit, dans la *Théorie générale du droit et de l'Etat* :

Une grande partie des normes de l'ancien ordre juridique « restent » valides également dans le cadre du nouvel ordre. Mais l'expression « elles restent valides » ne donne pas une description adéquate du phénomène. C'est seulement le contenu de ces normes qui demeure le même, mais non la raison de leur validité. (...) Si les règles de droit (*laws*) qui ont été introduites sous l'empire de l'ancienne constitution « continuent d'être valides » sous la nouvelle constitution, cela n'est possible que parce que la validité leur a été expressément ou *tacitement* conférée par la nouvelle constitution. (...) Le nouvel ordre « reçoit » c'est-à-dire adopte, des normes en provenance de l'ancien ordre ; cela veut dire que le nouvel ordre donne validité à (fait entrer en vigueur) des normes qui sont le même contenu que les normes de l'ancien ordre. La « réception » est une forme abrégée de création de droit³⁸.

On retrouve peu ou prou la même idée (quoique exprimée dans un cadre théorique différent) chez Hart :

Dans toute description complète des critères utilisés par les cours après la rupture révolutionnaire pour déterminer ce qui est de droit, l'ancienne législation devrait être spécifiquement mentionnée *eo nomine*. S'il n'y avait pas eu de révolution, elle aurait été identifiée par référence à la disposition générale précisant la succession ininterrompue des législateurs. Après la révolution, par conséquent, la validité de l'ancienne législation repose désormais sur une règle de reconnaissance différente de celle qui avait cours auparavant³⁹.

En somme, les normes de l'ancien système disparaissent avec lui, mais sont « revitalisées » par une disposition du nouveau système – qu'il s'agisse, chez Kelsen, d'une disposition constitutionnelle tacite ou bien d'une spécification au sein de la règle de reconnaissance. Bref, si les normes en question « continuent bien » d'appartenir au nouveau système juridique, c'est parce que tout se passe comme si elles avaient été adoptées de nouveau.

La notion de réadoption tacite présente néanmoins un certain nombre de difficultés. On en retiendra trois.

Tout d'abord, elle ne permet pas de comprendre pourquoi, pour des pans entiers du droit antérieur, ce n'est pas seulement le contenu des normes qui est identique, mais le processus d'implémentation du droit (d'interprétation et d'application) qui est continu. Comme Hart l'a justement fait remarquer⁴⁰, en cas de révolution juridique, la rupture n'est pas nette, de sorte qu'il peut demeurer une incertitude sur la teneur exacte des critères de validité, et sur par conséquent l'appartenance de telle ou telle normes au système (c'est-à-dire, plus précisément, sur la consistance exacte des différents MLS qui se succèdent immédiatement après la révolution). Or au cours de cette période floue, pour autant que l'activité des tribunaux n'est pas suspendue, le droit antérieur demeure interprété et appliqué de manière ininterrompu et sans heurt. Si on suit le modèle de la réadoption tacite, alors il faut affirmer que toutes les normes ont disparu au moment de la rupture, mais qu'il faut attendre que les critères de validité soient stabilisés pour que les normes en question soient réputées réadoptées. Cela ne permet donc pas

³⁷ Une telle éventualité peut bien sûr se produire, mais alors le problème de la continuité ne se pose pas.

³⁸ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, p. 117.

³⁹ H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 363.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 362.

d'expliquer le caractère routinier et ininterrompu de l'application du droit au cours de cette période intermédiaire.

De surcroît, si l'on accepte l'argument de Kelsen, il est difficile de savoir à l'avance quelles sont les normes qui sont ainsi « ré-adoptées ». Le processus de réadoption tacite suppose soit une réadoption particulière de chaque norme prise isolément, soit une réadoption globale des normes de l'ancien système. Or aucun des deux types de réadoption n'est véritablement plausible. S'il s'agit d'une approche au coup par coup, norme par norme, qu'est-ce qui permet de savoir, au moment où les critères d'appartenance se stabilisent, que telle norme a été réintroduite et que telle autre ne l'a pas été ? Selon quel critère ? Bien entendu, une fois que la pratique d'implémentation du droit aura par les cours se sera elle-même stabilisée (en réalité, on l'a vu, elle est souvent stable par-delà la révolution juridique), on saura à peu près quelles normes les cours considèrent ou non comme valides. Mais si la pratique des cours permet d'établir quels sont les *critères de validité*, il n'y a pas besoin, une fois ces critères établis et stabilisés (ce qui est par hypothèse le cas), d'attendre que les cours se prononcent pour savoir quelle norme appartient au système ou quelle autre ne lui appartient pas⁴¹. L'idée d'une « réadoption tacite » au cas par cas, norme par norme, n'est donc guère satisfaisante. Il en va hélas de même de l'idée d'une réadoption *globale*, qui ne permet pas d'expliquer pourquoi *toutes* les normes de l'ancien système ne sont pas tacitement réintroduites dans le nouveau système.

Enfin, la thèse de la réadoption tacite a pour inconvénient majeur de reposer sur des normes... tacites (ou implicites⁴²). Il n'est pas certain, à ce titre, qu'elle soit l'explication la moins coûteuse théoriquement des phénomènes de persistance normative ici étudiés. Au moment de choisir entre une hypothèse qui aboutit à multiplier les entités (ici les normes implicites) et une autre, il est sans doute nécessaire de faire jouer une sorte de rasoir d'Occam théorique⁴³. Du reste, la thèse de la réadoption tacite se heurte à un certain nombre de difficultés supplémentaires lorsque l'on considère l'existence de phénomènes de réception explicite, mais partielle des normes. Soit une série de normes explicites $\{N'_1...N'_n\}$ de $\{MLS'_1...MLS'_n\}$ – appartenant à $NMLS_2$ – ayant un contenu identique à $\{N_1...N_n\}$ appartenant $\{MLS_1...MLS_n\}$ – appartenant à $NMLS_1$. Le principe *expressio unius, exclusio alterius* devrait entraîner l'invalidité de *toutes les autres normes* de l'ancien système : il en résulte qu'une réadoption tacite serait impossible dès lors qu'une unique norme serait expressément réadoptée.

B. Les « systèmes juridiques ouverts ».

⁴¹ On laisse de côté ici la question de l'éventuelle texture ouverte de la règle de reconnaissance (v. H.L.A. Hart, *Concept of Law, op. cit.*, p. 147 et sq.), qui peut faire douter, dans certains cas limites, de l'appartenance de telle ou telle norme au système juridique.

⁴² Voir sur les difficultés de l'implicite en droit, J. Wróblewski, « Le non-dit en droit : présuppositions et conventions implicites » in P. Amselek et C. Grzegorzczak (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France 1989.

⁴³ Kelsen est coutumier d'une telle multiplication des entités implicites, comme le montre la théorie des dispositions alternatives de la Constitution (H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.* p. 363) qui suppose, pour expliquer la validité des lois inconstitutionnelles, l'existence d'une clause implicite habilitant le législateur à déroger à la Constitution...

Un autre modèle est proposé par Moreso et Navarro⁴⁴, selon lesquels les systèmes juridiques sont des « systèmes ouverts ». Pour ce faire ils prennent appui sur la distinction appartenance/applicabilité élaborée par Bulygin (v. *supra*) et développée par Moreso et Navarro eux-mêmes⁴⁵. Selon eux, l'erreur de la thèse de la réadoption tacite est d'accepter sans discussion le postulat – à l'œuvre dans la formulation du problème de la continuité – selon lequel les normes qui persistent d'un système à l'autre appartiennent d'une manière ou d'une autre au nouveau système (c'est-à-dire à un MLS du nouveau NMLS). C'est précisément pour expliquer cette appartenance que l'on doit avoir recours à des fictions telle que la réadoption tacite. Le problème est en revanche nové si l'on conteste ce postulat. Pour Moreso et Navarro, la fin de l'ancien NMLS a bien entraîné la disparition du dernier MLS lui appartenant. Dans cette perspective, l'ensemble des normes appartenant à ce MLS sont bien éliminées. Leur temporalité externe s'arrête alors. Mais ces normes peuvent néanmoins toujours être applicables au sein des MLS du nouveau NMLS, dès lors que des *normes d'applicabilité* habilite ou obligent les juges du nouveau NMLS à appliquer ces normes disparues. Dès lors, le temps *interne* de la norme excède son temps externe, en se prolongeant par-delà la rupture révolutionnaire. On a donc affaire à une sorte de post-activité indéfinie de ces anciennes normes. Comme l'écrivent Moreso et Navarro :

En ce qui concerne la réception des normes, nous ne sommes pas obligés d'accepter l'idée selon laquelle les anciennes normes appartiennent dans le nouveau système. Les anciennes normes ne sont plus du droit valide, mais elles peuvent toujours être applicables – si toutefois elles sont adoptées au sein du nouveau système juridique, ce qui n'est possible que si des normes appartenant au nouveau système établissent l'obligation d'appliquer ces normes antérieures⁴⁶.

La thèse du système ouvert présente un certain nombre d'avantages sur le modèle de la réadoption tacite. Ainsi elle permet d'expliquer le caractère continu et ininterrompu du processus d'interprétation et d'application des normes d'un système à l'autre, dès lors que les normes demeurent applicables au sein du nouveau système alors même qu'elles ne lui appartiendraient pas : il n'y a donc pas besoin d'attendre que les critères d'appartenance soient stabilisés pour expliquer que les juges puissent continuer d'appliquer ces normes. Par ailleurs, elle permet d'expliquer pourquoi telle norme persiste au sein du nouveau système (c'est-à-dire demeure applicable au sein de ce nouveau système) et pourquoi telle norme ne persiste pas. En effet l'identité des normes persistantes est dépendante du scope des normes d'applicabilité : le modèle des systèmes ouverts permet donc de fournir une explication à la réception globale, mais partielle, des normes de l'ancien système.

Cependant ce modèle est à son tour grevé de deux défauts majeurs. En premier lieu, il repose également sur des normes implicites. Il n'agit certes pas, comme c'est le cas du modèle précédent, de normes implicites ayant pour objet de réadopter les normes de l'ancien système ; mais les normes d'applicabilité permettant la persistance des anciennes normes en allongeant indéfiniment leur temporalité interne sont rarement explicites au sein des systèmes juridiques

⁴⁴ J.J. Moreso et P. Navarro, « The Reception of Norms and Open Legal Systems » in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998

⁴⁵ Voir notamment les deux articles déjà cités, J.J. Moreso et P. Navarro, « Some Remarks... », *art. cit.*, et J.J. Moreso et P. Navarro, « Applicability and Effectiveness... », *art. cit.*

⁴⁶ J.J. Moreso et P. Navarro, « The Reception of Norms... », *art. cit.*, p. 288.

postérieurs à une révolution juridique. Reposant sur des normes (d'applicabilité) implicites, le modèle des systèmes ouverts se heurte au même coût théorique que celui de la réadoption tacite.

De surcroît, ce modèle présuppose que les normes « reçues » au sein du nouveau système ne lui appartiennent pas – c'est-à-dire n'appartiennent pas aux différents MLS qui se succèdent au sein du nouveau NMLS. Mais comment expliquer alors que ces normes peuvent être *modifiées et abrogées* au sein du nouveau NMLS⁴⁷ ? L'on ne saurait modifier ou abroger une norme qui n'appartient pas au système juridique. Ainsi il arrive fréquemment que des juges appliquent des normes n'appartenant pas à leur système juridique – c'est le cas, classiquement, en droit international privé, où le juge français peut être amené à appliquer une loi allemande ; mais le législateur français n'est pas habilité à modifier ou abroger la loi allemande. C'est pourquoi le système des modèles ouverts, qui analyse peu ou prou la réception des normes comme l'équivalent temporel du conflit de lois dans l'espace, est condamné à l'échec, car cette équivalence est défectueuse. Moreso et Navarro rejettent le postulat de l'appartenance continue des normes anciennes dans le nouveau système – et évitent un certain nombre des écueils de la thèse de la réadoption tacite –, mais ce faisant ils ne parviennent pas à expliquer que soient réalisées sur ces normes des opérations (abrogation, modification) qui ne peuvent être effectuées que sur des normes appartenant au système juridique.

Dès lors que ni la réadoption tacite, ni le modèle des systèmes ouverts, ne permettent de résoudre le problème de la continuité, il convient d'écarter la thèse de la réception des normes.

V. Le *RBB-Model* : deux règles de reconnaissance

A. Règle de reconnaissance « faible » et « forte »

Ici, il peut être tentant de renoncer tout simplement au *RB-Model* : puisque celui-ci ne permet pas de fournir une solution au problème de la continuité, il conviendrait de renoncer à l'idée selon laquelle les systèmes juridiques s'organisent de façon non-momentanée et momentanée, de sorte qu'un système momentanée ne puisse appartenir qu'à un seul système non-momentané. Cependant, je souhaiterais montrer qu'une modification marginale du *RB-Model* permet de résoudre adéquatement le problème en dépeuplant assez drastiquement le nombre de NMLS. Je propose d'appeler ce modèle modifié le *RBB-Model (Raz-Bulygin-and-Beyond-Model)*

Je vais en effet suggérer que dans le dilemme exposé à la fin de la troisième section ci-dessus, il faut embrasser la deuxième branche de l'alternative : la continuité des normes de l'ancien système au sein du « nouveau système » est le signe de ce qu'il n'y a pas eu de changement de système (non-momentané). Bien que tant les critères formels d'appartenance que les aspects substantiels liés à la structure constitutionnelle fondamentale aient changé, nous n'avons pourtant pas changé de système non-momentané. Cela implique, comme on va le voir, une conception assez « fine » de l'identité des systèmes juridiques.

Si l'on accepte cette hypothèse, cela veut dire que le MLS au sein duquel le Code civil français a été promulgué et le MLS existant en France à l'heure où j'écris ces lignes appartiennent au même NMLS. La même chose vaut pour les lois de Vichy. Comment expliquer

⁴⁷ Le Code civil a ainsi bien entendu été modifié de nombreuses fois depuis 1804.

qu'il en aille ainsi alors qu'il est indisputé que la règle de reconnaissance n'est plus la même aujourd'hui qu'en 1804 ou en 1940-1944 et que les structures constitutionnelles fondamentales sont radicalement différentes ?

La première étape du raisonnement doit consister à choisir entre critères formels et critères substantiels d'identification des NMLS. Je vais partir du principe que ces critères sont avant tout formels, c'est-à-dire tirés des critères d'appartenance déterminés par la règle de reconnaissance. Le changement de structure constitutionnelle, même inconstitutionnel – c'est-à-dire même intervenant après une révolution juridique – n'est pas suffisant pour entraîner le changement de système juridique : il faut pour ce faire que soient affectés les critères d'appartenance, comme on l'a vu plus haut. Comme le dit Portalis dans le Discours préliminaire, « l'expérience prouve que les hommes changent plus facilement de domination que de lois ». J'apporterai des arguments supplémentaires en ce sens à la fin de cette section.

S'il s'agit de retenir un critère formel, se pose alors la question de savoir quel critère retenir. De fait, la règle de reconnaissance, qui fournit le critère formel par excellence, a bien varié entre 1804 et 2023. Les promulgations du Premier consul (ou de l'Empereur et de ses descendants) ne sont plus sources de droit aujourd'hui. Cependant il faut distinguer entre *deux* règles de reconnaissance, qui évoluent à un degré de généralité différent.

D'un côté, nous avons la règle de reconnaissance « forte » (ci-après *sRoR*⁴⁸) qui permet d'identifier les MLS en déterminant quelles sont les normes qui y appartiennent ; cette *sRoR* a un degré assez élevé de spécificité, et peut changer de manière incrémentale – à la suite notamment de changements constitutionnels. Parfois de tels changements seront brusques, comme c'est le cas à la suite d'une révolution juridique. La révolution juridique n'entraîne pas le changement de NMLS, mais uniquement le changement de MLS, en introduisant de nouveaux critères de validité, une nouvelle *sRoR*. Cependant le principe de persistance des normes juridiques trouve ici à s'appliquer : dès lors que la révolution juridique n'entraîne pas le changement de NMLS, les normes qui appartiennent aux MLS précédant la révolution juridique continuent d'appartenir – jusqu'à leur élimination – aux MLS qui suivent cette révolution juridique. Il en résulte une nouvelle formulation du principe de persistance des normes :

(PPN_{RBB}) si une norme N appartient au système momentané MLS_1 en vertu de *sRoR_1*, alors elle appartient à l'ensemble des systèmes qui succèdent à MLS_1 jusqu'à ce qu'elle soit éliminée en MLS_n , selon *sRoR_n*.

Que *sRoR_n* (c'est-à-dire la règle de reconnaissance forte du système quelconque MLS_n dont la norme N est éliminée) soit ou non identique à *sRoR_1* (c'est-à-dire la règle de reconnaissance forte du système MLS_1 où N a été introduite) – et que les changements intervenus entre les deux *sRoR* soient incrémentaux ou brusques – ne fait ici aucune différence : le principe de persistance des normes permet de résoudre le problème de la continuité.

De l'autre côté, nous avons une règle de reconnaissance faible (ci-après *wRoR*⁴⁹) qui, elle, permet d'identifier les NMLS. Elle se situe à degré assez élevé de généralité, en ce qu'elle fournit les critères d'appartenance des différents MLS – identifiés au moyen de *sRoRs* souvent très différents – de ce NMLS. Par exemple, une partie de la formulation de la *wRoR* du système

⁴⁸ Pour *strong Rule of Recognition*.

⁴⁹ Pour *weak Rule of Recognition*.

non-momentané français pourrait être : « *la législation est source de droit* »⁵⁰. Ce qui compte comme étant de la législation a bien entendu varié au cours de l'histoire, mais la source elle-même demeure semblable, pourvu qu'on la formule à un haut degré de généralité. Il en résulte qu'un NMLS comprend l'ensemble des MLS dont la *sRoR* est subsumable sous la *wRoR* du NMLS. On comprend donc pourquoi le Code civil ou les lois de Vichy peuvent demeurer valides encore aujourd'hui : les *sRoRs* des divers MLS existant en 1804 ou en 1940-1944⁵¹ demeurent subsumables sous la même *wRoR* : nous, sujets de droit français de 2023, appartenons donc bien au même système juridique non-momentané que les contemporains de Portalis...

B. Règle de reconnaissance et règles de changement

Cela soulève la question de savoir ce qui contribue à donner aux *sRoRs* leur consistance et explique leurs changements. Une partie (mais une partie seulement) de la réponse se trouve dans les modifications constitutionnelles. Les normes constitutionnelles peuvent (pour un grand nombre d'entre elles) être analysées comme ce que Hart appelle au chapitre 5 du *Concept de droit* des règles de changement⁵², à savoir des règles habilitant certains organes à changer le droit en précisant l'étendue de leur compétence, en indiquant la procédure qui doit être suivie et en mettant, le cas échéant, des restrictions au contenu des normes ainsi créées. Il faut donc porter l'analyse sur l'articulation entre règle de reconnaissance – et principalement *sRoR* – et règles de changement.

Dans un précédent travail⁵³, j'ai défendu l'idée d'une différence conceptuelle entre règle de reconnaissance et règles de changement contre ceux qui affirment qu'elles sont identiques, ou à tout le moins que la règle de reconnaissance est redondante par rapport aux règles de changement⁵⁴. En effet, à en croire notamment Jeremy Waldron, il n'y a pas de différence majeure entre les deux types de règles. La règle de changement dispose que « M. X est habilité à créer des normes juridiques de telle forme et selon telle procédure » ; la règle de reconnaissance dispose que « toute norme édictée par M. X appartient au système juridique » : le gain semble faible, voire inexistant. Et pourtant les deux types de règles sont bien différentes, en ce qu'elles remplissent des fonctions différentes : la règle de reconnaissance permet de répondre à la question « la norme N appartient-elle au système S ? » alors que la règle de

⁵⁰ Cette formulation est très partielle, bien entendu, car elle passe sous silence les autres sources du droit français. Mais il en va de même, par exemple, de la formulation hartienne de la règle de reconnaissance britannique « ce qu'adopte le Roi (ou la Reine) en Parlement est du droit ». Une formulation complète de la *wRoR* n'est pas nécessaire.

⁵¹ Le cas de Vichy demeure un peu plus complexe, car, au moins à partir de 1943 avec la création à Alger du Comité français de libération nationale, la France libre se dote d'organes revendiquant une habilitation constitutionnelle à créer du droit. Il semble donc que l'on ait deux systèmes juridiques (deux séquences de MLS) concurrents sur un même territoire. En réalité, il y a là une part de fiction, et le principe d'efficacité doit ici entrer en ligne de compte : le CFLN n'a guère exercé d'autorité sur le territoire métropolitain – et lorsque son successeur, le GPRF a pu le faire après les débarquements de Normandie et de Provence, c'est le gouvernement de Vichy qui a cessé d'exercer la sienne. Bien entendu ce processus n'a pas été linéaire.

⁵² H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 95-96.

⁵³ M. Carpentier, « Sources and Validity », *art. cit.*

⁵⁴ Voir notamment J. Waldron, « Who Needs Rules of Recognition? », in M. Adler and K.E. Himma (dir.) *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, New York, Oxford University Press, 2009; G. Pino, « Farewell to the Rule of Recognition? », *Problema*, 5, 2011, spéc. p. 284.

changement permet de répondre à la question « la norme N a-t-elle été posée de manière conforme à ce que prévoit la norme (constitutionnelle) N' ? » ou de manière encore plus générale : « l'auteur de N a-t-il agi *intra* ou *ultra vires* ? ». La réponse à ces deux questions peut n'être pas identique, dès lors que l'appartenance d'une norme à un système juridique ne dépend pas nécessairement de sa conformité à une norme supérieure. La distinction entre règle de reconnaissance et règle de changement permet ainsi de comprendre l'existence de lois inconstitutionnelles : celles-ci appartiennent bien au système juridique (c'est-à-dire aux MLS se succédant au sein du NMLS) tant qu'elles n'ont pas été éliminées – et pourtant elles sont contraires à la constitution. – A mon sens le gain principal de la théorie de Hart vis-à-vis du concept kelsénien de validité réside précisément dans la dissociation de la question de l'appartenance au système juridique et celle de la conformité à une norme (fût-elle constitutionnelle) de ce système juridique, ce qui évite les contorsions auxquelles Kelsen se livre sur ce sujet.

Cependant, comme je le notais dans ce même travail, il y a un chevauchement partiel entre le *contenu* de la règle de reconnaissance – c'est-à-dire, ici, de la *sRoR* – et celui des règles de changement. La règle de reconnaissance (la *sRoR*) sélectionne généralement, comme critères d'appartenance, certains faits : le fait par exemple que les deux chambres du Parlement aient adopté de manière conforme un texte, et que le président de la République l'ait promulgué. Ces faits sont globalement identiques – mais à un niveau de généralité plus élevé – à ce que la Constitution de la Ve République prescrit comme la conduite à suivre pour créer de nouvelles règles de droit. Mais ce chevauchement n'est que partiel : une norme qui aurait été créée sans respecter telle ou telle règle de procédure législative, ou qui porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, n'en appartiendrait pas moins au système juridique. C'est précisément ce qui permet d'expliquer l'existence (c'est-à-dire l'appartenance au système juridique) de lois inconstitutionnelles. S'il fallait s'assurer de ce que les normes sont conformes à l'ensemble des normes de changement qui leurs sont applicables avant de conclure à leur appartenance au système juridique, le système juridique serait complètement impraticable – et la règle de reconnaissance ne remplirait pas le but qui lui est assigné⁵⁵, à savoir pallier l'incertitude résultant d'un système composé uniquement de règles primaires.

Dans certains cas, d'ailleurs, le chevauchement entre règle de reconnaissance et règles de changement est minime, comme c'est le cas dans les systèmes à dominance de droit coutumier – puisque la création de règles de droit coutumier ne repose guère sur une habilitation à créer du droit qui serait analogue à celle que l'on trouve dans les systèmes où le droit législatif prévaut.

Il en résulte que nous avons, pour identifier les systèmes juridiques, trois niveaux d'analyse :

1/ La règle de reconnaissance faible (*wRoR*), qui sélectionne les sources fondamentales du droit et qui permet d'identifier les systèmes juridiques non-momentanés. Cette *wRoR* est très largement indépendante des normes constitutionnelles en vigueur : ainsi la Révolution française marque sans doute une rupture entre deux NMLS (le NMLS de l'Ancien régime et celui que nous connaissons encore aujourd'hui), non pas en raison du changement d'organes ou de règles constitutionnelles, mais bien en raison de la refonte complète du système de sources du droit :

⁵⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 94-95.

l'unification des sources autour de la seule source législative, la récession des coutumes⁵⁶. La *wRoR* se situe à un niveau élevé de généralité.

2/ La règle de reconnaissance forte (*sRoR*), qui sélectionne les critères d'appartenance des normes au sein des différents systèmes momentanés et permet donc d'identifier ces derniers. Les différentes *sRoRs* peuvent toutes en principe être subsumées sous la même *wRoR*, en dépit de leur diversité souvent importante. Elles peuvent changer de manière incrémentale ou brusque. Une norme créée sous l'empire d'une précédente *sRoR* peut être éliminée sous l'empire d'une nouvelle *sRoR*.

3/ Les règles de changement constitutionnelles, qui habilent les différents organes constitutionnels à créer du droit et qui, ainsi, informent partiellement le contenu des règles de reconnaissance fortes. La plupart d'entre elles, cependant, ne sont guère pertinentes pour l'identification des MLS comme des NMLS. C'est ce qui permet d'appuyer en dernière analyse, le rejet des critères substantiels d'identification des systèmes juridiques non-momentanés. Quoiqu'en dise Raz, les structures, valeurs, principes constitutionnels fondamentaux – comme la plupart des normes constitutionnelles en général –, ainsi que les formes sociales, les formes de vie, de religion, de culture, qui en sont à l'arrière-plan sont généralement dénuées de toute pertinence lorsqu'il s'agit d'identifier temporellement les systèmes juridiques non-momentanés. Ils peuvent certes informer partiellement les *sRoRs* en leur fournissant un *contenu*, mais ce chevauchement est en tout état de cause partiel, car les *sRoRs* se situent eux-mêmes à un niveau de généralité plus élevé que les normes constitutionnelles. C'est pourquoi les normes appartenant à un MLS_1 peuvent continuer d'appartenir à MLS_n quand bien même une révolution a, entretemps, bouleversé de fond en comble la structure constitutionnelle : la *sRoR* en aura sans doute été affectée, mais pas suffisamment pour qu'elle cesse d'être subsumable sous la *wRoR* du système non-momentané.

Conclusion

Il ressort de ce qui précède que le *RB-Model* est bien fondé : il y a lieu, comme Raz et Bulygin le proposent, de distinguer entre systèmes momentanés, qui correspondent à l'ensemble des normes valides à un moment *t*, et systèmes non-momentanés. Cette distinction est correcte, et le *RBB-Model* propose d'ailleurs de la radicaliser en distinguant entre les critères formels d'identification des systèmes momentanés et ceux des systèmes non-momentanés. De ce point de vue les révolutions juridiques peuvent être – mais ne sont en définitive que très rarement – des points de ruptures entre systèmes non-momentanés. Lorsqu'une telle rupture existe, le problème de la continuité ne se pose guère : les normes de l'Ancien régime ne sont plus valides aujourd'hui, ou alors par le biais d'une réception explicite des normes. En revanche ce qui est identifié comme une « révolution juridique » par les différents auteurs ici étudiés n'est que très rarement un tel point de rupture. La révolution juridique n'affecte le plus souvent que la règle de reconnaissance *forte* – qui n'identifie que les MLS – et n'entraîne guère le passage d'un NMLS à l'autre : c'est pourquoi le problème de la continuité ne se pose ici pas davantage, et le principe de persistance des normes (dans sa formulation modifiée) permet

⁵⁶ Ce propos est outrageusement schématique : mais je ne prétends pas ici faire œuvre d'historien du droit.

d'expliquer aisément que des normes anciennes, créées sous l'empire d'une *sRoR* aujourd'hui révolue, persistent dans notre système juridique actuel.

Cette conclusion peut paraître surprenante. La notion même de révolution juridique semble avoir été forgée pour désigner des cas de changement de système juridique non-momentané – et pourtant la seule solution au problème de la continuité des normes de « l'ancien » système au sein du nouveau consiste à montrer que, dans la plupart des cas, un tel passage n'a en réalité pas lieu. L'une des raisons réside dans le fait que les critères temporels d'identification des systèmes juridiques sont en partie liés à d'autres critères, notamment spatiaux ou territoriaux. De nombreuses révolutions amènent à la création de nouveaux NMLS pour la simple raison qu'elles entraînent des *sécessions*. C'est la rupture territoriale qui cause l'apparition d'un nouvel Etat, et avec lui d'un nouveau NMLS⁵⁷, avec ses propres règles de reconnaissance faible et forte. Le problème de la continuité est ici amené à se poser avec une certaine acuité, mais il est partiellement réglé par des normes *explicites* de réception – par exemple par les dispositions des Conventions de Vienne de 1978 et 1983. Lorsqu'une telle rupture territoriale n'a pas lieu, il n'y a pas de raison que le changement de gouvernement entraîne un bouleversement fondamental de la règle de reconnaissance faible ; la continuité du territoire – de « la sphère spatiale de validité » pour parler à la manière de Kelsen – constitue sans doute l'un des principaux facteurs de la continuité des systèmes juridiques non-momentanés au fil du temps.

⁵⁷ Le NMLS ne s'identifie pas l'Etat – un même Etat peut comprendre territorialement plusieurs systèmes juridiques – mais la création d'un nouvel Etat entraîne assez fréquemment l'apparition d'un nouveau système juridique.