

Maxime St-Hilaire

LES POSITIVISMES JURIDIQUES AU XX^e SIÈCLE

NORMATIVISMES,
SOCIOLOGISMES,
RÉALISMES



Collection Dikè



DIKÈ

Collection dirigée par Josiane Boulad-Ayoub et Bjarne Melkevik



«Le soleil ne transgressera pas son orbe
(métra).

Ou alors les Érinyes, aides de la justice,
le découvriront.»

(Héraclite, *Aphorisme* 94)

Les Érinyes, déesses de la vengeance, dont Héraclite fait les auxiliaires de la justice, se métamorphosent à la fin de l'Orestie d'Eschyle en bienveillantes Euménides. Fille de Thémis dans la mythologie, DIKÈ, alliée cependant aux nouvelles divinités Athéna et Apollon, s'humanise dans la tragédie, se laïcise, se politise en s'associant aux progrès de la démocratie, du débat juridique et politique, du développement des lois.

DIKÈ n'était pas, à Athènes, la mimésis d'une essence de la justice, elle était à la fois l'idée abstraite du droit et, sous de multiples formes, l'action judiciaire.

La collection «DIKÈ», comme la Pnyx et l'Agora athéniennes, offre un espace public, un lieu de rencontre pour penseurs venus d'horizons et de disciplines différents, du droit, de la philosophie du droit, de la philosophie politique, de la sociologie, prêts à débattre des questions juridiques urgentes et disposés à une critique aussi polymorphe et diverse que les structures complexes du droit contemporain qu'ils tenteront de mettre à jour. Penseurs persuadés que DIKÈ, élevée à la dignité autonome du concept, est toujours enchaînée au juste et à l'injuste et que, privée de déterminations concrètes, la justice n'est qu'une forme vide. Persuadés aussi que l'ambivalence des structures juridiques invite à procéder à une enquête sur la généalogie des formes historiques du droit.

LES POSITIVISMES JURIDIQUES AU XX^e SIÈCLE

Normativismes, sociologismes, réalismes

MAXIME ST-HILAIRE

LES POSITIVISMES JURIDIQUES
AU XX^e SIÈCLE

Normativismes, sociologismes, réalismes



**Presses de
l'Université Laval**

Financé par le gouvernement du Canada
Funded by the Government of Canada

| **Canada**

Nous remercions le Conseil des arts du Canada de son soutien.

We acknowledge the support of the Canada Council for the Arts.



Conseil des arts
du Canada

Canada Council
for the Arts

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année de la Société de développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

SODEC
Québec

Maquette de couverture : Laurie Patry

© Les Presses de l'Université Laval

Tous droits réservés. Imprimé au Canada

Dépôt légal 2^e trimestre 2020

ISBN 978-2-7637-4878-8

PDF 9782763748795

Les Presses de l'Université Laval

www.pulaval.com

Toute reproduction ou diffusion en tout ou en partie de ce livre par quelque moyen que ce soit est interdite sans l'autorisation écrite des Presses de l'Université Laval.

Table des matières

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE 1 | |
| Le normativisme pur de Kelsen et l'identité du droit et de l'État..... | 7 |
| CHAPITRE 2 | |
| Normes juridiques et État dans la <i>Sociological Jurisprudence</i> et chez Ehrlich | 23 |
| CHAPITRE 3 | |
| Normes juridiques et État chez Duguit et dans la tradition fonctionnaliste..... | 31 |
| CHAPITRE 4 | |
| Normes juridiques et État d'un point de vue « réaliste »..... | 45 |
| CHAPITRE 5 | |
| Le normativisme « impur » de Hart et le droit étatique comme paradigme..... | 63 |

L'opuscule qui suit ne se veut pas une contribution à l'état actuel de la discussion philosophique sur le droit, mais un guide à l'intention du débutant. Il s'agit en l'occurrence d'une introduction à la genèse historique des termes actuels des débats, profanes comme savants, qui continuent de porter largement sur le « positivisme juridique ». Une telle introduction peut sans doute être tout aussi bien qualifiée de « typologique », le pari pris ici étant celui de la possibilité d'une interrogation la pensée juridique moderne à travers ses expressions canoniques. Il m'a ainsi semblé utile de produire une brève histoire des positivismes juridiques au siècle dernier, qui sera l'occasion d'une évaluation des tentatives d'étude du droit comme fait ainsi que d'une interrogation sur le rapport épistémique du droit comme objet d'étude à la figure de l'État, ce qui, enfin, ne manque pas de poser la question du pluralisme juridique. Mais, d'abord, que faut-il entendre par « positivisme juridique » ?

Ainsi que le relate Hugo Hardy :

Lorsqu'il apparaît au XIV^e siècle, *positif* signifie « posé par une autorité, par un acte volontaire », par opposition à « naturel », c'est-à-dire « résultant de la nature des choses ». On parle ainsi de religion positive et de religion naturelle, de théologie positive et de théologie naturelle, de droit positif et de droit naturel. Une deuxième acception du terme apparaît vers le XIV^e ou le XVII^e siècle. *Positif* signifie alors aussi « qui a un caractère de certitude, d'évidence », puis (1749) « fondé sur l'expérience, sur l'observation des faits », par opposition à « négatif ». [...] Lorsque Comte se met à employer *positivisme* dans les années 1830 pour signifier *philosophie positive*, il entend *positif* selon la deuxième acception, à savoir « fondé sur l'observation des faits »¹.

1. H. HARDY, « Bentham, père du positivisme juridique ? Sur les rapports théoriques et historiques entre Jeremy Bentham, le juspositivisme et le jusnaturalisme », *Revue d'études benthamiennes*, 2012/11, p. 1-2 de la version PDF, en ligne : <http://etudes-benthamiennes.revues.org>

Aucune définition du positivisme *juridique* ne fait davantage l'unanimité². Il n'en demeure pas moins que l'idée générale en est, soit d'opposition à une certaine forme de jusnaturalisme, soit d'un projet « véritablement », « modernement » scientifique prenant le droit pour objet. Comme le résume bien Alf Ross :

Nous rencontrons d'Aristote à nos jours une tradition ininterrompue de théories jusnaturalistes. Il est vrai, bien sûr, que le fondement théorique et la teneur pratique de cette philosophie ont largement varié. Parfois, le droit naturel était fondé sur des conceptions théologiques ; à d'autres moments, il était conçu rationnellement. La nature de laquelle les principes universels ont été dérivés fut la nature du cosmos, ou celle de Dieu, ou celle de la société et de l'histoire, mais le plus souvent c'était la nature de l'homme, comprise comme son essence rationnelle. Nous pouvons ainsi distinguer entre un droit naturel théologique, un droit naturel sociologique, un droit naturel historique et un droit naturel rationnel et anthropocentrique. Et d'un point de vue politico-pratique, les théories jusnaturalistes ont été conservatrices, aussi bien que réformistes ou révolutionnaires³.

Plus précisément, le terme de « jusnaturalisme » peut renvoyer au moins aux deux idées suivantes : 1) l'idée selon laquelle tout droit véritable tire nécessairement sa source de la volonté de Dieu, de la nature, de la raison ou de la morale (universelle ou particulière), si bien que la validité ou l'existence en tant que droit de tout droit posé ou autrement produit par l'Homme dépendrait de sa conformité au droit naturel⁴ ; 2) l'idée selon laquelle le droit positif trouve dans une telle conformité sa justification, en fait de légitimité, de valeur morale, d'autorité, etc. Or, comme le précise encore davantage Herbert Hart, les théories jusnaturalistes se situent le

-
2. V. VILLA, « Positivism, Legal », dans C.B. GRAY (dir.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, 2 vol., New York, Garland, 1999, vol. 2, p. 661.
 3. A. ROSS, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel » (1961), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 149-166, à la page 153.
 4. Cette première idée est généralement attribuée par les juristes et théoriciens positivistes à Thomas d'Aquin et, par son entremise, à Augustin d'Hippone. Or il s'agit selon toute vraisemblance d'une caricature dont les traits se grossissent de l'oblitération, non seulement du contexte, mais encore de certains mots parmi ceux cités. En effet, Augustin a écrit : « *Nam mihi lex esse non videtur, quae justa non fuerit* », soit : « Ainsi ne me semble pas être la loi ce qui n'est pas juste » (AUGUSTIN, *De libero arbitrio*, 1.15.11). Thomas a repris le mot d'Augustin de la manière suivante : « *Non videtur esse lex, quae justa non fuerit* », c'est-à-dire : « Ne semble pas être la loi ce qui n'est pas juste » (THOMAS D'AQUIN, *Summa Theologica*, qu. XCV, art. 2, 4). Nous savons gré à Hugo Cyr d'avoir dirigé notre attention vers cette question.

plus souvent quelque part entre ces deux idées pour conditionner variablement quelque obligation morale d'obéissance au droit. Ces théories

admettent habituellement [...] que le conflit entre le droit et les exigences même les plus fondamentales de la morale ne suffit pas à priver une règle de son statut juridique ; elles interprètent le lien « nécessaire » entre droit et morale d'une autre manière. Elles exigent comme condition de l'existence d'un système juridique que la reconnaissance de l'obligation morale d'obéir au droit soit, sinon universelle, au moins largement répandue, bien que l'obligation morale plus pressante de ne pas obéir à des règles de droit particulières qui seraient iniques d'un point de vue moral puisse la supplanter dans des cas déterminés⁵.

Contrairement à une idée répandue, le positivisme juridique en tant qu'opposition au jusnaturalisme ne s'oppose aucunement à celui-ci en ce second mais seulement en ce premier sens. Selon sa formulation canonique par John Austin, le positivisme juridique soutient seulement que : « *The existence of law is one thing; its merit or demerit another*⁶. » Aussi, « *[l]egal positivism does not deny that moral and political criticism of legal systems is important, but insists that a descriptive conceptual approach to law is valuable, both on its own terms and as a necessary prelude to criticism*⁷ ». C'est donc abusivement que les juristes qualifient souvent de « positiviste » une théorie formaliste selon laquelle le droit est toujours clair et, même lorsque insensé ou injuste, doit être rigoureusement appliqué par les officiels et obéi par les sujets⁸. Bien qu'on le fasse parfois remonter à Hobbes – chez qui, certes, l'obéissance au souverain domine⁹ – et même si l'on peut déplorer la méconnaissance généralisée, dans l'historiographie philosophique anglo-américaine, de la contribution de Gustav Hugo dont le « traité de droit naturel » de 1798 ne se veut rien

-
5. H.L.A. HART, *Le concept de droit* (1961), trad. 2^e éd. (1994) M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 174-175.
 6. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), rééd. W. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, « Lecture V », p. 157.
 7. B. BIX, « John Austin » (2010), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>
 8. Voir L. GREEN, « Legal Positivism » (2003), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>
 9. T. HOBBS, *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1681), éd. établie par Joseph Cropsey, Chicago, University of Chicago Press, 1971 (trad. L. et P. Carrive : *Dialogue entre un philosophe et un légiste des common-laws d'Angleterre*, Paris, Vrin, 1990).

d'autre qu'une « philosophie du droit positif¹⁰ », celui-ci doit sa première formulation élaborée au « Fragment » de Jeremy Bentham de 1776¹¹, et sa popularisation, sous une forme élaborée, aux travaux de John Austin¹². Or rien n'empêchait ces deux « pères du positivisme juridique » de convoquer l'ajustement du droit (positif) au principe d'utilité¹³. À l'instar de Hart, j'emploierai ici « l'expression 'Positivisme juridique' pour désigner la simple thèse selon laquelle il n'est en aucune manière nécessairement vrai que les règles de droit reflètent ou donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien qu'en réalité elles l'aient souvent fait¹⁴ ».

Une certaine confusion des idées, plus précisément celle des positivismes juridique et épistémologique, qu'il s'agisse du positivisme sociologique ou du positivisme logique, tend également à identifier le positivisme juridique avec le projet d'une véritable science du droit ou autre conquête scientifique du juridique¹⁵. Les rapports conceptuels qu'ont pu entretenir ces différents positivismes tiennent surtout de la contingence de l'histoire des idées. Le positivisme juridique a pu s'accompagner ou non de velléités scientifiques, et lorsque ce fut le cas, celles-ci ont pu tenir de toutes sortes d'orientations épistémologiques. Par ailleurs, certains projets d'intelligence scientifique du juridique, parmi lesquels des projets d'orientation positiviste au sens épistémologique du terme, ont pu être perçus comme des avatars du jusnaturalisme, au premier sens que j'ai relevé, par des juristes positivistes. Plus généralement, juristes positivistes et prétendus scientifiques du juridique furent souvent des jusnaturalistes, au premier ou au second sens, les uns aux yeux des autres.

Le positivisme épistémologique, ce fut d'abord la philosophie positive d'un Auguste Comte qui chantait la venue, après un âge théologique,

-
10. G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts* [Traité de droit naturel comme philosophie du droit positif], Berlin, Mylius, 1798.
 11. J. BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement* (1776), suivi de *Manuel de sophismes politiques*, trad. J.-P. Cléro, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1996. Voir également J. BENTHAM, *Truth versus Ashurst; or Law as It Is; Contrasted with What it is Said to Be* (écrit en décembre 1792, publié pour la première fois en 1823), reproduit dans John BOWRING (dir.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. V, Édimbourg, William-Tait, 1843, p. 231-237.
 12. J. AUSTIN, *supra* note 6, et *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5^e éd., Londres, John Murray, 1885. Il existe une traduction française partielle de ce dernier ouvrage par G. Henry : *La philosophie du droit positif*, Paris, A. Rousseau, 1894.
 13. J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, T. Payne and Son, 1789 ; J. AUSTIN, *id.*, not. les *Lectures II-V* de *The Province of Jurisprudence Determined*.
 14. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 204.
 15. Voir not. L. GREEN, *supra* note 8, et M. WALINE, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », dans *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 516.

puis un âge métaphysique, d'un âge positif dans l'histoire de la pensée, où la « sociologie » couronnerait l'édifice d'une science encore perçue comme se devant d'être unitaire¹⁶. On sait ce que la philosophie de Comte comportait de métaphysique, même avant sa reformulation dans les termes d'une « religion positive¹⁷ ». C'est un positivisme purgé de ces éléments métaphysiques que voulait reconduire la méthode sociologique durkheimienne qui, à tout prendre et malgré une prise de distances par rapport à la question d'une virtuelle conscience collective, exercera une influence certaine sur la sociologie juridique de Léon Duguit¹⁸ qui, avec Paul Huvelin et Emmanuel Lévy, demeure l'exemple le plus connu de durkhémisme juridique. En un sens plus large, le positivisme en sciences humaines regroupe les approches suivant lesquelles l'étude scientifique de l'être humain ne saurait différer, épistémologiquement et méthodologiquement, de celle de la nature. Toute tentative pour le caractériser tend à présenter l'image caricaturale et révolue d'une science empirique absolument objectivante, à la recherche de lois universelles éternelles devant lui permettre d'expliquer son objet. De ce positivisme entendent se distinguer les « sciences de l'esprit » et épistémologies voisines, qui se proposent de faire la part du particulier historique et culturel, qu'il s'agira de « comprendre » plutôt que d'expliquer (Dilthey, Simmel), ou d'expliquer par des « raisons » davantage que des lois (Weber), ou encore d'interpréter (Gadamer et la tradition herméneutique). En raison de leur posture subjectiviste, des courants tels que l'ethnométhodologie ou l'interactionnisme se détacheraient donc eux aussi du positivisme¹⁹. Or en opposition au positivisme en sciences humaines s'inscrit également la perspective critique, qui renvoie dos à dos la tradition durkheimienne et celle des « sciences de l'esprit » et qui se propose de mettre au jour la logique des forces sociohistoriques d'émanci-

16. A. COMTE, *Discours sur l'esprit positif* (1842), Paris, Vrin, 1995.

17. A. COMTE, *Catéchisme positiviste* (1852), Paris, Garnier-Flammarion, 1966.

18. E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique* (1895), Paris, Flammarion, 1988 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* (1911), 3^e éd., t. 1, Paris, E. de Boccard, 1927, chap. 1 ; L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, Paris, E. de Boccard, 1926, p. 23-37 ; S. PINON, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », (2011) 67 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 69 ; R. BONNARD, « Léon Duguit : ses œuvres, sa doctrine », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janvier-mars 1929, p. 5-51 ; F. CHAZEL, « Émile Durkheim et l'élaboration d'un « programme de recherche » en sociologie du droit », et J.-F. PERRIN, « Duguit et la « Science du droit » », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 27-38 et 87-94.

19. J. HABERMAS, *Logique des sciences sociales et autres essais*, trad. R. Rochlitz, Paris, PUF, 1987. Sur Habermas et le droit, voir not. B. MELKEVIK, *Habermas : droit et démocratie délibérative*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010.

pation, de dépassement de la domination²⁰. Outre celles de Durkheim et de Duguit donc, et pour autant différentes qu'elles puissent être par ailleurs, les sociologies juridiques de Talcott Parsons ou de Niklas Luhmann, par exemple, représentent en ce sens elles aussi des tentatives de faire entrer le droit dans la composition de l'objet d'une sociologie positiviste²¹.

Sans être purement contingents, les rapports entre positivisme épistémologique et positivisme juridique sont complexes et ne coïncident pas. Leur action s'observe notamment dans le fait qu'aucune histoire, même brève, des positivismes juridiques ne saurait se réduire aux normativismes. C'est pourquoi celle qui suit s'efforcera de restituer, dans l'ordre, l'essence (1) du normativisme pur de Hans Kelsen, (2) de la *sociological jurisprudence*, (3) du sociojuridisme fonctionnaliste, (4) des réalismes et (5) du normativisme « impur » de Herbert Hart.

-
20. *Id.* ; A. HONNETH, « La dynamique sociale du mépris. D'où parle une théorie critique de la société ? », dans C. BOUCHINDHOMME et R. ROCHLITZ (dir.), *Habermas, la raison, la critique*, Paris, Cerf, 1996, p. 215 ; M. JAY, *L'imagination dialectique, l'École de Francfort : 1923-1950* (1973), trad. E.E. Moreno et A. Siquel, Paris, Payot, 1989.
21. T. PARSONS, « A Sociologist Looks at the Legal Profession », dans *Essays in Sociological Theory* (1949), 2^e éd., New York, Free Press, 1954, p. 370-385 ; « The Law and Social Control », dans W.M. EVAN (dir.), *Law and Sociology: Explanatory Essays*, New York, Free Press, 1962, p. 56-72 ; « Book Review: Hurst's Law and Social Process in U.S. History », *Journal of the History of Ideas*, vol. 23, 1962, p. 558-564 ; « Law and Sociology: A Promising Courtship? », dans A.E. SUTHERLAND (dir.), *The Path of the Law from 1967*, Cambridge (MA), Harvard Law School, 1968, p. 47-54 ; « Law as an Intellectual Stepchild », *Sociological Inquiry*, vol. 47, 1977, p. 11-58. Sur la sociologie juridique de Niklas Luhmann, voir d'abord K.A. ZIEGERT, « The Thick Description of Law: An Introduction to Niklas Luhmann's Theory of Operatively Closed Systems », dans R. BANAKAR et M. TRAVERS (dir.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford/Portland (OR), Hart Publishing, 2002, p. 55-75.

Chapitre 1

Le normativisme pur de Kelsen et l'identité du droit et de l'État

Tel qu'élaboré d'abord par Hans Kelsen, le normativisme est une forme de positivisme juridique au sens à la fois d'une opposition au jus-naturalisme – y compris, ici, celui qui ne voit dans sa conformité au droit naturel qu'une condition de légitimité du droit positif – et d'une tentative de fondation d'une science juridique « pure »²². Au-delà de la relative originalité de son argumentaire, la « théorie pure du droit » peut être interprétée comme une paradigmatization des idées clés de la pensée juridique moderne d'origine européenne. Kelsen affirmera d'ailleurs souvent que sa théorie ne fait que, tout en en résolvant les principaux problèmes et ambiguïtés, porter à la conscience ce qui est déjà présent dans la pratique de la « science du droit ».

Chez le maître autrichien, la locution de « droit naturel » sert à désigner, non pas seulement un courant de la philosophie du droit, mais tout ce qu'il tient pour de l'« idéologie juridique » : les droits de l'Homme, le contrat social, la conception traditionnelle de l'État, le marxisme... Kelsen ne voit au-delà du droit positif qu'une pluralité d'intérêts et de valeurs souvent conflictuels. S'il préfère la démocratie comme régime politique, ce n'est pas en vertu d'un droit naturel, mais parce qu'il y voit le régime le mieux compatible avec le relativisme moral et le pluralisme axiologique qu'il privilégie²³. Cependant, pour être bien un projet de science du droit,

-
22. De son vivant, Kelsen a fait paraître deux grandes versions de la synthèse que se veut la « théorie pure du droit », l'une en 1934, l'autre en 1960. Pour la première, on se référera à sa traduction anglaise, pour la seconde, à sa traduction française : H. KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, trad. B.L. Paulson et S.L. Paulson, New York, Oxford University Press, 1997 ; *Théorie pure du droit*, 2^e éd. mod. (1960), trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962. Sur la philosophie du droit de Kelsen, voir d'abord C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004 ; *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997.
23. H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, 2^e éd., trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004 ; « Justice et droit naturel », dans [collectif] *Le droit naturel*, Paris, PUF, 1959, p. 64.

la forme de positivisme juridique que constitue le normativisme kelsénien ne peut que malaisément être considérée comme un positivisme au sens épistémologique du terme. Tout au plus est-ce un positivisme plutôt impur qui, chez Kelsen, sert de soubassement à un projet de science pure du droit, en l'occurrence « une science du droit qui se veut normative par la méthode mais positiviste quant à l'objet²⁴ ».

L'idée d'une science du droit est bien ancrée dans la tradition germanique²⁵. Mentionnons, sans pour autant y voir un unique facteur, que dans un contexte de scientification forcée de l'université dans l'Allemagne de la première moitié du XIX^e siècle, du succès de la thèse de l'existence d'une science du droit dépendait le maintien de l'ancrage universitaire de la formation juridique²⁶. On peut faire remonter la thèse au moins jusqu'au fondateur de l'École historique, Friedrich Carl von Savigny, et notamment à son célèbre pamphlet programmatique de 1814²⁷. Ce fut d'abord une soi-disant « science historique » – en fait un organicisme spiritualiste largement inspiré de l'idéalisme objectif – du droit privé. Elle se développa, avec le pandectisme issu de la tendance romaniste qui s'était opposée au courant germaniste, en une systématique conceptuelle à laquelle on doit largement le haut niveau d'abstraction de la codification du droit civil allemand qu'au final Savigny aura réussi à reporter de près d'un siècle. Dans le cours de la seconde moitié du XIX^e siècle éclot un « pandectisme de droit public » porteur d'un projet d'épuration de la théorie de l'État. « Une science juridique positiviste, faisant fi à la fois de tout substrat sociologique et de toutes déterminations éthiques et métaphysiques, fut inaugurée par Gerber/Laband à titre de théorie de l'État et, au bout du compte, ce formalisme totalement abstrait et isolé fut élevé au rang de méthode exclusivement scientifique et juridique de la théorie de l'État²⁸. » Aussi réducteur que ceci puisse être, il n'en demeure pas moins commun, parce que suggestif, de présenter Paul Laband comme l'exécuteur testamentaire intel-

24. C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 22, p. 19.

25. O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005.

26. R. STICHWEH, « Motifs et stratégies de justification employés pour fonder la scientificité de la jurisprudence allemande au XIX^e siècle », dans P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 169-186, à la page 171.

27. F.C. von SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (1814), trad. A. Dufour, Paris, PUF, 2006.

28. H. HELLER, « Die Krisis der Staatslehre » [« La crise de la théorie de l'État »], 1926, cité dans O. JOUANJAN, supra note 25, p. 187 ; C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* [*Principes du droit public allemand*], Leipzig, Tauchnitz, 1848 ; P. LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, trad. C. Gandilhon, Paris, Giard & Brière, 1900-1904.

lectuel de Karl von Gerber, et Kelsen, comme celui de Laband²⁹. La théorie pure du droit aurait aussi une dette importante envers Georg Jellinek, dont le fondateur de l'École de Vienne a suivi le séminaire à Heidelberg en 1907-1908 et 1908-1909. Cette dette n'aurait pas été justement reconnue par Kelsen qui, contrairement à Weber qui n'a jamais caché l'influence déterminante qu'ont eue les travaux de Jellinek sur les composantes les plus importantes de son œuvre, aurait entretenu un rapport ambigu avec l'auteur du *Système des droits publics subjectifs*, rapport fait d'admiration intellectuelle à laquelle succède une certaine mésestime personnelle³⁰. À la suite de Jellinek, Kelsen se propose de devenir pour la science juridique ce que Kant représente pour les sciences naturelles³¹. Et c'est à l'instar du maître quelque peu méprisé que l'élève postule, contre l'approche « gerbero-lanbandienne », que c'est un critère purement méthodologique, et non pas ontologique, qui permet de distinguer la science juridique des autres disciplines scientifiques³². Mais le « labandisme » d'ensemble de Kelsen, dont le projet semble le plus souvent demeurer de rendre compte d'une science purement juridique³³, tranche avec l'idéalisme subjectif du maître de Heidelberg :

À une époque de rétrécissement positiviste du champ de la science du droit public, inaugurée par Gerber et Laband, [Jellinek] s'est constamment efforcé d'établir son traitement dogmatique sur la base de l'histoire des idées, de la philosophie, du droit comparé ainsi que de la sociologie. [...] Il a essayé, même si ce ne fut pas toujours avec succès, de combiner la sociologie de l'État — complètement négligée jusque-là par les juristes allemands — avec la science du droit public³⁴.

-
29. O. JOUANJAN, *supra* note 25, p. 188 ; C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *supra* note 22, p. 71.
30. R.A. MÉTALL, *Hans Kelsen, Leben und Werk [Hans Kelsen, vie et œuvre]*, Vienne, Deuticke, 1969, p. 11 s., cité dans O. JOUANJAN, *supra* note 25, p. 290, et dans C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *supra* note 22, p. 84 ; G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte [Système des droits publics subjectifs]*, Fribourg-en-Brisgau, Mohr, 1892 ; *L'État moderne et son droit*, réimp. trad. G. Fardis (1911-1913), 2 vol., Paris, Panthéon-Assas/LGDJ, 2005 ; *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne* (1895), trad. G. Fardis, Paris, A. Fontemoing, 1902.
31. O. JOUANJAN, *supra* note 25, p. 291 ; C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 22, p. 15.
32. O. JOUANJAN, « Préface : Georg Jellinek ou le juriste philosophe », dans G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, *supra* note 30, vol. 1, p. 46-47.
33. À cette exception près que, en se positionnant par rapport à Weber, Kelsen paraît parfois suggérer qu'une science juridique pure serait la science sociale par excellence.
34. H. HELLER, « Jellinek, Georg », dans *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, Macmillan, 1932, cité dans O. JOUANJAN, *supra* note 25, p. 295.

Selon Carlos Herrera, « la préoccupation première de la théorie de Kelsen est de nature épistémologique : il lui faut construire une théorie scientifique de l'État et du droit qui décrive son objet avec autant d'objectivité et de neutralité que les sciences naturelles, tout en conservant les traits propres à une *Geisteswissenschaft* [science de l'esprit]³⁵ ». À notre sens, Kelsen n'entend pas autant produire quelque savoir scientifique sur le droit que rendre philosophiquement raison du « fait » de la science juridique, science qui s'en trouverait du coup épistémologiquement épurée. Au creuset de l'éclectique épistémologie kelsénienne, le positivisme est fondu avec diverses théories néokantiennes censées contredire celui-ci, au premier rang desquelles figure l'affirmation de la possibilité d'une science normative, une science qui ne serait pas une science d'explication nomologique-causale. « Entre les deux courants – dont on dénonce parfois l'incompatibilité à l'intérieur du système kelsénien –, il y a une autre composante que l'on passe souvent sous silence, celle du pragmatisme (ou fonctionnalisme). Elle servira de point de passage et même de soudure, entre ce néokantisme et le positivisme³⁶. » Ce « pragmatisme » n'est pas celui du *Metaphysical Club* de Cambridge, au Massachusetts, mais du néokantisme de l'école de Marbourg, deux approches qui à notre sens se situent aux antipodes³⁷. Au contraire du néokantisme d'un Hermann Helmholtz qui se focalise sur l'esthétique transcendantale à laquelle il entend donner un contenu physiologique, celui de Hermann Cohen et de Paul Natorp adresse à l'esthétique transcendantale kantienne une critique de psychologisme subjectiviste et congédie, non seulement la sensibilité, mais toute intuition, pure comme empirique, du domaine de l'a priori, c'est-à-dire des conditions de possibilité de la science naturelle moderne. Les Marbourgeois substituent une « logique » à l'esthétique transcendantale kantienne³⁸. Il s'agit en apparence de la « méthode » des sciences (naturelles), définie en somme comme une objectivation nomologique conçue comme un mouvement, un acte libre et public. Mais au fond une telle construction épistémologique suppose l'idée de lois fondamentales de la pensée³⁹. Carlos Herrera indique que le « pragmatisme fonctionna-

35. C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, supra note 22, p. 38.

36. C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 22, p. 15.

37. Bien qu'elles aient en commun d'affirmer que toute science véritable est empirique et de récuser tout discours sur la « chose en soi », ces deux approches philosophiques divergent profondément du moment que le pragmatisme américain évalue la science à l'aune de ses résultats tandis que le néokantisme de Marbourg le fait en fonction de son respect de la « méthode ».

38. J.-C. BILLIER, *Kant et le kantisme*, Paris, Armand Colin, 1998, p. 76-79.

39. Voir A. KIM, « Paul Natorp » (2003), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>

liste » est présent chez le dernier grand représentant de l'école de Marbourg, Ernst Cassirer, ainsi que chez Hans Vaihinger, qui auraient tous deux fortement influencé Kelsen⁴⁰. On peut voir chez tous ces auteurs un relationnisme qui entend généraliser les thèses d'Ernst Mach selon lesquelles nous ne pouvons connaître que des relations fonctionnelles sur un mode mathématique, la matière n'étant rien pour nous en dehors des relations entre ses éléments. Kelsen y appuiera sa critique des « concepts-substance » auxquels il substituera des « concepts-fonction », critique qu'il fera notamment porter sur le concept substantialiste d'État et le dualisme État/droit. Dans les *Hauptprobleme*, Kelsen se réfère aussi à la phénoménologie logiciste d'Edmund Husserl⁴¹. Par ailleurs, nonobstant une communauté d'inspiration d'ordre très général relativement à la critique de la métaphysique, le positivisme logique demeure étranger à l'épistémologie kelsénienne⁴². De ses recherches sur la question, Carlos Herrera conclut que « l'influence philosophique dominante chez Kelsen, du moins jusqu'en 1960, est celle du néokantisme, auquel s'intègre des éléments positivistes⁴³ ». Olivier Jouanjan ne le contredit pas, mais suggère que, aux seuls néokantiens dont Kelsen se reconnaît redevable, il faudrait ajouter Jellinek, auquel son ancien étudiant, on l'a vu, ne rendrait pas toujours justice⁴⁴. Par exemple, l'ouvrage de Cassirer intitulé *Substanz und Funktion* date de 1910⁴⁵, tandis que certaines idées s'y trouvant, dont celle de concepts fonctionnels ou opératoires plutôt que substantiels, sont exprimées par Jellinek dès 1892⁴⁶.

L'apport général du néokantisme à l'épistémologie kelsénienne est l'idée selon laquelle la science constitue elle-même son objet. Contre Wilhelm Dilthey et Georg Simmel, Heinrich Rickert, pour parler maintenant des néokantiens du Sud-Ouest, avait soutenu que la distinction entre sciences de la nature et sciences de l'homme ne pouvait se situer que sur un plan logique ou épistémologique, non pas sur un plan ontologique en

40. C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 22, p. 15.

41. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre [Principaux problèmes de la théorie juridique de l'État]*, 2^e éd., Tübingen, J.C.B. Mohr, 1923, cité dans C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, supra note 22, p. 41-42.

42. C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 22, « Fiche n° 2 : Kelsen et le Cercle de Vienne », p. 30-31.

43. C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, supra note 22, p. 48.

44. O. JOUANJAN, supra note 32, p. 53-54.

45. E. CASSIRER, *Substanz et fonction*, trad. P. Caussat, Paris, Minuit, 1977.

46. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, supra note 30.

se fondant sur des thèses relatives à la nature de leurs objets respectifs⁴⁷. Il préférera d'ailleurs l'expression de « sciences de la culture » à celle de « sciences de l'esprit » pour désigner la méthode herméneutique de la « critique de la raison historique » selon Dilthey⁴⁸. Le collègue de Rickert à Fribourg, Max Weber, fera sien ce choix d'un critère épistémologique de démarcation et distinguera, au sein des sciences humaines, entre « sciences dogmatiques » et « sciences empiriques de l'action », ce qui lui permettra notamment de différencier la sociologie de la science juridique, et du coup les points de vue sociologique et juridique sur le droit⁴⁹. La sociologie de Weber, qui se veut causale-explicative mais non nomologique, se présente comme une science « historique » ou « culturelle », c'est-à-dire comme une science humaine. Or, pour Kelsen, une science qui décrit la conduite humaine à l'aide du principe de causalité est certes possible, « mais il faut bien voir qu'une semblable science sociale n'est pas essentiellement différente des sciences de la nature ». Car, « [s]'il doit exister une science sociale différente des sciences de la nature, il faut nécessairement qu'elle décrive son objet d'après un principe différent du principe de causalité. En tant qu'objet d'une telle science différente des sciences de la nature, la société est un ordre normatif de conduite humaine⁵⁰ ». En fait, s'il est bien d'avis que la science construit son objet, Kelsen estime que ce n'est pas arbitrairement :

Pour avoir le droit de distinguer la société de la nature comme un ordre différent, et d'opposer comme essentiellement différentes, les sciences de la nature et les sciences qui appliquent dans la description de leur objet cet autre principe d'ordre, il faut que l'on puisse prouver qu'un tel principe est présent dans notre pensée et est appliqué par les sciences qui ont pour objet la conduite réciproque des hommes en tant que déterminée par des normes, c'est-à-dire en d'autres termes : qui ont pour objet les normes qui réglementent cette conduite⁵¹.

47. H. RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung [Les limites de la formation des concepts en sciences naturelles]*, Fribourg-en-Brisgau, Mohr, 1896.

48. H. RICKERT, *Sciences de la culture et sciences de la nature* (1898), trad. A.-H. Nicolas, Paris, Gallimard, 1997.

49. M. WEBER, *Économie et société* (1922), trad. J. Freund, P. Kamnitzer, P. Bertrand, E. de Dampierre, J. Maillard et J. Chavy, 2 vol., Paris, Pocket, 1995, vol. 1, p. 28-52 ; *Rudolf Stammler et le matérialisme historique* (1907), trad. M. Coutu et D. Leydet, intro. M. Coutu, D. Leydet, G. Rocher et E. Winter, Sainte-Foy (Québec)/Paris, Presses de l'Université Laval/Cerf, 2001.

50. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., *supra* note 22, p. 84.

51. *Ibid.*

Autrement dit, de la même manière que Cohen et Natorp entendaient partir du fait de la science physique moderne, Kelsen se propose de partir de celui de la science juridique moderne, dont il laisse entendre qu'une compréhension épistémologique épurée mettrait au jour la qualité de science sociale par excellence. En filigrane du projet épistémologique se cache un projet politique : celui de favoriser une conception juridique du social qui soit sympathique au principe de légalité, principe qui, dans la théorie kelsénienne de la démocratie, vient accompagner une défense du régime parlementaire⁵². Mais comme la théorie kelsénienne de la démocratie se fonde sur un relativisme axiologique qui à son tour prend ancrage dans une épistémologie, il faut comprendre que les conceptions de notre auteur sur le savoir et le pouvoir sont interdépendantes.

Cela dit, ce principe d'ordre et de description autre que celui de causalité et que les sciences proprement humaines seraient appelées à mettre en œuvre est, pour Kelsen qui, à la suite de Jellinek, s'inspire de la distinction de Windelband entre loi naturelle et norme, le principe d'« imputation » (*Zurechnung*). Tandis que les propositions scientifiques fondées sur la loi naturelle causale prennent la forme « si A est, B est », les propositions de la science du droit, ou propositions juridiques (*Rechtssätze*), prennent la forme « si A est, B doit être⁵³ ». Ce dualisme des principes de causalité et d'imputation veut prendre appui sur la distinction kantienne entre « être » (*Sein*) et « devoir être » (*Sollen*), dont Kelsen s'impose de « prouver » la présence dans la pensée. Cette « preuve » consistera essentiellement en l'affirmation de ce que cette distinction « est donnée à notre conscience de façon immédiate⁵⁴ ». Il est rarement relevé qu'ici Kelsen se réclame de celui qui passe pour le fondateur de la philosophie analytique, George Edward Moore, dont il reprend la critique de sophisme adressée à toute conception naturaliste (*naturalistic fallacy*) de la notion de « bien⁵⁵ » pour l'appliquer à la notion de « devoir ». Il en va du devoir pour Kelsen comme du bien pour Moore : il s'agit d'une notion indéfinissable. Dans un ouvrage posthume paru à l'origine en 1979, l'impossibilité d'une définition du « *Sollen* » se fondera, non seulement sur le « néokantien » Simmel,

52. H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, supra note 23.

53. *Id.*, p. 85.

54. *Id.*, p. 14.

55. G.E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1922, p. 7 s.

mais également sur l'utilitariste Henry Sidgwick, ce qui ne fait qu'ajouter encore à l'éclectisme épistémologique de Kelsen⁵⁶.

Il est d'autant moins aisé de présenter ici en quelques lignes le projet kelsénien de science pure du droit que celui-ci fut constamment remanié par son auteur jusqu'à la fin de sa vie⁵⁷. La science purement juridique qu'envisage Kelsen n'est pas une science empirique mais une science normative. Aussi ne s'agit-il pas de produire des normes mais d'en connaître. Le « *Sollen* » juridique de Kelsen est le droit positif et il a un caractère purement formel et une valeur toute relative. Il y a rejet de la philosophie pratique dans le néokantisme de Kelsen qui récuse vertement toute forme de jusnaturalisme. L'objet de la science juridique pure se compose de normes qui, dans une version modifiée de la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, sont définies comme des significations objectives d'actes de volonté qui, partant, relèvent de l'ordre du « *Sollen* » prescriptif⁵⁸. Cette science décrit donc de telles normes, « et par là même elle décrit les relations fondées par ces normes juridiques entre les faits sur lesquels elles portent. Les propositions par lesquelles la science du droit décrit ces relations sont les propositions de droit (*Rechtssätze*)⁵⁹ ». Elles consistent en des « jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique [...], si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu⁶⁰ ». De telles propositions veulent quant à elles tenir du « *Sollen* » descriptif⁶¹. La conséquence attribuée dans la relation d'imputation que doit restituer le jugement hypothétique en lequel consiste la proposition juridique n'est rien d'autre que la sanction de la contrainte. La contrainte comme sanction occupe une place centrale dans la conception kelsénienne du droit comme ordre social normatif de contrainte.

Or, si Kelsen finira par concéder, se rapprochant ainsi de la thèse wébérienne, qu'« un ordre de contrainte qui se présente comme un ordre juridique n'est considéré comme valable qu'à la condition qu'il soit en

56. H. KELSEN, *Théorie générale des normes* (1979), trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 366.

57. Voir not. N. DUXBURY, « Kelsen's Endgame », (2008) 67 *Cambridge Law Journal* 51.

58. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. mod., *supra* note 22, p. 12 et s. ; C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 22, p. 19 s.

59. H. KELSEN, *id.*, p. 78.

60. *Id.*, p. 79.

61. C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 22, p. 19 s.

gros efficace⁶² » et qu'un « minimum d'« efficacité » est [...] une condition de la validité des normes juridiques⁶³ », en revanche cela n'est pas censé équivaloir à un renoncement au caractère normatif de la théorie pure du droit qui repose sur la soi-disant étanchéité de la division entre être et devoir être. La juridicité ne saurait être une question d'efficacité ou effectivité, mais bien de validité⁶⁴. La validité est le « mode d'existence spécifique des normes⁶⁵ », une existence idéale, non pas factuelle ou réelle. Aussi la validité d'une norme est-elle « chose distincte de l'existence de l'acte de volonté dont elle constitue la signification objective⁶⁶ ». Pour la science juridique pure, la validité d'une norme « ne peut avoir pour fondement que la validité d'une autre norme⁶⁷ », de sorte qu'une telle science se doit de « supposer » la validité d'une norme fondamentale (*Grundnorm*). En effet, « il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini, comme la quête de la cause d'un effet⁶⁸ ».

Dans un premier moment, Kelsen parlera de la norme fondamentale comme d'un principe d'économie de pensée au sens du positivisme critique de Mach⁶⁹. Dans son ouvrage posthume de 1979, il le fera dans les termes d'une norme fictive, d'une « fiction véritable au sens de la 'philosophie du comme si' de Vaihinger », c'est-à-dire « un expédient de la pensée dont on se sert si l'on ne peut pas atteindre le but de la pensée avec les données dont on dispose⁷⁰ ». L'autocritique porte alors sur la conception de la norme fondamentale défendue dans la seconde version de la *Théorie pure du droit*, à savoir comme hypothèse épistémologiquement nécessaire en tant que « condition logique transcendantale » de possibilité de la connaissance scientifique du droit⁷¹. Voilà pour sa « nature », une nature plutôt fonctionnelle, au sens logique et mathématique du terme. Or, cette

62. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., *supra* note 22, p. 54.

63. *Id.*, p. 19.

64. *Ibid.*

65. *Id.*, p. 18.

66. *Ibid.*

67. *Id.*, p. 193.

68. *Id.*, p. 194.

69. C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 22, p. 24.

70. H. KELSEN, *supra* note 56, p. 344.

71. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., *supra* note 22, p. 201. Kelsen précise, p. 201-202 : « De même que Kant pose la question de savoir comment une interprétation des faits donnés à nos sens exempte de toute métaphysique est possible dans les lois naturelles par les sciences de la nature, de même la théorie pure du droit pose la question de savoir comment est possible une interprétation de la signification de certains faits comme un système de normes juridiques objectivement valables, descriptibles dans des propositions de droit, une interprétation qui ne recoure pas à des autorités méta-juridiques telles que Dieu ou la Nature. »

fonction doit se rapporter à une « Constitution qui est la base d'un ordre de contrainte efficace⁷² ». La norme fondamentale « fonde la validité de cette Constitution d'abord, et de l'ordre juridique tout entier dont celle-ci est la base, ensuite⁷³ ». Quant à son contenu, il correspondrait à ce qui suit : « on doit obéir aux commandements du constituant⁷⁴ » ; autrement dit : « on doit se conduire comme la Constitution le prévoit⁷⁵ ».

Cet ordre normatif de contrainte de l'appartenance auquel toute norme juridique tient sa validité, son « existence », n'est pour Kelsen pas distinct de l'État. En soutenant que le droit était formé des commandements (ordres accompagnés de menaces) du souverain, le positivisme juridique classique d'Austin avait congédié tout contenu matériel comme critère de juridicité pour lui préférer le critère formel de la qualité de l'auteur et ainsi associé étroitement le droit à l'État. Kelsen va plus loin pour qui l'État n'est pas l'auteur du droit, mais le droit lui-même : « l'État ne peut être pensé comme une autorité dominant les hommes qu'en tant qu'il est un ordre contraignant les hommes à un comportement déterminé et donc, un système de normes réglant le comportement humain⁷⁶ ». Il n'y a pas ici simple association, fût-elle étroite, mais bien identification. La science pure du droit se veut donc en même temps une science pure de l'État dont elle propose une réinterprétation des éléments traditionnellement tenus pour essentiels en termes exclusivement juridiques, notamment ceux de peuple, de territoire, de puissance et de souveraineté. S'en prenant à la théorie du double aspect de l'État (*Zwei-Seiten-Staatslehre*), juridique et social, exposée par Jellinek avant d'être reprise par Weber, Kelsen juge même impossible de concevoir l'État comme étant pourvu d'existence réelle afin de le connaître à la lumière du principe de causalité propre aux sciences naturelles. L'idée, exacerbée par Hegel à la suite de Rousseau, d'État comme unité réelle de la société formée d'un intérêt général ou supérieur n'est qu'idéologie. Toute approche « réaliste » de l'État est une contradiction dans les termes qui voit s'évanouir celui-ci et qui ne peut être qu'une sociologie de la multitude des rapports de force et de domination. L'unité sociale n'est que juridique, tout État ne pouvant exister

72. *Id.*, p. 54.

73. *Id.*, p. 201.

74. *Id.*, p. 203.

75. *Id.*, p. 202.

76. H. KELSEN, *Sozialismus und Staat* (Le socialisme et l'État), Leipzig, Hirschfeld, 2^e éd. augmentée, 1923, p. 29, cité dans C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 22, p. 22.

que sur le plan idéal⁷⁷. Le rapport d'identité qu'établit Kelsen et qui nous occupe ici a en fait, non pas deux, mais trois termes : droit, État et ordre social. Il vaut toutefois d'être relevé, ainsi que je l'ai fait ailleurs⁷⁸, que Kelsen, qui est né sujet d'un empire multinational et qui a bien connu Karl Renner⁷⁹, parlera de la nation en tant que « communauté de civilisation et de langue » pour faire une distinction entre « société nationalement une » et « État de nationalités mélangées », ce qui l'autorise à évoquer, dans les termes d'une « relative homogénéité culturelle », les limites « quasi-naturelles » de l'application du principe démocratique majoritaire⁸⁰... et, à notre sens, de sa thèse de l'unité purement juridique de toute société. La thèse de Kelsen semble plus exactement être que l'unité d'un ensemble de personnes au sein d'un même État ne peut être ramenée à autre chose qu'au fait que ces personnes ressortissent à un même ordre juridique. « [S]ur le terrain de l'interaction psychologique réelle, souvent des hommes qui ressortissent d'États différents sont liés les uns aux autres de façon beaucoup plus intense que des individus qui font partie d'un même État. Car ce n'est que sur le plan du droit, juridiquement, qu'ils font partie de cet État⁸¹. » Une forme d'unité culturelle ou linguistique peut exister entre des individus, mais cela ne saurait constituer un État. À l'État comme « substance » doit succéder l'État comme « fonction », c'est-à-dire comme relation juridique.

77. H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* [Le concept sociologique et le concept juridique d'État], Aalen, Scientia Verlag, 1981, p. 253, cité dans C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, supra note 22, p. 114.

78. M. ST-HILAIRE, « De la protection de la minorité à la reconnaissance des minorités », dans S. NOUR (dir.), *The Minority Issue: Law and the Crisis of Representation*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 319-341, aux pages 326-327.

79. Voir not. K. RENNER, *La nation : mythe et réalité*, trad. S. Pierré-Caps et C. Tixador, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1998, et S. PIERRÉ-CAPS, « Karl Renner et l'État multinational », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 27/1994, p. 421-441.

80. H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, supra note 23, p. 76-77.

81. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., supra note 22, p. 283. Voir également H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* (1945), trad. B. Laroche et V. Faure, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1997, p. 242.

Si « tout droit est droit étatique⁸² » chez Kelsen, alors l'étatisme juridique semble y atteindre à son paroxysme. Or le rapport d'identité entre droit et État n'y est pas symétrique. L'État fait entièrement partie de l'ensemble droit, mais celui-ci couvre plus large. Tels sont les mots de Kelsen : « En tant qu'organisation politique, l'État est un ordre juridique. Mais tout ordre juridique n'est pas un État : ni l'ordre juridique pré-étatique des sociétés primitives, ni l'ordre juridique international, supra-étatique ou inter-étatique, ne représentent un État⁸³ ». Ainsi que l'explique Carlos Herrera, ici la « coïncidence logique n'est toutefois pas historique⁸⁴ ». Car la forme étatique ne correspond en fait pour Kelsen qu'à un stade du processus d'évolution du droit, fût-il ultime. La direction de l'évolution juridique est celle de la centralisation des fonctions juridiques : la juridiction d'abord, la création des normes ensuite et, enfin, l'exécution forcée de la sanction. Au stade primitif, la justice est rendue et la sanction exécutée par tout un chacun, et il en va de même de la création des normes, qui se fait de façon coutumière. Au stade le plus avancé, le droit se fait État, ce que Kelsen définit finalement comme « un ordre juridique relativement centralisé⁸⁵ ». Même avec la mise sur pied de l'Organisation des Nations Unies, compte tenu des imperfections de celle-ci le droit international ne présente toujours pas un degré suffisant de centralisation pour former un État.

Au final, tout droit n'est donc pas forcément étatique pour Kelsen. Est-ce à dire possible une lecture « pluraliste » du maître autrichien ? Sûrement pas. D'abord, notre auteur défend explicitement une « construction moniste » du rapport entre droit national et droit international. Dès lors qu'on prend bien acte de la positivité de ce dernier, il serait épistémologiquement nécessaire de le concevoir également comme formant un seul et même ordre avec les droits nationaux. Une conception pluraliste serait à l'inverse logiquement insoutenable⁸⁶. Pour le jurisconsulte autrichien, « la connaissance du droit cherche – comme toute connaissance – à concevoir son objet comme un tout pleinement intelligible, et à le décrire en propositions non-contradictaires [*sic*]⁸⁷ ». Tout comme les sciences de la nature, la science du droit doit s'attacher à « présenter son objet comme une uni-

82. H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, supra note 77, cité dans C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, supra note 22, p. 114.

83. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. mod., supra note 22, p. 281.

84. C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 22, p. 43.

85. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. mod., supra note 22, p. 281.

86. *Id.*, p. 318.

87. *Id.*, p. 206.

té⁸⁸ ». C'est un « postulat de la théorie de la connaissance » qu'il faille « comprendre tout ce qui est droit en un système⁸⁹ ». Mais il n'est pas ici question d'unité systémique réelle : « Il n'existe qu'une unité scientifique de la totalité du droit⁹⁰. » C'est pourquoi Kelsen parle parfois du « droit de la science du droit ». N'ayant pas le choix d'adopter une perspective moniste, la science du droit pourrait néanmoins privilégier aussi bien une prééminence du droit national qu'une primauté du droit international. L'enjeu n'est ici que le fondement ultime de la validité de l'« ordre juridique total », un tel choix ne devant avoir aucune incidence sur le contenu de celui-ci. En d'autres termes, le choix épistémologique ne porte que sur le rapport entre la norme fondamentale du droit national et celle du droit international que Kelsen finira par définir comme « une norme qui fait de la coutume fondée par la conduite mutuelle des États un mode de création de droit⁹¹ ». Que la décision épistémologique soit prise dans un sens ou dans l'autre, pour conserver le même contenu, le droit international remplira la même fonction, celle de déterminer le principe de validité et le domaine de validité des ordres juridiques étatiques⁹². Cette fonction, le droit international la remplit au moyen d'une norme positive, le principe d'effectivité, qui prévoit qu'« un gouvernement qui exerce un contrôle effectif indépendant de tous autres gouvernements sur la population d'un certain territoire constitue le gouvernement légitime, et que le peuple qui vit sous ce gouvernement sur ce territoire forme un État au sens du droit international⁹³ ». Plutôt que de faire dépendre la validité d'un tel principe de la reconnaissance du droit international par le droit national, et donc en dernière analyse de la norme fondamentale d'une constitution effective donnée, Kelsen, en optant pour la thèse de la prééminence du droit international, peut faire correspondre celui-ci à la norme fondamentale de tout ordre national. Celle-ci cesse d'être simplement hypothétique pour devenir une norme positive de droit international, une norme posée, et non plus seulement supposée, ce qui devient le cas de la seule norme fondamentale du droit international en tant que fondement ultime de validité de l'ordre juridique total, mondial ou universel, bref, de tout droit⁹⁴.

88. *Id.*, p. 318.

89. *Ibid.*

90. *Ibid.*

91. *Id.*, p. 315. Voir aussi p. 218-219. Dans un premier moment, Kelsen avait fait coïncider la norme fondamentale du droit international avec le principe *pacta sunt servanda*. À ce sujet, voir C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 22, p. 67.

92. *Id.*, p. 318.

93. *Id.*, p. 218. Voir aussi p. 325.

94. *Ibid.*

Dans les travaux de Kelsen, le monisme juridique dépasse le cadre du rapport entre droit national et droit international, et l'étatisme y domine, même sans tenir compte de la valorisation kelsénienne de la forme étatique comme dernier stade de l'évolution juridique. Hormis le fait que l'auteur de la *Théorie pure du droit* ait, avant de revoir à la baisse ses prédictions et espoirs, appelé sinon prophétisé la centralisation du droit international jusqu'au point d'émergence d'un État mondial⁹⁵, sous sa forme nationale déjà, l'État occupe une place centrale dans la conception kelsénienne du juridique, ne serait-ce que par le rôle qu'il se voit assigner au sein de la norme fondamentale du droit international qui, pour l'instant du moins, prévoit toujours une création décentralisée, en l'occurrence coutumière, des normes juridiques internationales par les États nationaux. En outre, l'État national est en définitive pour Kelsen « un ordre juridique partiel immédiat au droit international, relativement centralisé, avec un domaine de validité territorial et temporel internationalement limité, et avec une vocation à la totalité, relativement au domaine de validité matériel, qui n'est limitée que par la réserve du droit international⁹⁶ ». Il n'y a donc pas d'espace pour un éventuel droit infra-étatique chez Kelsen qui préfère parler de droit pré-étatique ; il y a seulement un moment, un moment révolu. Par exemple, aucun principe de droit international analogue au principe d'effectivité n'y est dégagé selon lequel la pratique coutumière des États reconnaîtrait à certaines conditions la validité d'un ordre infra-étatique. Encore là, il ne pourrait s'agir que d'un principe de validité admis par la conduite des États.

Il est vrai qu'il y a « quelque chose d'émouvant dans l'attitude d'un penseur de plus de quatre-vingts ans, mondialement connu et reconnu, qui ouvre les discussions d'un forum en affirmant que la conception de la norme qu'il avait soutenue pendant longtemps était erronée, et qu'il fallait par conséquent l'abandonner », en l'occurrence au profit d'une conception en terme de simple énoncé prescriptif du langage⁹⁷. La ténacité et l'honnêteté exemplaires de Kelsen n'auront pas suffi. La science juridique pure n'aura jamais existé qu'à l'état de programme dans l'esprit et les travaux théoriques du grand maître. Du reste, lorsque ce dernier se livre, à partir des années 1930, à une analyse du droit international public,

95. Voir C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 22, p. 47 et 63 s.

96. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., supra note 22, p. 327.

97. C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 22, p. 10 et 20.

il ne s'astreint pas à décrire son objet à l'aide de « propositions juridiques non contradictoires », mais fait la part large à la critique, même si celle-ci se veut « technique » ou fondée sur sa théorie de l'évolution centralisatrice du droit⁹⁸. Il n'empêche que, abstraction faite de son soubassement épistémologique plutôt sophistiqué, la pensée de Kelsen reconstruit avec une netteté hyperbolique les idées structurantes de la pensée des juristes depuis le milieu du XIX^e siècle environ, dont celles de la nature normative du droit ainsi que du lien indissoluble et exclusif qui unit celui-ci à l'État, bref, l'idée que le droit se compose des normes créées ou reconnues par l'État. Le succès que connaîtra Hart accredité une telle thèse. Au-delà d'une critique par moments amusée, celui qui fut titulaire de la chaire oxfordienne de philosophie du droit de 1952 à 1968 relaiera certaines thèses essentielles du normativisme, mais cela dans l'esprit de la philosophie analytique – celle d'après le tournant linguistique –, en sacrifiant un peu de la soi-disant « pureté » théorique au sens commun.

Hart défend donc parfois Kelsen qu'il critique par ailleurs et qui n'est pas son seul interlocuteur⁹⁹. Lorsque, au début du second grand conflit mondial, l'auteur de la *Théorie pure du droit* se résigne à quitter l'Europe pour s'installer aux États-Unis, il rencontre là-bas une culture juridique, philosophique et épistémologique dont il ne maîtrise pas les codes. « Incontestablement, sa théorie n'aura jamais un grand succès dans ces contrées, malgré les efforts d'acclimatation auquel s'adonne le juriste autrichien [...]»¹⁰⁰ et qui se traduisent notamment par certaines concessions à l'empirisme dans sa définition de la norme juridique. Ne découvrant Hume qu'au cours de sa période américaine, la tradition philosophique angloaméricaine lui est étrangère à son arrivée à Harvard. Il méconnaît alors le pragmatisme des Peirce, James et Dewey autant que les récents développements en logique et le tournant linguistique de la tradition analytique. L'émergence, aux États-Unis, d'une sociologie empirique professionnelle recourant largement à l'analyse quantitative est un

98. Voir not. H. KELSEN, *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens, 1950 ; *Théorie du droit international public*, dans *Recueil des cours*, La Haye, Académie de droit international, vol. 84, 1953-III, p. 1-203 ; *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952 ; *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001.

99. Sur les rapports théoriques entre Kelsen et Hart, voir not. E. PICAVET, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000 ; « Hart, critique de Kelsen », dans C.M. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 123-136. Sur leurs rapports sur un plan davantage personnel, voir R.A. MÉTALL, *supra* note 30, et N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, New York, Oxford University Press, 2004.

100. C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 22, p. 9.

phénomène qu'il ne maîtrise pas. Bien qu'il ait débattu avec Ehrlich¹⁰¹, il a du mal à comprendre assez bien la *Sociological Jurisprudence* et le réalisme juridique américain pour être en mesure de nouer le débat avec leurs héritiers¹⁰².

-
101. Voir à ce sujet *infra* note 138 et Bart VAN KLINK, « Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen », 28 août 2006, accessible sur SSRN : <https://ssrn.com/abstract=980957>
 102. Sur ces mouvements, voir not. F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000 ; B. LEITER, « Legal Realism », dans D. PATTERSON (dir.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996 ; W.W. FISHER III *et al.* (dir.), *American Legal Realism*, New York, Oxford University Press, 1993 ; A. HUNT, *The Sociological Movement in Law*, Londres, MacMillan, 1978 ; J.H. SCHLEGEL, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, Chapel Hill (NC), University of North Carolina Press, 1995 ; L. KALMAN, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Union (NJ), Lawbook Exchange, 2001 ; W.E. RUMBLE, *American Legal Realism: Skepticism, Reform and Judicial Process*, New York, Cornell University Press, 1968 ; N.E.H. HULL, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, University of Chicago Press, 1997 ; W.L. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1973.

Chapitre 2

Normes juridiques et État dans la *Sociological Jurisprudence* et chez Ehrlich

On sait qu'Oliver Wendell Holmes Jr. fut, avec Charles Sanders Peirce et William James, membre fondateur du plutôt mal nommé *Metaphysical Club* de Cambridge, au Massachusetts¹⁰³. Roscoe Pound, à qui l'on doit la formulation de l'expression et du programme de la *Sociological Jurisprudence*, verra dans l'illustre magistrat, dont les motifs dissidents dans l'affaire *Lochner*¹⁰⁴ passent pour des pages d'anthologie, un représentant de ce mouvement qui promeut le pragmatisme en philosophie du droit¹⁰⁵. La méthodologie juridique de Pound, à laquelle nous nous limiterons même si les figures des Louis Brandeis, Benjamin Cardozo et Felix Frankfurter sont aussi rattachées à ce mouvement « sociologique », se présente comme la promesse de participation de la discipline juridique à ce programme d'une science sociale normative qui connaît un vaste succès dans les États-Unis du tournant du XX^e siècle et qui représente bien une répercussion du pragmatisme – qu'il ne faudrait toutefois pas interpréter, même chez Dewey, comme une philosophie préconisant un traitement scientifique de l'éthique ou de la politique¹⁰⁶. Docteur en botanique, Roscoe Pound, qui devient successivement doyen des facultés de droit du Nebraska et de Harvard sans n'avoir jamais complété ses études de droit au cours desquelles il s'intéresse à Austin, à Holmes, à l'École historique ainsi qu'à Kant et Hegel, est appelé à travailler dans le 37^e État en étroite collaboration avec le sociologue Edward Ross, auteur du *Social Control*¹⁰⁷, qui l'initie à l'œuvre de Lester Ward, premier président

103. Voir not. L. MENAND, *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America*, New York, Farrar, Straus, and Giroux, 2001 ; G.E. WHITE, *Oliver Wendell Holmes Jr.* (2000), 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2006.

104. *Lochner c. N.Y.*, (1905) 198 U.S. 45.

105. F. MICHAUT, *supra* note 102, p. 61.

106. J.-P. COMETTI, « Le pragmatisme : de Peirce à Rorty », dans M. MEYER (dir.), *La philosophie anglo-saxonne*, Paris, PUF, 1994, p. 387-492, plus spécialement aux pages 417-438.

107. E.D. ROSS, *Social Control: A Survey of the Foundations of Order*, New York, Macmillan, 1901.

de l'American Sociological Association. La *Sociological Jurisprudence*¹⁰⁸ représente ainsi le volet juridique de la « sociologie publique » américaine qui s'articule notamment autour de l'idée – qui n'est pas sans évoquer la tradition francfortoise – que la science doit se mettre au service des intérêts de l'humain et s'axer sur les résultats qu'elle obtient dans cette entreprise. La sociologie publique, c'est aussi l'idée de l'« ingénierie sociale » (*social engineering*), qu'on retrouve chez Pound¹⁰⁹ et qui, entre Spencer à droite et Marx à gauche, s'est frayé un chemin politique, celui du libéralisme social, la sociologie publique ayant eu une influence déterminante sur les présidences de Woodrow Wilson et de Franklin D. Roosevelt.

Pound prétend notamment trouver des points d'articulation entre sociologie publique et théorie du droit chez le « second » Rudolf von Jhering, associé à la théorie des intérêts (*Interessenjurisprudenz*), qu'échafaudera surtout Philipp Heck, ainsi qu'à l'idée du droit comme moyen¹¹⁰. Il veut aussi puiser chez Eugen Ehrlich, fondateur avec Hermann Kantorowicz¹¹¹ de l'École du droit libre, école qui se réfère à son tour à Jhering, à laquelle on associe aussi parfois la figure de François Gény¹¹² – qu'Ehrlich tenait en haute estime – et qui préconise une « découverte » du droit par le juge qui soit affranchie de la loi étatique à la faveur d'une « logique juridique » et d'une sociologie du droit¹¹³. C'est pourtant un des vastes

-
108. R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », (1908) 8 *Columbia Law Review* 605 ; « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence », (1911) 24 *Harvard Law Review* 591 et (1912) 25 *Harvard Law Review* 140 et 489 ; *Outlines of Lectures on Jurisprudence* (1914), 5^e éd., 1943, dans D. LLOYD, *Introduction to Jurisprudence* (1959), Londres, Stevens and Sons, 2^e éd., 1965.
109. R. POUND, « The Theory of Judicial Decision », (1923) 36 *Harvard Law Review* 641, 802 et 940, p. 954 ; *Contemporary Juristic Theory*, Claremont (CA), Claremont Colleges, 1940.
110. R. POUND, *Jurisprudence*, 5 vol., St. Paul (MN), West Publishing, 1959, vol. 3, p. 15 ; R. von JHERING, *Der Zweck im Recht [Le but dans le droit]* (1877-1883), 2 vol., Hildesheim, Olms, 1970. Du *Zweck* projeté par Jhering à l'origine, les deux volumes qui sont finalement parus ne constituent pas même l'entière première partie. Il existe une traduction française du premier des deux volumes de la troisième édition allemande de cet ouvrage publié à l'origine de 1877 à 1883, parue sous le titre *L'évolution du droit*, trad. O. de Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq, 1901. Ce même volume a été traduit en anglais sous le titre *The Law as a Means to an End*, par I. Husik (réimp. Union (NJ), Lawbook Exchange, 1999). Voir également R. von JHERING, *La lutte pour le droit* (1872), trad. O. de Meulenaere, Paris, Marescq aîné, 1890, réimp. avec une prés. de O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2006. Il existe une traduction française antérieure : *Le combat pour le droit*, trad. A.F. Meydiéu, Vienne/Paris, Manz/Durand et Pedone-Lauriel, 1875.
111. H. KANTOROWICZ (sous le pseudo. de « Gnaeus Flavius »), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft [La lutte pour la science du droit]*, Heidelberg, C. Winter, 1906.
112. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, LGDJ, 1932 ; *Science et technique en privé droit positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, L. Tenin, 1914-1921.
113. Voir not. E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft [Libre découverte du droit et libre science du droit]*, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1903, trad. partielle « Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects », dans *Science of Legal Method*, « The Modern Legal

malentendus de la philosophie juridique qui fait qu'on ne voit généralement que ce qui rapproche Ehrlich de Pound à qui le premier doit l'essentiel de son succès, même en Europe germanique¹¹⁴. Si dans son maître ouvrage l'éminent jurisconsulte de Czernowitz rend explicitement hommage à Holmes¹¹⁵, rien n'est moins sûr qu'il se serait rallié aux motifs dissidents de ce dernier dans l'affaire *Lochner* qui, rappelons-le, a vu la Cour suprême des États-Unis invalider une loi de l'État de New York limitant la durée du travail¹¹⁶. Partisan du « laissez-faire » dont l'œuvre est traversée par une critique de l'instrumentalisation étatique du droit au profit de la volonté politique, Ehrlich n'aurait pu admettre l'interventionnisme mélioriste de Pound, qui faisait de la création d'un ministère de la Justice capable de proposer des réformes législatives sur la base d'études le septième et dernier point de son programme¹¹⁷. Ehrlich n'avait certainement rien contre le projet des Holmes et Pound d'une plus grande flexibilité de la common law, d'une plus grande ouverture de celle-ci sur la société de préférence à sa reconduction dogmatique de principes premiers au moyen d'une « logique juridique¹¹⁸ ». Mais s'il ne cache pas son admiration pour ce dernier système juridique, c'est justement parce qu'il y voit ce qu'on pourrait appeler une « liberté judiciaire ».

À la différence de Pound, Ehrlich ne peut adhérer à l'épistémologie pragmatiste, puisqu'il ne la connaît pas. Il se revendique de l'empirisme et ses ancrages épistémologiques sont plutôt faibles. Klaus Ziegert a recensé dans sa sociologie du droit quatre références à Spencer, deux à Comte, une à Tarde et aucune à Durkheim, Weber ou Simmel¹¹⁹. Or le fait

Philosophy Series », vol. 9, Boston, 1917, p. 47-84 ; *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, trad. W.L. Moll, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New Brunswick (NJ), Transaction publ., 2002 (réimp. de l'éd. de 1936 comprenant une introduction de R. Pound, avec une nouv. introduction de K.A. Ziegert) ; « The Sociology of Law », (1922) 36 *Harvard Law Review* 129 ; *Die juristische Logik [La logique juridique]*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1918 ; K.A. ZIEGERT, « The Sociology behind the Eugen Ehrlich's Sociology of Law », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 7, 1979, p. 225-273 ; K. RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtsbewegung [Le mouvement du droit libre]*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968.

114. Sur le rôle de Pound dans le succès d'Ehrlich, voir K.A. ZIEGERT, *id.*, p. 232-235.

115. E. EHRlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *supra* note 113, p. 290.

116. *Lochner* c. *N.Y.*, *supra* note 104.

117. R. POUND, *Outlines of Jurisprudence*, *supra* note 108, p. 246.

118. O.W. HOLMES jr., « The Path of the Law », (1897) 10 *Harvard Law Review* 457 (rééd. « The Path of the Law », dans *Collected Legal Papers*, New York, Hartcourt, Brace and Howe, 1920 ; trad. F. Michaut : « La passe étroite du droit », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, no 2, 2009) ; R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », *supra* note 108 ; « Law in Books and Law in Action », (1910) 44 *American Law Review* 12.

119. K.A. ZIEGERT, *supra* note 113, p. 227.

qu'Ehrlich affirme que l'intérêt de la sociologie du droit est irréductible à ses possibilités pratiques¹²⁰ ne doit abuser personne sur ses vues sur celle-ci qui doit « servir les besoins de la vie¹²¹ ». C'est parce qu'il sentait que la sociologie théorique générale des fondateurs de cette science n'avait rien à offrir à la pratique juridique qu'Ehrlich entreprit de jeter les bases d'une sociologie juridique des juristes¹²². Cela, il est vrai, le rapproche déjà beaucoup de Pound. Qui plus est, le plus célèbre juriste de Bukovine admet que l'étude sociologique du « droit vivant » peut éclairer jusqu'à la politique législative et faire ainsi de la loi un facteur de progrès social¹²³. Mais encore faut-il bien situer ce qui précède au sein de l'ensemble du programme d'Ehrlich pour qui, même ainsi éclairée scientifiquement, la loi de l'État ne devrait intervenir qu'en cas d'extrême nécessité, lorsque, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles et particulièrement difficiles, le droit des juristes, celui des juges et praticiens que reconstruisent les professeurs et auteurs de doctrine, en arrive à une impasse ou accuse un retard trop important sur l'évolution sociale¹²⁴. La contribution de la science théorique à la pratique du droit doit normalement plutôt se faire à l'étape de la décision de justice¹²⁵.

Pour Ehrlich en effet, cette dernière est déjà un phénomène juridique d'ordre secondaire. Quant à la loi de cette forme récente et étriquée d'organisation sociale qu'est l'État, elle se trouvera toujours, non pas au centre, mais bien aux confins du droit. Ehrlich appelle « dispositions juridiques » ce que nous aurions à tort l'habitude de concevoir comme formant l'essentiel du droit, c'est-à-dire ces généralisations abstraites originellement de différents ensembles de décisions de justice par les auteurs de doctrine afin d'être en mesure de prévoir les décisions à venir, généralisations que la plupart du temps la loi ne fait que reprendre, témoin le rôle historique de la codification dans l'histoire de la législation. Ces dispositions juridiques ne sont que des normes de décision s'adressant à des magistrats ou à des agents de l'État. Or, suivant la conception consensuelle du social qui est celle d'Ehrlich, la pathologie sociale que constitue le conflit fait de celui-ci un phénomène juridique d'ordre secondaire. Le droit se composerait avant tout, non pas de telles normes de décision ayant

120. E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *supra* note 113, p. 503.

121. *Id.*, p. 318.

122. K.A. ZIEGERT, *supra* note 113, p. 228.

123. *Id.*, p. 496.

124. E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *supra* note 113, p. 185 ; « The Sociology of Law », *supra* note 113, p. 142.

125. K.A. ZIEGERT, *supra* note 113, p. 250-254. Voir également à la page 239.

pour but de résoudre les conflits, mais de normes de conduite socio-organisationnelles ayant pour fonction de les prévenir¹²⁶ et dont la sociologie du droit doit permettre la connaissance, une connaissance qui devrait éclairer mais qui ne saurait se substituer à la pratique juridique, qui demeurera affaire de normes de décision. Afin de dissiper de virtuels doutes sur l'importance accordée par Ehrlich à de telles normes de conduite qu'il considère constitutives de ce droit qu'il tient pour « vivant », relevons que notre auteur va jusqu'à soutenir qu'en dernière analyse, pour être qualifiée de valide, toute norme juridique se doit d'être effective¹²⁷. Aux yeux d'Ehrlich donc, le droit n'est pas d'abord un instrument politique qu'il s'agit de rendre plus efficace ni même un mode de résolution des conflits, mais une réalité sociale et fonctionnelle qu'il s'impose de mieux connaître afin de tout au plus, tel l'agent de conservation de la faune davantage que l'ingénieur, en accompagner le développement. Autrement dit, suivant une telle conception, la loi de l'État fait davantage figure de médecine de cheval que de technique d'ingénierie sociale.

Une bonne distance sépare donc Ehrlich de Pound pour lequel la science sociale permet de connaître, non pas le droit lui-même, mais ses effets, passés, actuels et futurs, ainsi que les intérêts en présence. Voilà comment avec le second la « sociologie » est convoquée afin de faire du droit un moyen plus efficace d'atteindre une certaine fin, en l'occurrence la « justice », que le doyen définit comme un compromis entre différents intérêts¹²⁸. Le théoricien de la *Sociological Jurisprudence* distingue entre droit et société et défend une conception du premier qui veut en articuler trois composantes : 1) les « préceptes », soit les règles, les principes, les concepts et les *standards*, autrement dit, les normes ; 2) une « technique » de sélection, d'interprétation et d'application des préceptes dans la maîtrise de laquelle l'« intuition exercée » du juge jouerait un rôle de premier plan¹²⁹ ; 3) un ensemble d'idéaux éthiques et politiques qui se rapportent aux fins du droit et, qu'ils soient conscients ou non, ne laissent pas de restructurer la technique et, par ricochet, de remodeler le contenu des préceptes¹³⁰.

126. E. EHRlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *supra* note 113, chap. 3. Ehrlich présente le mariage, la famille, la possession, le contrat et la succession comme formant les institutions élémentaires de la société.

127. *Id.*, p. 237.

128. F. MICHaut, *supra* note 102, p. 90.

129. Pound se réfère ici à Henri Bergson.

130. R. POUND, « The Theory of Judicial Decision », *supra* note 109 ; F. MICHaut, *supra* note 102, p. 96-109.

En 1910, Pound avait défendu la primauté de l'humanité du juge sur la règle¹³¹. Dans le modèle de la décision judiciaire de 1923 que nous venons de voir, c'est au final l'« élément idéal », sur lequel Pound revient en 1931¹³², qui semble tenir le haut du pavé. Et il est vrai que Pound ne se contente pas de prendre acte du pouvoir discrétionnaire du juge, mais valorise généralement celui-ci, qui permettrait au droit d'évoluer. Sur un tel plan normatif, il avait affirmé dès 1906 que la meilleure méthode consistait en un équilibre entre deux tendances qui traversent l'histoire du droit, en l'occurrence le respect de la règle et l'adaptation libre aux faits, équilibre censé autoriser chaque fois le choix de la solution qui produira les effets les plus souhaitables en fait de maximisation des intérêts¹³³. Or sa pensée paraît avoir évolué progressivement vers une prise de plus en plus au sérieux de la règle de droit. Ainsi que le relève Françoise Michaut, dans son modèle de 1923 déjà, Pound reconnaît que le juge n'est investi d'un pouvoir discrétionnaire que « lorsque plusieurs textes ou plusieurs précédents sont susceptibles de s'appliquer¹³⁴ ». Comme le soulignera Karl Llewellyn, les « préceptes », et surtout les règles et principes, occupent en fin de compte une place centrale dans la pensée théorique de Pound sur le droit¹³⁵, ce à quoi le coauteur de *The Cheyenne Way* aurait pu, nous y reviendrons, ajouter l'État¹³⁶. D'ailleurs, si Pound affirme placer la loi et la décision judiciaire sur un pied d'égalité en tant qu'instruments d'ingénierie sociale, en réalité il n'attribue qu'une fonction législative subsidiaire à la seconde qu'il situe dans un rapport unilatéral de complémentarité avec la première¹³⁷. Même si l'on devait, à la suite d'Ehrlich par exemple, se refuser à assimiler l'ordre judiciaire à l'État, force serait encore de

131. R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *supra* note 118.

132. R. POUND, « The Ideal Element in American Judicial Decision », (1931) 45 *Harvard Law Review* 136.

133. R. POUND, « The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice » (1906), dans R.D. HENSON (dir.), *Landmarks of Law*, New York, Harper and Brothers, 1960 ; « Mechanical Jurisprudence », *supra* note 108.

134. F. MICHAUT, *supra* note 102, p. 100.

135. K.N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », (1930) 30 *Columbia Law Review* 431, reproduit en partie dans W.W. FISHER III *et al.* (dir.), *supra* note 102, p. 53-58, à la page 54. Sur le rapport de Llewellyn à Pound, voir également : R. POUND, « The Call for a Realist Jurisprudence », (1931) 44 *Harvard Law Review* 697, et K.N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound », (1931) 44 *Harvard Law Review* 1222, tous deux reproduits en partie dans *id.*, p. 59-67 et 68-75 ; N.E.H. HULL, *supra* note 102.

136. K.N. LLEWELLYN et E.A. HOEBEL, *La voie cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, trad. L. Assier-Andrieu, Paris, LGDJ, 1999.

137. R. POUND, « The Theory of Judicial Decision », *supra* note 109, p. 955-956 ; F. MICHAUT, *supra* note 102, p. 94.

constater que, pour un angloaméricain, Pound accorde une importance extraordinaire au législateur.

Tout bien considéré, Pound demeure fort éloigné d'Ehrlich sur nombre de questions capitales. Aussi commençons-nous d'apercevoir que ce n'est pas la nature normative du droit autant que les implications épistémologiques de celle-ci qui font l'objet de débats fondamentaux dans le domaine de la philosophie juridique et de la théorie générale du droit. Tel est souvent l'enjeu structurant et plus ou moins masqué des oppositions entre validité et effectivité comme mode d'existence juridique, entre la norme juridique comme norme de conduite et la norme juridique comme norme de résolution des conflits ou encore entre conceptions sociologiste et étatiste du droit. C'est certes clairement que cet enjeu anime la critique kelsénienne de la sociologie du droit selon Ehrlich et Kantorowicz, tout ancrée qu'est cette critique dans un soi-disant rapport épistémologique d'exclusion mutuelle entre *Sein* et *Sollen*, entre fait et norme, et dans l'impossibilité qui en découlerait de connaître les normes comme éléments d'une catégorie de faits¹³⁸. C'est en revanche bien obscurément sinon inconsciemment que ce même enjeu sous-tend les thèses des juristes « pluralistes » de même que celles d'une large part de la littérature secondaire sur le réalisme juridique, tendant ainsi à devenir source de confusion. En d'autres termes, nous commençons à voir comment certains des principaux auteurs à être associés à la conception du droit comme fait continuaient en réalité d'adhérer à une conception normative du droit, prenant leur dissidence épistémologique ou leur changement de perspective depuis l'État vers le « social » pour une profonde divergence ontologique. Voilà qui commence déjà à suggérer que, au-delà des *apparences* que revêt paradoxalement la pensée juridique européenne dans la littérature savante, cette pensée demeure *en réalité* structurée par l'idée du droit comme norme. Cela fait un peu plus d'un siècle que le débat est au fond épistémologique, voire surtout méthodologique, et s'explique, non pas par une révolution de l'« ontologie juridique », mais le plus souvent par un déplacement du point de mire depuis l'État vers le social. Nous venons de voir comment Ehrlich se distingue de Pound à cet égard. C'est mon hypothèse que le professeur

138. H. Kelsen, « Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen » [« Sur la sociologie du droit. Remarques critiques »], *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1912, p. 601-607 ; « Grundlegung der Rechtssoziologie » [« Fondements de la sociologie du droit »], *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1915, p. 839-876 ; S.L. Paulson, *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie* [*Hans Kelsen et la sociologie du droit*], Aalen, Scientia, 1992 ; R. Treves, « Hans Kelsen et la sociologie du droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 1/1985, p. 15-25.

de Bucovine se distingue alors, non seulement de Pound, mais d'un étatismisme prépondérant au sein de la pensée juridique moderne, étatismisme dont les premières codifications françaises participent sans doute à la genèse. Ce serait notamment par ce quasi antiétatismisme que s'expliquerait le pluralisme et, au final, le caractère exceptionnel de la figure d'Ehrlich.

Je me suis proposé ici d'interroger la pensée juridique moderne de source européenne à travers ses expressions canoniques. Bien qu'il soit parfois malaisé de ranger un auteur dans l'une ou l'autre catégories des « juristes » ou des « sociologues », par exemple, j'ai fait le pari de trouver des manifestations significatives de cette pensée chez les premiers plutôt que chez les seconds ou autres. Cela dit, l'œuvre de plus d'un grand juriste puise suffisamment à une ou plusieurs autres disciplines pour être aussi révélatrice de la pensée juridique des non-juristes. Voilà qui est le cas de Léon Duguit.

Chapitre 3

Normes juridiques et État chez Duguit et dans la tradition fonctionnaliste

L'œuvre de Léon Duguit passe pour une introduction, ou tentative d'introduction, de la méthode sociologique positiviste en droit, plus précisément en droit public. Il est vrai que Duguit parle de Durkheim comme de son « maître¹³⁹ ». Ce dernier voit la sociologie comme une méthode qui peut être appliquée par toutes les sciences humaines existantes et s'attache lui-même amplement à l'appliquer au droit¹⁴⁰. Il faut cependant remettre en question le positivisme (au sens épistémologique général du terme) de Duguit. Certes, celui-ci affirme que c'est « une singulière erreur » que d'enseigner (comme le font les néokantiens de l'école du Sud-Ouest) que les sciences sociales ont une méthode qui leur est propre, « car toute méthode scientifique est déterminée par les lois de l'esprit humain, qui sont évidemment les mêmes quel que soit le domaine dans lequel il cherche et travaille, lois qui limitent son pouvoir et qui règlent son action¹⁴¹ ». Aussi Duguit va-t-il jusqu'à congédier du domaine de la science le concept de causalité, en sus de celui de finalité, ce qui suggère une radicalisation positiviste par rapport à Durkheim¹⁴². C'est donc sur un plan ontologique que le doyen de la Faculté de droit de l'université de Bordeaux insistera sur la différence entre les « faits sociaux » et les « phénomènes du monde vivant ou du monde physique » : « Dans le monde social les faits ayant toujours pour support des actes conscients de volontés individuelles et se manifestant par ces mêmes actes, l'observateur ne peut pas et ne doit pas tenter de formuler des lois de coexistence ou de succession, mais bien des normes ou des règles de conduite¹⁴³ ». Au demeurant, après avoir frappé d'interdit la finalité, Duguit vient décréter que l'« expression *but* doit rem-

139. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, supra note 18, t. 1, p. 98.

140. Voir M. DEFLEM, *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, chap. 3.

141. L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, supra note 18, p. 34.

142. *Id.*, p. 33.

143. *Ibid.*

placer l'expression *cause*¹⁴⁴ ». Cette notion de « but » comme facteur de juridicité, on s'étonne de ne pas voir Duguit, qui du reste en fait le socle de sa théorie du service public¹⁴⁵, l'emprunter à Jhering. D'ainsi substituer le but à la cause paraît anti-durkhémien¹⁴⁶, sauf peut-être à se souvenir que, au-delà des « règles de la méthode sociologique », Durkheim préfigure le fonctionnalisme sociologique : la division du travail social voit se différencier diverses fonctions qui ont en commun de servir l'intégration sociale, de maintenir et même de renforcer le lien social, si bien que c'est par un tel « but » que semble s'expliquer le passage de la solidarité mécanique à la solidarité organique¹⁴⁷.

C'est un lieu commun de la doctrine juridique française que de faire de Duguit le père du droit comme « fait social ». S'il s'agit alors d'insister sur le second terme de l'expression, l'affirmation est véridique. Elle ne l'est pas s'il est plutôt question de présenter Duguit comme un théoricien du droit comme fait par opposition au droit comme norme. Ce qui précède concernant le rôle de l'observateur scientifique des faits sociaux selon Duguit le suggère déjà. Le « sociologue », qu'il soit juriste ou autre, doit s'atteler à dégager « des normes ou des règles de conduite ». Le droit est plus exactement pour notre juriste bordelais un « fait » social *normatif*. D'abord, le fait social en général se définirait comme « toute réaction collective provoquée par un acte individuel¹⁴⁸ ». Ensuite, le fait social d'ordre juridique apparaîtrait « lorsqu'a pénétré dans la masse des consciences individuelles, à un moment déterminé et dans une société donnée, l'idée que tel acte individuel, s'il est accompli, doit provoquer une réaction sociale organisée¹⁴⁹ ». Le fait social juridique est bel et bien idéal et normatif, en sorte qu'« [i]l n'est pas nécessaire pour que la norme soit une règle de droit que cette sanction sociale soit organisée ; mais il faut qu'il apparaisse

144. *Id.*, p. 89.

145. « Toutes les volontés se valent si l'on ne considère que le sujet. Leur valeur ne peut être déterminée que par le but qu'elles poursuivent. La volonté du gouvernant n'a aucune force comme telle; elle n'a de valeur et de force que dans la mesure où elle poursuit l'organisation et le fonctionnement d'un service public. Ainsi la notion de service public vient remplacer celle de souveraineté. L'Etat n'est plus une puissance souveraine qui commande, il est groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne. » (L. DUGUIT, *Les transformations du droit public* (1913), Paris, La mémoire du droit, 1999, p. XIX)

146. E. DURKHEIM, *supra* note 18, chap. 5.

147. E. DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), Paris, PUF, 2007.

148. L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, *supra* note 18, p. 31.

149. *Id.*, p. 32.

à tous qu'il est légitime et désirable qu'elle le soit¹⁵⁰ ». Le droit ainsi défini correspond donc à une idée qui serait à la fois unanimement partagée et doublement normative pour se composer d'une règle et d'un principe de légitimité d'une certaine forme de sanction de cette règle. Se pose alors la question des conditions auxquelles l'idée d'une légitimité peut être celle de « tous ». Duguit y répond en faisant coïncider cette idée avec un double sentiment de « socialité » et de « justice » :

J'ai dit : une règle morale ou économique devient règle de droit au moment où c'est le sentiment unanime ou quasi unanime des individus composant le groupe social considéré que la solidarité sociale serait gravement compromise si le respect de cette règle n'était pas garanti par l'emploi de la force sociale. J'ajoute maintenant que pour qu'il y ait règle de droit, il faut que la sanction d'une règle sociale par l'emploi de la force collective soit conforme au sentiment que l'on a de la justice commutative et de la justice distributive au moment considéré, que la non-sanction de cette règle soit contraire à ce double sentiment, parce que l'acte qui viole ladite règle est attentatoire à l'une des deux formes de la justice. La conscience chez la masse des individus d'un groupe donné que telle règle morale ou économique est essentielle pour le maintien de la solidarité sociale, la conscience qu'il est juste de la sanctionner, voilà les deux éléments essentiels de la formation et la transformation de la règle de droit¹⁵¹.

Pour Duguit, le droit « objectif », formant la « discipline sociale », est donc norme, mais norme sociale. Davantage que son positivisme donc, la théorie juridique de Duguit est fidèlement durkhémienne. Reste maintenant à voir si son « sociologisme » autorise à en faire une lecture « pluraliste » ou, à tout le moins, non étatiste.

En effet, la thèse de Duguit selon laquelle la source véritable du droit est « la société » fera normalement anticiper une relativisation du rôle de l'État au sein du phénomène juridique, relativisation dont il faudrait ensuite, le cas échéant, déterminer si elle ne débouche pas ou ne peut pas déboucher sur une forme de pluralisme juridique. En somme, d'une part cette relativisation du rôle juridique de l'État sera elle-même relativisée par ce qui a toutes les apparences d'un évolutionnisme social, de l'autre tout « pluralisme juridique » sera exclu par la thèse d'une correspondance quasi parfaite entre le droit social et celui de l'État.

150. *Id.*, p. 46.

151. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, supra note 18, t. 1, p. 125.

Duguit commence par récuser toute distinction entre les sociétés de droit et celles qui ne le seraient pas : « Du moment où un groupe social existe comme tel, il y a un droit. Ce droit est plus ou moins développé, il est plus ou moins bien sanctionné ; mais il existe par cela même qu'existe la société¹⁵² ». Le doyen illustrera même son propos de l'exemple du droit inuit :

Il existe de fait certaines sociétés où aucune différenciation ne s'est encore produite entre gouvernants et gouvernés. Dans de pareilles sociétés, existe-t-il des règles de droit ? On ne saurait le nier. Les sociologues citent en exemple les peuplades d'Esquimaux, chez lesquels aucune différenciation politique n'existe, mais où apparaissent certaines règles dont les individus ont une conscience plus ou moins obscure. Elles forment ce que j'ai déjà appelé une discipline sociale, qui ne peut pas ne pas exister. Sans elle, il n'y aurait pas de groupement permanent. La sanction de la règle est assurément encore inorganisée, mais elle n'en existe pas moins : elle consiste dans la réaction spontanée du groupement tout entier contre les auteurs de violation¹⁵³.

Le juriste pluraliste n'a pas pour habitude d'en demander autant afin de reconnaître un coreligionnaire. Duguit, Ehrlich, même combat alors ? Certainement pas, pour peu qu'on renonce à s'aveugler au contexte. Bien sûr, le pluraliste voudra s'accommoder de l'assertion de Duguit selon laquelle « [l]es choses sont infiniment variables », de ses propos d'après lesquels « [d]ans tel pays, à telle époque, telles règles qui apparaissent avec ce caractère [de règles juridiques] ne l'avaient point ou ne l'auront point à d'autres époques et dans d'autres pays¹⁵⁴ ». Mais peut-on faire l'économie de la thèse duguitienne voulant qu'il y ait « de nombreuses règles de droit non écrites, qui sont les mêmes pour tous les pays civilisés, et que l'évolution générale du droit [soit] identique chez tous les peuples parvenus au même stade¹⁵⁵ » ? Qu'en serait-il, selon Duguit pour qui tout est variable mais n'a pas pour autant la même valeur, des prétentions juridiques d'un État tel que le Canada à l'égard d'Inuits se trouvant sur son territoire ? Certes, Duguit qualifie d'erroné le raisonnement qui consiste à dire que, les règles juridiques étant des lois et seul l'État pouvant faire des lois, le droit ne peut être que le produit de l'État¹⁵⁶. Car « il n'y a qu'à

152. L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, supra note 18, p. 57.

153. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, supra note 18, t. 1, p. 95.

154. *Id.*, p. 117.

155. L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, supra note 18, p. 27.

156. *Id.*, p. 77.

regarder pour s'apercevoir que toute volonté humaine peut dans certains cas intervenir efficacement avec l'intention qu'il naisse une véritable règle de droit, qui s'imposera à d'autres volontés humaines [...]»¹⁵⁷ ». La phrase de Duguit se termine toutefois par « [...] et que les tribunaux seront tenus de sanctionner¹⁵⁸ », excluant du coup toute forme juridictionnelle de pluralisme pour plutôt faire de la reconnaissance d'une règle par les tribunaux étatiques une condition de sa juridicité. Et les exemples que donne ici Duguit de telles règles juridiques « non étatiques » sont ceux du vote des statuts par la première assemblée des actionnaires d'une société par actions et de la conclusion d'une convention collective de travail entre un groupe patronal et un groupe ouvrier, non pas celui de la « discipline sociale » d'une « peuplade » non politiquement différenciée qui, chez Duguit, ne semble pas pouvoir survivre à l'affirmation de la souveraineté de l'État d'une société plus évoluée. Au reste, s'il est clair à Duguit qu'« il y a une règle de droit supérieure à la loi positive¹⁵⁹ », en revanche « il n'en est pas moins vrai » à ses yeux que, aujourd'hui,

avec le développement qu'ont acquis les lois écrites, dans les nations civilisées, il y a correspondance à peu près exacte entre le droit objectif et la législation positive de l'État considéré. [...] Il n'y a donc pas, je le répète, coïncidence complète entre le droit objectif et les lois positives d'un pays ; cependant dans la généralité des cas la divergence peut être négligée. Pour faciliter l'exposition on peut parler comme si la coïncidence était complète et dire : la loi, au lieu de dire : le droit objectif¹⁶⁰.

Au sein de cette tradition sociologique positiviste-fonctionnaliste inaugurée par Durkheim et qui, avec Parsons, empruntera notamment à Weber, à Pareto et à la cybernétique de Wiener pour devenir « fonctionnalisme structurel » avant de se faire plus radicalement, avec Luhmann, « théorie des systèmes », il faudra attendre Gunther Teubner – qui du reste demeure à notre sens un juriste théoricien du droit bien davantage qu'un sociologue – pour voir apparaître une théorie pluraliste du droit¹⁶¹.

La nature normative du droit chez Talcott Parsons ne fait aucun doute, le droit y étant décrit comme « système de règles ». Le droit comme

157. *Ibid.*

158. *Ibid.*

159. *Id.*, p. 42.

160. *Id.*, p. 47.

161. Voir not. G. TEUBNER, « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », dans G. TEUBNER (dir.), *Global Law Without a State*, Brookfield (VT), Dartmouth, 1996, p. 3-28.

system of rules est en effet une expression récurrente chez Parsons, pour qui :

*In the first place, law is not a category descriptive of actual concrete behavior but rather concerns patterns, norms, and rules that are applied to the acts and to the roles of persons and to the collectivities of which they are members. Law is an aspect of social structure but one that lies on a particular level, which should be carefully specified. In a certain set of sociological terms I should call it an institutional phenomenon. It deals with normative patterns to which various kinds of sanctions are applied. This is a level that on general sociological grounds it is important to distinguish from that of the concrete structure of collectivities and roles in them*¹⁶².

Le monisme juridique du sociologue harvardien ne saurait faire davantage de doute. Nous venons tout juste de voir que pour lui le droit comme phénomène social se situe « au-dessus » des collectivités concrètes. En tant que « mécanisme généralisé de contrôle social¹⁶³ », le droit s'applique à tous les secteurs et collectivités qui composent ou sur lesquels s'applique le système social. Parsons en infère des conditions essentielles d'effectivité du système juridique telles que sa cohérence et son unicité, autant d'exigences dont la satisfaction est rendue possible par une association étroite entre le droit et l'État¹⁶⁴.

Avec Niklas Luhmann, un juriste et sociologue de formation qui est surtout connu comme sociologue et théoricien du droit mais dont l'œuvre peut être perçue comme s'inscrivant dans la tradition allemande des grands systèmes philosophiques¹⁶⁵, la théorie des systèmes et son application au social se radicalisent, pour ainsi dire, et ce notamment au moyen du concept d'« autopoïèse ». La présentation explicative du système de Luhmann et de la place qu'y tiennent le droit et la théorie juridique demanderait de longs développements qui d'ailleurs ne sauraient égaler en qualité ceux qu'y consacre Pierre Guibentif dans un ouvrage

162. T. PARSONS, « The Law and Social Control », *supra* note 21, p. 56-57.

163. *Id.*, p. 57.

164. *Id.*, p. 58-64.

165. Il s'agit ici d'une opinion que partage par H. RABAULT, « La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann : vers une rénovation de l'épistémologie du droit ? », *Droits*, n° 33, 2001, p. 191-203, à la page 192. Voir aussi *idem*, *Un monde sans réalité ? En compagnie de Niklas Luhmann : épistémologie, politique et droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012.

qu'il a fait paraître en 2010¹⁶⁶. Celui-ci nous servira donc de clef d'accès à une œuvre dont d'importants pans n'ont pas encore été traduits en anglais davantage qu'en français et dont pour ma part je n'ai pas de connaissance intime¹⁶⁷.

En somme, l'« autopoïèse », ce terme qu'un collègue biologiste, Humberto Maturana, aurait suggéré à Luhmann, renvoie chez ce dernier à l'axiome selon lequel « ce qui fait exister un système – ses opérations et ses structures – est engendré par le système lui-même¹⁶⁸ ». Ainsi, toute distinction entre un système et le reste (son « environnement ») est le produit de ce système, et par suite « un système 'ne comprend pas' les opérations des autres systèmes ; elles ne peuvent pas revêtir pour lui un sens précis ; l'effet qu'elles peuvent avoir est appelé, dans le langage de la théorie des systèmes, une irritation ; la fonction des mécanismes de couplage structurel est de 'canaliser les irritations'¹⁶⁹ ». Luhmann définit tout *système* comme un ensemble, auto-produit et auto-maintenu à la faveur d'une « auto-observation », d'opérations répondant à un code binaire, opérations qui produisent à leur tour des « structures ». Ensuite cet auteur définit tout système *social* comme un ensemble d'opérations de « communication », celle-ci consistant en la rencontre d'une information, d'une expression et d'une compréhension¹⁷⁰. Encore Luhmann s'intéresse-t-il principalement aux systèmes sociaux *fonctionnellement différenciés*, tels l'économie, la politique, le droit, la religion, la science et l'art, qui correspondent à des fonctions définies dans la reproduction d'un « système social global » relativement auquel les systèmes fonctionnellement différenciés font figure de sous-systèmes et dont il hésitera de moins en moins à parler comme de celui d'une « société monde ». Pour Luhmann, un sous-système social fonctionnel ne « communique » pas mais « interagit », par le biais de mécanismes de « couplage structurel », avec son « environnement ». Celui-ci se compose d'une part des autres systèmes que sont le système social global, les autres sous-systèmes sociaux – fonctionnellement dif-

166. P. GUIBENTIF, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ, 2010, p. 81-156.

167. L'ouvrage de Pierre Guibentif contient de nombreuses références à la littérature secondaire sur Luhmann, et not. sur Luhmann et le droit. Or c'est ce commentaire de Guibentif, axé sur la question du droit, qui est demeuré le plus éclairant à nos yeux, même si, pour une introduction générale à l'œuvre de Luhmann nous recommanderions également le livre d'E. FERRARESE, *Niklas Luhmann : une introduction*, Paris, Pocket, 2007.

168. P. GUIBENTIF, *supra* note 166, p. 85.

169. *Id.*, p. 150.

170. *Id.*, p. 100-106.

férenciés et non fonctionnellement différenciés tels que les organisations et les interactions – et les « systèmes psychiques », c'est-à-dire ceux des consciences individuelles qui forment son environnement non plus social mais « humain ». D'autre part il se compose d'un « environnement naturel ». Contrairement à Parsons, Luhmann est d'avis que rien ne garantit que les sous-systèmes fonctionnels opèrent en tenant compte les uns des autres, qu'ils n'engendrent pas de dynamiques conflictuelles et que, dans l'ensemble, ils assurent un rapport non destructeur, ni pour l'un ni pour l'autre, de la société globale à son environnement¹⁷¹. « Il n'est pas possible, d'après Niklas Luhmann, de dériver de la seule définition d'une fonction sociale comment évoluera concrètement un système social¹⁷² ». Reste à voir les « nature » et « place » du droit au sein d'un tel échafaudage conceptuel et terminologique. Si sa « découverte » de l'autopoïèse et le développement de sa théorie générale des systèmes ne sera pas sans incidence sur ses travaux sur le droit – qui passera du statut de structure du système politique à celui de système fonctionnel à part entière –, Luhmann paraît maintenir l'essentiel de sa conception normative du droit et du lien qui unit étroitement celui-ci à l'État et aux tribunaux étatiques lors du passage de sa *Rechtssoziologie* (1972)¹⁷³ à *Das Recht der Gesellschaft* (1993)¹⁷⁴.

Pierre Guibentif dégage de l'ouvrage de 1993 la définition suivante du droit : « système social fonctionnel dont les opérations mettent en jeu la distinction [le « code binaire »] « *Recht/Unrecht* »¹⁷⁵ ». Il serait à la rigueur possible de traduire cette dernière opposition par « conforme au droit/contraire au droit », mais, ainsi que l'explique Pierre Guibentif :

En allemand, cette opposition a, cependant, d'autres connotations. En effet, elle suggère aussi les oppositions « avoir tort »/« avoir raison » (« *recht haben* » voulant dire « avoir raison », et l'adjectif « *unrecht* » étant volontiers associé aux significations « *nicht richtig* », « *falsch* », c'est-à-dire « faux ») et « juste »/« injuste » (« *ein Unrecht antun* » veut

171. *Id.*, p. 112.

172. *Id.*, p. 145, se référant à N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft, Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1993 (trad. L.K. Sosoe : *Le droit de la société*, Québec, Presses universitaires de l'Université Laval, 2019 ; trad. K.A. Ziegert : *Law as a Social System*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2004), not. p. 165.

173. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie [Sociologie du droit]*, 2. vol., Hambourg, Rowohlt, 1972 (trad. E. King-Utz et M. Albrow : *A Sociological Theory of Law*, Londres/Boston, Routledge & Kegan, 1985).

174. N. LUHMANN, *supra* note 172.

175. P. GUIBENTIF, *supra* note 166, p. 138.

dire « faire subir une injustice »), des sens qui se prêtent à l'évocation de situations plus éloignées des instances judiciaires. La terminologie allemande permet ainsi, mieux que les possibles traductions françaises, de suggérer le flou de la transition entre ces différents types de situations¹⁷⁶.

De telles opérations communicationnelles se rapportent toutefois à des « attentes normatives », la fonction du droit étant définie, tant dans la *Rechtssoziologie* (1972) que dans *Das Recht der Gesellschaft* (1993), comme celle de stabilisation de nos attentes normatives¹⁷⁷. Nous reviendrons sous peu sur cette notion d'attentes normatives et sur son lien avec le « droit » au sens usuel du terme. Auparavant, il nous faut voir ce que peut bien vouloir dire ce mot chez un Luhmann muni de concepts d'« autopoïèse » et de « système social ». Nous devons effectivement tâcher d'y voir clair dans ce que veut dire, chez Luhmann en 1993, le « droit comme système social » ou, peut-être plus exactement, l'étude du droit ainsi compris. Au sein du modèle luhmannien, l'« observation » scientifique du droit portera bien sûr sur le droit comme système social fonctionnel, ce qui veut dire, non seulement sur des opérations qui sont des observations de premier ordre, mais aussi sur des opérations qui relèveront de l'observation de deuxième ordre (portant sur celles de premier ordre) ou « auto-observation », ou encore « auto-référence » – étant extérieure au système juridique, l'observation sociologique du droit à la luhmannienne pourrait donc être qualifiée d'observation juridique de troisième ordre (ou « épistémologie juridique¹⁷⁸ ») en même temps que d'observation de premier ordre au sein du système social scientifique. Les premières opérations correspondent aux prétentions ainsi qu'aux décisions juridiques¹⁷⁹. Quant aux opérations de deuxième ordre, elles appellent d'abord une précision notionnelle. Si l'auto-observation est nécessaire à toute autopoïèse qui suppose que, pour se maintenir, le système puisse lui-même identifier ses opérations basales de distinction comme lui étant propres¹⁸⁰, encore faut-il savoir que, lorsqu'au sein de ces systèmes complexes que sont les systèmes sociaux fonctionnels cette auto-observation se fait discours théorique, il conviendrait de parler plutôt d'« auto-description ». L'auto-observer

176. *Ibid.*

177. *Id.*, p. 144.

178. Voir H. RABAULT, « L'épistémologie de Niklas Luhmann : de la phénoménologie de la conscience à la phénoménologie de la communication », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 54/2003, p. 537-546 (recension longue de D. KRAUSE, *Luhmann-Lexikon. Eine Einführung in das Gesamtwerk von Niklas Luhmann*, 3^e éd. rev. et augm., Stuttgart, Lucius & Lucius, 2001).

179. P. GUIBENTIF, *supra* note 166, p. 148.

180. *Id.*, p. 103.

vation du droit comme système social serait l'argumentation juridique¹⁸¹, et son auto-description, la théorie du droit¹⁸², sur laquelle porte largement la « sociologie » (ou, à cet égard, l'épistémologie) luhmannienne du droit. Au-delà de cette « communication » intérieure, l'observation luhmannienne du juridique porte aussi sur l'« interaction » du système du droit avec son environnement extérieur au moyen de mécanismes de couplage structurel. Une telle interaction a donc notamment lieu avec les autres systèmes sociaux fonctionnels, avec les systèmes sociaux non fonctionnels tels que les organisations ainsi qu'avec cet « environnement humain » formé des « systèmes psychiques ». Par exemple, l'État est ainsi interprété comme mécanisme de couplage structurel avec le système de la politique¹⁸³, la théorie des systèmes elle-même avec le système de la science¹⁸⁴ et les « droits subjectifs » avec les systèmes psychiques individuels¹⁸⁵. Le pouvoir judiciaire constituerait quant à lui une « organisation », c'est-à-dire un système social non fonctionnel, formant un sous-système du droit (lui-même sous-système du système social global) dans lequel celui-ci aurait son « centre » (et avec lequel il interagirait au moyen du mécanisme de couplage structurel que serait les règles de droit positif ?), par opposition à la « périphérie » où se trouveraient tous les autres domaines d'activité juridique, dont la conclusion de contrats et... la législation, qui du reste ne seraient pas assujettis à des contraintes organisationnelles¹⁸⁶.

On aura remarqué que, jusqu'ici, rien de ce que Luhmann entend par « droit » comme objet d'étude scientifique ne coïncide avec le sens usuel du terme ni même avec celui qu'il revêt dans la théorie du droit qui, plutôt, entre dans la composition de cet objet. Qui plus est, chez Luhmann, « tous les systèmes fonctionnels modernes se présentent comme une fonction spécifique d'une société monde¹⁸⁷ », ce qui pose avec un coefficient de difficulté plutôt élevé la question de la place que peuvent bien y tenir les systèmes juridiques nationaux :

Rappelons ce constat de Luhmann : les systèmes fonctionnels sont des systèmes de la société, société qui acquiert maintenant les contours

181. *Id.*, p. 148.

182. *Id.*, p. 152.

183. *Id.*, p. 150, renvoyant à *Die Politik der Gesellschaft [La politique de la société]*, Francfort, Suhrkamp, 2000, p. 390 s.

184. *Id.*, p. 150-151.

185. *Id.*, p. 151.

186. *Id.*, p. 146-147, citant, en traduisant, N. LUHMANN, *supra* note 172, p. 321 s.

187. *Id.*, p. 111.

d'une société-monde ; ils n'ont pas de lieu ni, en eux-mêmes, de lien avec des collectivités particulières ; leur fonctionnement effectif, qui requiert des moyens concrets, exige des organisations, lesquelles sont des systèmes sociaux dont le propre est d'être situables et de déterminer des ensembles de personnes dont les activités constituent leur matière. Certaines organisations seraient par vocation liées en particulier à certains systèmes fonctionnels (les banques au système économique ; les églises au système religieux, etc.) ; d'autres interviendraient dans plusieurs d'entre eux, contribuant à leur couplage structurel (des universités entre enseignement et science ; des groupes d'experts entre science et politique, etc.)

Dans le cas du droit, les principales organisations sont les tribunaux, que Luhmann situe au centre du système juridique. Autour d'eux, on peut identifier un large éventail d'autres organisations : organisations professionnelles, services juridiques divers, associations, revues, départements universitaires, etc. Reste des réalités qu'au premier abord on hésiterait à qualifier d'organisations, mais qui ne constituent certainement pas, prises chacune pour elle-même, des systèmes sociaux fonctionnellement différenciés : les « systèmes juridiques nationaux ». Ceux-ci devraient, dans la logique du modèle luhmannien du droit, dans ses versions plus récentes, être qualifiés de phénomènes organisationnels, même s'il faut reconnaître leur particulière complexité¹⁸⁸.

Afin de répondre à la question de la manière dont Luhmann conçoit le droit au sens plus usuel du terme ainsi que la relation de celui-ci à l'État, il est néanmoins possible d'en revenir à sa notion d'« attentes normatives ».

Au cours de l'évolution des sociétés européennes, ce type normatif d'attentes se serait différencié du type cognitif. L'attente normative se porterait sur ce qui doit être et non sur ce qui sera forcément, si bien que, à la différence de l'attente cognitive, nous ne serions pas prêts à l'abandonner sur la base d'une expérience d'ineffectivité mais plutôt sur celle – apparemment plus rare dans la mesure où Luhmann parle de l'attente normative comme de celle que nous maintenons¹⁸⁹ – d'une expérience d'invalidité. Il s'agirait toutefois d'une attente ancrée socialement (dans le sous-système juridique) et donc fondée, non pas concrètement cependant, mais pour ainsi dire abstraitement¹⁹⁰. À une telle fondation sociale abstraite correspond la *validité* du droit positif moderne ici compris,

188. *Id.*, p. 155.

189. *Id.*, p. 124.

190. *Id.*, p. p. 140.

même si c'est « sociologiquement », comme norme plutôt que comme fait. À la suite de la différenciation de l'attente normative par rapport à l'attente cognitive, l'évolution historique et sociale de l'occident aurait connu, avec le droit positif valide moderne, un phénomène d'« institutionnalisation » des attentes appartenant à cette catégorie, différenciée, d'attentes normatives¹⁹¹. Le critère luhmannien de positivité juridique se veut bien en lui-même sociologique plutôt que juridique¹⁹², mais demeure un critère de validité, et non d'effectivité¹⁹³. Or ce critère sociologique de la communication d'attentes normatives semble s'entendre notamment d'un renvoi au critère juridique de validité à travers un autre renvoi, en l'occurrence un renvoi à cette organisation centrale du droit que serait le pouvoir judiciaire. Comme le relève en effet Pierre Guibentif, « implicitement, cette communication [propre au droit comme système social] établit un lien avec une possible décision judiciaire qui dirait la validité de l'attente invoquée, au regard du droit objectif¹⁹⁴ ». Voilà comment ce même commentateur de l'œuvre luhmannienne a pu aussi résumer dans les mots suivants la conception que se faisait l'illustre professeur de Bielefeld de la fonction du droit : « Le droit ne prétend rien faire d'autre que d'apprécier la validité des règles¹⁹⁵ ». Le droit est donc bel et bien norme pour Luhmann qui, en 1966, écrit d'ailleurs à son sujet que « [l]a complexité de ce qui peut, de cette manière, être formulé en normes et les résultats que l'on peut ainsi obtenir de manière assez prévisible est étonnante et admirable, même si l'appareil est en train de gémir sous la complexité secondaire de ses normes, et s'il réclame avec instance d'en être soulagé¹⁹⁶ ». Demeure la question du rapport du droit à l'État.

Dans un premier moment de l'évolution de la pensée de Luhmann, le droit est pour ce dernier une structure du politique. Notre auteur affirmerait alors que nous ne pouvons parler de droit positif que « lorsqu'il existe des mécanismes permettant d'assurer l'institutionnalisation et la généralisation congruente d'attentes normatives par de simples décisions¹⁹⁷ ». Et ce qui, aux yeux de Luhmann à l'époque de sa *Rechtssoziologie*, permet

191. *Id.*, p. 125.

192. *Id.*, p. 124.

193. *Id.*, p. 129 et 143.

194. *Id.*, p. 141.

195. *Id.*, p. 111.

196. N. LUHMANN, « Reflexive Mechanismen » [« Mécanismes réflexifs »] (1960), rééd. dans *Soziologische Aufklärung* 1, 1970, p. 92-112, à la page 96, cité et traduit par P. GUIBENTIF, *supra* note 166, p. 134-135.

197. P. GUIBENTIF, *supra* note 166, p. 126.

plus précisément une pleine positivation du droit, c'est la différenciation du système politique. « En effet, le système politique moderne, avec sa capacité de produire des décisions contraignantes, peut assumer, parmi ses fonctions, celle de produire le droit positif dont les différents systèmes sociaux ont besoin¹⁹⁸. » C'est l'État moderne et, notamment, ses tribunaux qui sont au cœur de cette différenciation du système politique et de la capacité de celui-ci de produire des décisions contraignantes. D'ailleurs, Luhmann élabore alors le modèle circulaire suivant qui n'est pas sans rappeler l'identité kelsénienne entre droit et État : « Premier terme du raisonnement : les possibilités de contrainte favorisent la positivation ; mais, deuxième terme du raisonnement, la positivation rend à son tour possibles des usages toujours plus sophistiqués de la contrainte¹⁹⁹ ». Dans un second moment, alors que le droit est devenu un sous-système social fonctionnel du système social global au même titre que les autres, l'État devient, ainsi que nous l'avons vu, le mécanisme de couplage structurel entre ce dernier sous-système et celui de la politique. Si l'État, que Luhmann conçoit comme une organisation²⁰⁰, n'est pas trouvé par notre auteur au « centre » du système social juridique, ses tribunaux le sont.

D'aucuns seront sans doute tentés de proposer, à l'instar de Gunther Teubner²⁰¹, une relecture pluraliste de Luhmann sur la base de passages tels que le suivant : « Il naît du droit, de même que du savoir, sous une forme rudimentaire dans tous les systèmes sociaux, et ce même sans recours au droit officiel édicté et sanctionné par l'État²⁰² ». Quant à lui, Pierre Guibentif s'explique ce passage de *Soziale Systeme* de la manière suivante :

Voici qui vient perturber l'architecture que suggérait de prime abord la théorie de la différenciation fonctionnelle. D'une part, des communications mettant en jeu la distinction « *Recht/Unrecht* » ont lieu dans des systèmes autres que le système juridique – qui étaient pourtant censés ne mettre en jeu que leur propre distinction – et, d'autre part, de telles communications peuvent ne pas appartenir au système juridique – qui était pourtant censé comprendre toutes les communications mettant en jeu la

198. *Id.*, p. 127.

199. *Id.*, p. 129.

200. N. LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 2000, p. 189 s.

201. G. TEUBNER, *supra* note 161.

202. N. LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Francfort, Suhrkamp, 1984, p. 451, cité et trad. par P. GUIBENTIF, *supra* note 166, p. 141 (voir aussi trad. L.K. Sosoe : *Systèmes sociaux. Esquisse d'une théorie générale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011).

distinction « *Recht/Unrecht* ». Il faut donc tenir compte de la dynamique des situations envisagées, ce qui revient, d'ailleurs, à prendre au sérieux le terme « rudimentaire » inclus dans la citation. [...] Ce qui nous amène donc à préciser le critère avancé par Luhmann pour délimiter le système juridique : en font partie toutes les communications mettant en jeu la distinction « *Recht/Unrecht* » dans la perspective d'une procédure destinée à établir le fondement légal de l'attente normative déçue²⁰³.

En somme, et nonobstant sa référence à une « société monde », la société qu'observe principalement Luhmann demeure la société moderne « occidentale » ou « européenne » au sein de laquelle ce phénomène tout aussi situé qu'est le droit étatique positif, dont la forme est celle d'un droit valide reconnu de manière relativement prévisible par les tribunaux étatiques, joue un rôle de premier plan²⁰⁴.

203. P. GUIBENTIF, *supra* note 166, p. 141-142.

204. *Id.*, p. 125-126 et 152.

Chapitre 4

Normes juridiques et État d'un point de vue « réaliste »

Il y eut deux grands « réalismes juridiques », un américain et un scandinave. Le premier a, plutôt lâchement, regroupé une vingtaine d'auteurs sur une période s'écoulant des années 1910 aux années 1940, mais son action s'est concentrée durant les décennies 1920 et 1930²⁰⁵. Le second a encadré de manière plus définie les travaux de quatre grands noms, soit le philosophe Axel Hägerström (Uppsala), puis les principaux juristes à avoir, à des degrés divers, été influencés par ce dernier, en l'occurrence Vilhelm Lundstedt (Uppsala), Karl Olivecrona (Lund) et Alf Ross (Copenhague), et ses activités se sont étendues de la fin des années 1930 au tournant des années 1970, quoiqu'à cette dernière époque le mouvement avait, depuis relativement longtemps déjà, perdu beaucoup de son originalité²⁰⁶. Les deux courants se sont développés en parallèle, dans une quasi-ignorance mutuelle²⁰⁷. Il n'empêche que le point d'arrivée de certains auteurs appartenant, l'un au courant américain, l'autre au courant scandinave, se révèle parfois le même²⁰⁸. Dans sa dimension philosophique, l'emploi du terme « réalisme » veut ici mobiliser le sens qu'il revêt dans son opposition à celui d'« idéalisme » plutôt qu'au sens (contraire) qu'il prenait dans son opposition, plus ancienne, au terme de « nominalisme ». En effet, le réalisme juridique, qu'il soit américain ou scandinave, se veut normalement nominaliste. Il s'agit certainement dans les deux cas de nier aux

205. Voir *supra* note 102.

206. S. STRÖMHOLM et H.-H. VOGEL, *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1975. Parmi les autres figures, moins proéminentes, de ce mouvement, on compte not. Ingemar Hedenius (philosophie, Uppsala), Per Olof Ekelöf (droit, Uppsala), Tore Strömberg (droit, Lund) et Theodor Geiger (sociologie, Aarhus). Voir à ce sujet J. BJARUP, « Scandinavian Realism », dans *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, en ligne : http://ivr-enc.info/index.php?title=Scandinavian_Realism

207. À ce sujet, voir not. la recension du testament intellectuel de Lundstedt (*Legal Thinking revised*, *infra* note 212) par H.W. JONES, (1958) 58 *Columbia Law Review* 755-759.

208. Voir également en ce sens : M. MARTIN, *Legal Realism: American and Scandinavian*, New York, Peter Lang, 1997 ; G.S. ALEXANDER, « Comparing the Two Legal Realisms. American and Scandinavian », (2002) 50 *American Journal of Comparative Law* 131.

textes et mots du droit la capacité de renvoyer – avec les concepts, règles, principes ou autres normes ou « formes » juridiques – à des éléments qui tiendraient d'une sphère de réalité idéelle, distincte du monde physique, naturel ou matériel. À la différence du pragmatisme qui préside au réalisme américain, l'empirisme naïf du réalisme scandinave déborde de présupposés ontologiques et épistémologiques relatifs à la possibilité d'une adéquation de l'expérience sensible au « réel » ou encore à la structure logique de celui-ci, d'où un certain amalgame des questions ontologiques et méthodologiques²⁰⁹. Au fond, l'« ontologie » du réalisme juridique nous semble surtout procéder d'un choix méthodologique empiriste. Ce qui exalte la plupart de ces réalistes, c'est avant tout le projet méthodologique d'une observation empirique du droit en tant que soi-disant « catégorie de faits ». Pour la vaste majorité des réalistes américains, le « lieu » sinon l'objet d'une telle observation sera la décision judiciaire. Cela vaut aussi pour les réalistes scandinaves qui, du moins en théorie, ajoutent cependant à l'activité judiciaire celle des autres organes étatiques d'application du droit²¹⁰. En Amérique comme en Scandinavie juridicoréaliste, le slogan, au final méthodologique, du « droit comme fait » dissimule, sauf peut-être chez Frank²¹¹ et chez Lundstedt²¹², une conception normative du juridique.

209. « Lundstedt, like the others more or less in the line of descent from Hägerström, is never very far from certain basic epistemological problems that tend to be given the "once over lightly" treatment in characteristic American pragmatism. » (H.W. JONES, *supra* note 207, p. 758.)

210. Voir J. BJARUP, « The Philosophy of Scandinavian Legal Realism », *Ratio Juris*, vol. 18, n° 1, 2005, p. 1-15. On pourrait croire que cela ne vaut pas pour Olivecrona, qui reconnaît une réalité à la norme juridique et récuse la thèse de Ross selon laquelle la science juridique est affaire de prédiction des décisions judiciaires (K. OLIVECRONA, *Law as Fact* (1939), 2^e éd., Londres, Steven & Sons, 1971 ; il est à relever que le contenu de cette seconde édition différerait substantiellement de celui de l'originale : Copenhague/Londres, E. Munksgaard/Oxford University Press, 1939). Or, ainsi que l'explique ici Jes Bjarup, si pour Olivecrona la tâche du scientifique du juridique est d'informer le public en général sur « la conduite à suivre » – ce que serait le droit –, elle l'est aussi d'ainsi informer les tribunaux en particulier : « *This elevates the authority of the legal scientist to provide the proper information, though the information cannot be legal information about rights and duties but only social information about the enforcement of the law by the courts and administrative agencies* » (p. 14).

211. Voir *infra* note 214 et texte correspondant.

212. A.V. LUNDSTEDT, *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1956. Selon cet auteur, « *the thought of law in the meaning of a system or body of rules lacks any real basis* » (p. 31) ; « *[law is] nothing but the very life of mankind in organised groups and the conditions which make possible the peaceful co-existence of masses of individuals in social groups and their co-operation for other ends than the mere existence and propagation [... ;] 'law' is an intricate machinery which is essentially kept going [...] by means of psychological impulses arising in various ways from the nature of man, his senses, his instincts, and his emotions* » (p. 8). Ainsi qu'en rend compte Jes Bjarup, « *Lundstedt is adamant that there are legal rules, not in the traditional sense of valid or binding rules since this is metaphysics, but in the sense of regularities of behaviour [...]* » ; ainsi « *[w]hat Lundstedt calls « laws »*

Le projet était donc surtout celui de l'étude empirique d'une normativité positive, autrement dit d'une approche du droit positif sous l'angle de ses effets « observables » sur le comportement ou sur l'affect. Au sein du positivisme juridique, il faut voir avant tout la tentative de passer du normativisme au réalisme comme celle d'un déplacement de l'accent méthodologique depuis les normes elles-mêmes vers leur application, depuis la validité vers l'effectivité. Voilà ce que je m'attacherai à démontrer en retraçant la trajectoire des deux principales figures, l'une américaine, l'autre scandinave, du réalisme juridique, c'est-à-dire Karl Llewellyn et Alf Ross.

L'unité fuyante du réalisme américain en fait un mouvement des plus difficiles à caractériser. Parfois chez un même auteur, des programmes descriptifs y côtoient des programmes prescriptifs, des projets scientifiques y voisinent avec des approches pratiques et des critiques exclusivement négatives y jouxtent des propositions davantage constructives. Les instigateurs du mouvement ont d'abord en commun d'être des juristes se voulant bien au fait de la pratique professionnelle, par rapport à laquelle ils reprochent à la faculté de droit américaine de se situer en profond décalage. La plupart des réalistes américains croient du reste que le rattrapage ne peut se faire qu'avec l'aide des sciences sociales. C'est la thèse de John Henry Schlegel que le réalisme juridique américain se caractérise d'abord comme une tentative pour enrôler la science sociale empirique dans une entreprise de réforme juridique et sociale²¹³. Mais son étude porte essentiellement sur Charles Clark, William Douglas, Underhill Moore et Walter Wheeler Cook. Certaines figures du mouvement tendent d'ailleurs à se dérober à toute caractérisation, tel cet anti-déterministe « gestalto-freudien » qu'est Jerome Frank, chez qui le scepticisme à l'égard des règles s'accompagne d'un scepticisme envers les faits, et ce, pour aboutir sur un scepticisme relatif à la prévisibilité des décisions²¹⁴. L'historique habituel

are empirical laws stating the causal relations between the legal words and their effects upon human behaviour » (J. BJARUP, *supra* note 210, p. 11-12).

213. J.H. SCHLEGEL, *supra* note 102.

214. J.N. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's, 1930. Sa « formule » de la décision judiciaire est demeurée célèbre : D (décision) = S (stimuli) x P (personnalité). Elle est énoncée dans son *Courts on Trial*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1949, p. 182. Aux pages 170-171 de ce dernier ouvrage, Frank affirme que le juge connaît une « *gestalt* ». Dans « The Sketch of an Influence » (P. SAYRE (dir.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies: Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford University Press, 1947, p. 189), Frank admet que les valeurs de la société influent sur la personnalité du juge, personnalité qui intervient dans l'appréhension des faits par ce dernier qui ne les connaît du reste qu'indirectement. Or Frank ne croit pour autant ni que cette personnalité soit réductible à ces valeurs ni qu'elle et son rapport aux stimuli reçus par le juge puissent jamais être connus de manière à

fait remonter l'origine du réalisme américain à Joseph Bingham²¹⁵, qui développe une idée de Holmes que Pound a peut-être eu raison, de son côté, de refuser d'isoler de son contexte : « *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*²¹⁶ ». Sur le plan épistémologique, l'empirisme de Bingham procède d'un nominalisme qui ne se veut pas pour autant réaliste (au sens philosophique moderne de la possibilité d'une adéquation de l'expérience sensible avec le réel), mais pragmatiste²¹⁷. La scientificité d'un énoncé juridique sera fonction de sa qualité de prédiction avérée d'une ou de plusieurs décisions de justice, sans que, apparemment, il ne soit nécessaire de

prédire scientifiquement ses décisions. Sur Frank, voir not. : J. PAUL, *The Legal Realism of Jerome N. Frank: A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process*, The Hague, M. Nijhoff, 1959 ; E. CAHN, « Introduction », dans B. FRANK KRISTEIN (dir.), *A Man's Reach: the Philosophy of Judge Jerome Frank*, Wesport (CT), Greenwood Press, 1965 ; F. MICHAUT, *supra* note 102, p. 197-208.

215. J.W. BINGHAM, « What is the Law ? », (1912) 11 *Michigan Law Review* 1/109.

216. O.W. HOLMES JR., *supra* note 118, p. 461. Pour Bingham : « *The field of law is far wider and more complex than an imaginary system of promulgated or developed stereotyped rules and principles. It is a field for scientific study analogous to the field of any other science. [...] As lawyers we endeavor to forecast potential legal consequences of particular causal facts and to influence the actual trend of concrete legal consequences.* » (J.W. BINGHAM, *supra* note 215, p. 11 et 15.)

217. En effet, conformément au pragmatisme américain, les hypothèses ontologiques de Bingham sont fort réduites, ce qui implique un critère de scientificité en fait de résultats pratiques plutôt que de véricité ainsi qu'une réduction de la raison théorique à une forme particulière de raison pratique. Selon cet auteur : « *Every science has a practical bearing, either direct or indirect, immediate or more remote. It deals with sequences of concrete phenomena. The object of scientific inquiry is to obtain thorough knowledge of sequential causes and effects of sorts within a circumscribed field of study and to communicate this knowledge to others.* » (J.W. BINGHAM, *supra* note 215, p. 6-7.) Son critère de scientificité n'est autre que la capacité de prédire des phénomènes : « *In the development of any science, phenomena of certain sorts are studied to ascertain their causes and effects. A purpose common to all intelligent students of a science not purely historical, is the acquisition of an ability to predict that described effects will or will not follow from definite concrete conditions and forces.* » (*Id.*, p. 4.) L'accompagnement, propre au pragmatisme, du nominalisme par une certaine retenue ontologique s'exprime not. chez Bingham dans le fait que les présupposés s'y limitent à ce qui suit : « *If we would think clearly, we must distinguish carefully three sorts of things. First, there are objective facts external to our thought, with which our thinking may be concerned; for instance we may think about a bit of scenery, or a picture, or the expression of the thought of another person, or a series of events constituting, perhaps, an experiment. Secondly, there are our mental processes concerning these facts. Thirdly, there is the expression of our consciousness.* » (*Id.*, p. 5.) Partant, si les concepts, définitions et principes abstraits sont certes nécessaires parce que la toute connaissance scientifique « *cannot be acquired, retained, used, and imparted without them* », en revanche « *[w]e should not confuse the content of knowledge with its form or with the mode of its expression, nor blur the proper relation between these things to such an extent as to think of science as in essence merely formally organized knowledge rather than broad and deep knowledge which is systematized and formulated as a means to effectuating economically the practical scientific ends.* » (*Id.*, p. 7.)

présumer de choses telles que le droit en soi. Bingham entreprend donc de démontrer qu'est « fondamentalement erronée » l'idée selon laquelle « le champ du droit » (*the field of law*) « consists of a system of rules and principles enforced by political authority²¹⁸ ». Or, en réalité, Bingham ne niera pas que le droit se compose de normes. Ce qu'il contestera, c'est plutôt la thèse selon laquelle le droit se composerait *exclusivement* ou *principalement* de normes²¹⁹. Pour cet instigateur du réalisme américain, la science juridique est une branche de la science politique²²⁰ et son regard doit surtout porter sur l'activité des cours de justice²²¹, activité dont la loi demeure un facteur de la plus haute importance²²². Qu'en est-il maintenant du droit selon le plus connu des réalistes américains ?

En 1931, Llewellyn précise qu'il n'y a point d'« école » mais seulement un « mouvement » réaliste dans le domaine juridique aux États-Unis²²³. Le mouvement ne se veut pas révolutionnaire. Son originalité résiderait plutôt dans le développement d'un ensemble d'idées programmatiques auparavant limitées à l'état de fragments épars dans les travaux juridiques savants²²⁴. Aussi le réalisme juridique américain ne s'inscrirait-il jamais autant en rupture qu'en continuité avec la *Sociological Juris-*

218. J.W. BINGHAM, *supra* note 215, p. 3.

219. Au sujet du droit, il se demande et répond ce qui suit : « *What are the proper objects of comprehension within this field? Only or primarily rules, principles and definitions? No.* » (*Id.*, p. 9.) Plus loin, il écrit que : « *It would not be true, however, to say that the field of law exists independently of rules and principles as does that of geology. The objective phenomena of law include principally human actions and the legal sequences are brought about through voluntary action. The intelligent direction of human action necessarily involves the use of generalizations.* » (*Id.*, p. 12.)

220. « *I assume that no one will contradict that the field of law is part of the field of the science of government.* » (*Id.*, p. 9.)

221. « *Though the entire range of the operations of authoritative government come within the scope of the lawyer's profession, he is usually concerned with one sort of these operations – those of the law-determining bodies and their complementary and supplementary agencies. Of these, the courts are the most prominent in the view of the student of law, for in the great majority of cases where stubborn disputes over questions of law are fought out, those questions are ultimately determined by the courts. It will facilitate our discussion and not prejudice its soundness, I think, to confine it to law which has been or may be so determined.* » (*Id.*, p. 10.)

222. Bingham ira en effet jusqu'à préciser que « *valid legislative expression is a causal factor of prime importance in determining the adjudication of a case within its scope, and is an element which must be given the most careful consideration in predicting potential governmental consequences* » (*Id.*, p. 24).

223. K.N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound », *supra* note 135, p. 72.

224. *Id.*, p. 73. Relevons toutefois que Bingham avait lui aussi écrit : « *I do not expect that anything new will be found in these ideas. I imagine that all of them must have been expressed many times before.* » (J.W. BINGHAM, *supra* note 215, p. 1.)

prudence, dont il différerait seulement par une substitution de point de mire. Sans leur nier toute influence, le réalisme américain entend reléguer les règles juridiques au second plan pour leur préférer l'interface entre le comportement judiciaire ou « officiel » (celui des agents de l'État) et celui des « profanes » (*laymen*), autrement dit des justiciables et administrés²²⁵. Pourquoi un tel déplacement ? Parce que « le droit lui-même » consisterait avant tout en ce que font les agents officiels de l'État (juges, juges de paix, greffiers, procureurs, etc.) au sujet des conflits et que les règles juridiques permettraient difficilement de rendre compte d'une telle action²²⁶. Dans ces règles que nous tenons habituellement pour l'essence même du droit et qu'en vertu de son « réalisme » il appelle des « *paper rules* », Llewellyn ne voit que des « *rules of authoritative ought, addressed to officials, telling officials what the officials ought to do*²²⁷ ». Les « règles juridiques réelles » sont pour notre auteur celles que les agents de l'État appliquent effectivement et que des juristes scientifiques préféreraient appeler des pratiques²²⁸. Or il faut savoir que la notion que défend ici Llewellyn du « comportement » et des « pratiques » constitutives du droit veut comprendre les « attitudes » et les schémas de pensée (*thought patterns*)²²⁹.

Llewellyn, qui n'a jamais eu l'intention de se contenter de l'élaboration théorique d'un programme de recherche, avait, à Yale, été étudiant de William Graham Sumner, l'auteur de *Folkways*²³⁰. Cela rend peut-être un peu moins surprenant le fait que ce spécialiste du droit commercial ait commencé ses efforts de mise à exécution du programme réaliste en s'adjoignant un jeune anthropologue qui avait suivi son séminaire à Columbia, Edward Adamson Hoebel, avec qui il fit paraître *The Cheyenne Way* en 1941²³¹. L'ouvrage rend compte d'une étude de la résolution des conflits chez les Cheyennes sur la période 1820-1880. L'étude couvre au-delà d'une cinquantaine d'« affaires » (*cases*) dont il a été disposé, non seulement en dehors de tout cadre étatique, mais aussi en l'absence d'une

225. K.N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », *supra* note 135, p. 56.

226. K.N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush: On our Law and its Study*, New York, Oceana, 1930, p. 3 ; « Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound », *supra* note 135, p. 73.

227. K.N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », *supra* note 135, p. 57.

228. *Id.*, p. 56.

229. *Id.*, p. 58.

230. W.G. SUMNER, *Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores, and Morals*, Boston, Ginn, 1906.

231. K.N. LLEWELLYN et E.A. HOEBEL, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941. Il existe une traduction française : *La voie cheyenne : conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, trad. L. Assier-Andrieu, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1999.

classe de juristes ou même de juges professionnels, de règles écrites, de procédure fixe et, finalement, de « formes »²³². Ces affaires, nos auteurs y accèdent à la faveur de leur transmission par tradition orale, et en s'y penchant ils ne se considéreront pas étudier autre chose que du droit, dont ils définissent le concept comme renvoyant au mode « officiel » de règlement des conflits qui, sous une forme ou une autre et parce qu'il est nécessaire à son maintien, est présent au sein de toute société²³³. Pour Llewellyn au moins, l'étude de la « jurisprudence » des Cheyennes doit permettre l'élaboration d'une méthode d'observation des « règles réelles » de tout droit, celui des États-Unis notamment : la *trouble case study method*, qui se veut comportementale. Car, de cette enquête censée mettre au jour un mode de résolution des conflits hautement cohérent et prévisible même en l'absence de règles écrites, nos chercheurs tirent la conclusion que ces « règles de papier », qui ne permettent pas de prévoir les décisions des tribunaux américains, devraient céder le centre d'attention de la recherche juridique à cet « autre niveau de normes » que représentent les schémas de comportement (*behaviour patterns*) relatifs à la résolution « officielle » des conflits²³⁴.

Llewellyn n'arrivera jamais à dégager ces lois scientifiques du comportement judiciaire qui devaient permettre de prédire les décisions des tribunaux américains. À partir de l'année même où paraît *The Cheyenne Way*, il revoit à la baisse ses ambitions scientifiques. La formation, la tradition et le style professionnels se substituent dans ses travaux aux schémas comportementaux²³⁵. Comme le remarque bien Françoise Michaut, cette nouvelle version de la prévisibilité des décisions judiciaires ne doit pas faire illusion. « Elle apparaît comme une possibilité pour un avocat à propos d'une affaire donnée, appelée à passer devant une cour donnée, dont la composition est connue, et non comme un espoir pour le théoricien de pouvoir prévoir les décisions de manière générale²³⁶. » Ajoutons qu'elle concernerait surtout, aux États-Unis, les décisions des juridictions d'appel²³⁷. Dans le même temps, le discours de Llewellyn bascule plus décidément du côté prescriptif en promotionnant le *Grand Style* de décisions

232. *Id.*, p. 313, 323 et 329.

233. *Id.*, p. 286.

234. *Id.*, p. 318-319, 324, 330 et 334-335.

235. K.N. LLEWELLYN, « My Philosophy of Law », dans COLLECTIF, *My Philosophy of Law*, Boston, Boston Law Book, 1941, p. 183-197 ; « Afterword », dans *The Bramble Bush*, New York, Oceana, 1951, p. 153-159 ; *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Co., 1960.

236. F. MICHAUT, *supra* note 102, p. 186.

237. K.N. LLEWELLYN, « Afterword », *supra* note 235, p. 157

d'appel. D'après l'auteur de *The Common Law Tradition*, lorsque, comme ce fut le cas dans les États-Unis des années 1830 et 1840, ce dernier style prévaut sur le style « formel » qui a marqué les jours qu'il tient pour les moins glorieux de l'histoire juridique de ce même pays, soit les décennies 1880 et 1890, alors la décision à prévoir (en appel) est celle qui fait sens, la plus raisonnable, celle qui retient la solution la plus juste. François Michaut prétend qu'au terme de sa trajectoire intellectuelle Llewellyn fait plutôt figure de jusnaturaliste, mais William Twining, dont l'horizon intellectuel n'est pas borné à l'alternative entre positivisme juridique et jusnaturalisme, s'y refuse²³⁸, d'autant que Llewellyn avait lui-même adressé une telle critique à Pound et à la *Sociological Jurisprudence*²³⁹. Il s'agit cependant d'un droit naturel au sens ancien du terme, soit celui d'un droit, non pas de la nature humaine, mais de celle des choses, des situations, des affaires particulières.

C'est presque aussi bien qu'Ehrlich que Llewellyn et Hoebel peuvent être mobilisés par les juristes pluralistes. *The Cheyenne Way* veut en apparence rendre raison d'un droit ni étatique, ni écrit, ni professionnalisé, ni formel, bref, d'un droit « primitif » composé de « normes institutionnelles senties, vivantes²⁴⁰ » et répondant particulièrement bien aux besoins évolutifs de ses destinataires²⁴¹. Mais l'ancrage social du droit n'est ici pas le même que chez Ehrlich, puisque l'accent est mis sur la « jurisprudence », sur la résolution des conflits, sur la décision et sa sanction, que nos auteurs américains situent au cœur du phénomène juridique. Qui plus est, ces derniers insistent sur l'ascendant que se doit d'exercer le droit ainsi conçu sur la conduite sociale générale, sur la direction (*guidance*) qu'il doit lui imprimer. Aussi affirmeront-ils au final que l'efficacité du droit des Cheyennes a souffert de son défaut de formes²⁴². Enfin, sur cette question du rapport du droit à l'État, force est de constater que *The Cheyenne Way* fait figure d'exception au sein du réalisme américain où le droit demeure étroitement associé à l'État et/ou à ses tribunaux. Replacée dans l'un de ses contextes qu'est l'ensemble de l'œuvre de Llewellyn, *The Cheyenne Way* prend peut-être son véritable sens, celui d'un détour anthropologique devant permettre d'éprouver, de mettre au point une méthode d'observa-

238. F. MICHAUT, *supra* note 102, p. 194-195 ; W.L. TWINING, *supra* note 102, p. 213.

239. K.N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », *supra* note 135.

240. K.N. LLEWELLYN et E.A. HOEBEL, *supra* note 231, p. 328.

241. *Id.*, p. 323.

242. *Id.*, p. 339.

tion « scientifique » du droit (étatique) américain. Tournons-nous maintenant vers la principale figure du réalisme juridique scandinave.

Le soubassement épistémologique de l'œuvre théorique du juriste et philosophe danois Alf Niels Christian Ross se présente éclectiquement, tel un amalgame de postures incompatibles, en l'occurrence : Axel Hägerström²⁴³ ; Rudolf Carnap, Alfred Julius Ayer et le positivisme (ou empirisme) logique ; Karl Popper ; Bertrand Russell ; la pragmatique du langage de l'« École d'Oxford » ; l'émotivisme de Charles Stevenson. Du côté des auteurs juridiques, outre le fait qu'il noue le débat avec Kelsen et qu'il conclue (à la différence du principal intéressé et à notre sens à tort) à l'absence de désaccord entre Hart et lui²⁴⁴, Ross se réclame notamment de l'école du droit libre – dont il tient Gény pour « l'initiateur le plus remarquable²⁴⁵ » – ainsi que de Wesley Hohfeld. Certaines anomalies qu'une telle présentation laisse appréhender se résolvent dès lors qu'on apprend que la théorie juridique de Ross connaît en réalité quatre périodes : « 1. from 1923 to 1930 [it] is influenced by Hans Kelsen, 2. from 1930 to 1940 [it] is influenced by Axel Hägerström, 3. from 1940 to 1960 [it] is influenced by logical positivism, 4. from 1960 to 1970 [it] is influenced by the Oxford philosophy of linguistic philosophy [sic]²⁴⁶ ». Les deux premières périodes sont de gestation. La quatrième relève de l'incursion exploratoire²⁴⁷. C'est donc la troisième qui correspond au Ross de la maturité, soit celui de « Tû-Tû » (1951)²⁴⁸, *Om Ret og Retfærdighed* (Du

243. Sur la philosophie de Hägerström, voir not. J. BJARUP, *supra* note 210 et « Ought and Reality », (2000) 40 *Scandinavian Studies in Law* 11.

244. A. ROSS, « Le concept de droit selon Hart » (1962), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 183-189, à la page 189.

245. A. ROSS, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit » (1934), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 23-37, à la page 28.

246. J. BJARUP, « Ross, Alf », dans *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, en ligne : http://ivr-enc.info/index.php?title=Ross,_Alf

247. « In the 1960s, Ross turns to consider questions within the criminal law presented in articles that are collected in *On Guilt, Responsibility and Punishment* [Londres, Stevens, 1975]. Considering the concepts of responsibility and guilt, Ross uses the method of linguistic philosophy used within what is called Oxford philosophy. This is a departure from his earlier view, but Ross does not apply it with respect to jurisprudential questions concerning the understanding of the concepts of legal norms and their validity. » (*Ibid.*)

248. A. ROSS, « Tû-Tû » (1951), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 103-116 (les traducteurs ayant cependant retenu une version de 1957).

droit et de la justice, 1953)²⁴⁹, son ouvrage le plus marquant²⁵⁰, et « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel » (1961)²⁵¹. Voilà qui nous amène à nous pencher sur une théorie du droit et de la science juridique voulant prendre appui à la fois sur le logicisme de Russell²⁵², l'empirisme logique du Cercle de Vienne et l'émotivisme Charles Stevenson²⁵³, un cocktail philosophique sur la probabilité duquel on peut s'interroger²⁵⁴. D'autant que, contrairement à Jes Bjarup, je crois déceler dans les travaux rossiens de la troisième période des traces de l'influence, sinon de l'École d'Oxford, du moins sans doute de son inspirateur qu'est le Wittgenstein des *Recherches*²⁵⁵.

Hart parlera à juste titre de « l'insistance particulière de l'École scandinave sur l'idée que, si un énoncé ne peut pas être analysé comme un énoncé de fait, ou comme l'expression d'un sentiment, il *doit* être 'métaphysique'²⁵⁶ ». Il faut y voir généralement la marque d'Hägerstöm, mais aussi, en ce qui concerne le Ross de la troisième période, celle de l'empirisme logique (pour les énoncés de fait) et de l'émotivisme stevensonnien (pour l'expression de sentiments).

Les prescriptions juridiques comme telles, c'est-à-dire ces énoncés que la théorie du droit tend à concevoir comme étant porteurs de « normes juridiques », doivent donc être réduites à l'expression de sentiments. Ces expressions juridiques de sentiments procèdent d'une intention d'influencer la conduite libre de leurs destinataires. Ross préférera donc parler à leur sujet de « directives », qu'il définit comme des « *utterances with no*

249. A. ROSS, *On Law and Justice*, trad. M. Dutton, Londres, Stevens & Sons, 1958.

250. Cette troisième période est aussi celle de *Directives and Norms* (trad. B. Loar, Londres, Routledge & K. Paul, 1968), où Ross s'interroge à savoir si les « directives » peuvent être soumises à l'analyse logique de la même manière que les « propositions », et ce pour n'admettre finalement la « logique déontique » que sous bénéfice d'inventaire. À ce sujet, voir not. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Alf Ross : droit et logique », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 50/2002, p. 29-41.

251. A. ROSS, *supra* note 0.

252. Not. par B. RUSSELL, « On Denoting », *Mind*, 1905, p. 479-493.

253. Not. par C.L. STEVENSON, *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1944.

254. Voir not. H.J. RIBEIRO, « The Present Relevance of Bertrand Russell's Criticism of Logical Positivism », *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 55, n° 4, 1999, p. 427-458.

255. L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques* (1953), trad. F. Dastur, M. Élie, J.-L. Gautero *et al.*, Paris, Gallimard, 2005.

256. H.L.A. HART, « Le Réalisme scandinave » (1959), trad. E. Millard, dans O. JOUANJAN (dir.), « Dossier : Théories réalistes du droit », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série n° 4, 2000, p. 43-50, à la page 46.

*representative meaning but with the intention to exert influence*²⁵⁷ ». Or, selon Ross, les destinataires des directives juridiques sont, non pas les personnes en général, mais les organes d'application du droit, et au premier chef les juges. Soulignons que, si elle n'est pas une « norme » existant sur le mode de la « validité » – terme dans lequel Ross voit l'idée d'une force morale obligatoire inhérente²⁵⁸ –, la directive rossienne, pour tenir de l'*expression*, n'est pas pour autant réduite à un contenu de volonté ou à un acte de force. Ross écrit en effet :

Pour ma part, je veux particulièrement me dissocier d'un ensemble de doctrines découlant d'une conception trop élémentaire des faits sociaux qui constituent un ordre juridique. Je me réfère à l'interprétation austrienne du droit comme commandements émanant d'une volonté puissante qui, en cas de désobéissance, les fera respecter par l'exercice de la force physique²⁵⁹.

Encore faut-il savoir que, depuis ses années d'étudiant à Vienne où il a rédigé le manuscrit de sa *Theorie der Rechtsquellen* (*Théorie des sources du droit*), Ross connaît trois catégories de directives juridiques : la loi, la coutume et les « motifs libres »²⁶⁰.

257. A. Ross, *supra* note 249, p. 8.

258. Au sujet du mot de « validité » dans la science juridique, Ross écrira en 1961 que, « [s]i ce terme est pris pour signifier que le droit possède une force morale inhérente (« la force obligatoire ») qui contraint les sujets, non seulement par la menace de la sanction, mais aussi moralement, dans leur conscience, il n'a aucune place ou fonction dans la doctrine juridique ». (A. Ross, *supra* note 251, p. 151 ; voir aussi p. 155.) En 1957, Ross écrivait dans le même sens : « L'idée de la « validité », ou de la « force obligatoire » du droit, n'a pas sa place dans une science empirique. Ce n'est rien qu'une pseudo-rationalisation de certaines expériences psychologiques, de certains sentiments et de certaines attitudes envers les « autorités » juridiques, et envers l'ordre juridique. La préoccupation principale des doctrines du droit naturel a toujours été d'établir une différence intrinsèque entre le droit et un simple ordre de fait, fondé sur la force « nue » : par exemple, l'ordre constitué par une bande de brigands ; le droit possède la « validité », qui lui confère une dignité morale, et l'élève jusqu'à un « domaine des valeurs », fondamentalement différent du monde des faits auquel appartient un ordre fondé sur la force brute. Du point de vue d'une science empirique, il n'y a aucune différence. L'ordre juridique et l'ordre constitué par une bande de brigands sont tout aussi factuels. Mais, bien entendu, nos sentiments et nos attitudes envers les deux phénomènes sont tout à fait différents. » (A. Ross, *supra* note 263, p. 122.) L'attribution à Kelsen d'une telle conception de la validité juridique en terme de « force morale obligatoire » et la critique de « quasi-positivisme » que lui adresse consécutivement Ross nous paraissent mal fondées.

259. A. Ross, *supra* note 251, p. 152.

260. A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen* [*Théorie des sources du droit. Contribution à la théorie du droit positif sur la base de recherches dogmatico-historiques*], Leipzig/Vienne, Deuticke, 1929 ; *supra* note 245, p. 35.

Il faut ensuite savoir distinguer entre, d'une part, les directives juridiques qui, si elles sont suivies des juges, forment, avec les faits auxquels elles se rapportent, le droit et, d'autre part, les énoncés qui, pour porter sur ces directives, correspondent aux propositions de la science du droit. Voici comment Ross résume lui-même ses principales thèses :

Le contenu logique d'une norme juridique est une proposition de *devoir-être*, ou, comme je préférerais le dire, une *directive*. Une directive n'est ni vraie ni fausse ; elle ne tend pas à établir quoi que ce soit. Sa fonction est directement d'influencer le comportement humain. Comme exemple, nous pouvons prendre la norme juridique selon laquelle si quelqu'un a commis un meurtre, il doit être puni d'une certaine façon. C'est une directive pour le comportement du juge. Nommons cette directive *D*. La proposition correspondante de la science du droit est cette proposition théorique, qui est une proposition d'être :

D fait partie du droit en vigueur (dans le pays X).

Le véritable contenu de cette proposition (c'est-à-dire les implications à travers lesquelles la proposition peut être empiriquement testée) est que *D* fait partie d'un système de directives qui sont effectivement respectées. Cette effectivité est un fait social observable, consistant dans le comportement régulier des juges et d'autres autorités d'administration du droit. En définitive, les propositions de la science du droit sont des énoncés concernant des faits sociaux, et rien d'autres [*sic*]²⁶¹.

C'est donc dire qu'il y aurait un décalage entre, d'une part, l'aspect « métaphysique » ou « absurde » sous lequel se présentent au juriste-scientifique « réaliste » les propositions de ce que la tradition continentale appelle la « dogmatique juridique » et, de l'autre, leur « réalité » cachée d'« énoncés concernant des faits sociaux ». Ce serait la théorie russellienne des descriptions définies, théorie qui veut distinguer entre l'apparence grammaticale de la phrase et sa réalité structurelle logique, qui aurait amené Ross à voir dans les propositions de la science du droit, qui emploient des termes « dépourvus de référents » tels que « droit », « propriété » ou « créance », le recours à une technique économique de présentation permettant, par l'insertion de « droits imaginaires », d'exprimer plus pratiquement des relations entre des ensembles factuels²⁶². Dès

261. A. Ross, *supra* note 263, p. 121.

262. Voir A. Ross, *supra* note 248. Voir aussi P. BRUNET, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 50/2002, p. 19-28.

1957 pourtant, Ross semble avoir renoncé à tout logicisme en faveur d'une « philosophie du langage ordinaire », puisqu'il écrit que :

Les questions du type : « qu'est-ce que la ou le... » devraient être évitées dans l'analyse logique, parce qu'elles fleurissent l'essentialisme. Vous pouvez demander ce qu'est une certaine substance, par exemple l'« eau » ou la « poudre », quand ce que vous signifiez (désignez) par le terme « eau » ou « poudre » est manifeste. La question est inadaptée lorsque le problème principal est de déterminer la signification avec laquelle le mot est employé effectivement, ou la signification qui pourrait logiquement lui être attribuée, mais qui n'apparaît que de manière diffuse dans l'usage commun²⁶³.

L'empreinte de l'empirisme logique a, chez le Ross de la maturité, résisté à cette sensibilité naissante au sens généré par le « langage ordinaire », du moins sous la forme d'un critère de scientificité. Aussi tardivement qu'en 1953 en effet – alors que Popper a fait paraître sa *Logik der Forschung* dès 1934²⁶⁴ –, Ross reconduit la naïveté de l'empirisme logique auquel il continue d'emprunter ce soi-disant critère de scientificité qu'est le principe de vérification. À la différence des directives juridiques elles-mêmes, comme nous l'avons vu, les propositions de la science du droit seraient quant à elles soit vraies, soit fausses, ce que Ross ne s'autorise à affirmer que des énoncés « vérifiables ». Selon lui, les propositions de la science juridique sont en effet vérifiables dans la mesure où, au fond, elles consistent à prédire les décisions des autorités officielles d'application du droit, à commencer par celles des juges²⁶⁵.

Hart a donc raison d'en venir à la conclusion que « l'analyse de Ross ne diffère pas beaucoup des théories réalistes américaines, plus rudimentaires, qui traitent les énoncés des droits et devoirs juridiques comme des prédictions d'actions officielles²⁶⁶ ». Dans les deux cas, l'attention se porte d'ailleurs surtout sur l'activité des cours de justice. Une première

263. A. ROSS, « Qu'est-ce que la justice ? Selon Kelsen » (1957), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 117-125, à la page 119.

264. K.R. POPPER, *Logique de la découverte scientifique* (1934), trad. N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, Paris, Payot, 1973 (s'agissant toutefois d'une traduction, non pas de l'original allemand, mais de la version anglaise de 1959). Nous ne prétendons aucunement pour autant qu'avec son concept de réfutabilité Popper ait eu le fin mot de l'histoire de la philosophie des sciences.

265. A. ROSS, *supra* note 249, not. chap. 2, p. 34-35, 39, 44 et 50-51.

266. H.L.A. HART, *supra* note 256, p. 47.

différence qui semble toutefois échapper à Hart est que, tandis que Ross, à l'instar de l'école du droit libre, cherche surtout à relativiser l'influence de la loi du législateur, les réalistes américains, à la suite de la *Sociological Jurisprudence*, cherchent quant à eux avant tout à relativiser celle du précédent, la loi du législateur trouvant le plus souvent grâce à leurs yeux. Une autre est que la méthode rossienne d'observation de l'activité juridictionnelle ne se veut pas exclusivement comportementale. Dans *On Law and Justice* en effet, Ross indique que :

A purely behaviouristic interpretation of the concept of validity is, however, not feasible, because it is impossible to predict the behaviour of the judge by a purely external observation of custom. The law is more than a familial, habitual order [...].

To arrive at a tenable interpretation of the validity of the law is possible only by a synthesis of psychological and behaviouristic views [...]. The view is behaviouristic so far as it is directed toward finding consistency and predictability is the externally observed verbal behaviour of the judge. It is psychological so far as the consistency referred to is a coherent whole of meaning and motivation, only possible on the hypothesis that in his spiritual life the judge is governed and motivated by a normative ideology of a known content²⁶⁷.

En termes plus pratiques, voire plus traditionnellement juridiques, il écrira dans le même sens que :

on doit admettre que l'interprétation de la réalité sociale sur laquelle est bâtie la science du droit diffère d'une explication causale. Je préférerais dire que c'est une interprétation du comportement humain selon un système de normes, nous permettant de comprendre les actes de différents individus selon un ensemble cohérent de motivations, et de prédire (dans certaines limites) un comportement futur²⁶⁸.

En un mot, pour Ross le droit ne se compose pas de normes « valides » au sens précis de normes investies d'une force obligatoire, mais de « directives » suivies par les juges. Son projet de « science empirique du droit » se résume à un appel à l'analyse de la jurisprudence, notamment dans le but de dégager d'éventuelles « directives » (ou « idéologies normatives ») que recèlerait l'agrégation des « motifs libres ».

267. A. Ross, *supra* note 249, p. 73-74.

268. A. Ross, *supra* note 263, p. 124.

Récapitulons en nous référant à un commentaire d'Évelyne Serverin sur Ross et le réalisme juridique scandinave. Au sein du positivisme juridique, ce qui distingue le réalisme de Ross du normativisme n'est finalement qu'une posture méthodologique²⁶⁹. Sauf peut-être à mieux considérer les travaux de Lundstedt, « à s'attacher aux énoncés sur les faits que proposent les auteurs de ce courant [qu'est le réalisme scandinave], on constate effectivement qu'ils ne constituent pas des descriptions de pratiques, mais des analyses de règles²⁷⁰ ». Et sur la question du rapport de cette persistante normativité du droit à l'État, « le programme réaliste exclut de découvrir le droit dans la société [...], au profit d'une recherche des motifs du juge²⁷¹ ». Or,

[s]'agissant de la preuve de l'existence des règles, il est évident que la science du droit [convoquée par le réalisme scandinave] s'en remet aux pratiques habituelles des juristes, lesquelles ne sont ni explicitées ni justifiées.

En termes de gains de connaissance, le bilan de la méthode d'identification des règles valides n'est guère exaltant. Si la démarche empirique revient à dire qu'est du droit valide ce que font les tribunaux, et si on laisse aux juristes le soin de définir ce qu'il en est de ces pratiques, la méthode empirique se confond avec la méthode traditionnelle d'étude de la jurisprudence des tribunaux (dans les systèmes continentaux) ou des précédents (pour les pays de *common law*). De ce point de vue, la démarche ne semble pas pouvoir renouveler les méthodes en cours dans les facultés de droit. L'appel aux « faits » se réduit alors à une pure proclamation rhétorique²⁷².

Relevons enfin, pour conclure sur Ross, que, dans la seconde partie de *On Law and Justice*, ce dernier appelle la science juridique à fonder la « politique juridique » qui, tout comme la *Sociological Jurisprudence*, se présente comme une espèce de l'ingénierie juridique. Le scientifique du droit devrait pouvoir articuler son savoir avec celui des sciences sociales en général pour développer une « sociologie juridique » devant accoucher d'une espèce de technique, la « politique juridique », qui, à son tour, doit pouvoir « éclairer » les officiels du droit. D'après la lecture qu'en fait Jes

269. E. SERVERIN, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 50/2002, p. 59-68, à la page 60.

270. *Id.*, p. 60.

271. *Id.*, p. 64.

272. *Id.*, p. 66.

Bjarup : « *The guidance can only be expressed in empirical propositions based upon the social sciences where Ross makes a call for scientific legal sociology. For Ross, the role of the lawyer as a legal politician is to function as a rational technologist that offers his knowledge at the disposal of the politicians in power*²⁷³. » La nôtre rejoint plutôt celle de Hart selon qui, « [e]n travaillant ces thèmes, qui ne sont pas inconnus, l'auteur dit encore plus qu'il ne fallait en dire, particulièrement sur le concept de bien-être social, et sur la relation entre les intérêts publics et privés que Pound avait laissé dans un état si nébuleux²⁷⁴ ». Nous croyons surtout qu'il ne faut pas être dupe de ces prétentions scientifiques confuses dont certains juristes tels que Ross ont voulu enrober leurs orientations politiques. Au reste, dupe, Bjarup ne l'est certes pas qui relève que « *Ross also contradicts himself since he does not follow his own recommended method when writing his textbooks which in effect turns legal science into legal politics*²⁷⁵ ».

Reste à conclure sur le réalisme juridique en général en essayant d'en tirer des leçons sur la conception du droit et de son rapport à l'État au sein de la pensée juridique moderne. À cet égard, il convient d'insister sur le fait que Ross reconnaît aisément que le modèle de Kelsen est représentatif de la « pensée de juristes ». Or, tandis que pour notre part nous nous interrogeons descriptivement sur le contenu de cette pensée, Ross s'en méfie, lui qui veut prescriptivement fonder la science « véritable », empirique du droit. Le célèbre juriste de Copenhague et ancien étudiant de Kelsen écrit en effet que :

La difficulté qu'implique l'analyse de Kelsen découle de son adhésion à l'idée de « validité », reprise de ce que l'on nomme la « pensée des juristes ». Cette idée, comme je veux le montrer, est dénuée de tout sens descriptif, et n'a aucune place dans une analyse logique, ou dans le domaine de la science²⁷⁶.

Or, ce qui est remarquable aux fins de mon propos, c'est que malgré toute la « science » que déploie Ross pour repenser le droit, celui-ci en arrive

273. J. BJARUP, *supra* note 246.

274. H.L.A. HART, *supra* note 256, p. 45.

275. J. BJARUP, *supra* note 246.

276. A. ROSS, *supra* note 263, p. 120-121. Voir aussi *ibid.*, p. 122-123, et A. ROSS, *supra* note 3, p. 163 : « [...] cette « pensée des juristes » n'est pas un guide auquel une analyse logique peut faire confiance. Il se peut, et c'est hautement probable dans le domaine du droit et de la morale, que la manière commune de « penser » soit imprégnée d'idéologie reflétant des expériences émotionnelles, mais sans la moindre fonction de description de la réalité, ce qui est la tâche de la science juridique ».

à une conception plutôt traditionnelle du droit comme ensemble de lois, coutumes et « motifs libres » mis en œuvre par le juge. Cela s'applique également aux réalistes américains. Dans l'ensemble, et au fond, le réalisme juridique, dans sa version américaine aussi bien que dans sa version scandinave, conçoit le droit comme un épiphénomène normatif de l'État et se distingue essentiellement du normativisme par un déplacement d'accent méthodologique, l'hypothèse étant que de situer le droit dans la décision judiciaire doit permettre d'en faire un phénomène observable. Un peu de « réalisme » à l'égard du droit éloigne donc à peine de la pensée des juristes, alors que beaucoup y ramène en son centre. De « peu » à « beaucoup » de réalisme, on passe cependant du sens philosophique au sens commun du terme. Voilà justement ce que fera Hart. Or, avant de voir le « concept de droit » selon ce dernier, il convient de couvrir rapidement la liquidation de la succession du réalisme juridique.

Il serait difficile de nier que personne – du moins aucune personne physique ou intelligence naturelle – ne s'est fait connaître pour sa capacité avérée de prédire les décisions judiciaires en se fondant sur quelque connaissance de véritables « lois scientifiques du droit » induites de l'observation des faits. Schlegel n'a pour sa part aucun mal à dresser un constat d'échec du projet réaliste américain²⁷⁷. Très rares sont ceux qui, comme Brian Leiter, croient encore au projet au point de s'efforcer à le réactualiser fidèlement²⁷⁸. L'héritière la plus prestigieuse de la *Sociological Jurisprudence* et du réalisme juridique américain demeure sans conteste la théorie économique du droit²⁷⁹. Ses parents pauvres sont les études de type « droit et société », qui ont des prétentions scientifiques ainsi qu'un statut épistémique incertains²⁸⁰. Ce sont aussi les *Critical Legal Studies*, qui se basent sur le scepticisme radical de Frank pour postmodernement ajouter le scepticisme à l'égard des faits au scepticisme à l'égard des normes, cette fois pour encourager juges et juristes à instrumentaliser (plutôt que tenter de réformer) cette pure apparence ou coquille vide que serait le droit au profit de l'« idéologie » de leur choix, telle une pratique de résistance à

277. J.H. SCHLEGEL, *supra* note 102.

278. B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, New York, Oxford University Press, 2007.

279. Pour une introduction à ce champ de recherche, voir T. KIRAT, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999.

280. Voir en ce sens M. ST-HILAIRE, « Pour un développement de l'épistémologie juridique au Canada... comme ailleurs », (2004) 30 *Manitoba Law Journal* 463.

l'omniprésente « domination »²⁸¹. Le réalisme scandinave fait quant à lui l'objet de quelques tentatives de réactivation en Italie et en France²⁸².

281. Voir not. D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication: fin de siècle*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1997, et R.M. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986. Sur la filiation contestée de ce mouvement, voir G.E. WHITE, « From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History », (1986) 40 *Southwestern Law Journal* 819.

282. Voir not. les travaux de Giovanni Tarello, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Tecla Mazzaresse, Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats.

Chapitre 5

Le normativisme « impur » de Hart et le droit étatique comme paradigme

Voici comment, en 1959, soit avant même que ne paraisse *The Concept of Law*²⁸³, Hart résumait sa critique de Ross :

Ross traite les énoncés de validité juridique (par exemple : « ceci est une règle valide du droit danois ») comme énoncés externes de fait prédisant un comportement et un sentiment juridictionnels. Pourtant, l'usage normal et central de : « juridiquement valide » se trouve dans un énoncé normatif interne d'un genre spécial, et l'échec de Ross à fournir un compte rendu plausible de l'usage de cette expression dans la bouche d'un juge, où son caractère interne est clair, est dû à son échec, plus général, à prévoir des usages non factuels, non prédictifs, du langage inséparable de l'usage des règles. L'énoncé interne : « ceci est une règle valide », en tant qu'énoncé distinct de l'énoncé externe prédictif : « en Angleterre, ils suivront cette règle », est approprié quand un système de règles contient, comme les systèmes juridiques, non seulement des règles primaires créant des étalons juridiques de comportement, mais aussi des règles pour reconnaître, ou des critères généraux pour identifier, les règles primaires du système par certains signes. Aussi, quand un juge reconnaît une disposition législative comme « valide », il l'identifie comme règle primaire, se servant pour cela d'une règle de reconnaissance inexprimée, ou de critères d'identification, qui peuvent être formulés ainsi : « Ce que la Reine et le Parlement édictent conjointement constitue un étalon juridique de comportement »²⁸⁴.

Ross n'est, bien sûr, qu'un des interlocuteurs de Hart, dont j'ai déjà eu l'occasion de dire qu'il allait reprendre certaines thèses essentielles du normativisme. Hart ne se range cependant – et que partiellement – aux côtés de Kelsen que dans sa critique des réalismes juridiques d'une part et du jusnaturalisme de l'autre. Il s'objectera notamment aux thèses kelsé-

283. H.L.A. HART, *supra* note 5.

284. H.L.A. HART, *supra* note 256, p. 48-49.

niennes de la norme fondamentale²⁸⁵, de l'unité générale du droit²⁸⁶, de la règle instituant la sanction comme norme juridique primaire²⁸⁷ (et de la définition corrélatrice du délit comme simple condition de la sanction²⁸⁸) et de la nécessaire ignorance réciproque de la science juridique et de l'éthique²⁸⁹.

Quant à la critique hartienne du jusnaturalisme (au sens 1), elle a pris, dès 1958, sa forme la plus célèbre dans un débat avec Lon Fuller²⁹⁰, bien que *The Concept of Law* contienne deux chapitres sur la question du rapport du droit à la morale. L'histoire du renouveau du jusnaturalisme après la Seconde Guerre mondiale est connue. L'horreur du nazisme a notamment inspiré à Gustav Radbruch cette célèbre formule : « La préséance doit être donnée à la norme de droit positif [...], même lorsque celle-ci est injuste et contraire au bien-être général, à moins que cette injustice soit d'un degré tel que la norme en question n'en devienne en fait du « faux droit » (« *unrichtiges Recht* ») et ne doive pour cette raison céder le pas à la justice²⁹¹ ». Il existe une controverse sur la question de savoir si le fait, pour Radbruch, de tenir une telle position en 1946 relève de la volte-face. À l'encontre de celle de la conversion, on a soutenu la thèse du simple correctif²⁹². Pour ma part, je tends à croire que le positivisme de ce théoricien antilibéral du « droit social » qu'était le Radbruch de la période weimarienne²⁹³ n'est pas aussi évident qu'on le laisse généralement entendre. En

285. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 127-128.

286. H.L.A. HART, « Kelsen's Doctrine of the Unity of Law », dans H.E. KIEFER et M.K. MUNITZ (dir.), *Ethics and Social Justice*, Albany (NY), State University of New York Press, 1968, p. 171-199.

287. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 54-57.

288. H.L.A. HART, « Kelsen Visited », (1963) 10 *UCLA Law Review* 709.

289. *Id.*

290. H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », (1958) 71 *Harvard Law Review* 593 ; L.L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », (1958) 71 *Harvard Law Review* 630 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961 (trad. 2^e éd. M. Van de Kerchove, *supra* note 5) ; L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven (CT), Yale University Press, 1964 ; H.L.A. HART, « *The Morality of Law* by Lon L. Fuller », (1965) 78 *Harvard Law Review* 1281-1296 ; L.L. FULLER, *The Morality of Law*, 2^e éd. augmentée, New Haven (CT), Yale University Press, 1969 (trad. J. Van Meerbeeck : *La Moralité du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2017). Voir not. K. RUNDLE, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Oxford & Portland (OR), Hart, 2013.

291. G. RADBRUCH, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht » [« Faux droit positif et droit supra-positif »], *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, n° 1, 1946, p. 105-108, à la page, 107 (ma trad.).

292. S.L. PAULSON, « Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views ? », (1995) 15 *Oxford Journal of Legal Studies* 489.

293. Voir à ce sujet N. LE BOUËDEC, *Gustav Radbruch : juriste de gauche sous la république de Weimar*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011 ; « Le concept de « droit social » : Gustav

tout état de cause, la « formule de Radbruch » influencera la jurisprudence de la RFA²⁹⁴ ainsi que de nombreux auteurs, non seulement allemands, mais aussi étrangers. Après ce ressac, le jusnaturalisme a, au cours des dernières décennies, cessé d'être un courant important en Allemagne²⁹⁵. Comme l'a bien compris Hart, la thèse selon laquelle la validité du droit dépend de son mérite :

paraît séduisante quand, après une révolution ou des troubles majeurs, les tribunaux appartenant à un système ont à peser leur attitude à l'égard des iniquités morales commises sous un régime précédent et sous une forme légale par de simples citoyens ou par des autorités. Leur châtement peut être ressenti comme étant socialement désirable, mais son obtention au moyen d'une législation ouvertement rétroactive qui érigerait en infraction ce qui était permis ou même exigé par le droit en vigueur sous le régime précédent, peut être difficile, être elle-même moralement odieuse, ou peut-être impossible. Dans ces conditions, il peut apparaître naturel d'exploiter les implications morales latentes dans la terminologie du droit et spécialement dans des mots tels que *ius*, *recht*, *diritto*, *droit*, qui portent le poids de la théorie du Droit naturel²⁹⁶.

Les juristes formés à la common law connaissent l'adage : « *Bad Facts make Bad Law* ». Afin de rendre explicitement ce que Hart suggère ici de manière plus implicite, on pourrait dire : « *Bad Law makes Bad Legal Theory* ».

Toutefois, celui à qui l'ouvrage le plus fameux de Hart consacre le plus de pages demeure John Austin, qui passe pour le fondateur de l'« approche analytique du droit », cette approche qui ne s'ancre pas dans une autre discipline (telle l'histoire ou la sociologie) pour faire relever le droit d'un objet plus large d'études et qui à cet égard devance historiquement la « théorie pure du droit ». Plus exactement, Hart consacre trois chapitres de *The Concept of Law*, non pas aux travaux d'Austin eux-mêmes qu'à une thèse qu'on leur associe généralement : « la thèse selon laquelle la clé de la compréhension du droit réside dans la simple notion d'ordre appuyé

Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar », *Astériorion* 4/2006, mis en ligne le 18 avril 2006 : <http://asterion.revues.org/497>

294. Voir not. F. SALIGER, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat [La formule de Radbruch et l'État de droit]*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995 ; D. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham (NC), Duke University Press, 1989.

295. J. HERGET, *Contemporary German Legal Philosophy*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1996, not. p. 12.

296. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 225-226.

de menaces, qu’Austin lui-même a appelé un ‘commandement’²⁹⁷ ». Ces trois chapitres sont les premiers à suivre l’introduction. Ils s’expliquent par le fait que, selon notre auteur, le plutôt simple point de vue austinien représentait un meilleur point de départ que les plus complexes théories jusnaturalistes. Cela dit, même après lui avoir apporté quelques correctifs, Hart devra y renoncer.

Plus tôt, en introduction (chap. I) du livre, Hart explique sa démarche par le décalage qui sépare la connaissance commune de l’idée de droit de l’extravagance de plusieurs définitions savantes qui en sont données par des gens à qui, pour être professeurs de droit, juges ou praticiens, cette connaissance commune n’échappe pourtant pas. De telles extravagances théoriques seraient à comprendre comme autant de réponses exagérées – et recélant donc un petit fond de vérité – à des questions que, sous certains aspects, le droit ne laisse pas de poser. Hart dresse ainsi une liste courte et non exhaustive de trois « questions récurrentes » au sein de la théorie du droit : 1) en quoi le droit diffère-t-il d’ordres appuyés par la menace et en quoi leur est-il apparenté ? ; 2) quelle est la relation du droit à la morale ? ; 3) le droit se compose-t-il de règles et, dans l’affirmative, quel est le sens de l’affirmation selon laquelle une règle existe ? Ses réponses seront les suivantes : 1) en ce qu’il se compose essentiellement de règles ; 2) une relation contingente et non nécessaire ; 3) oui, et une telle affirmation signifie soit que règle est « acceptée » et « utilisée », soit qu’elle est valide parce que « reconnue » – en vertu d’une règle de reconnaissance qui est elle-même acceptée et utilisée, mais qui ne saurait être valide. De telles réponses établiraient que rien de « suffisamment précis » – « *concise enough* », dit mieux la version anglaise – ne saurait être produit qui puisse prendre la forme d’une véritable définition du droit. En tout état de cause, outre Kelsen dont les thèses sont à chaque fois immanquablement concernées, ces réponses de Hart font 1) du positivisme volontariste, 2) des jusnaturalismes et 3) des réalismes ses principaux interlocuteurs.

297. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 34. Hart écrit en effet ce qui suit : « [...] nous énoncerons et critiquerons une position qui est, en substance, la même que la doctrine d’Austin, mais qui s’en distingue probablement à certains égards. Notre intérêt principal, en effet, ne va pas à Austin, mais au crédit dont jouit un certain type de théorie qui exerce une attraction perpétuelle, quels que soient ses défauts. C’est la raison pour laquelle nous n’avons pas hésité, chaque fois que la pensée d’Austin était incertaine ou que ses opinions paraissaient incohérentes, à l’ignorer et à énoncer une position claire et cohérente. De plus, chaque fois qu’Austin laissait seulement entrevoir des orientations qui prêtent à la critique, nous les avons développées (en partie dans la direction suivie par des théoriciens ultérieurs tels que Kelsen) afin de nous assurer de ce que la doctrine que nous analyserons de manière critique soit énoncée dans sa forme la plus convaincante » (*id.*, p. 37).

Sur le plan épistémologique, Hart ne prétend aucunement fonder ou rendre raison de la scientificité du droit comme discipline. Même si Leslie Green est d'avis que « *[f]or all that, what is most striking, given its vintage and provenance, is how little linguistic analysis there is in The Concept of Law*²⁹⁸ », l'approche analytique de Hart veut prendre appui sur la « philosophie du langage ordinaire », notamment sur le Wittgenstein des *Recherches*²⁹⁹ ainsi que sur un autre John Austin que le philosophe du droit dont il vient d'être question, en l'occurrence John Langshaw Austin, auteur de « A Plea for Excuses »³⁰⁰. Elle se revendique également de Bentham qui, bien avant Hart et l'École d'Oxford, s'était attaché à l'analyse du langage juridique, dont il avait promu une substitution des « fictions »³⁰¹. En note, par exemple, Hart renvoie aux passages du *Fragment on Government*³⁰² où Bentham traite du « caractère inadéquat de la définition traditionnelle *per genus et differentiam*^[303] en tant que méthode d'élucidation des termes juridiques³⁰⁴ ». De toute façon, Hart, qui en cela est fidèle aux premières critiques wittgensteiniennes du projet logiciste, ne cherche en rien à améliorer le langage relatif au droit par la production, depuis un point de vue extérieur à l'usage, d'une définition appelée à régler celui-ci. Hart indique en effet très clairement que le but de son livre « n'est [...] pas de fournir une définition du droit, au sens d'une règle au regard de laquelle on pourrait examiner la correction de l'emploi d'un mot³⁰⁵ ». Cette précision revient plus d'une fois dans l'ouvrage, ce qui du reste rend fort injuste la critique de « sémantisme » qu'adresse Dworkin à Hart dans le premier chapitre de *Law's Empire*³⁰⁶. Sur la nature de son approche, Hart écrira encore limpidement : « C'est précisément parce que nous ne prétendons pas [y] identifier ou régler [...] l'emploi de mots tels que 'droit' ou 'juridique' que cet ouvrage se présente comme une élucidation du *concept* de droit, plutôt que comme une définition du terme 'droit', dont on pourrait naturellement attendre qu'elle fournisse une ou plusieurs règles relatives à l'emploi de ces expressions³⁰⁷. » Il ne s'agit pas pour au-

298. L. GREEN, « Introduction », in H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. xlvii.

299. L. WITTGENSTEIN, *supra* note 255.

300. J.L. AUSTIN, « A Plea for Excuses », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 57, 1956-1957.

301. Voir à ce sujet G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham. La guerre des mots*, Paris, Dalloz, 2011.

302. J. BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement*, *supra* note 11, notes relatives au chap. 5, § 6.

303. La définition de l'espèce par le genre et la différence, suivant la conception scolastique.

304. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 297.

305. *Id.*, p. 435. Voir aussi p. 101 et 173.

306. *Id.*, p. 101, 173 et 262-265, not. ; R.M. DWORKIN, *L'empire du droit* (1986), trad. E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994, chap. premier : « Qu'est-ce que le droit ? »

307. *Id.*, p. 231.

tant, comme le croit par exemple Brian Tamanaha qui reproche à Hart de ne pas être allé jusqu'au bout de son soi-disant « conventionnalisme »³⁰⁸, de tout simplement s'en remettre à l'usage, ne serait-ce que parce qu'il arrive que celui-ci soit ambigu, paradoxal ou autrement problématique. L'inspiration wittgensteinienne de Hart le conduit plutôt à une conception « thérapeutique » de l'analyse philosophique du langage qu'on pourrait métaphoriquement comparer à la psychanalyse : le philosophe est comme l'« analyste » de l'usage dans la mesure où celui-ci est tenu pour receler en lui-même le virtuel remède à ses maux. Dans sa pratique clinique, l'analyste du langage rend compte de la mise au jour de tels remèdes sous la forme de principes explicatifs de l'usage. Il s'agit donc d'élucider les concepts à la lumière d'une restitution principielle de l'usage des mots qui y renvoient ou, dans les mots de Hart lui-même, d'« expliciter et [d'] examiner les principes qui ont régi effectivement l'usage en vigueur³⁰⁹ ». C'est donc en ce sens précis qu'il faut comprendre l'entreprise hartienne d'« élucidation du concept de droit ». En vertu d'une telle approche, Hart pourra confortablement prendre d'entrée ses distances par rapport aux principales théories du droit de l'époque qui, non seulement se contredisent les unes les autres, mais – à l'exception de celle qu'il serait possible d'attribuer généralement à Austin – choquent le sens commun. Hart vise notamment le réalisme juridique selon lequel le droit coïncide avec les prédictions relatives à ce que feront les tribunaux (Holmes) ou autres « autorités concernant les litiges » (Llewellyn)³¹⁰. À rebours de telles théories dont il concède qu'elles « ressemblent davantage à de nettes extrapolations de quelques vérités relatives au droit, qu'on aurait négligées à tort, qu'à d'authentiques définitions³¹¹ ».

Il nous semble qu'a priori Hart s'attend à ce qu'une telle consultation analysante de l'usage permette de dégager un concept de droit renvoyant à la fois à des activités caractéristiques et des idées structurantes d'une pensée, en l'occurrence la pensée juridique³¹². Or l'axe autour duquel graviteraient ces idées et activités se composerait de règles sociales. Le mode premier d'existence des règles est l'« acceptation » et l'« utilisation », dans la critique – positive comme négative – d'autrui et l'auto-

308. B.Z. TAMANAHA, « Socio-Legal Postivism and a General Jurisprudence », (2001) 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 1.

309. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 233.

310. *Id.*, p. 20.

311. *Id.*, p. 20-21.

312. *Id.*, p. 173.

critique autant que dans le comportement, d'un modèle de conduite. Une telle acceptation ne se traduit pas pour autant nécessairement par un sentiment³¹³. Cela dit, si cet « aspect interne » de la règle qu'est l'acceptation d'un modèle de conduite se traduit généralement par une conduite qui en est l'aspect externe, l'appréhension de ce seul aspect externe ne permet pas de distinguer une règle d'une simple habitude partagée, d'une simple convergence de comportements³¹⁴. D'où l'argument de Hart à l'endroit des réalismes juridiques et, par extension, de la plupart des méthodologies du « droit comme fait » : le défaut de prise en compte de l'aspect interne du comportement dont on se contente de relever les régularités ne permet pas de saisir ce qu'on entend normalement par « droit »³¹⁵. Mais si le droit est affaire de règles, cela est aussi partiellement le cas de la morale, dont Hart estime qu'elle se compose en partie de règles sociales, si bien que, sauf à renouer avec le jusnaturalisme, l'élucidation du concept de droit ne peut s'arrêter à la distinction entre règles et habitudes à la faveur de l'ajout d'une prise en compte de la perspective interne de l'acceptation et de l'utilisation. Le contenu matériel de règles morales et juridiques pouvant coïncider, ces types de règles ne peuvent se différencier que sur le plan formel. Hart soutient que, historiquement, le type juridique de règles sociales résulte d'un phénomène de différenciation par rapport au type moral, et, nonobstant les autres critères de démarcation qu'il avance par ailleurs, cette thèse hartienne ne peut être comprise qu'à la lumière de la distinction cardinale qu'opère notre auteur entre règles primaires d'obligations d'une part et règles secondaires de reconnaissance, de changement et de décision de l'autre. Dans une société « primitive », le contrôle social se résumerait à l'action d'un ensemble, d'une juxtaposition relativement incertaine, statique et inefficace de règles primaires d'obligations parmi lesquelles des règles juridiques ne se détacheraient pas des règles morales³¹⁶. Plus exactement, de préciser Hart :

Cette distinction pouvait exister sous une forme embryonnaire, si certaines règles se trouvaient maintenues essentiellement sous la menace d'un châtement en cas de transgression, alors que d'autres règles se trouvaient maintenues en faisant appel à un respect présumé des règles ou à un sentiment de culpabilité ou de remords. Lorsque ce premier stade est dépassé, et le pas entre le monde pré-juridique et le monde juridique est franchi – si bien que les moyens de contrôle social comportent désor-

313. *Id.*, p. 76.

314. *Id.*, p. 73-78.

315. *Id.*, p. 84-85, 108-109, 123 et 155-166.

316. *Id.*, p. 110-113.

mais un système de règles comprenant des règles de reconnaissance, de décision et de changement – le contraste entre les règles juridiques et les autres règles se marque davantage. Les règles primaires d'obligation identifiées grâce au système officiel sont désormais séparées d'autres règles qui continuent à exister parallèlement à celles qui sont officiellement reconnues³¹⁷.

Ce n'est pas tant la menace d'une sanction qui importe ici que l'émergence d'un critère de démarcation entre deux catégories de règles, ce qui suppose une règle d'identification des règles dont la violation peut faire l'objet d'une sanction. Cette règle, que Hart appelle « règle de reconnaissance », est la première de celles qu'il qualifie de « secondaires » et qui sont des règles relatives à des règles primaires d'obligation. Pour notre auteur, l'articulation, constitutive d'un système et non plus d'un simple ensemble, de règles primaires et de règles secondaires n'est rien de moins que le « cœur d'un système juridique³¹⁸ » et, partant, la clé de la compréhension du concept de droit³¹⁹.

Aussi les trois catégories de règles secondaires, soit celles des règles de reconnaissance, de changement et de décision, rempliraient-elles chacune une fonction précise en remédiant à l'un des trois principaux défauts de la structure normative³²⁰ des sociétés préjuridiques « primitives ». Une structure sociale normative se composant simplement d'un ensemble pour ainsi dire organique de règles primaires d'obligation généralement acceptées et utilisées serait : 1) incertaine ; 2) statique ; 3) inefficace. À ces trois maux socio-normatifs correspondraient respectivement les trois types de règles secondaires. Celles-ci déterminent donc : 1) comment les règles primaires peuvent être identifiées ; 2) comment elles peuvent être édictées, modifiées et abrogées ; 3) comment le fait de leur violation peut être établi de manière définitive³²¹. Plus fondamentalement, c'est avec cette première règle secondaire qu'est la règle de reconnaissance qu'émerge, à la suite de l'acceptation/utilisation, la validité comme mode d'existence des normes juridiques :

317. *Id.*, p. 187.

318. *Id.*, p. 117.

319. « [C]'est dans l'articulation de ces deux types de règles que gît ce qu'Austin prétendait à tort avoir trouvé dans la notion d'ordres contraignants, à savoir « la clé de la science du droit ». » (*Id.*, p. 101.)

320. *Id.*, 108, *inter alia*, Hart emploie l'expression de « structure normative de la société ».

321. *Id.*, p. 110-118.

[L]orsque nous avons affaire, comme dans le cas d'un système juridique développé, à un système de règles qui comporte une règle de reconnaissance, de telle façon que le statut d'appartenance d'une règle au système dépend désormais du fait de savoir si elle satisfait à certains critères fournis par la règle de reconnaissance, nous nous trouvons en présence d'une nouvelle acception du terme « exister »³²².

[...]

[L]a présence d'une règle fondamentale de reconnaissance [...] n'est pas une nécessité, mais un luxe, que l'on découvre dans des systèmes sociaux avancés dont les membres ne sont pas seulement amenés à admettre des règles indépendantes une par une, mais sont tenus d'accepter d'avance des catégories générales de règles que l'on distingue à l'aide de critères généraux de validité. Dans la forme la plus élémentaire de société, nous devons attendre pour voir si une règle se fait admettre comme règle ou non ; dans un système doté d'une règle fondamentale de reconnaissance, nous pouvons dire, avant qu'une règle soit effectivement édictée, qu'elle *sera* valide si elle satisfait aux conditions posées par la règle de reconnaissance. La même question peut être présentée sous une forme différente. Lorsqu'une telle règle de reconnaissance se trouve jointe à un ensemble de règles indépendantes, non seulement elle procure les avantages du système et la facilité de l'identification, mais elle inaugure encore la possibilité d'un nouveau type de jugement. Il s'agit des jugements internes relatifs à la validité des règles³²³.

L'extrait qui précède mobilise plusieurs thèses hartiennes qui demandent ici d'être présentées et dont certaines sont porteuses d'un niveau considérable d'ambiguïté.

La règle de reconnaissance est, au même titre que non seulement les autres règles secondaires mais aussi les règles primaires d'obligation, un « fait normatif », à cette exception près qu'un tel fait introduit ici cette normativité plus éthérée qu'est la validité. Toutefois, ce que peu de commentateurs relèvent, c'est que Hart admet en réalité une certaine forme de scepticisme à l'égard de sa propre thèse selon laquelle, dans les systèmes juridiques modernes, la reconnaissance des règles valides obéit elle-même à une véritable règle, autrement dit que notre auteur admet un certain scep-

322. *Id.*, p. 128.

323. *Id.*, p. 252-253.

ticisme relatif à la règle de reconnaissance en que règle³²⁴. En tout état de cause, la règle de reconnaissance ne peut être elle-même « ni valide ni invalide, mais [...] simplement acceptée [...] »³²⁵. Si elle fonde la validité comme nouveau mode d'existence des règles, la règle de reconnaissance n'existe elle-même que sur le mode premier de l'acceptation/utilisation ; elle correspond à « une forme de coutume judiciaire qui n'existe que si elle est acceptée et mise en pratique par les juridictions dans leurs activités d'identification et d'application du droit³²⁶ ». Cependant, si l'on comprend aisément que la règle hartienne de reconnaissance préside à l'identification des règles juridiquement valides, une ambiguïté traverse le célèbre ouvrage de 1961 quant à savoir où, au juste, cette règle que notre auteur qualifie d'« ultime³²⁷ » doit être située sur l'échelle de validité que connaît la théorie du droit. Certains passages suggèrent que la règle de reconnaissance se confond avec la constitution³²⁸. D'autres la font correspondre sur ce plan à la « norme fondamentale » kelsénienne à titre de règle fondant la validité de la constitution³²⁹. Enfin, certains passages de *The Concept of Law* laissent plutôt entendre que la règle de reconnaissance n'est jamais autre chose qu'une théorie des sources du droit³³⁰, passages que semble avoir retenus Ross pour qui « Hart envisage, sous l'étiquette « règles de reconnaissance », ce que l'on nomme habituellement les sources du droit³³¹ ». En fait, la place de la règle de reconnaissance varierait avec les systèmes juridiques. N'étant pas elle-même valide mais une règle « sociale », elle expliquerait que la loi constitutionnelle d'un pays puisse être valide. Elle se veut donc distincte de la constitution juridique d'un pays, du moins si celle-ci veut exister sur le mode de la validité. Il est vrai que la règle de reconnaissance peut contenir plusieurs critères de validité, dont elle pourvoira alors à l'ordonnancement, et que Hart nous dit qu'elle est *rarement* formulée. C'est donc dire qu'elle pourrait se retrouver en partie dans la loi constitutionnelle. Or, en dernière analyse, la règle de reconnaissance est, par définition, irréductible à toute règle de droit valide, pour demeurer une

324. *Id.*, p. 166-172. Voir à ce sujet F. SCHAUER, « Is the Rule of Recognition a Rule? », (2012) 3(2) *Transnational Legal Theory* 173-179 ; A.J. SEBOK, « Is the Rule of Recognition a Rule? », (1997) 72 *Notre Dame Law Review* 1539-1563.

325. *Id.*, p. 127.

326. *Id.*, p. 274.

327. *Id.*, p. 124, not.

328. *Id.*, p. 88-90, 97, 140-141 et 171.

329. *Id.*, p. 127 et 130-131.

330. *Id.*, p. 120 et 125.

331. A. Ross, *supra* note 244, p. 184.

règle sociale qui fonde de manière ultime la validité des autres règles du système.

Du cours de l'argumentation que développe *The Concept of Law* se dégage une articulation en trois stades de l'évolutionnisme que suppose déjà la thèse hartienne d'une différenciation des règles juridiques des règles morales à la suite de l'émergence d'une règle secondaire de reconnaissance : 1) celui de la société « primitive », préjuridique, sans doute trop simple pour exister dans les faits et dont la structure normative ne consiste qu'en un ensemble diffus de règles primaires d'obligation existant sur le mode de la règle sociale ; 2) celui de la société juridique élémentaire dont la structure normative compte au moins une règle secondaire, soit une règle sociale rudimentaire de reconnaissance de règles valides ; 3) celui de la société juridique développée dans le cadre d'un État moderne dont la structure normative se compose de règles primaires valides, d'un système de règles sociales hiérarchisées de reconnaissance susceptibles d'une codification partielle ainsi que d'un complexe d'autres règles secondaires de changement et de décision, valides celles-là. C'est dans le dixième et dernier chapitre de son fameux livre que Hart traite du cas limite ou douteux du droit international, et ce pour dire qu'il n'est pas disposé à condamner l'emploi du mot « droit » pour désigner ce qui, formellement, n'est pas un système juridique mais un ensemble de règles sociales primaires, puisque ces règles se rapprochent de celles des systèmes juridiques sur le plan matériel. Cette tolérance de l'usage se situe en porte-à-faux de la thèse, défendue plus tôt par Hart, selon laquelle, dans la société préjuridique où aucune règle (sociale) de reconnaissance n'en fait exister d'autres (règles) sur le mode de la validité, il est difficile sinon parfois impossible de distinguer des règles juridiques des règles morales, tellement les règles de ce qui pourrait autrement constituer deux catégories distinctes se ressemblent matériellement³³².

Une autre ambiguïté que Hart laisse plus ou moins en suspens dans son livre le plus célèbre concerne le rapport des profanes du droit, que notre auteur appelle les « citoyens ordinaires » ou « simples citoyens », aux normes juridiques dans le cadre d'un État moderne. Dans un passage reproduit plus haut, Hart soutenait que les membres des « systèmes sociaux avancés » sont « tenus d'accepter » les règles juridiques valides³³³. Cette affirmation est difficilement conciliable avec les propos

332. Voir *supra* notes 316 et 317 et texte correspondant.

333. *Supra* note 323.

de notre auteur qui traitent spécialement de la question du rapport du simple citoyen à la règle valide du droit moderne. Mais pour comprendre ces propos, il faut au préalable connaître la thèse hartienne selon laquelle, dans un État moderne, la règle ou, plus exactement, le système de règles de reconnaissance, système normatif qui permet de connaître les règles primaires d'obligation et les règles secondaires, autres que la règle de reconnaissance, que sont les règles de changement et de décision, n'est véritablement accepté et utilisé, et donc connu, que des professionnels du droit, au premier rang desquels figurent les juges. Voilà de quoi suggérer en effet que, ne les connaissant pour l'essentiel que sur consultation des juristes, les « citoyens ordinaires » peuvent difficilement être tenus pour « accepter » les règles juridiques valides de manière à les « utiliser ». Il est vrai toutefois que Hart parle ici d'une « acceptation à l'avance »³³⁴. Hart ne fera pas pour autant de l'« acceptation » générale des règles juridiques par les « simples citoyens » une condition d'existence d'un système juridique moderne. Bien qu'une telle acceptation soit généralement souhaitable et présente dans les faits, il suffit, en ce qui concerne ces profanes, que ceux-ci « obéissent » généralement au droit. Voyons cela plus en détail.

Nous avons vu comment Hart distingue l'aspect interne de l'aspect externe des règles sociales et fait de la prise en compte de cet aspect interne une condition de possibilité de connaissance des règles existant sur le mode premier de l'acceptation/utilisation, une telle connaissance supposant en effet la capacité de distinguer les règles des simples convergences d'habitudes ou autres comportements. Ce que nous n'avons toujours pas vu, en revanche, c'est que, selon notre auteur, dans le seul cas des règles valides il est deux manières de connaître des règles. En effet, ce n'est que le moment venu de traiter de la règle de reconnaissance et, notamment, de son implication fondamentale qu'est la validité comme mode second d'existence des règles, que Hart nous laisse deviner *a contrario* que, à l'exception de celles qui « existent » par leur validité, les règles sociales ne peuvent être véritablement connues qu'à la faveur d'un « jugement externe de fait ». Un tel jugement se situerait dans la « perspective externe » d'un « observateur » qui n'accepte ni n'utilise forcément les règles en question, pourvu cependant que cet observateur joigne au recensement de régularités de comportement la prise en compte de l'aspect interne des règles, c'est-à-dire du point de vue interne de ceux qui les acceptent et les

334. *Ibid.*

utilisent³³⁵. S'agissant des règles valides, un autre mode de connaissance serait possible, en l'occurrence le « jugement interne de validité », porté aux termes d'une règle (sociale) de reconnaissance acceptée et utilisée, dont l'existence, ici sociale, n'est pas constatée mais supposée. Hart écrit en effet que :

lorsque nous avons affaire, comme dans le cas d'un système juridique développé, à un système de règles qui comporte une règle de reconnaissance, de telle façon que le statut d'appartenance d'une règle au système dépend désormais du fait de savoir si elle satisfait à certains critères fournis par la règle de reconnaissance[, alors l']affirmation selon laquelle une règle existe peut désormais ne plus avoir la portée qu'elle avait dans le cas simple de règles coutumières, à savoir celle d'un jugement externe constatant le *fait* qu'une forme déterminée de comportement se trouve généralement admise en pratique comme modèle. Il peut s'agir désormais d'un jugement interne qui fait application d'une règle de reconnaissance admise, bien que non formulée, et qui ne signifie (en gros) rien d'autre que « valide, au regard des critères de validité du système ». À cet égard cependant, comme à bien d'autres, une règle de reconnaissance diffère des autres règles du système. L'affirmation selon laquelle elle existe ne peut être qu'un jugement externe de fait. Car, alors qu'une règle subordonnée appartenant à un système peut être valide, et en ce sens « exister », même si elle est généralement transgressée, la règle de reconnaissance n'existe que sous la forme d'une pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères. Son existence est une question de fait³³⁶.

Or, dans une société organisée sous la forme d'un État moderne, la pleine capacité de porter des jugements internes de validité, et donc l'acceptation et l'utilisation d'« une » (d'un système de) règle(s) complexe de reconnaissance, est réservée aux juges d'abord, puis aux autres professionnels du droit, sur lesquels l'observateur doit centrer son regard :

En nous référant à notre société élémentaire, nous nous exprimions comme si la plupart de ses membres non seulement obéissaient à la règle de droit, mais comprenaient et acceptaient la règle [de reconnaissance] habitant une succession de législateurs à légiférer. Dans une société simple, ce peut être le cas ; mais dans un État moderne, même lorsqu'elle se conforme au droit en vigueur, il serait absurde de penser que la majeure

335. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 108-109 et 128.

336. *Id.*, p. 128-129.

partie de la population puisse avoir une conscience claire des règles qui déterminent les qualités qu'un corps de personnes se renouvelant sans cesse doit posséder pour être habilité à légiférer. Situer au même niveau l'« acceptation » des règles par le peuple et la manière dont les membres de quelque tribu restreinte seraient susceptibles d'accepter la règle qui donne autorité à ses chefs successifs, implique que l'on reconnaisse dans le chef des simples citoyens une compréhension des problèmes constitutionnels qu'ils n'ont probablement pas. Nous ne réclamons en vérité une telle compréhension au sein du système que de la part des autorités ou des spécialistes ; il s'agit en l'occurrence des tribunaux qui ont la responsabilité de déterminer ce qu'est la règle de droit, et des juristes que le citoyen ordinaire consulte lorsqu'il veut en prendre connaissance³³⁷.

Il ne saurait donc faire de doute que citoyens ordinaires et juristes « ne contribuent pas de la même façon à l'acceptation de ces règles [fondamentales de reconnaissance], et ainsi, à l'*existence* d'un système juridique³³⁸ ». Ce même auteur écrira pourtant quelques dizaines de pages plus loin que, « [c]haque fois qu'une [...] règle de reconnaissance est acceptée, aussi bien les personnes privées que les autorités publiques se voient nanties de critères obligatoires permettant d'identifier les règles primaires d'obligation³³⁹ ». Est-ce donc à dire que ce n'est que par le truchement des « autorités publiques » (et des juristes en général ?) que les personnes privées se voient nanties d'une règle de reconnaissance ? Peut-être, mais souvenons-nous de ces mots qu'écrivait Hart en introduction : « Face à ce débat théorique qui se déroule sans fin dans les ouvrages, nous découvrons un contraste fort étrange dans le fait que la plupart des gens sont capables de citer, avec facilité et assurance, des exemples de règles de droit, si on leur demande de le faire³⁴⁰ ». Et au sujet de ce dont il parlerait comme de la règle de reconnaissance, Hart n'écrivait-il pas ce qui suit ?

On pourrait attendre de tout homme cultivé qu'il soit capable d'identifier schématiquement ces traits saillants [que partagent les différents systèmes juridiques] de la manière suivante. Ces systèmes comprennent 1^o des règles qui interdisent ou prescrivent certains types de comportement à peine de sanction ; 2^o des règles qui exigent que des gens indemnisent ceux auxquels ils font du tort d'une façon ou d'une autre ; 3^o des règles qui déterminent ce qu'on doit accomplir pour faire des testaments, ou conclure des contrats et autres accords qui confèrent des droits et en-

337. *Id.*, p. 79.

338. *Ibid.*

339. *Id.*, p. 119.

340. *Id.*, p. 21.

gendrent des obligations ; 4° des tribunaux pour déterminer quelles sont les règles et quand elles ont été violées, et pour fixer la peine ou l'indemnité à payer ; 5° un corps législatif pour édicter de nouvelles règles et abroger les anciennes³⁴¹.

Mais à concéder que l'on ne saurait s'attendre des citoyens ordinaires d'un État moderne qu'ils « acceptent », pour d'abord bien la connaître, la règle de reconnaissance de la même manière que le font les juges et les juristes, que peut-il en être de leur rapport aux règles que celle-ci reconnaît valides ? Peuvent-ils être raisonnablement tenus pour « accepter » généralement, ne serait-ce qu'« à l'avance », des règles qui n'« existent » qu'en vertu d'une autre qu'ils ne maîtrisent pas ? Nous venons d'aborder l'une parmi deux conditions d'existence d'un système juridique développé selon Hart : l'acceptation/utilisation d'un sous-système complexe de règles secondaire par une classe de professionnels du droit. Voilà que notre interrogation relative au rapport des citoyens ordinaires au système juridique de l'État moderne nous conduit à l'autre condition :

Il y a [...] deux conditions minimales nécessaires et suffisantes pour qu'existe un système juridique. D'une part, les règles de conduite qui sont valides selon les critères ultimes de validité du système, doivent être généralement obéies, et, d'autre part, ses règles de reconnaissance déterminant les critères de validité juridique, ainsi que ses règles de changement et de décision doivent être effectivement admises par ses autorités comme constituant des modèles publics et communs de la conduite qu'elles adoptent en cette qualité. La première condition est la seule à laquelle les simples citoyens *doivent* nécessairement satisfaire : ils peuvent obéir chacun « pour sa part seulement » et pour quelque motif que ce soit ; dans une société saine, cependant, ils accepteront souvent en fait ces règles comme des modèles communs de comportement et reconnaîtront l'obligation d'y obéir, ou même feront remonter cette obligation à l'obligation plus générale de respecter la Constitution. Quant à la seconde condition, seules les autorités appartenant au système doivent également la remplir. Il faut qu'elles considèrent ces règles comme des modèles communs du comportement qu'elles adoptent dans l'exercice de leurs fonctions et qu'elles apprécient de manière critique leurs propres écarts de conduite et ceux de tout autre comme des manquements. [...] L'affirmation selon laquelle un système juridique existe constitue, par conséquent, un jugement qui, comme le visage de Janus, se tourne à la fois vers l'obéissance des simples citoyens et vers l'acceptation par les

341. *Id.*, p. 21.

autorités des règles secondaires comme critères communs d'évaluation du comportement qu'elles adoptent en cette qualité³⁴².

Sur le plan conceptuel du moins, Hart est donc finalement d'avis que les simples citoyens d'un État moderne n'ont pas à « accepter » généralement les règles d'un système juridique pour que celui-ci existe, mais seulement à leur obéir dans l'ensemble. Sur le plan pratique cependant, notre auteur est d'avis que :

On ne peut [...] mettre en doute le fait que, en relation du moins avec certaines sphères de la conduite dans un État moderne, les individus manifestent effectivement tout cet ensemble de conduites et d'attitudes que nous avons appelé le point de vue interne. Les règles de droit fonctionnent dans leurs vies [*sic*], non seulement comme des habitudes ou comme le fondement de la prédiction des décisions judiciaires ou du comportement d'autres autorités, mais comme des modèles juridiques de comportement qu'ils acceptent³⁴³.

Autrement dit, les citoyens d'un État moderne acceptent généralement, *en pratique*, certaines règles primaires valides qu'ils connaissent... par la consultation plus ou moins directe d'experts juristes.

Récapitulons. Nul besoin, pour qu'un système juridique existe, que le fasse une obligation morale générale d'obéissance au droit. Pour ce faire, seuls les officiels doivent accepter comme règle de conduite la règle de reconnaissance. Et si l'existence d'une règle juridique valide peut – outre un jugement externe de fait – faire l'objet d'un jugement interne de validité, la valeur d'un tel jugement ne saurait être que relative, pour dépendre de l'existence d'ensemble du système, qui elle demeure une question de fait, dont la détermination, au moyen d'un jugement externe, n'exige la prise en compte du point de vue interne que des officiels se rapportant à la règle de reconnaissance. Encore là, l'existence d'un système juridique ne serait pour Hart, du moins en apparence, qu'une simple question de fait, non pas, même en partie, une question morale.

À la lumière de ce qui précède, le lecteur ne sera pas surpris de découvrir que, pour Hart, la règle est une idée « sans laquelle nous ne pouvons espérer élucider même les formes de droit les plus élémentaires³⁴⁴ ».

342. *Id.*, p. 135-136.

343. *Id.*, p. 156.

344. *Id.*, p. 100-101.

À la base, le droit n'est pas un fait volitif. Il s'agit plutôt essentiellement d'un phénomène socio-normatif. Mais le concept de droit selon Hart doit-il absolument s'entendre d'un étatsisme juridique ou bien est-il possible de faire une lecture pluraliste du juriste-philosophe britannique ?

Certes, Hart n'entend pas condamner l'emploi du mot « droit » au sujet d'ensembles normatifs non étatiques, ces cas « douteux », « discutables », « limite » ou « problématiques », dont le « droit primitif » et le « droit international »³⁴⁵. Ce qui précède devrait pourtant suffire à établir que Hart n'est pas un juriste pluraliste. Brian Tamanaha avance que le célèbre ouvrage de 1961 aurait très bien pu s'intituler « *The Concept of State Law*³⁴⁶ ». S'il fallait absolument lui trouver un autre titre, il nous semble que *The Concept of Law as State Law* conviendrait davantage. Rappelons d'abord que, si Hart n'entend pas régler l'usage au moyen d'une définition normative, le détail de l'aspect sous lequel l'usage se présente n'est pas non plus pour lui déterminant. Le droit national étatique est pour notre auteur « l'exemple type clair³⁴⁷ », le *paradigm case* du phénomène juridique, à partir duquel il convient de chercher les principes qui structurent l'usage. Hart est d'avis que l'articulation de règles primaires d'obligation à des règles secondaires de reconnaissance, de changement et de décision se situe au cœur du phénomène juridique³⁴⁸. Au plan diachronique, son modèle procède d'un évolutionnisme à lui qui soutient qu'« un système juridique, tout comme un être humain, peut, à un certain stade, ne pas être encore né, à un second stade ne pas être encore entièrement indépendant de sa mère, puis jouir d'une existence saine et indépendante, ensuite décliner, et enfin mourir³⁴⁹ ». Le passage d'une structure socio-normative depuis un stade préjuridique à un stade de maturité juridique doit se traduire par la réduction de l'incertitude, de la rigidité et de l'inefficacité, dont Hart parle bien comme de « défauts ». Aussi notre auteur écrit-il au sujet du passage du stade élémentaire (celui de l'émergence d'une règle de reconnaissance) à celui de la maturité juridique que :

L'introduction dans la société de règles habitant des législateurs à modifier et à ajouter des règles imposant un devoir, et des juges à déterminer quand de telles règles ont été transgressées, constitue en effet un progrès aussi important pour la société que l'invention de la roue. Il ne s'agissait

345. *Id.*, p. 22, 174.

346. B.Z. TAMANAHA, *supra* note 308, p. 17.

347. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 233.

348. *Id.*, p. 117, 128 et 135.

349. *Id.*, p. 131.

pas seulement d'un pas important, mais d'un pas que l'on peut pour ainsi dire considérer [...] comme assurant le passage d'un monde pré-juridique à un monde juridique³⁵⁰.

Du reste, Hart nous semble tendre en réalité à refuser au « droit primitif » ce que, d'une manière « qui n'est pas en accord avec ses prémisses » comme l'a bien remarqué Norberto Bobbio³⁵¹, il finit par accorder au droit international : une si étroite parenté matérielle avec le vrai droit, c'est-à-dire le droit national étatique, que la locution de « droit international » mérite un plaidoyer favorable. Il avance en effet que, au-delà des similitudes de forme, le contenu des règles « souvent compliquées [du droit international] est très différent de celui des règles d'une société primitive, et [...] nombre de ses concepts, méthodes et techniques sont les mêmes que ceux du droit national moderne³⁵² ». Enfin, dans la mesure où le pluralisme juridique vise le plus souvent, non sans ambiguïté d'ailleurs, à l'appréhension de la « pleine » coexistence d'ordres juridiques non étatiques avec l'ordre juridique de l'État sur le territoire de celui-ci³⁵³, Hart est malaisément pluraliste dès lors qu'il rappelle que « [l]e système juridique d'un État moderne se caractérise par une certaine forme de *suprématie* sur son territoire³⁵⁴ ». Dans son contexte, ce passage suggère bel et bien que, sur le territoire d'un État moderne, le droit étatique est, à cette exception près du droit international, le seul droit qui, en tout état de cause, a préséance sur les autres systèmes normatifs.

Une étude de Jeremy Waldron traite de la question du rapport de Hart et de Fuller au pluralisme juridique³⁵⁵. L'auteur y prétend que, contrairement à l'idée répandue, le modèle de Hart est « compatible » avec le pluralisme juridique, et celui de Fuller, beaucoup moins qu'on ne le croit généralement. L'évolutionnisme juridique de Hart ne lui ferait pas pour autant valoriser en elle-même la forme juridique de structuration nor-

350. *Id.*, p. 60-61.

351. N. BOBBIO, « Pour un lexique de théorie générale du droit », dans *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1998, chap. 3, à la page 59.

352. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 245. Voir *supra* notes 316, 317 et 332 et texte correspondant.

353. M. ST-HILAIRE, « The Study of Legal Plurality outside 'Legal Pluralism': The Future of the Discipline? », in Shauna Van Praagh et Helge Dedek (dir.), *Stateless Law: Evolving Boundaries of a Discipline*, Farnham, Ashgate Pub, 2015, p. 115-132.

354. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 43.

355. J. WALDRON, « Legal Pluralism and the Contrast Between Hart's Jurisprudence and Fuller's », dans P. CRANE (dir.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford/Portland (OR), Hart, 2010, p. 135-155.

mative du social³⁵⁶. Si Hart n'a pas davantage développé son modèle dans un sens pluraliste, ce serait simplement parce que cette question des manifestations non étatiques du phénomène juridique l'intéressait peu³⁵⁷. Cette thèse d'un Hart crypto-pluraliste nous paraît des moins convaincantes. Nous n'avons eu pour notre part aucune occasion de lire ce Hart qui insisterait sur les avantages de la forme préjuridique de structuration normative de la société³⁵⁸, à l'exception peut-être des passages suivants qui veulent révéler des « vérités dégrisantes » :

Le pas franchi entre la forme élémentaire de société, dans laquelle les règles primaires d'obligations constituent les seuls moyens de contrôle de la société, et monde juridique doté d'une organisation centralisée de son pouvoir législatif, de ses tribunaux, de ses fonctionnaires et de ses sanctions fournit ses avantages solides à un certain prix. Les avantages sont ceux de l'adaptabilité au changement, de la certitude et de l'efficacité et ils sont immenses ; le prix à payer n'est autre que le risque de voir le pouvoir doté d'une organisation centrale utilisée pour opprimer une série de gens dont l'appui ne lui est pas indispensable, et cela, d'une manière que ne peut connaître le régime plus simple des règles primaires³⁵⁹.

Dans ce système plus complexe, il se pourrait que seules les autorités admettent et utilisent les critères de validité juridique du système. La société dans laquelle il en serait ainsi ressemblerait de façon déplorable à un troupeau de moutons ; et les moutons pourraient finir à l'abattoir. Mais il n'y a guère de raisons de penser qu'un tel système ne saurait exister, ni de lui refuser la qualité de système juridique³⁶⁰.

Waldron avait déjà relevé ces passages dans des travaux antérieurs à son étude de 2010³⁶¹. C'était toutefois pour conclure que de telles réserves ou

356. « I mention all this to drive home the point that Hart's attempt to draw some distinction, even a blurred and hesitant distinction, between the sort of legal system that positivists are supposed to privilege and the sort of normative order that pluralists are interested in is not associated with the denigration of the latter as problematic. He, as much as the pluralists, sees customary law as just a different kind of normative order from the formal official law of a 'developed' legal system. Both kinds of normative order have their advantages; both have their dangers. » (*Id.*, p. 145.)

357. « [O]ne has to say that Hart did not seem particularly interested in the fact that, with a bit of pushing and shoving, his jurisprudential framework could accommodate pluralist possibilities. » (*Id.*, p. 140-141.)

358. *Supra* note 356.

359. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 219-220.

360. *Id.*, p. 136.

361. J. WALDRON, « All We Like Sheep », (1999) 12 *Canadian Journal of Law and Society* 169 ; « Normative (or Ethical) Positivism », dans J. COLEMAN (dir.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 411-433.

mises en garde ne suffisaient pas à mettre en doute la valorisation générale de la forme juridique par Hart³⁶². De toute façon, Waldron passe à côté de la question essentielle du débat entre monistes et pluralistes juridiques : une pluralité d'ordres juridiques peut-elle exister sur le territoire d'un État ? Est-il nécessaire de rappeler la vive réaction de Hart au pluralisme de *The Morality of Law* ? « *This large conception of law, admittedly and unashamedly, includes the rules of clubs, churches, schools 'and a hundred and one other forms of human association'* »³⁶³. » Ce qui nous paraît être le fil conducteur, la thèse principale et la plus féconde de cette étude de Waldron, n'y est quant à elle malheureusement pas explicitée, y est plutôt mal assumée. Il s'agit à notre sens de la thèse selon laquelle l'*esprit* qui baigne l'œuvre respective de ces deux grands auteurs juridiques que sont Hart et Fuller, esprit qui n'est nul autre que celui de la *Rule of Law* de tradition angloaméricaine, milite en faveur d'une conception moniste davantage que d'une conception pluraliste du droit, ce qui expliquerait que la théorie fullérienne, plus idéale, d'une moralité inhérente au droit se révèle au final sensiblement plus moniste que le normativisme sociologique à la hartienne³⁶⁴.

Il vaut de mettre ici en relief une autre dimension du modèle de Hart que celui-ci a laissée mal définie et dont on a parlé au moyen des termes d'« opérations de reconnaissance³⁶⁵ ». Dans *The Concept of Law* déjà, Hart parle parfois des effets de la règle de reconnaissance dans les mots, plus stricts, de reconnaissance d'appartenance au système plutôt qu'en ceux, plus larges et ambigus, de reconnaissance de validité³⁶⁶. Hart y entrevoit également que, tout comme l'existence d'un système juridique en général, le cas particulier de l'autonomisation d'un système juridique par rapport à un autre, par exemple le système juridique d'une colonie par rapport à celui de l'empire, ne peut être en définitive qu'une question de fait, les faits – d'acceptation de la règle secondaire de reconnaissance par les officiels et d'obéissance générale aux règles primaires valides par les justiciables – pouvant à cet égard démentir les règles – celle de reconnaissance ou les autres – de l'un ou de l'autre systèmes juridiques³⁶⁷. Ce dont Hart commence alors à s'apercevoir, c'est que, d'une part, sa règle de reconnaissance n'est fondement de validité qu'au sein d'un système dont

362. J. WALDRON, « Normative (or Ethical) Positivism », *supra* note 361, p. 430.

363. H.L.A. HART, « *The Morality of Law* by Lon L. Fuller », *supra* note 290, à la page 1281.

364. M. ST-HILAIRE, *supra* note 353.

365. E. PICAVET, « Hart, critique de Kelsen », *supra* note 99, p. 132.

366. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 127-128, not.

367. *Id.*, p. 140.

elle se veut critère d'appartenance, tandis que, d'autre part, et de manière plus accessoire, un système juridique peut très bien, comme c'est normalement le cas avec le droit international privé, prendre acte de l'existence d'autres systèmes juridiques pour leur reconnaître en son sein certains effets qu'il détermine. De telles opérations de reconnaissance de la part d'un système juridique à l'égard d'un autre ne sauraient avoir quelque effet direct sur les conditions de validité des règles juridiques au sein du système ainsi reconnu, autrement dit sur sa règle de reconnaissance, sans quoi il n'y aurait plus lieu de parler de deux systèmes différents. La règle de reconnaissance étant, avec l'existence d'un système juridique qu'elle fonde, une question de fait, elle doit être distinguée de ces opérations de reconnaissance qui sont des questions de droit et qui, s'il fallait s'y en tenir, pourraient suggérer à tort que les règles d'un système tiennent leur validité de celles d'un autre. Dans un article de 1968, Hart reprochera à Kelsen d'être tombé dans ce piège sur la question du rapport du droit national au droit international³⁶⁸. Dans ce même article, Hart démontre l'absurdité de la thèse kelsénienne au moyen de l'exemple fictif d'une *Soviet Laws Validity Act* :

Suppose the British Parliament (or mutatis mutandis, Congress) passes an Act (the Soviet Laws Validity Act, 1970) which purports to validate the law of the Soviet Union by providing that the laws currently effective in Soviet territory, including those relating to the competence of legislative and judicial authorities, shall be valid. The enactment of this Act by Parliament (or Congress) would not be a reason for saying that English (or American) law together with Soviet law formed one legal system, or for using sans phrase any of the Kelsenian expressions such as Soviet law 'derives its validity' from English law or that English law was 'the reason for the validity' of Soviet law. The reason for refusing to assent to these propositions is surely clear and compelling: it is that the courts and other law enforcing agencies in Soviet territory do not, save in certain special circumstances, recognize the operations of the British (or American) legislature as criteria for identifying the laws that they are to enforce, and so they do not recognize the Soviet Laws Validity Act, though a valid English (or American) statute, as in any way determining or otherwise affecting the validity of Soviet law in Soviet territory.³⁶⁹

Par cette illustration notamment, Hart interroge un peu plus certaines intuitions qui étaient déjà présentes dans *The Concept of Law*, et ce au point d'être maintenant en mesure d'articuler la thèse selon laquelle :

368. H.L.A. HART, *supra* note 286.

369. *Id.*, p. 179.

« *When we have laws that explicitly or implicitly refer to other laws, or their existence or validity, we cannot determine from these relationships alone whether they belong to the same or different systems. This depends on facts concerning the making and recognition of laws*³⁷⁰. » Ainsi l'appartenance de règles différentes à un même système juridique est-elle nécessaire au bien-fondé de l'affirmation selon laquelle l'une tient sa validité de l'autre³⁷¹. L'ordre des faits encadrerait ou conditionnerait ainsi, en dernière analyse, celui des normes juridiques valides, au sein duquel la reconnaissance d'effets à des normes d'un autre système serait à distinguer de la reconnaissance d'appartenance d'une norme au système – qui, finalement, serait une espèce de question mixte de droit et de fait. À la différence de Kelsen, Hart se voit accorder les moyens d'un tel réalisme (au sens courant du terme) par sa conception d'un ordre juridique comme quelque chose qui n'existe à la base que sous la forme d'une pratique sociale située dans la double réalité du temps et de l'espace, l'existence d'un tel ordre étant toujours en définitive une question de fait.

Il n'empêche que son étude de 1968 se termine sur une note hésitante. Hart commence par admettre que, à défaut de préciser cette nouvelle notion de reconnaissance qu'implique ce dont j'ai parlé comme d'opérations de reconnaissance, il faudra conclure que les règles ainsi reconnues appartiennent de la même manière aux deux systèmes juridiques en cause, celui qui reconnaît aussi bien que celui dont des règles sont reconnues³⁷². Il envisage alors l'objection selon laquelle les règles ainsi reconnues ne seraient pas appliquées directement comme règles de droit étranger, mais par le truchement de règles de droit national auxquelles l'opération de reconnaissance ne ferait en réalité que donner le même contenu matériel. Mais cela pour concéder qu'une telle solution ne fournit aucun critère satisfaisant de démarcation entre la reconnaissance de droit étranger et la reconnaissance d'appartenance au système, autrement dit entre les opérations de reconnaissance et la règle de reconnaissance, et pour conclure de la manière suivante :

Perhaps this difficulty may be met by distinguishing two different sorts of recognition that might be called 'original' and 'derivative' recognition. In an ordinary case where there is no foreign element, for example, where an English court simply applies an English statute, the court does

370. *Id.*, p. 174.

371. *Id.*, p. 193.

372. *Id.*, p. 196.

*not base its recognition and application of the statute on the fact that courts of some other country have recognized or would recognize it; this is original recognition. But where as in cases raising questions of private international law, part of the court's reasons for recognizing a law is that it has been or would be originally recognized by the courts of another country this is derivative recognition of a foreign law. Whether in such cases we should say the court applies the law that is thus derivatively recognized or only that it applies a law with similar content does not, I think, affect this distinction, though I have no doubt it needs further elaboration*³⁷³.

Cette distinction entre reconnaissance directe et reconnaissance dérivée ne fournit donc aucune réponse satisfaisante à la question de la nature de la seconde : se traduit-elle par l'application d'une règle externe en tant que telle ou par l'incorporation de son contenu dans une règle interne au système ? L'hésitation de Hart nous semble s'expliquer au moins en partie par le fait qu'il n'insiste pas assez pour dire que ces deux types de reconnaissances ne sont pas deux volets de la règle de reconnaissance, qui doit à notre sens conserver un statut théorique distinct de celui des opérations de reconnaissance. Celles-ci correspondent, *grosso modo*, au droit international privé qui, lui, ne saurait se situer sur le même plan que la constitution, la règle qui fonde celle-ci ou encore la théorie des sources du droit. Autrement dit, c'est le caractère accessoire des opérations de reconnaissance qui nous semble ne pas avoir suffisamment retenu l'attention de Hart. La reconnaissance « dérivée » consistant en réalité en l'application d'une règle interne, son objet que constitue le droit étranger se présente à la rigueur davantage comme un fait aux yeux du système qui effectue une telle opération de reconnaissance, un fait dont ce dernier système prévoit souvent qu'il faut en faire la preuve, un fait auquel il reconnaît, au fond, des effets juridiques en son sein. Si seulement Luhmann ne défendait pas la thèse (à tendance kelsénienne) d'un système juridique comme sous-système d'une société monde, il serait aisé d'établir ici un parallèle avec sa thèse selon laquelle des systèmes sociaux différents ne communiquent pas, mais interagissent entre eux. Enfin, il est à se demander si cette hésitation de la part de Hart ne provient pas en partie d'une mauvaise compréhension de la technique juridique du renvoi.

373. *Ibid.*

*

* *

Il vaut sans doute d'être souligné que, nonobstant la diversité des grands programmes épistémologiques des XIX^e et XX^e siècles, la structure de la pensée juridique est restée essentiellement la même. Si la norme fondamentale kelsénienne est une norme fictive masquant des faits, en revanche le « droit comme fait » des réalistes ressemble au final à des faits fictifs masquant des normes. La supériorité de Kelsen sur les réalistes est qu'il ne croit pas à la fiction qui structure sa théorie, fiction dont il est au contraire conscient et affirme qu'elle sous-tend une science juridique qu'il cherche à expliquer en même temps qu'à « purifier » épistémologiquement. Hart semble donc être fondé de dire des « propositions de devoir-être » et « autres formes d'énoncés normatifs » qu'elles doivent forcément attirer l'attention de toute analyse de la pensée juridique³⁷⁴.

Ainsi que le résume bien Brian Tamanaha :

*Hart's core analysis has survived relatively unscathed following almost 40 years of critique. Its hardiness is strong evidence of its soundness. With the notable exception of Ronald Dworkin's engagement, much of the discussion today consists of refinements and modifications of Hart's theory, rather than outright repudiations*³⁷⁵.

Nul besoin ici de traiter longuement de Dworkin au sujet duquel, du reste, nous partageons l'opinion de Brian Leiter selon laquelle, « *on the particulars of the Hart-Dworkin debate, there has been a clear victor, so much that even the heuristic value of the Dworkinian criticisms of Hart may now be in doubt*³⁷⁶ », opinion qui est aussi partagée « dans une certaine mesure » par Scott Shapiro³⁷⁷. Si, de 1967, date de parution de son article intitulé « The Model of Rules I »³⁷⁸, à 1986, où est paru à l'origine *Law's*

374. H.L.A. HART, *supra* note 256, p. 49-50.

375. B.Z. TAMANAHA, *supra* note 308, p. 1.

376. B. LEITER, « Beyond the Hart-Dworkin Debate », (2003) 48 *American Journal of Jurisprudence* 17, p. 18.

377. S.J. SHAPIRO, « The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed », dans A. Ripstein (dir.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, 2007, p. 22-55, à la page 49.

378. R.M. DWORKIN, « The Model of Rules I » (1967), rééd. dans *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1977.

*Empire*³⁷⁹, Dworkin a substantiellement revu son argumentaire, ses thèses essentielles sont demeurées les mêmes. Il a voulu remettre en cause la distinction rigide entre droit et morale, de manière à faire de celle-ci une composante essentielle du droit. C'est que le droit serait avant tout une affaire de « principes », que Dworkin qualifie de « moraux ». Ici s'arrête le plus souvent le commentaire philosophique. Or, en 2011, dans son avant-dernier ouvrage, intitulé *Justice for Hedgehogs*, Dworkin finira par faire du droit une sphère de la morale³⁸⁰. Le propos de Dworkin est donc autre que celui que lui attribuent la plupart des philosophes. Dworkin passe trop souvent pour un jusnaturaliste. Nonobstant son emploi du mot de « morale » et son débat avec Herbert Hart et les « hartiens », nous n'avons affaire avec lui ni à une forme de jusnaturalisme ni à quelque théorie de la philosophie comme source formelle de droit³⁸¹. Bien qu'il se dise « antipositiviste », qu'il fasse la part de l'exercice du « jugement moral » dans le travail du juriste et que dans ce cadre il admette toutes sortes d'arguments, cet auteur, qui finira par employer l'expression de « droit existant » (par opposition au pur droit qui devrait être) doit être reçu comme penseur d'une positivité juridique de second degré. Seulement celle-ci devra-t-elle ensuite, avec l'aide importante de Waldron, être rendue à son universalité – même si ce dernier auteur préfère parler de « consensus ». Waldron explique d'une part que « *[i]t was very important for Dworkin that the invocation of principles in a case like [Riggs v. Palmer] should not be construed as a judge's reaching beyond the law for something purely moral. [...] Dworkin's position is that the discernment of a principle in a given body of law is not possible without the exercise of moral judgment. That does not mean the principle in question is nonlegal, that is, purely moral*³⁸² ». De l'autre, et pour en tirer les conséquences, il relève que, « *if they notice it at all, most participants in the debate about Dworkinian principles read the passage [in Riggs] concerning "universal law administered in all civilized countries" as a natural law idea, picking up on the side of Dworkinian principles that refers to their moral appeal rather than their positive grounding. But that is wrong. [...] So there is this aspect of universal law as well as the Dwor-*

379. R.M. DWORKIN, *supra* note 306.

380. R.M. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2011, p. 5 : « *In Chapter 19 I speak to that conflict [between justice and law]: I describe a conception of law that takes it to be not a rival system of rules that might conflict with morality but as itself a branch of morality.* »

381. R.M. DWORKIN, « 'Natural' Law Revisited », *University of Florida Law Review*, vol. 34, 1982, p. 165-188.

382. J. WALDRON, « *Partly Laws Common to All Mankind* » : *Foreign Law in American Courts*, New Haven (CT), Yale University Press, 2012, p. 64.

*kinian logic of principles in Riggs v. Palmer*³⁸³ ». En tout état de cause, ni Dworkin ni Waldron, qui du reste ne plaident pas en faveur de l'étude du droit comme fait, ne sont représentatifs de la pensée juridique dominante. Cela ne doit pas être compris ici comme une critique mais plutôt dans le cadre de notre propos. En effet, il m'est avis que dans cette redécouverte d'une positivité juridique de second degré se trouve sans doute l'avenir de la pensée juridique. Car l'histoire de la philosophie du droit comme celle d'une opposition entre le positivisme juridique et le jusnaturalisme est celle d'une longue et stérile parenthèse ayant pour origine l'injustice de Hobbes à l'endroit de Coke, dont le premier a feint de ne pas comprendre l'idée de raison *artificielle* afin d'attribuer le monopole du positivisme au volontarisme, absolutiste en l'occurrence³⁸⁴. Mais il nous faut maintenant revenir à notre enquête.

Si Hart se présente comme le « type idéal » de la pensée juridique moderne, alors comment l'adage (américain) suivant est-il possible ? « *Realism is dead. We are all realists now*³⁸⁵. » Est-ce à dire que les juristes occidentaux ou du moins les américains se considèrent généralement capables de prédire les décisions de justice au-delà de ce que me permet la seule connaissance des normes juridiques qui sont censées se dégager des motifs écrits de la jurisprudence ? Certainement pas. La seule véracité de cette assertion serait plutôt de lui faire dire que « tous » sont aujourd'hui un minimum conscients de la part d'indétermination des normes juridiques. Encore là, l'adage est trompeur, une telle conscience n'étant certainement pas le propre des « réalistes ». En effet, dans la mesure où, dans le monde angloaméricain du moins, on oppose souvent le réalisme au positivisme juridiques, et que ce dernier est aussi connu sous le nom d'« approche analytique du droit », l'adage repose à cet égard sur une malheureuse confusion que dénonce très bien Brian Bix :

Analytical jurisprudence, an approach to theorizing about law, has sometimes been confused with what the American legal realists (an influential group of theorists prominent in the early decades of the 20th century) called “legal formalism” – a narrow approach to how judges should decide cases. The American legal realists saw Austin in particular, and analytical jurisprudence in general, as their opponents in their critical and reform-minded efforts [...]. In this, the realists were simply

383. *Id.*, p. 66-67.

384. T. HOBBS, *supra* note 9. Voir à ce sujet M. ST-HILAIRE et J. BARON, « Introductory Essay: The Rule of Law as the Rule of Artificial Reason », (2019) 92 *Supreme Court Law Review* 1-45.

385. W.L. TWINING, *supra* note 102, p. 382.

*mistaken; unfortunately, it is a mistake that can still be found in some contemporary legal commentators*³⁸⁶.

La confusion est par exemple entretenue par Duncan Kennedy et ses disciples lorsque le premier soutient que l'« *American legal theory, from Cardozo to Dworkin, is antipositivist*³⁸⁷ » au moment où il traite en réalité d'une tendance anti-formaliste. Hart, notamment, prend grand soin de se distinguer d'un formalisme³⁸⁸ auquel n'adhère pas davantage Kelsen, par exemple. Une récente étude suggère même que ce formalisme dont le sacrifice fait figure d'acte de fondation de la science juridique américaine n'a toujours été qu'un ennemi imaginaire³⁸⁹.

Aux États-Unis y compris, la pensée juridique moderne loge en réalité à l'enseigne du positivisme juridique pour s'articuler autour de l'idée d'un système de normes positives. Ainsi que le résume très bien Alexander Somek, l'esprit du positivisme juridique :

[...] is captured in the maxim to arrive at constructions of legal materials that de-construct, to the greatest extent possible, the idealizations which these materials are encountered in society without, however, thereby eliminating their normative meaning. [...]

Legal knowledge is an instance of social action. Law comes into this world in acts that claim to be law. Aside from being instances of social action, the meaning of those acts is sociological in that they claim to determine authoritatively what situations mean in terms of rights and obligations, powers and immunities or privileges and liabilities.

*The validation of these draws on so-called "sources" of law*³⁹⁰.

Dans les États de droit modernes, l'enseignement du droit et l'accès aux professions juridiques ne sont pas fonction de la compétence de prédiction des décisions de justice ou de celle d'interprétation des valeurs et principes moraux de la communauté politique. Il est plutôt question avant tout

386. B. BIX, *supra* note 7.

387. D. KENNEDY, « Legal Formalism », dans N.J. SMELSER et P.B. BALTES, *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Amsterdam/Paris/New York/Oxford/Shannon/Singapore/Tokyo, Elsevier, 2001, vol. 13, p. 8634-8637, à la page 8636.

388. H.L.A. HART, *supra* note 5, p. 141-422, 148, 157-158 et 166.

389. B.Z. TAMANAHA, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton (NJ)/Oxford, Princeton University Press, 2010.

390. A. SOMEK, « The Spirit of Legal Positivism », (2011) 12 *German Law Journal* 729, p. 754.

de transmettre et de vérifier l'acquisition d'un savoir relatif à certaines normes et au moyen de les identifier et de contribuer à leur mise en œuvre, ce moyen étant de recourir à la théorie des sources du droit. L'exercice du métier de juriste veut encore dire pour l'essentiel de se pencher sur les énoncés normatifs attribuables au constituant, au législateur, aux titulaires d'un pouvoir réglementaire de même qu'aux tribunaux judiciaires. L'incapacité de prédire les décisions judiciaires n'est toujours pas un motif de radiation du tableau de l'ordre des avocats ni une raison de recalser un étudiant.

Résistant aux exagérations ou extravagances théoriques, la pensée juridique moderne gravite autour d'un irréductible noyau normativiste, étatiste et moniste. À mon avis, là n'est pas le problème, mais dans le fait que, en se représentant le droit comme un simple objet de connaissance plutôt qu'une pratique normative instituée, elle passe à côté de l'essentiel³⁹¹. La véritable ligne de fracture de l'histoire de la pensée juridique est venue séparer, non pas le droit positif du droit naturel, mais le droit comme volonté du droit comme raison.

391. Voir J. WALDRON, « The Concept and the Rule of Law », (2008) 43 *Georgia Law Review* 1-61.

Qu'est-ce que le positivisme? Le positivisme juridique en est-il une déclinaison? Sinon, quels rapports celui-ci entretient-il avec celui-là? Du reste, faut-il parler «du» ou «des» positivismes juridiques? Quels sont les enjeux politiques de l'adoption de la position positiviste ou d'une position positiviste donnée par le juriste? En se focalisant sur le xx^e siècle où la pensée juridique a pour ainsi dire éclaté, ce livre ambitionne de répondre à ces questions par la thèse selon laquelle il n'a pas existé un, mais plusieurs positivismes juridiques, certains concevant le droit comme un fait, d'autres comme une norme; certains adoptant une position explicative ou descriptive, d'autres une position normative. Leur examen sera l'occasion d'une évaluation des tentatives d'étude du droit comme fait ainsi que d'une interrogation sur le rapport du droit à l'État. Se poseront alors la question du pluralisme juridique et de sa relation avec l'idéal de l'État de droit et celle de l'intérêt d'adopter une nouvelle grille de lecture de l'histoire de la philosophie du droit.

MAXIME ST-HILAIRE est docteur en droit de l'Université Laval et professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Il est l'auteur de *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux: problématique juridique et enquête philosophique* (Prix Minerve) et d'une trentaine d'articles et chapitres, entre autres publications, ainsi que d'une cinquantaine de communications.



Organisation
des Nations Unies
pour l'éducation,
la science et la culture



Chaire UNESCO d'étude
des fondements philosophiques
de la justice et de la science
démocratique

Droit

ISBN 978-2-7637-4878-8



Presses de l'Université Laval
www.pulaval.com